

# **PRAWO EUROPEJSKIE W PRAKTYCE**

---

WYDAWNICTWO NAUKOWE

ISSN 1733-2036

**Miesięcznik  
Nr 11 (89)  
listopad 2011**

*Miesięcznik wydawany  
pod patronatem naukowym  
Instytutu Prawa Międzynarodowego  
Uniwersytetu Warszawskiego*

*Miesięcznik wpisany na Listę Filadelfijską (część B, LP. 87)  
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego*

<b>Wydawca</b>	<b>Redakcja</b>
Notabene Oficyna	Notabene Oficyna
ul. Prosta 2/14 lok. 204, 00-850 Warszawa	Dyrektor – Violetta Fotyga
tel./fax: 22 833-38-90; 22 833-39-90	<b>Zamówienia przyjmuje</b>
e-mail: prawo@instytuteu.pl	Notabene Oficyna
Internet: www.pewp.pl	ul. Zgrupowania Żubr 3/36
Redaktor naczelny – Katarzyna Zamorowska	01-876 Warszawa
Nakład: 1500 egz.	ING Bank Śląski O/Warszawa
Prenumerata na rok 2011 – 945 zł z 5% VAT	39 1050 1054 1000 0090 6668 4201

---

**Wyłącznie do użytku prenumeratorów**  
Prawa autorskie zastrzeżone  
Powielanie, rozpowszechnianie bez zgody wydawcy  
**ZABRONIONE**

---

W dzisiejszych ramach prawnych wymagania wobec prokuratorów funkcyjnych muszą być zwielokrotnione, gdyż to właśnie na ich barkach spoczywa odpowiedzialność za przestrzeganie zasad niezależności prokuratora z jednej strony i skuteczne szybkie i zgodne z prawem działanie prokuratury z drugiej strony.

# Skończmy z oportunizmem w prokuraturze

Rozmowa z Edwardem Zalewskim,  
Przewodniczącym Krajowej Rady Prokuratury,  
byłym Prokuratorem Krajowym



■ *Jak Pan ocenia półtoraroczną działalność Prokuratury Generalnej? Z rozdzieleniem funkcji Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości wiązano wielkie nadzieje, a póki co mimo ustrojowej reformy, prokuratura chyba nie zreformowała się... Co w tej chwili jest najbardziej problematyczne?*

– Rozdzielenie funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego nie było celem samym w sobie. Tym celem było stworzenie niezależnej, apolitycznej, w pełni profesjonalnej prokuratury. Na osiągnięcie takiego stanu rzeczy składać się miało wiele innych rozwiązań i działań kontynuujących dalszą reformę prokuratury. Niestety politycy poprzestali na tej jednej nowelizacji i nie przeprowadzono dalszych zmian legislacyjnych. Również Prokuratura Generalna na tym polu nic nie osiągnęła. Z przykrością stwierdzam, że opinia o braku reform w prokuraturze jest bliska prawdy. Przecież prokuratura ma być niezależna i apolityczna nie dla samej siebie, ale po to, aby jak najlepiej spełniała swoje funkcje, aby prokuratorzy w pełni profesjonalnie, uczciwie i zgodnie z własnym sumieniem skutecznie chronili państwo i społeczeństwo przed przestępczością. W mojej ocenie największym problemem prokuratury jest pogodzenie niezależności prokuratora z efektywnym działaniem prokuratury jako instytucji. Z jednej strony prokuratorzy, szanując własną niezależność, powinni być świadomi celów działania zhierarchizowanej instytucji, jaką jest prokuratura, a z drugiej strony szefowie jednostek, sza-

nując niezależność podległych im prokuratorów, muszą być świadomi swojej odpowiedzialności za skuteczne działania prokuratury.

■ *Stowarzyszenie Prokuratorów RP podczas ostatniej konferencji programowej w dniu 21 października br. przedstawiło szereg uwag i postulatów odnośnie do funkcjonowania prokuratury. M.in. mówi się o braku prawidłowej obsady stanowisk funkcyjnych, która w oczywisty sposób rzutuje na pracę prokuratury, a także problem długoterminowego delegowania prokuratorów do jednostek wyższego szczebla, bez powołania na wyższe stanowisko. (Nawet w Prokuraturze Generalnej liczba delegowanych prokuratorów jest zbliżona do stanu etatowego.) Z czego wynika taka polityka, czy to asekuracja?*

– Obsada stanowisk funkcyjnych w prokuraturze to wyłączne władztwo Prokuratora Generalnego, za które to decyzje bierze on całkowitą odpowiedzialność. Są to decyzje niezwykle brzemiennie w skutkach z uwagi na kadencyjne sprawowanie funkcji, a więc praktycznie brak możliwości odwołania. Nikogo nie trzeba przekonywać, jak ogromny wpływ na funkcjonowanie danej jednostki mają jej szefowie. Ich odpowiedzialność potęguje faktyczna niezależność. W dzisiejszych ramach prawnych wymagania wobec prokuratorów funkcyjnych muszą być zwielokrotnione, gdyż to właśnie na ich barkach spoczywa odpowiedzialność za przestrzeganie zasad niezależności prokuratora z jednej strony i skutecz-

ne, szybkie i zgodne z prawem działanie prokuratora z drugiej strony. Przełożeni muszą mieć odwagę cywilną, by albo zgodzić się z decyzją podległego prokuratora i razem z nim wziąć za nią odpowiedzialność lub odmówić prokuratorowi prawa do podjęcia decyzji i wydać własną, biorąc na siebie odpowiedzialność i konsekwencje. Niestety nazbyt często słyszę o oportunizmie przełożonych niemających odwagi, by podjąć stosowną decyzję, i zrzucających odpowiedzialność (za złe decyzje) na szeregowych prokuratorów.

Długoterminowe delegacje do jednostek wyższego rzędu to prawdziwa zbrodnia prokuratury. Jest to nie tylko asekuracja, ale przede wszystkim brak rozeznania w faktycznych potrzebach kadrowych poszczególnych jednostek prokuratury. Poza tym, sytuacja taka może być, co nie znaczy, że jest, elementem ograniczania niezależności prokuratora i poza procesowego wpływu na jego decyzje. W wielu przypadkach delegacja prokuratora bardziej obciąża budżet prokuratury niż jego awans na wyższy stopień. Konkursy przeprowadzane przez Krajową

wpływ na faktyczną niezależność prokuratora. Tworząc regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, temu zagadnieniu poświęciliśmy najwięcej czasu. Założenie było proste; nadzór służbowy nie może godzić w niezależność prokuratora, a musi ją wspierać dbając jednocześnie o sprawność i jakość pracy. Stąd wzięły się zapisy o całkowitej likwidacji aprobaty wobec prokuratorów, zapoznawaniu się z aktami sprawy przez prokuratora sprawującego zwierzchni nadzór tylko w siedzibie jednostki prowadzącej postępowanie i zakaz wydawania przez tego prokuratora poleceń dotyczących prowadzenie postępowania, zakaz żądania pisemnych informacji oraz włączanie do akt sprawy wydawanych w ramach nadzoru wewnętrznego poleceń, zarządzeń i wytycznych.

Alternatywą dla tego modelu są dwa skrajne rozwiązania. Pierwsze, całkowita likwidacja nadzoru służbowego i w konsekwencji zrównanie pozycji niezależnego prokuratora z pozycją niezawisłego sędziego i złożenie na barki szeregowych prokura-

**Przełożeni muszą mieć odwagę cywilną, by albo zgodzić się z decyzją podległego prokuratora i razem z nim wziąć za nią odpowiedzialność lub odmówić prokuratorowi prawa do podjęcia decyzji i wydać własną, biorąc na siebie odpowiedzialność i konsekwencje.**

Radę Prokuratury pokazały, że zwyciężają w nich najlepsi i niekoniecznie faworyci szefów jednostek. To powinno zachęcać prokuratorów do brania udziału w konkursach, co z kolei wymusi częstsze organizowanie konkursów i w efekcie delegacja zostanie zastąpiona nominacją.

■ *Są zastrzeżenia także do kierunku nadzoru sprawowanego przez prokuratury apelacyjne. W jaki sposób powinno to zostać sprecyzowane?*

– Nadzór służbowy, zarówno wewnętrzny jak i zwierzchni, jest elementem określającym relacje niezależnego prokuratora z jego zwierzchnikiem. To właśnie ten element ma bezpośredni i największy

wpływ na faktyczną niezależność prokuratora. Tworząc regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, temu zagadnieniu poświęciliśmy najwięcej czasu. Założenie było proste; nadzór służbowy nie może godzić w niezależność prokuratora, a musi ją wspierać dbając jednocześnie o sprawność i jakość pracy. Stąd wzięły się zapisy o całkowitej likwidacji aprobaty wobec prokuratorów, zapoznawaniu się z aktami sprawy przez prokuratora sprawującego zwierzchni nadzór tylko w siedzibie jednostki prowadzącej postępowanie i zakaz wydawania przez tego prokuratora poleceń dotyczących prowadzenie postępowania, zakaz żądania pisemnych informacji oraz włączanie do akt sprawy wydawanych w ramach nadzoru wewnętrznego poleceń, zarządzeń i wytycznych.

Wydaje mi się, że problemem nie są przyjęte w ustawie i rozporządzeniu rozwiązania dotyczące nadzoru służbowego, ale faktyczny sposób wykonywania.

■ *Jaki jest Pana stosunek do planów zlikwidowania 80 kilkusobowych jednostek prokuratur*

*rejonowych? Czy jest to rzeczywiście uzasadnione?*

– Kolejny istotny i trudny temat. Przestrzegalbym przed przyjęciem prostego kryterium, iż np. trzy- lub czteroosobowe prokuratury powinny zostać zlikwi-

istotnym elementem niezależnej apolitycznej prokuratury, ale także strażnikiem niezależności prokuratorów. Nieprecyzyjne i niepełne rozwiązania dotyczące KRP przyjęte w ustawie o prokuraturze, w praktyce uniemożliwiają spełnianie przez Radę jej ustawowej roli, co ewidentnie wskazuje na potrzebę

**Powszechnie wiadomo, iż statystycznie najlepiej pracują małe prokuratury, i likwidacja małych jednostek, a co za tym idzie – tworzenie dużych, może istotnie pogorszyć wyniki pracy.**

dowane. Mamy kryzys i dlatego przy ewentualnej likwidacji jednostek prokuratury należy przede wszystkim uwzględnić kryterium ekonomiczne. Likwidacja jednostki wcale nie musi przynieść oszczędności w budżecie prokuratury, a wręcz przeciwnie, może istotnie obciążyć ten budżet. Kryterium ekonomiczne nie może być jedynym, gdyż likwidacja jednostki musi też przynieść określone korzyści w ściganiu przestępczości. Powszechnie wiadomo, iż statystycznie najlepiej pracują małe prokuratury, i likwidacja małych jednostek, a co za tym idzie – tworzenie dużych, może istotnie pogorszyć wyniki pracy. Nie można też ignorować stanowiska samorządów i potrzeb miejscowego społeczeństwa. W wielu przypadkach to samorządy w znacznym zakresie przyczyniły się do powstania godnych siedzib prokuratur i bardzo dobrego ich wyposażenia w sprzęt biurowy. W ogóle ewentualna likwidacja małych jednostek powinna być powiązana z ogólnopolskim procesem etatyzacji w prokuraturze. Jeżeli już chcemy tej likwidacji, to proces prowadzący do tego powinien być odwrócony. To najpierw na podstawie jednakowych kryteriów odpowiednie studium i propozycje zmian powinni przygotować Prokuratorzy Okręgowi, następnie Apelacyjni i dopiero na koniec, po wnikłej kontroli tych opracowań, decyzje powinny zapadać na szczeblu Prokuratury Generalnej.

■ *Czy Pana zdaniem, w tej kadencji Sejmu, zostanie uchwalona Ustawa o Krajowej Radzie Prokuratury i czy Ustawa o prokuraturze doczeka się nowelizacji, a może zmiana Konstytucji?*

– Jest absolutną koniecznością uchwalenie ustawy o Krajowej Radzie Prokuratury. KRP jest nie tylko

uchwalenia odrębnej ustawy o KRP. Przecież Rada nie jest organem prokuratury czy też organem samorządu prokuratorowskiego. To bardzo szczególny organ wzorowany na Krajowej Radzie Sądownictwa i tak jak ona powinien mieć własną ustawę. Jeżeli politycy poważnie traktują swoje deklaracje o apolitycznej, niezależnej prokuraturze, to w tej kadencji Sejmu powinny być uchwalone ustawy o Krajowej Radzie Prokuratury, o prokuraturze (całkowicie nowa ustawa, a nie kolejna nowelizacja), a przede wszystkim zapisy o Prokuratorze Generalnym, prokuratorach i KRP powinny się znaleźć w Konstytucji.

■ *Jak układa się współpraca Krajowej Rady Prokuratury z Prokuratorem Generalnym?*

– Czuję ogromny niedosyt tej współpracy. Niestety Pan Prokurator Generalny nie znajduje zbyt wiele czasu, aby uczestniczyć w posiedzeniach Krajowej Rady Prokuratury. Szkoda. Pomimo że w niektórych sprawach oceny i opinie Rady nie pokrywają się z opiniami ocenami Prokuratora Generalnego, co jest rzeczą naturalną, bo przecież Rada nie jest instrumentem Prokuratora Generalnego, to merytoryczna współpraca leży nie tylko w interesie Rady i Prokuratora Generalnego, ale przede wszystkim w interesie prokuratury i prokuratorów. Nie znaczy to, że oceniam współpracę źle. W wielu konkretnych sprawach nie było żadnych problemów, a Pan Prokurator Generalny wykazywał wiele zrozumienia dla potrzeb Rady.

■ *Dziękuję za rozmowę.*

Katarzyna Zamorowska

# PRAWO EUROPEJSKIE W PRAKTYCE

Miesięcznik  
Nr 11 (89)  
listopad 2011

<i>Rozmowa z Edwardem Zalewskim, Przewodniczącym Krajowej Rady Prokuratury, byłym Prokuratorem Krajowym Skończmy z oportunistą w prokuraturze .....</i>	3
---	---

## WYMIAR SPRAWIEDLIWOŚCI

<i>dr Ireneusz C. Kamiński Co postanowi Strasburg? .....</i>	9
<i>9 listopada 2011 r. Sąd Najwyższy oddalił zażalenia Dariusza Barskiego i Bogdana Świączkowskiego na decyzję marszałka Sejmu o wygaszeniu ich mandatów poselskich. Sąd Najwyższy uznał, że pojęcie prokuratora obejmuje również tych prokuratorów, którzy są w stanie spoczynku.</i>	
<i>Rozmowa z płk. Zbigniewem Rzepą, rzecznikiem Naczelnej Prokuratury Wojskowej Prokuratorzy wojskowi chcą pracować więcej .....</i>	11
<i>Co zamiast tymczasowego aresztowania? .....</i>	13
<i>Rozmowa z Dominiką Gmerek i Katarzyną Wiśniewską Warto wprowadzić areszt domowy .....</i>	14
<i>Rozmowa z dr. Robertem Grzeszczakiem, adiunktem w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego System common law widziany z bliska .....</i>	16
<i>W pewnym sensie system sądownictwa amerykańskiego jest mniej zintegrowany niż europejski. Oba systemy są systemami federalnymi, jednak w UE rozwija się zasada uznawania wyroków w sprawach karnych i cywilnych sądów z innych państw członkowskich. Unia rozwija współpracę sądową w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne, w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych, silniej niż ma to miejsce w niektórych sytuacjach w USA.</i>	
<i>Rozmowa z Markiem Michałakiem, Rzecznikiem Praw Dziecka Legislacja w obronie dziecka .....</i>	23
<i>Rozmowa z Lechem Borzemskim, Prezesem Krajowej Rady Notarialnej O co warto zapytać rejenta... ..</i>	27
<i>Olga Maria Piaskowska Status procesowy aplikanta adwokackiego .....</i>	29

## ADMINISTRACJA

<i>Sylvia Moreu-Żak Transgraniczny obrót nieruchomościami .....</i>	31
---	----

# PRAWO EUROPEJSKIE W PRAKTYCE

Miesięcznik  
Nr 11 (89)  
listopad 2011

<i>Grzegorz Makowski</i> Myśl globalnie, partycypuj lokalnie .....	32
<i>Anna Krajewska</i> Jakie uchwały muszą być publikowane? .....	33
<i>Grzegorz Makowski</i> „Nieskazitelność charakteru” ławnika .....	35
<i>Krzysztof Sadowski</i> Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej .....	36

## GOSPODARKA

<i>Maciej Szewczyk</i> Klauzule zmiany kontroli bez tajemnic .....	41
<i>Robert Siwik</i> Wspólne przepisy dotyczące sprzedaży .....	43
<i>W dniu 11 października 2011 r. Komisja Europejska zaproponowała ustanowienie fakultatywnych wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, które mają pomóc zlikwidować bariery w transgranicznej wymianie handlowej w ramach jednolitego rynku europejskiego i zapewnić przez to konsumentom większą możliwość wyboru towarów oraz wyższy poziom ochrony.</i>	
<i>Konrad Kuzioła</i> Kontrowersje wokół uchwał organów spółdzielni .....	49
<b>Orzecznictwo</b>	
Naruszenie dóbr osobistych w Internecie .....	51
Regulacje dotyczące właściwości sądu .....	53

## INICJATYWY EUROPEJSKIE

Unijna polityka karna do 2020 r. ....	55
<i>Komisja Europejska przedstawiła Parlamentowi Europejskiemu, Radzie, Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu i Komitetowi Regionów komunikat dotyczący zapewnienia realizacji polityki UE poprzez prawo karne.</i>	
<i>Marta Angrocka-Krawczyk</i> Unijny obszar sprawiedliwości .....	58
Prawo do rzetelnego procesu sądowego .....	59
Niebieska karta z przeszkodami .....	61
<i>Szereg państw członkowskich Unii Europejskiej w dużym stopniu utrudnia wysoko wykwalifikowanym osobom podjęcie pracy na terenie UE. Komisja formalnie wezwała je do przestrzegania zasad określonych w dyrektywie w sprawie niebieskiej karty, której termin wdrożenia minął 19 czerwca 2011 r.</i>	
Europejski Instytut Prawa już działa .....	62

# PRAWO EUROPEJSKIE W PRAKTYCE

Miesięcznik  
Nr 11 (89)  
listopad 2011

Stop dla pornografii dziecięcej ..... 64

*Zbigniew Engiel*

Skuteczne blokowanie stron internetowych to mrzonka ..... 65

*Agnieszka Grzelak*

Przywracanie kontroli na granicach wewnętrznych  
– propozycje Komisji Europejskiej ..... 67

## ZAPOWIEDZI LEGISLACYJNE

*Anna Adamska*

Timeshare – turystyczna nowość ..... 77

*W połowie lipca 2011 r. wpłynął do Sejmu projekt ustawy wprowadzający do naszego prawodawstwa instytucję prawną zwaną „timeshare”. Potrzeba opracowania projektowanej ustawy wynika z konieczności implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (Dz.Urz. UE L 33 z 03.02.2009, str. 10), zwanej dalej „dyrektywą 2008/122”.*

## PRAWO MEDYCZNE

*Joanna Ostojska*

Testament życia wymaga regulacji ..... 83

*Problematyka tzw. testamentu życia (ang. living will) wywołuje obecnie spore zainteresowanie i skłania do rozbieżnych ocen. Ten szczególny rodzaj oświadczenia pro futuro ma umożliwić każdej osobie zdolnej do wyrażenia woli określenie, czy, a jeśli tak, to jakie leczenie może być podejmowane względem niej w przypadku, w którym będzie ona niezdolna do wyrażenia woli i komunikowania swych spostrzeżeń.*

*Anne-Maire Weber, Fabian Elżanowski*

Spór o użycie komórek embrionów ..... 86

### **Orzecznictwo**

Odpowiedzialność publicznego ZOZ-u ..... 90

Pozaszpitalne świadczenia zdrowotne ..... 91

## OPINIE, EKSPERTYZY, BADANIA

*dr Igor Zgoliński*

Jak sankcjonować zniesławienie? ..... 93

*W dniu 8 czerwca 2010 roku weszła w życie nowelizacja kodeksu karnego wprowadzona ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku. Objęła między innymi treść art. 212 § 1 k.k., poprzez zmianę sankcji grożącej za popełnienie tego występku. Modyfikacja ograniczyła się do obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia i wprowadziła zapis stanowiący, że za jego dokonanie grozi grzywna lub kara ograniczenia wolności.*

*Joanna Kosińska*

Czy wprowadzenie eurohipoteki jest realne? ..... 97



dr Ireneusz C. Kamiński

## Komentarz do postanowienia Sądu Najwyższego w sprawie wygaszenia mandatów Dariusza Barskiego i Bogdana Świączkowskiego

# Co postanowi Strasburg?

9 listopada 2011 r. Sąd Najwyższy oddalił zażalenia Dariusza Barskiego i Bogdana Świączkowskiego na decyzję marszałka Sejmu o wygaszeniu ich mandatów poselskich. Sąd Najwyższy uznał, że pojęcie prokuratora obejmuje również tych prokuratorów, którzy są w stanie spoczynku.

Po tym orzeczeniu obaj niedoszli parlamentarzyści zapowiedzieli wniesienie skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Nie znam jeszcze pisemnego uzasadnienia postanowienia, ale już samo rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego i przedstawione ustnie argumenty pozwalają na napisanie komentarza.

Podczas wyborów z 9 października 2011 r. Dariusz Barski i Bogdan Świączkowski zostali wybrani posłami z list Prawa i Sprawiedliwości, będąc równocześnie prokuratorami w stanie spoczynku. Wcześniej Anna Kurska przez dwie kadencje sprawowała funkcję senatora, chociaż była sędzią w stanie spoczynku (do sędziów i prokuratorów mają zastosowanie analogiczne reguły prawne). Kilku czynnych prokuratorów znalazło się również w polskim parlamencie (np. Zbigniew Wassermann czy Stanisław Piotrowicz) bądź pełniło inne funkcje państwowe (np. Janusz Kaczmarek czy Konrad Kornatowski), ale pod warunkiem, że zrzekli się stanowiska prokuratora. Zrzeczenia się w takiej sytuacji stanowiska prokuratora wymaga art. 65a ust. 1 ustawy z 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jedn. DzU z 2008 r. Nr 7, poz. 39 ze zm.). Ten sam przepis określa, że do zrzeczenia nie musi dojść, jeśli prokurator przechodzi w stan spoczynku. *A fortiori* taka reguła winna znaleźć zastosowanie do sytuacji, gdy prokurator już znajduje się w stanie spoczynku.

W postanowieniu z 9 listopada br. Sąd Najwyższy odwołał się do art. 103 ust. 2 Konstytucji RP, który zabrania m.in. łączenia mandatu poselskiego

i funkcji prokuratora. Zdaniem Sądu Najwyższego zakaz dotyczy każdego prokuratora – tak czynnego, jak i pozostającego w stanie spoczynku.

**Nie jestem konstytucjonalistą, ale do argumentacji Sądu Najwyższego byłbym skłonny sformułować pewne zastrzeżenia. Czynne i bierne prawo wyborcze to nie tylko uprawnienie konstytucyjnie chronione, ale i kluczowe dla realizacji przez jednostkę więzi z państwem wynikającej z obywatelstwa. Dlatego wszelkie ograniczenia, także i te konstytucyjnie dozwolone, powinny być ściśle rozumiane i połączone z przekonującym uzasadnieniem.**

Wydaje się, że takiego zawężającego odczytania zakazu z art. 103 ust. 2 Konstytucji dokonał ustawodawca. W art. 65a ust. 1 ustawy o prokuraturze obowiązek zrzeczenia się stanowiska, który przekonująco koresponduje z zasadą podziału władz, został powiązany z osobą czynnie pełniącą funkcję prokuratora. Stąd inne już potraktowanie prokuratora w stanie spoczynku. Również ustawa z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora mówi w art. 30, że w czasie zasiadania w parlamencie nie można „wykonywać pracy w charakterze sędziego i prokuratora” (DzU z 1996 Nr 73, poz. 350 ze zm.). Sformułowanie odnoszące się do wykonywania pracy zdaje się ponownie dotyczyć czynnych prokuratorów, bo osoby pozostające w stanie spoczynku pracy przecież nie wykonują. W konsekwencji trudno mi zaakceptować argument, iż dwie wskazane ustawy naruszają Konstytucję RP. Moim zdaniem zawarte w nich przepisy doskonale

korespondują z odczytaniem art. 103 ust. 2 Konstytucji w sposób, który nadaje priorytet prawom wyborczym, a ich ograniczenie sprowadza do koniecznego i wąsko ujętego wyjątku.

Po orzeczeniu Sądu Najwyższego, kończącym krajowe postępowanie, Dariusz Barski i Bogdan Świączkowski zapowiedzieli złożenie skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Podstawą skargi byłby art. 3 Protokołu nr 1, który chroni prawo do wolnych wyborów. Chociaż ten przepis nie zawiera wprost klasycznej klauzuli limitacyjnej, ze strasburskiego orzecznictwa jednoznacznie wynika, że również każda ingerencja w prawo do wyborów musi posiadać trzy cechy: być legalna („przewidziana przez prawo”), celowa (chronić pewne interesy lub dobra publiczne bądź indywidualne) oraz konieczna w demokratycznym społeczeństwie (np. *Tănase przeciwko Mołdowie*, wyrok Wielkiej Izby z 27 kwietnia 2010 r., skarga nr 7/08, § 162; *Paksas przeciwko Litwie*, wyrok Wielkiej Izby z 27 stycznia 2011 r., skarga nr 34932/04, § 97). Uważam, że skarżący mogą w trojaki sposób argumentować, że doszło do naruszenia art. 3 Protokołu nr 1.

Po pierwsze, postanowienie Sądu Najwyższego było pierwszym orzeczeniem, które dokonywało szerokiej wykładni art. 103 ust. 2 Konstytucji, kwestionując wyłączenie określone w art. 65a ust. 1 ustawy o prokuraturze (i – jak wcześniej argumentowałem – także regulację art. 30 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora). Wcześniej sędzia (prokurator) w stanie spoczynku (*casus* Anny Kurskiej) nie był traktowany jako osoba pozbawiona możliwości zasiadania w polskim parlamencie. Jeszcze we wrześniu br. Krajowa Rada Prokuratury zwracała uwagę, czyniąc to bezpośrednio w związku z ostatnimi wyborami parlamentarnymi, na „szczególnie korzystną sytuację prokuratora w stanie spoczynku, który w razie wyboru do pełnienia funkcji posła albo senatora – w przeciwieństwie do prokuratora pełniącego służbę w organach prokuratury – nie musi zrzekać się swojego stanowiska i zachowuje należne uposażenie” (uchwała nr 458/11z 22 września 2011 r. w sprawie udziału w działalności politycznej prokuratorów). To dopiero decyzja marszałka Sejmu i postanowienie Sądu Najwyższego z 9 listopada br., wydane w sprawie

Dariusza Barskiego i Bogdana Świączkowskiego, ukształtowały – odmiennie niż wynikało to z ustawodawstwa i korespondującej z nim praktyki – szerokie rozumienie konstytucyjnego zakazu. Było to prawnicze *novum*, które czyniło ingerencję zaskakującą. Dopiero po postanowieniu Sądu Najwyższego istotnie doprecyzowane zostało rozumienie art. 103 ust. 2 i relacja tego przepisu do reguł ustawodawstwa zwykłego (ustawy o prokuraturze i ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora).

Po drugie, Europejski Trybunał Praw Człowieka może zakwestionować konieczność ingerencji. Chociaż państwa członkowskie Konwencji zachowują w sprawach związanych z wyborami szerokie uprawnienia decyzyjne, określane jako krajowy margines swobody ocen (*Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii*, wyrok składu plenarnego z 2 marca 1987 r., skarga nr 9267/81, Series A. 113, § 52), to strasburscy sędziowie mogą nie zostać przekonani, że zasada podziału władz wymaga, by prokurator w stanie spoczynku, a więc niewykonyjący już swoich funkcji, nie zasiadał w parlamencie. W ostatnich latach można dostrzec wyraźną tendencję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do mocniejszego przeglądu krajowych ograniczeń dotyczących prawa wyborcze (np. *Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii (nr 2)*, wyrok Wielkiej Izby z 6 października 2005 r., skarga nr 74025/01, ECHR 2005–IX; *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*, wyrok z 20 maja 2010 r., skarga nr 38832/06; *Greens i M.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 23 listopada 2010 r., skarga nr 60041/08 i 60054/08; *Frodl przeciwko Austrii*; wyrok z 8 kwietnia 2010 r., skarga nr 20201/04; *Tănase przeciwko Mołdowie*).

**Największy „strasburski potencjał” zdaje się jednak oferować trzeci możliwy zarzut: naruszenia zakazu dyskryminacji w związku z prawem do wolnych wyborów (art. 14 głównego tekstu Konwencji w związku z art. 3 Protokołu nr 1).** Czynny prokurator, jeśli zostanie wybrany do parlamentu, jest zobowiązany zrzec się swojego stanowiska w prokuraturze (art. 65a ust. 1 ustawy o prokuraturze). Na mocy ustępu 2 i 3 art. 65a taki prokurator może następnie powrócić na stanowisko poprzednio zajmowane w prokuraturze (i to niezależnie od liczby stanowisk w danej jednostce prokuratury), jeżeli przerwa w pełnieniu obowiązków prokuratora nie przekracza 9 lat. W przypadku pro-

kuratora w stanie spoczynku, który obejmując funkcję w parlamencie, zrzekłby się stanu spoczynku i statusu prokuratora, nie przewidziano w ogóle możliwości powrotu do stanu spoczynku i poprzedniego statusu. Tak radykalnego zróżnicowania sytuacji prawnej dwóch kategorii prokuratorów nie usprawiedliwiają jakiegokolwiek przyczyny. Moim zdaniem brak w przypadku prokuratorów w stanie spoczynku reguł dotyczących powrotu do poprzedniego statusu nie wynikał jednak z legislacyjnego zaniedbania, lecz był naturalną i prostą konsekwencją założenia, że tacy prokuratorzy nie są zobowiązani do jakiegokolwiek zrzeczenia, bo to jest potrzebne i wymagane jedynie w odniesieniu do prokuratorów czynnych.

Ewentualne zwycięstwo Dariusza Barskiego i Bogdana Świączkowskiego przed Trybunałem w Strasburgu nie prowadziłyby do „odzyskania” przez nich poselskich mandatów. Stwierdzając złamanie Konwencji, Trybunał mógłby jedynie nakazać Polsce wypłacenie skarżącym zadośćuczynienia finansowego, a ponadto Polska musiałaby stworzyć „odpowiednie prawo krajowe”, które zapobiegałoby powtórzeniu się analogicznych naruszeń w przyszłości. Jak wcześniej argumentowałem, formułujący ograniczenie biernego prawa wyborczego art. 103 ust. 2 Konstytucji wcale nie musi być

jednak rozumiany jako zawierający zakaz odnoszący się do wszystkich prokuratorów, lecz jedynie do tych, którzy czynnie wykonują funkcję. Taka wykładnia jest uzasadniona w świetle traktowania konstytucyjnie chronionego prawa wyborczego (czynnego i biernego) jako zasady i nakazu, by wszelkie wyjątki od niego były rygorystycznie ujmowane bądź rekonstruowane oraz łączone z przekonującym uzasadnieniem. Nakaz stworzenia odpowiedniego prawa krajowego sprowadzałby się więc jedynie do przyjęcia (ugruntowania się) pewnej wykładni. Ale nawet przyjmując, że z polskiej Konstytucji miałyby „twardo” wynikać całościowy konstytucyjny zakaz łączenia przez każdego prokuratora funkcji zawodowej z rolą parlamentarzysty, strasburski Trybunał i tak jest uprawniony do zakwestionowania ingerencji mającej źródło w regule prawnej zapisanej w krajowej konstytucji (tak stało się np. w sprawie *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*). Ponadto zgodnie z art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów państwo nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego jako na usprawiedliwienie niewykonania zobowiązania wynikającego z traktatu. Ten zakaz obejmuje również reguły konstytucyjne.

*Autor jest ekspertem prawnym Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka  
/Helsińska Fundacja Praw Człowieka/*

# Prokuratorzy wojskowi chcą pracować więcej

Rozmowa z płk. Zbigniewem Rzepą, rzecznikiem Naczelnej Prokuratury Wojskowej



■ *Trwają prace nad zmianami w kierunku równomiernego obciążenia pracą prokuratorów powszechnych i wojskowych. W jakim kierunku miałyby iść zmiany i jakie są szanse na wprowadzenie tego projektu w życie?*

– Zachodzące w ostatnich latach zmiany w Wojsku Polskim, jak też zmniejszenie ilości spraw karnych prowadzonych lub nadzorowanych przez prokuratorów wojskowych, zmusiły do głębszego zastanowienia się nad rolą, miejscem i zakresem

działania prokuratorów wojskowych w systemie organów państwowych oraz przede wszystkim w wojsku. Mając na uwadze te okoliczności, pod koniec marca 2011 r. Prokurator Generalny na spotkaniu z kierowniczą kadrami wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury, a także w stosownym piśmie w maju br., zwrócił się do kierownictwa Prokuratury Wojskowej (i całego środowiska prokuratorów wojskowych) o wskazanie postulatów dotyczących przyszłej struktury i zakresu działania prokuratury wojskowej. Bezpośrednią realizacją takiego apelu było powołanie przez Naczelnego Prokuratora Wojskowego, zarządzeniem z dnia 10 czerwca 2011 roku, zespołu prokuratorów wojskowych do wypracowania założeń i kierunków zmian ustrojowych i właściwości przedmiotowej wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Po przedstawieniu wstępnych wyników prac tego zespołu, Prokurator Generalny Andrzej Seremet powołał, na szczeblu Prokuratury Generalnej, Zespół prokuratorów pod przewodnictwem Zastępcy Prokuratora Generalnego – Naczelnego Prokuratora Wojskowego gen. bryg. Krzysztofa Parulskiego, którego celem jest opracowanie propozycji zmian w ustroju prokuratury wojskowej, w związku z zaistniałymi w ostatnich latach przemianami w Siłach Zbrojnych RP, a także ograniczeniem właściwości prokuratur wojskowych. Zespół ten spotkał się już dwa razy, tj. 12 października i 3 listopada 2011 roku. Prace zespołu odbywają się w kierunku:

- objęcia orzecznictwem sądów wojskowych (a co za tym idzie także prokuratury wojskowej) przestępstw popełnionych przez pracowników cywilnych wojska, jeżeli ich czyn pozostaje w związku z zatrudnieniem;

- wprowadzenia do systemu prawnego możliwości prowadzenia i nadzorowania postępowania przygotowawczego oraz sprawowania funkcji oskarżycielskich przed sądami powszechnymi przez prokuratorów wojskowych wobec żołnierzy – w sprawach niepodlegających orzecznictwu sądów wojskowych;

- wypracowania propozycji rozwiązań prawnych dotyczących prokuratorów wojskowych oraz prokuratorów wojskowych niebędących oficerami w razie zmian strukturalno-etatowych;

- oceny projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o prokuraturze w części dotyczącej wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury.

■ ***Naczelnny Prokurator Wojskowy przewodniczy pracom nad stworzeniem projektu Zbioru Zasad Etyki Prokuratorów. Jak zaawansowane są prace? Na co szczególnie zostanie położony nacisk w tych regulacjach?***

– Komisja na pierwszym posiedzeniu w dniu 2 lutego 2011 roku omówiła zagadnienia dotyczące organizacji prac, określiła ich harmonogram, podjęła dyskusję nad zakresem normowania zbioru zasad etyki zawodowej prokuratorów, dokonała wstępnego podziału zadań pośród członków Komisji. Przewodniczący przedstawił dorobek etyki prawniczej, kluczowe standardy europejskie i światowe przyjęte w Zaleceniach Rec(2000)19 Rady Europy z dnia 6 października 2000 roku dotyczące roli prokuratury w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych oraz Wskazania dotyczące roli prokuratorów przyjęte przez VIII Kongres Narodów Zjednoczonych poświęcony zapobieganiu przestępczości i postępowaniu z przestępcami. Komisja poddała analizie również rodzime uregulowania dotyczące innych zawodów zawarte w: Zbiorze Zasad Etycznych Prokuratora, Zbiorze Zasad Etyki Zawodowej Sędziów, Zbiorze Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu, Kodeksie Etyki Radcy Prawnego, Kodeksie Etyki Zawodowej Notariusza, Kodeksie Etyki Zawodowej Komornika, Zasadach Etyki Poselskiej, Zasadach Etyki Zawodowej Policjanta, jak też w Kodeksie Etyki Dziennikarskiej.

Komisja za wskazane uznała zapoznanie się z dorobkiem prokuratorów państw Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych Ameryki. Uzyskiwane przez Departament Współpracy Międzynarodowej Prokuratury Generalnej kodeksy i zbiory zasad etycznych sukcesywnie tłumaczono w Biurze Prezydzialnym Prokuratury Generalnej i przekazywano Krajowej Radzie Prokuratury. Przeprowadzone badania pozwoliły ustalić, że w części krajów Unii nie skodyfikowano takich zasad, tudzież, że prokuratorów obowiązują wspólne zasady wiążące także sędziów i innych pracowników wymiaru sprawiedliwości. Kodeksy etyczne i zbiory zasad etyki prokuratorowskiej w innych krajach Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych Ameryki stały się przedmiotem analizy członków Komisji.

W dniu 31 sierpnia 2011 roku, na kolejnym posiedzeniu Komisji, omówiono dotychczasowy stan

prac. Przyjęto systematykę Zbioru, który ma się składać z preambuły, zasad ogólnych, zasad pełnienia służby prokuratorskiej, zasad postępowania poza służbą i zakończenia. Dokonano szczegółowego podziału zadań pomiędzy członków Komisji.

Wstępnie przyjęto, że Zbiór Zasad będzie prezentował trwale wzorce postępowania, akceptowane i zrozumiałe przez nasze środowisko. Ich wyartykułowanie pozwoli na ustanowienie szczególnego *esprit de corps*. Stąd potrzeba wypracowania wizji jednostki akceptowanej społecznie, zbudowania mechanizmów pozwalających na kształtowanie cnót – pożądanych cech charakteru osoby w zawodzie prokuratora. Za wartości podstawowe przyjęto: niezależność, prawość, bezstronność, równe traktowanie, uczciwość, przejrzystość, staranność, kulturę osobistą i właściwe zachowanie w każdej sytuacji życiowej. Jednocześnie odstępstwo od przyjętych zasad postępowania pozwoli na ich sankcjonowanie. Zbiór Zasad ma nie tylko wskazywać standar-

dowe drogi wyjścia z sytuacji wątpliwych moralnie, lecz również ma kształtować świadomość znaczenia wysokiej pozycji społecznej prokuratora.

W dniu 21 września br. Przewodniczący Komisji zrelacjonował Krajowej Radzie Prokuratury stan prac nad Zbiorem Zasad. Przyjęto, że projekt opracowany przez Komisję, po wstępnym zaakceptowaniu przez Radę, będzie przekazany do oceny ekspertom z zakresu etyki prawniczej. Po uwzględnieniu ewentualnych uwag projekt Zbioru zostanie następnie poddany konsultacjom środowiskowym poprzez przekazanie do prokuratur apelacyjnych, Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu Instytutu Pamięi Narodowej i Naczelnej Prokuratury Wojskowej.

Rada zobowiązała Komisję do przedstawienia Projektu Zbioru do końca bieżącego roku, planując jego ostateczne przyjęcie do dnia 30 czerwca 2012 roku.

## Co zamiast tymczasowego aresztowania?

**Sądy i prokuratorzy wciąż stosują zbyt mało nieizolacyjnych środków zapobiegawczych – wynika z raportu przygotowanego wspólnie przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, Forum Obywatelskiego Rozwoju – FOR oraz Polską Radę Biznesu w ramach wspólnego projektu „Lepszy Wymiar Sprawiedliwości”.**

Raport „Nieizolacyjne środki zapobiegawcze” jest analizą praktyki orzekania w postępowaniu karnym takich środków jak np. poręczenie, dozór policyjny, zakaz opuszczania kraju czy zawieszenie w czynnościach służbowych. Autorzy skonfrontowali orzekanie o tych środkach z praktyką stosowania tymczasowego aresztowania.

Przykładowo, w 2010 r. sądy rejonowe wydały prawie 19 000 postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. W tym samym czasie sądy rejonowe wydały 7000 postanowień o zastosowaniu poręczenia majątkowego, zaledwie 66 postanowień o zastosowaniu poręczenia osobistego i tylko

2 postanowienia o zastosowaniu poręczenia społecznego. Większość ankietowanych w toku przygotowywania raportu adwokatów wskazywała, że niska liczba orzekanych poręczeń społecznych i osobistych wynika z braku zaufania organów postępowania do obywateli oraz braku istnienia ugruntowanych więzi społecznych.

Odrębną kwestią jest różna praktyka stosowania tych środków. W pierwszej połowie 2010 r. w okręgu kieleckim sądy rejonowe zastosowały 735 poręczeń majątkowych, podczas gdy w okręgu zamojskim zastosowano tylko jedno poręczenie majątkowe.

# Warto wprowadzić areszt domowy

Rozmowa z Autorkami Raportu: Dominiką Gmerek i Katarzyną Wiśniewską

■ *Co zainspirowało Panię do podjęcia takiego tematu?*

**Katarzyna Wiśniewska (KW):** Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także praktyki stosowania przepisów k.p.k., skłoniła nas do zastanowienia się, czy od 2009 r., kiedy ETPCz stwierdził, iż w Polsce mamy do czynienia ze strukturalnym problemem w odniesieniu do tymczasowego aresztowania, praktyka ta zmieniła się. Jednakże, raport powstał przede wszystkim po to, aby upowszechnić wiedzę dotyczącą nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Co istotne, podczas opracowywania raportu starałyśmy się przede wszystkim zdiagnozować problemy związane z praktyką ich stosowania.

■ *Jaka była metodologia powstania raportu? Czy wielu prawników (zarówno adwokatów, sędziów, jak i prokuratorów) zdecydowało się odpowiedzieć na przesłany kwestionariusz i czy ich spojrzenie na zadane pytania było diametralnie różne?*

**Dominika Gmerek (DG):** Raport powstał w oparciu o analizę obowiązujących przepisów, orzecznictwo sądów krajowych oraz ETPCz, analizę statystyk uzyskanych w Ministerstwie Sprawiedliwości oraz rozmów z praktykami – tj. sędziami, prokuratorami oraz adwokatami występującymi w sprawach karnych. Rozmowy zostały przeprowadzone z siedmioma adwokatami, ośmioma sędziami oraz dwoma prokuratorami, przebiegały w oparciu o ustalony i udostępniony wcześniej rozmówcom kwestionariusz, z którym można zapoznać się w Raporcie. Praktycy różnili się w ocenie niektórych zjawisk – np. sposobu postępowania sądów odnośnie do oceniania wniosków prokuratorskich o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Zauważalne różnice można zaobserwować również w odniesie-

niu do propozycji rozszerzenia katalogu środków zapobiegawczych. Adwokaci byli zwolennikami wprowadzenia nowego środka w postaci dozoru elektronicznego, z kolei prokuratorzy oraz sędziowie w przeważającej większości nie widzieli takiej potrzeby.

■ *W Raporcie powołujecie się na wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2009 r. w sprawie Kauczor przeciwko Polsce, który jest niejako punktem wyjścia do dalszej analizy praktyki stosowania tymczasowego aresztowania.*

**DG:** Rzeczywiście w Raporcie przytoczony został wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kauczor przeciwko Polsce. Jak wskazałyśmy w Raporcie, ma on charakter tzw. quasi-pilotażowy, co oznacza, iż z jednej strony Trybunał uznał, że dany problem, w tym wypadku tymczasowe aresztowanie, ma charakter systemowy, jednakże nie zamknął skarżącym możliwości składania skarg związanych z naruszeniem praw w tym zakresie. Co istotne, z analizy danych statystycznych, dokonanej przez nas w Raporcie, wynika, iż obecnie zauważalna jest tendencja spadkowa odnośnie do stosowania tymczasowego aresztowania, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż tymczasowe aresztowanie nadal należy do grupy najczęściej stosowanych środków zapobiegawczych. Wydaje się, iż orzecznictwo ETPCz w tym zakresie mogło przyczynić się do zmiany sposobu procedowania organów postępowania.

■ *Odpowiedzialność państwa za niesłuszne tymczasowe aresztowania lub zatrzymania – jaka to skala, ile to kosztuje podatnika? (Z uwzględnieniem także orzeczeń ETPCz.)*

**KW:** Katarzyna Wiśniewska – Z dostępnych w momencie opracowywania raportu danych (ana-

liza danych dotyczyła okresu 2005 r. – I poł. 2010 r.) wynika, iż zauważalny jest spadek wysokości odszkodowań w trybie przewidzianym w art. 552 k.p.k. Jednakże nie mamy wystarczających danych, które umożliwiłyby przesądzenie, że jest to tendencja stała. Nakłady państwa ponoszone z tego tytułu różniły się w zależności od roku, jednakże w badanym okresie kwoty te zawsze przekraczały milion złotych. Podsumowanie orzecznictwa ETPCz i zasądanych przez Trybunał kwot wskazuje, iż w okresie 2005–2010 Polska zapłaciła ponad milion złotych z tytułu naruszenia art. 5 Konwencji w związku z różnymi aspektami stosowania niesłusznego tymczasowego aresztowania. Należy podkreślić, iż dokonując tego podsumowania, nie brałyśmy pod uwagę sum zasądzonych na pokrycie wydatków i kosztów związanych z prowadzeniem postępowań. Pragnę również zaznaczyć, iż kwoty zasądzone w tym okresie dotyczyły także spraw z lat wcześniejszych, a więc na podstawie analizy samych kosztów nie można przesądzać o praktyce stosowania tymczasowego aresztowania w badanym okresie.

■ **Adwokaci wskazali, że dotychczasowa praktyka w zakresie ustalania wysokości odszkodowań budzi wątpliwości. Dlaczego?**

**KW:** Adwokaci wskazywali, iż odszkodowania ustalane w obecnej skali nie realizują funkcji odszkodowawczej w stosunku do osoby, wobec której niewłaściwie zastosowano tymczasowe aresztowanie, a także nie wywierają punitivnego skutku, jaki zasądzenie danej kwoty mogłoby wyrzucić na państwie.

■ **Czy istnieje potrzeba rozszerzenia katalogu środków zapobiegawczych?**

**DG:** Wyniki analizy dotychczasowej praktyki stosowania środków nieizolacyjnych oraz konsultacje

z praktykami doprowadziły nas do konkluzji, że rozszerzenie katalogu środków zapobiegawczych w ograniczonym zakresie jest potrzebne. W Raporcie postulujemy jedynie wprowadzenie jednego środka nieizolacyjnego w postaci tzw. aresztu domowego. Pragnę jednak zaznaczyć, iż jednym z podstawowych wniosków Raportu, a także seminarium eksperckiego, które odbyło się przy okazji jego publikacji, jest stwierdzenie, iż zasadniczym problemem jest praktyka stosowania środków zapobiegawczych, a nie ich niepełny katalog przewidziany przez obecnie obowiązujące przepisy.

■ **Jakie są główne rekomendacje Raportu?**

**KW:** Sformułowane przez nas rekomendacje w dużej mierze dotyczą problematyki stosowania tymczasowego aresztowania. Stoimy na stanowisku, iż konieczne jest popularyzowanie praktyki stosowania środków nieizolacyjnych, również w wymiarze łącznym. Uważamy również, iż w dalszym ciągu należy upowszechniać wśród praktyków orzecznictwo ETPCz. Jednym z postulatów jest także wprowadzenie wyłącznej kompetencji sądu do orzekania o zakazie wykonywania zawodu. Ponadto, zwracamy uwagę na problem przewlekłości postępowań, który jest niezwykle istotny także z punktu widzenia analizowanej problematyki.

**DG:** Szczegółowe rekomendacje raportu dotyczą wprowadzenia nowego środka zapobiegawczego – tj. aresztu domowego. W raporcie analizujemy szereg kwestii związanych z tą koncepcją – m.in. szczegółowe określenie sposobu wykonywania nadzoru nad osobą, wobec której środek ten ma być stosowany.

■ **Dziękuję za rozmowę.**

Katarzyna Zamorowska

## Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej

Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 17 listopada 2011 r. (sygn. akt III CZP 5/11)

Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za uszkodzenie albo zniszczenie pojazdu mechanicznego niesłużącego do prowadzenia działalności gospodarczej obejmuje celowe i ekonomicznie uzasadnione wydatki na najem pojazdu zastępczego; nie jest ona uzależniona od niemożności korzystania przez poszkodowanego z komunikacji zbiorowej.

W pewnym sensie system sądownictwa amerykańskiego jest mniej zintegrowany niż europejski. Oba systemy są systemami federalnymi, jednak w UE rozwija się zasada uznawania wyroków w sprawach karnych i cywilnych sądów z innych państw członkowskich. Unia rozwija współpracę sądową w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne, w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych, silniej niż ma to miejsce w niektórych sytuacjach w USA.



# System *common law* widziany z bliska

Rozmowa z dr. Robertem Grzeszczakiem, adiunktem w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

■ *Uczestniczył Pan w bardzo intensywnym i skondensowanym programowo stypendium naukowym w USA. Proszę o kilka słów wprowadzenia, jakie cele przed Panem postawiono.*

– Departament Stanu USA od lat prowadzi rozwiniętą ofertę stypendialną pod nazwą „*International Visitor Leadership Program*” (<http://exchanges.state.gov/ivlp/ivlp.html>). W ramach tego programu realizowane są różnorodne programy stypendialne. Dotyczą one różnych sfer, ale w każdym przypadku zakładają budowę porozumienia między obywatelami Stanów Zjednoczonych i innych krajów. Dotyczą one wielu sfer życia publicznego (prawnego, politycznego, ekonomicznego czy kulturowego) i są adresowane do, można nazwać, liderów w owych sferach życia.

W październiku i listopadzie wziąłem udział w programie dotyczącym systemu sądowego USA (ang. *U.S. Judicial System*). Jest to program przypominający staże i stypendia badawcze jednocześnie. Projekt miał na celu zbadanie amerykańskiego systemu sądowego w ramach modelu federalizmu i podziału władzy; promowanie idei rządów prawa, zasad kształtowania przejrzystego sądownictwa. W związku z tym opierał się na sferze teoretycznej i praktycznej, która wyrażała się m.in. obserwacją

rozpraw w USA, systemów zarządzania sądami, a także mechanizmami alternatywnego rozwiązywania sporów i mediacji. Przez 3 tygodnie przebywałem w najwyższych instytucjach sądowych tego kraju (w federalnym Sądzie Najwyższym) oraz w sądach różnego szczebla, obserwując procesy z karą śmierci w tle (o zabójstwo z premedytacją), jak też sprawy rozwodowe. Były to sądy w Maryland, Północnej Karolinie, Kentucky i Kalifornii. Spotkań i wizyt było mnóstwo. Odwiedziłem 2 więzienia, obserwowałem pracę detektywów i policjantów w Metro Police Department w Louisville, jej treningi i sposób gromadzenia danych o przestępstwach, pracę różnego rodzaju pozarządowych organizacji, które zajmowały się m.in. zapewnieniem równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla najuboższych, prowadziły kampanie przeciwko karze śmierci, czy też zajmowały się ochroną praw dzieci, odwiedziłem kilka uniwersyteckich szkół prawa, dyskutowałem o pozasądowych formach rozwiązywania sporów w USA, m.in. w znakomitym ośrodku w State University of California.

Moja grupa składała się z 22 osób, pochodzących z całego świata, tj. z państw afrykańskich, dalekiej Azji, Europy i Ameryki Południowej. W przeważającej mierze byli to sędziowie sądów wyższych instancji, a także kilku prokuratorów i akademików.



■ ***Czy patrząc z perspektywy systemu prawa kontynentalnego, system prawa common law jest bardziej efektywny?***

– Jak zwykle bywa z porównaniami, a szczególnie różnych systemów prawnych – są elementy, które funkcjonują lepiej, oraz takie, które nie są efektywne, ale z różnych względów nie poddają się zmianom. Nie podejmę się tu porównania systemów *common law* i *civil law*, to wymagałoby albo tak wielkiej ogólnikowości, że nie przyniosłoby wielu informacji, albo rozpisania się na „tomy”. Trzeba bowiem pamiętać, że przy tego rodzaju porównaniach systemowych *civil law* i *common law* należy wziąć pod uwagę szereg kryteriów, jak np. obszar danego państwa i liczbę jego mieszkańców, uwarunkowania społeczne i ekonomiczne, geograficzne czy kulturowe. Szczególnie w USA są to ważne czynniki, które decydują o m.in. szalenie skomplikowanej sytuacji systemu penitencjarnego (o czym będę szerzej mówił).

System prawny Stanów Zjednoczonych dzieli się na prawo ustawowe (*statutory law*) i prawo precedensowe (*case* albo *common law*). Pierwsze obok konstytucji federalnych i stanowych składa się z szeregu różnych aktów prawa stanowionego, w szczególności ustaw (ang. *statute*). Natomiast *common law* jest tworzone na podstawie rozstrzygnięć uprzednio przyjętych we wcześniejszych wyrokach sądowych (tzw. precedensy *de iure* – prawotwórcze). Sąd sam ustanawia normę prawną, w przypadku gdy brakuje podstaw w prawie pisanym do rozstrzygnięcia danej sprawy. Powstaje w ten sposób precedens, który staje się podstawą rozstrzygnięcia w przyszłości takich samych bądź bardzo podobnych spraw.

Czy system ten lepiej funkcjonuje? Trwa siłą tradycji i dla osób z systemu prawa kontynentalnego

zwyczajeni do funkcjonowania w systemie precedensowym. Ale zauważalna jest tendencja do regulacji wielu sfer życia w USA. Z kolei w naszym systemie rośnie znaczenie orzeczeń precedensowych, tak tych unijnych, jak również krajowych. Mamy tu do czynienia z wzajemną erozją czystych modeli, kontynentalnego i precedensowego – takie czasy.

■ ***Jak w praktyce działa system precedensowy?***

– Pojawiające się ustawy rugują prawo precedensowe, choć i ta konstatacja jest pewnym uogólnieniem. Trzeba pamiętać i rozróżniać prawo stanowione stanowe i prawo stanowione federalne, co więcej – należy rozróżniać także precedensy federalne i precedensy (tych znacznie więcej) stanowe. Systemy te, jak to w federacji, nakładają się, czasami konkurują ze sobą, a nierzadko zdarza się, że skarżący wybiera sobie bardziej dogodny system – stanowy lub federalny. Z pewnością w systemie precedensowym trudniejsze są studia prawnicze, myślę, że także praca sędziego wymaga jeszcze większego zaangażowania, a w związku z tym jest tam potrzeba tak wielu prawników, których praca tak wiele kosztuje. Chyba z tego powodu też w USA jest tak dużo złośliwych dowcipów o prawnikach.

■ ***Jak ocenia Pan system sądowniczy w USA? Czy podział na sądy federalne i stanowe jest przejrzysty? I co najważniejsze, czy ten podział można by w pewnej mierze porównać do systemu sądownego w Unii Europejskiej, gdzie poszczególne państwa posiadają swój system sądowniczy, a na poziomie unijnym mamy Trybunał Sprawiedliwości UE i Sąd (dawny Sąd Pierwszej Instancji)?***

– System sądowniczy w USA jest bardzo skomplikowany. Każdy kolejny dzień pobytu potwierdzał tę konstatację. Patrząc „ustrojowo” – władza sądowa

**Jeżeli sędziowie są mianowani, to pełnią funkcje bezterminowo, a nawet dożywotnio. Do usunięcia sędziego może dojść tylko w drodze impeachmentu.**

wyduje się zbyt skomplikowany, wieloznaczny i trudny tym samym do akceptacji. Z pewnością odwrotnie wygląda to w opinii tych, którzy są przy-

nicza w USA jest silna i niezależna, stanowi w systemie ustrojowym USA równorzędny do egzekutywy i legislatywy człon tego, co nazywa się syste-

mem hamulców i równowagi (ang. *check and balance*). Rzeczywiście władze tam wzajemnie się równoważą. Władza sądownicza wykonuje zadania kreacyjne, gdy wydaje wyroki o charakterze precedensów – tworzy wówczas nowe prawo. Sądy pełnią funkcje interpretacyjne – wobec aktów Kongresu i władzy wykonawczej – podobnie na poziomie stanów, a wreszcie są wyposażone w silne funkcje projektodawcze, mają bowiem prawo do orzekania w zakresie legalności aktów prawnych z konstytucją.

To, co może zaskakiwać – to fakt, że sędziowie w USA są wybierani przez lokalne społeczeństwo, część sędziów jest mianowana. Wybory, na poziomie sądownictwa stanowego, są przeprowadzane co pewien czas. W efekcie kadencje sędziów są zróżnicowane w poszczególnych sądach i stanach i trwają zazwyczaj od 5 do 9 lat. Jeżeli sędziowie są mianowani, to pełnią funkcje bezterminowo, a nawet dożywotnio. Do usunięcia sędziego może dojść tylko w drodze impeachmentu. Mianowani są sędziowie w stanowych Sądach Najwyższych, przy czym na określoną kadencję (np. w Północnej Karolinie na 9 lat) a w przypadku federalnego Sądu Najwyższego mianuje dożywotnio Prezydent.

Sądy tworzy Kongres, który określa ich właściwość i organizację, a także wynagrodzenie sędziów. Natomiast sędziów sądów federalnych mianuje Prezydent, jeżeli stanowisko zwolni się w wyniku rezygnacji lub śmierci. Sądownictwo federalne składa się z trzech szczebli. Są to sądy dystryktowe, apelacyjne i wspomniany Sąd Najwyższy. Sądy dystryktowe są sądami najniższymi w hierarchii, rozstrzygają sprawy cywilne i karne w I instancji, w składzie jednego sędziego zawodowego i ławy przysięgłych. Takich sądów jest w sumie 94. Z kolei sądy apelacyjne, których jest 13, są sądami odwoławczymi od wyroków sądów dystryktowych (II instancja).

Jurysdykcja sądów federalnych określona jest przede wszystkim konstytucyjnie i ustawowo. Podlegają jej wszystkie sprawy wynikające z konstytucji, ustaw federalnych i traktatów, spory, których stroną są Stany Zjednoczone, spory między stanami, spory między mieszkańcami różnych stanów, między stanami a obywatelami innego stanu itp. Specyfiką drogi instancyjnej na szczeblu federalnym

jest przede wszystkim to, iż Sąd Najwyższy ma dużą swobodę w doborze odwołań przyjętych do rozpoznania. Wybiera on, poza ściśle określonymi wyjątkami, gdy nie może odmówić rozpatrzenia odwołania, tylko te sprawy, które jego zdaniem dotyczą istotnego problemu federalnego.

Sąd Najwyższy, w którym spędziłem kilka dni, to instytucja ciesząca się olbrzymim autorytetem. Możliwość wyboru sędziów Sądu Najwyższego (jest ich tylko 9) jest jednym z najważniejszych uprawnień prezydenta. Prezydent zwykle wybiera kandydatów, którzy mają podobny system wartości. W ten sposób urzędujący prezydent może wycisnąć trwale piętno na amerykańskim życiu politycznym, gdyż nominowany przez niego sędzia może służyć przez wiele lat po jego odejściu. Po wybraniu kadencja sędziego jest nieograniczona i z reguły służą oni do momentu, gdy wiek lub pogarszający się stan zdrowia skłoni ich do dobrowolnego odejścia na emeryturę. Ten system ma zapewnić pełną niezawisłość sędziów i uwolnić ich od jakichkolwiek presji politycznych. Podczas pobytu w SN poznałem pierwszą kobietę na stanowisku sędziego, Sarę O'Connor, która jest sędzią emerytowaną i wciąż pojawia się w SN, nie pracuje jednak w składach orzekających.

Stanowy system sądowniczy jest niezmiernie skomplikowany. Sądownictwo stanowe rozstrzyga sprawy niezastrzeżone dla sądów federalnych. Każdy stan inaczej ustala strukturę swego sądownictwa, ale na czele sądów stanowych zawsze stoi stanowy Sąd Najwyższy.

W amerykańskim systemie podziału władz i przy uwzględnieniu istotnej roli prawa precedensowego w tym systemie, rola sądów, w szczególności Sądu Najwyższego, dalece wykracza poza pozycję sądów znaną na gruncie kontynentu europejskiego. W Europie kontynentalnej sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości i rozstrzygają spory cywilne i karne na podstawie obowiązujących aktów prawnych.

Co interesujące – w pewnym sensie system sądownictwa amerykańskiego jest mniej zintegrowany niż europejski. Oba systemy są systemami federalnymi, jednak w UE rozwija się zasada uznawania

wyroków sprawach karnych i cywilnych sądów z innych państw członkowskich. Unia rozwija współpracę sądową w sprawach cywilnych mających skutki transgraniczne, w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych, silniej niż ma to miejsce w niektórych sytuacjach w USA. Trzeba bowiem pamiętać, że USA to federacja o bardzo silnych różnicach między stanami, tak w zakresie prawa, jak i w wielu innych aspektach. Problemem, który nie zostaje rozwiązany, jest kwe-

lizowany, którego uosobieniem jest ETS, oraz zdecentralizowany, którego emanacją są sądy krajowe.

#### ■ Czy w USA funkcjonują rozbudowane systemy bezpłatnej pomocy prawnej?

– W Stanach Zjednoczonych istnieje uregulowana systemowo pomoc prawna (tzw. *legal aid*) w sprawach karnych i cywilnych. W połowie ubiegłego wieku zyskały na znaczeniu fundacje i stowarzyszenia

**ETS nie może dodawać niczego do swojej jurysdykcji, która ma charakter szczegółowy, a nie generalny. W UE funkcjonują dwa poziomy ochrony sądowej: scentralizowany, którego uosobieniem jest ETS, oraz zdecentralizowany, którego emanacją są sądy krajowe.**

stia uznania (a raczej nieuznania) odrębnych standardów prawnych w sytuacjach transgranicznych. W efekcie małżeństwo jedнопłciowe legalnie zawarte w Kalifornii nie będzie uznawane i nie będzie rodziło żadnych praw dla małżonków w wypadku ich przeprowadzenia się do Północnej Karoliny. Podobnie wygląda kwestia legalizacji innych różnic w standardach prawnych w poszczególnych stanach. W UE obserwowana jest tendencja, silnie wzmacniana przez ETS, aby w przypadkach transgranicznych tego rodzaju różne standardy i wynikające z tego prawa były respektowane przez państwa przyjmujące, zgodnie z ogólną zasadą niedyskryminacji i ochroną praw słusznie nabytych.

Same sądy, tj. SN w USA i ETS w UE, wykazują wiele podobieństw, już z tej racji, że pełnią podobne funkcje, tj. sądów konstytucyjnych, pracy, administracyjnych czy międzynarodowych. Jednak ETS jest sądem w organizacji międzynarodowej, a nie w państwie. Więc jurysdykcja ETS jest ograniczona i określona przez zasadę jurysdykcji powierzanej. Oznacza ona, że ETS korzysta z jurysdykcji tylko wtedy, gdy stosowna podstawa kompetencyjna została mu powierzona w Traktacie, inaczej wygląda to w przypadku federalnego SN. Oznacza to też, że ETS nie może dodawać niczego do swojej jurysdykcji, która ma charakter szczegółowy, a nie generalny. W UE funkcjonują dwa poziomy ochrony sądowej: scentra-

prowadzące różne programy usług prawnych wspierających walkę z ubóstwem. Przyczyniły się do rozwoju zakresu bezpłatnej pomocy prawnej i zależnie od stanu, funkcjonuje ona w formie całościowego lub częściowego zwolnienia z opłat sądowych, udzielania informacji prawnej, udzielania poradnictwa prawnego, a nawet zapewnienia bezpłatnej reprezentacji podczas procesu. W 1974 r. Kongres USA utworzył tzw. Legal Services Corporation (LCS), która do dziś funkcjonuje jako niezależna i niedochodowa organizacja i promuje równy dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Zajmuje się także rozdzielaniem budżetowych (federalnych) dotacji instytucjom wyspecjalizowanym w udzielaniu pomocy prawnej, w tym kancelariom czy klinikom prawa funkcjonującym przy uniwersyteckich szkołach prawa, a także organizacjom użyteczności publicznej. To bardzo wzmacnia pozycję klinik uniwersyteckich, które poprzez granty dostają znaczące źródła finansowania swojej działalności. Jest to coś, czego w Polsce nie udało się skonstruować.

Do najczęstszych spraw, z którymi zwracają się osoby ubiegające się o pomoc prawną, należą kwestie związane z pozbawieniem prawa do zasiłku, przemoc w rodzinie, sprawy imigracyjne, ochrona konsumentów oraz sprawy związane z szeroko rozumianą dyskryminacją. Koszty pomocy prawnej ponoszą podatnicy danego stanu (finansowanie z bu-

dżetu), organizacje pozarządowe (fundacje, stowarzyszenia), a także sami zainteresowani jej uzyskaniem (finansowanie z polis ubezpieczeniowych). Kryteria udzielania pomocy zależą od rozwiązań w przyjętych w poszczególnych Stanach i różnią się między sobą. O zakresie przysługujących jednostce praw w tym zakresie decyduje np. w Kalifornii fakt legalności zamieszkania lub przebywania na terytorium, rodzaju sprawy czy wysokości uzyskiwanych dochodów i odprowadzania podatków.

Muszę przyznać, że skala zaangażowania organizacji pozarządowych w przebieg procesu jest w USA olbrzymia. Z pewnością realizują one zasadę równego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, jednak często bardzo przedłużają postępowanie. W efekcie często traciłem wątek, kto, w jakim zakresie i z jakim umocowaniem występuje po stronie oskarżonego i jakie są konsekwencje przedstawianych ekspertyz i opinii.

### ■ *Czy arbitraż i mediacja są bardziej popularne niż w Polsce?*

– Tak, zdecydowanie arbitraż i mediacje są w USA bardziej popularne i rzeczywiście często obecne w praktyce sądowej. Co zresztą nie jest trud-

zupełnie nieznaną, mam na myśli zaangażowanie sędziego, który z wielką charyzmą prowadził te rozmowy. Ale nie tylko sędzia zajmuje się „mediacyjną agitacją”. W Waszyngtonie pracownicy *Multi-Door Division Dispute Resolution* przedstawiali wielowątkową rolę we wspieraniu stron podczas rozstrzygnięcia sporów w drodze mediacji i innych alternatywnych do procesu sposobów.

W USA jest wiele ośrodków zajmujących się szkoleniem mediatorów, propagowaniem arbitrażu. A co najważniejsze – przedsiębiorcy i jednostki nie obawiają się korzystania z tych pozasądowych form rozwiązywania sporów.

### ■ *Kolejna kwestia, o którą muszę zapytać, to więziennictwo. Czy podczas swojego pobytu wizytował Pan także „prywatne” więzienia?*

– Odpowiadając na pytanie – nie, wizytowałem tylko publiczne więzienia. Amerykański system penitencjarny jest niezmiernie trudnym zagadnieniem, a jest tak z wielu względów, m.in. przez fakt wykonywania kary śmierci i bardzo wysoki procentowy wskaźnik osadzonych w więzieniach. W USA każdego roku ponad 2 miliony (sic!) osób przebywa w więzieniach. W 37 stanach za najcięższe zabój-

Do najczęstszych spraw, z którymi zwracają się osoby ubiegające się o pomoc prawną, należą kwestie związane z pozbawieniem prawa do zasiłku, przemoc w rodzinie, sprawy imigracyjne, ochrona konsumentów oraz sprawy związane z szeroko rozumianą dyskryminacją.

ne. Arbitraż i mediacje rozwijają się w Polsce od niedawna, co wiąże się ze zmianami ustrojowymi, jakie zaszły po 1989 roku. W sądzie wyższym w San Mateo (Kalifornia) spędziłem kilka godzin obserwując, jak w praktyce prowadzone są mediacje w sądzie. W sprawach tak karnych, jak i cywilnych, sędzia zachęcał do podjęcia mediacji. Gdy strony decydowały się, przeprowadzane były telefoniczne uzgodnienia, prowadzone przez sędziego, co do daty i zakresu mediacji. Rzecz w naszych warunkach

stwa orzekana i wykonywana jest kara śmierci. W USA średnio na 100 000 mieszkańców jest 750 więźniów. Kosztuje to rocznie ponad 60 miliardów dolarów. System więziennictwa opiera się na więzieniach państwowych (federalnych i stanowych), więzieniach prywatnych lokalnych, miejskich, więzieniach danych hrabstw, a także więzieniach specjalnych, np. dla Indian czy wojskowych. To, w którym więzieniu odbywana jest kara, zależy m.in. od rodzaju przestępstwa czy wykroczenia i dłu-

gości zasądzanego więźnia. Na „rynku” funkcjonują trzy najważniejsze prywatne firmy prowadzące więzienia, są to: Corrections Corporation of America, GEO Group i Cornell Companies.

Przygnębiający obraz amerykańskiego systemu penitencjarnego pogłębia struktura wiekowa i etniczna więźniów, najczęściej są to młodzi mężczyźni, w miarodajnej większości Afro-Amerykanie. Większość z więźniów to stosunkowo młodzi mężczyźni. W USA w dowolnej chwili około 20% mężczyzn – czarnych lub pochodzenia latynoskiego – przebywa w więzieniu. Kwestie więziennictwa uznawane są jako wyłączne kompetencje władzy wykonawczej.

Problem prywatyzacji więzień wciąż wywołuje wiele dyskusji w USA. Ja sam nie byłem w żadnym prywatnym więzieniu. Odwiedzałem stanowe centralne więzienie Karoliny Północnej oraz więzienie dla kobiet w Kenttacky. Posiadały one systemy licencji, odnawianych co pewien czas, które wywieszane były zaraz przy wejściu i świadczyły o zachowaniu odpowiednich standardów. Obok *stricte* prywatnych więzień, w których na podstawie umowy określone są stawki diet i wynagrodzeń za każdego więźnia osadzonego w tym więzieniu, występuje pewna prywatyzacja obsługi więzień państwowych.

W więzieniu w Północnej Karolinie obserwowaliśmy strukturę ciężkiego więzienia. Jest to olbrzymie przedsięwzięcie logistyczne. Było to dla mnie trudne, ale i pouczające doświadczenie, szczególnie wizyta w sali egzekucji i następnie spacer po poziomie więzienia, gdzie osadzeni byli skazani na karę śmierci (w sumie 156 osób).

■ ***Czy proces/rozprawa w USA wygląda zupełnie inaczej niż u nas? W jaki sposób sporządza się protokół z rozprawy. Czy jest to stenogram czy zapis elektroniczny?***

– Pierwszą i zasadniczą różnicą jest ława przysięgłych i jej decyzja o uznaniu za winnego lub niewinnego. Rola sędziego przypominała w pewnych przypadkach bardziej rolę kierującego (chairmana) niż decydującego.

Różnic jest całe mnóstwo. Począwszy od tego, że sędzia w USA jest właściwy do każdego rodzaju spraw, nie ma tam specjalizacji na sędziów rodzin-

nych, gospodarczych czy karnistów, etc. Zależnie od stanów, ale coraz rzadziej można spotkać pisemne sporządzanie protokołów. Stenogram jest już bardzo „*de mode*”. Sprawy są rejestrowane elektronicznie w całości, zeznania rejestrowane – czasami także poza salą rozpraw i odtwarzane dla ławy przysięgłych, gdy np. świadek jest osadzony w więzieniu. Częstym widokiem są łańcuchy na rękach oskarżonych, wobec których zastosowano areszt, ubranych w jaskrawe kombinezony. Znamy te obrazy z filmów.

■ ***Czy podczas spotkań w sądach amerykańskich zaskoczyło Pana coś w ich praktyce?***

– Rzeczywiście, niektóre rozwiązania praktykowane tradycyjnie w sądownictwie amerykańskim, szczególnie w pierwszym momencie zetknięcia z nimi, zaskakują – począwszy od wspomnianego systemu wyborów sędziów. Wybory te, zależnie od stanu i rodzaju sądu, odbywają się co 5, 7, a nawet co 9 lat. Jest to zaskakujące. Jak w takim wypadku można mówić m.in. o nieupolitycznieniu władzy sądowniczej? Wybory sędziów rządzą się własnymi zasadami. Nie ma tu kampanii wyborczej, przypominającej wybory do np. władz samorządowych. Rzecz dzieje się bez większego rozgłosu. I myślę, że sama instytucja wyborów sędziów, jak również prawników pracujących dla wymiaru sprawiedliwości, np. obrońców, jest archaiczna. Jednak Amerykanie są bardzo przywiązani do tradycji. To tłumaczy funkcjonowanie wielu archaicznych rozwiązań, m.in. w wyborach prezydenckich, które są bardzo drogie, czasochłonne i skomplikowane.

Zaskakuje system kontroli bezpieczeństwa przy wejściu do sądów. Przypomina on procedurę kontroli, jaką spotyka się na lotniskach. Trzeba jednak pamiętać, że w USA panuje wolność posiadania broni. Prawo to doznaje tylko pewnych ograniczeń, w zależności od rozwiązań przyjętych w poszczególnych stanach.

■ ***System nauczania prawa – jakie widzi Pan różnice i podobieństwa z polskim standardem kształcenia uniwersyteckiego (na podstawie Pańskiego doświadczenia dydaktycznego)?***

– Wizyty w sądach i instytucjach związanych z wymiarem sprawiedliwości, pojawiały się często spotkania na uniwersytetach, tych większych i zna-

nych, jak np. Georg Town University z Waszyngtonu, Univeristy of California w San Francisco czy Duke w Durham, ale także małych, jak np. Campbell University w Raleigh (Północna Karolina).

W systemie amerykańskim jest wiele różnic w porównaniu z systemem wypracowanym w Polsce (także w Europie kontynentalnej w ogóle). Wykształcenie prawnicze zdobywa się na wydziałach prawa wyższych uczelni, zwanych szkołami prawa (*law schools*). Wstępnym warunkiem rozpoczęcia stu-

diów prawniczych jest ukończenie 4-letnich studiów w tzw. *college'u* Studenci najczęściej kończą swoją przygodę ze studiami już po 3 latach. Mogą kontynuować studia przez kolejne 2 lata. Jednak już po 3 mogą starać się o przyjęcie do korporacji prawniczych.

uniwersytetów (państwowych – stanowych) funkcjonują szkoły wyższe niebędące uniwersytetami, gdzie również można zdobyć uprawnienia prawnicze, nie cieszą się one jednak większą popularnością.

Sam tryb edukacji jest podobny. Są to wykłady, seminaria, kliniki prawa, przedmioty obowiązkowe i te do wyboru. Chyba najbardziej uderza praktyczny wymiar studiów prawniczych. Każda ze szkół stara się prowadzić tzw. *moot court*, gdzie studenci, pod

## Perspektywy kariery zawodowej absolwentów wydziałów prawa zależą przede wszystkim od uzyskanych przez nich ocen oraz od renomy ukończonej przez nich szkoły prawa. To także jest odmienne niż w Polsce.

diów prawniczych jest ukończenie 4-letnich studiów w tzw. *college'u* Studenci najczęściej kończą swoją przygodę ze studiami już po 3 latach. Mogą kontynuować studia przez kolejne 2 lata. Jednak już po 3 mogą starać się o przyjęcie do korporacji prawniczych.

Perspektywy kariery zawodowej absolwentów wydziałów prawa zależą przede wszystkim od uzyskanych przez nich ocen oraz od renomy ukończonej przez nich szkoły prawa. To także jest odmienne niż w Polsce. W USA, jak pokazują różnego rodzaju rankingi i badania statystyczne karier absolwentów, jest około 15 wiodących szkół prawa. Szkoły te praktycznie gwarantują zdobycie pracy. Kryteria naboru studentów prawa są zróżnicowane. Z reguły najlepsze szkoły wymagają przedstawienia bardzo dobrego wyniku z egzaminu zdanego jeszcze podczas studiów w *college'u* (jest to tzw. testu LSAT: *Legal Scholastic Aptitude Test*). Pewną rolę pełni także jakość ukończonego *college'u* oraz średnia ocen. Istotne dla oceny kandydata na studia prawnicze są także jego osiągnięcia w dziedzinach niezwiązanych ze studiami w *college'u*, takie jak na przykład zaangażowanie w działalność społeczną. Jak widać – jest to zdecydowanie bardziej złożony proces niż w Polsce.

Odmienne jest również też to, że w USA najlepsze uniwersytety są prywatnymi szkołami. Obok

okiem profesorów i praktyków, prowadzą postępowania imitujące postępowanie w sądzie (np. apelacyjnym lub arbitrażowym). „*Moot*” w prawniczym języku angielskim określa inscenizację rozprawy sądowej. Studenci uczą się w ten sposób występować w sądach. W USA jest to jedna z podstawowych i bardzo cenionych form „pozalekcyjnej” nauki prawa. Studenci spędzają przynajmniej jeden semestr w danym *moot court*, pracując nad wystąpieniami i pisząc wystąpienia w roli obrońcy czy oskarżyciela. W Polsce znamy konkursy *moot court*. Szkoda, że na większości uczelni nie ma nawet sal zorganizowanych na wzór sal rozpraw i specjalnych przedmiotów o tak praktycznym profilu.

W amerykańskich szkołach prawa prowadzone są liczne kliniki prawa. Są one dumą poszczególnych uczelni. Polegają one na tym, że studenci uczestniczą w prowadzeniu spraw dla zgłaszających się do klinik klientów. Kliniki te są wyspecjalizowane w określonej dziedzinie, np. praw dziecka i nieletnich. Kliniki prawa pojawiają się na polskich uczelniach w ostatnich latach w formie studenckich uniwersyteckich poradni prawnych. Wciąż jednak owa forma praktycznej nauki prawa jest u nas traktowana po macoszemu.

■ *Dziękuję za rozmowę.*

Katarzyna Zamorowska

Podnoszono obawy, że dzieci będą donosić na dorosłych, że rodzice będą karani więzieniem za tzw. „klapsa”, ale tak nie jest.

# Legislacja w obronie dziecka

Rozmowa z Markiem Michalakiem,  
Rzecznikiem Praw Dziecka



■ *Wchodzimy w nową kadencję Sejmu. Jakie swoje sukcesy z czasu minionej kadencji uważa Pan za najważniejsze, jakie najważniejsze problemy do rozwiązania wskazałby Pan na czas kolejnej?*

– Prawa dziecka są taką dziedziną życia, że ile byśmy zrobili, zawsze będą przed nami jeszcze kolejne wyzwania. Z ostatniej kadencji Sejmu z pewnością warto odnotować epokowe osiągnięcie, jakim było wprowadzenie zakazu bicia dzieci. To zasada fundamentalna, która powinna być przestrzegana od zawsze, i dobrze, że w końcu i u nas zaczęła obowiązywać. Przyjąłem to jako mój główny priorytet, kiedy Parlament powierzał mi tę zaszczytną funkcję. Niewątpliwie sukcesem było uchwalenie pierwszej w naszej rzeczywistości ustawy o wspieraniu rodziny, uznającej jej priorytet jako tego, co najlepsze i najważniejsze dla młodego człowieka. Chodziło także o możliwości ustanowienia pieczy zastępczej, ale na pierwszym miejscu było wsparcie rodziny.

Bardzo liczę od stycznia przyszłego roku na działalność asystentów rodzinnych, którzy będą mogli wejść w razie potrzeby do zagrożonych domów i pomóc tam bez podejmowania drastycznych decyzji. Profilaktyka jest bowiem najważniejsza, zapobieganie winno wyprzedzać leczenie, a ta ustawa jest właśnie głęboko prewencyjna. Prewencji będą bowiem służyć także grupy interdyscyplinarne, powoływane w tym obszarze w gminach, rozpoznające z wyprzedzeniem problemy rodzinne. Dopiero gdy

dziecku zagrozi niebezpieczeństwo, zacznie się rola systemu pieczy zastępczej, też bardziej związanej z rodziną niż z placówką opiekuńczą, która stanowi ostateczność.

Za sukces uznałbym także wycofanie z obrotu codziennego dopalaczy, mających wpływ na demoralizację młodych ludzi. Przy czym trzeba tu podkreślić szybkość i skuteczność podjętych działań.

W sferze działalności samego Rzecznika dobrze się stało, że dostał on kompetencje, dzięki którym może realnie uczestniczyć w naprawianiu rzeczywistości. Pokazują to statystyki podejmowanych spraw i sposobów ich załatwiania. O ile w 2008 r., kiedy obejmowałem urząd, było ich w połowie roku 4 tys., na koniec już 10,5 tys., to w 2009 r. 14,5 tys., a w 2010 r. już prawie 20 tys. To nie oznacza, że dzieci mają więcej problemów, choć stwarzają je nowe wyzwania cywilizacyjne, ale wzrosła rozpoznawalność i zaufanie do urzędu rzecznika. Ta liczba spraw pokazuje, że jest potrzebna młodym ludziom instytucja, specjalizująca się w udzielaniu im pomocy.

■ *A problemy do rozwiązania?*

– Ze spraw ważnych do załatwienia wymieniałbym przede wszystkim profilaktykę zdrowotną, której obecnie nie mamy w wystarczającym i dostępnym dla dzieci zakresie. Kilkanaście lat temu wyprowadzono z placówek oświatowych medycynę szkolną. To był niedobry krok, ale nie da się już

tęgo odtworzyć choćby ze względu na to, że nie mamy dziś takiej liczby lekarzy specjalistów. Mój pomysł, przedyskutowany już z Polskim Towarzystwem Pediatrycznym, jest taki, by raz do roku w każdej placówce zjawiał się lekarz i badał od stóp do głów każde dziecko. Robione są bilanse stanu zdrowia, ale one na czym innym polegają, a istotne jest, żeby dzieci poddane były realnej, żywej profilaktyce. W sprawie profilaktyki stomatologicznej zaproponowałem wprowadzenie mobilnych dentobusów, które dojeżdżałyby do szkół, leczyły i jechały dalej. Bo z gabinetami stomatologicznymi też już nie da się tam wrócić. Nie byłoby pewnie nawet gdzie ich usytuować.

■ **Przejął Pan niedawno przewodniczenie Europejskiej Sieci Rzeczników Praw Dziecka ENOC, których spotkanie miało miejsce w Warszawie. Jak Pan może porównać swoją działalność z działalnością Pańskich kolegów?**

– Nie w każdym kraju powołano instytucję Rzecznika Praw Dziecka, mimo że jest to jednym z głównych zaleceń Komitetu Praw Dziecka ONZ i Rady Europy. Czasami działania dotyczące dzieci prowadzi Rzecznik Praw Obywatelskich, czasami ma swego pełnomocnika, ale są kraje odważne, które zdecydowały się zauważyć tę dziecięcą wyjątkowość. Polska w tej dziedzinie zrobiła największy krok do przodu, ustanawiając Rzecznika Praw Dziecka jako organ konstytucyjny i dając mu całkowitą niezależność w podejmowaniu konkretnych działań, z uprawnieniami procesowymi włącznie, oraz niezawisłość w podejmowaniu decyzji. Trudno byłoby znaleźć drugiego rzecznika z podobnymi możliwościami. Polski Parlament poszedł tu najdalej, pokazując, że dziecko w Polsce jest obywatelem takiej samej kategorii co osoba dorosła.

■ **Jest Pan na swym urzędzie niezwykle aktywny. W ciągu pięćdziesięciu dni nowego roku szkolnego naliczyłem ponad pięćdziesiąt Pańskich spotkań, w większości wyjazdowych. Czy nie odczuwa Pan potrzeby większej pracy „u podstaw”?**

– To, że rzecznik dokądś pojedzie, nie znaczy, że wyjeżdża całe biuro, które działa na co dzień, podejmując wiele spraw indywidualnych i systemowych, dbając o przyjęte priorytety. Ponieważ to wszystko dobrze działa, rzecznik częściej może się

pojawiać w terenie. W pierwszym roku było inaczej: ja poznawałem urząd, urząd poznawał mnie. Teraz urzędnicy są w stanie przewidzieć, jaki kierunek przyjąłbym w danej sprawie. Moje wyjazdy są zresztą bardzo ważne dla dzieci. Dzięki temu ich przedstawiciel jest naprawdę ich przedstawicielem, a nie jakimś panem znanym tylko z telewizji, osadzonym gdzieś tam w stolicy, jak większość urzędów centralnych. Chcę, żeby dzieci miały poczucie, że rzecznik jest ich rzecznikiem, że przyjeżdża do nich, rozmawia z nimi. Ja te spotkania w terenie nie zwykle cenię. Polska jest długa i szeroka. Są różne miejsca, dokąd warto zajrzeć, gdzie warto wysłuchać ludzi, którzy tam pracują, żeby potem formułować jakieś generalne wnioski. My tutaj nadajemy pewien ton, Parlament tworzy ustawy, rząd wydaje rozporządzenia, ale one później są weryfikowane przez kogoś działającego na co dzień w terenie i ważne jest, żeby ten rzetelny, realny głos zderzenia teorii z praktyką móc usłyszeć i móc wyciągnąć z tego wnioski. Nie wyobrażam sobie tego inaczej. Prośb o spotkanie i zaproszeń wpływa do mnie bardzo dużo. Nie wszędzie dojadę, czasem musi wystarczyć mój list, ale tam, gdzie mogę, staram się być obecnym. Do minimum ograniczyłem wyjazdy zagraniczne.

■ **W jaki sposób realizuje Pan swe podstawowe zadanie „stania na straży praw dziecka”. W jakich obszarach te prawa są w Polsce przede wszystkim naruszane? Co dzieje się, by tę sytuację poprawić?**

– Trzeba zdać sobie sprawę, że rzecznik stoi na straży praw dziecka, ale nie wypełnia zadań za inne instytucje do tego powołane. Monitorując sytuację dzieci w Polsce w różny sposób – poprzez kontakty osobiste, listowne i mailowe, analizę doniesień mediów, poprzez zlecane przez siebie badania – podejmuje działania wtedy, kiedy widzi, że któraś z instytucji tych praw nie przestrzega lub wręcz łamie. Stąd formułuję płaszczyzny aktywności rzecznika następująco: działania indywidualne w przypadku informacji o krzywdzie jakiegoś Jasia czy Małgosi, konsultacje przy formułowaniu nowego prawa lub ingerencja w stare, w drodze mego wystąpienia generalnego, gdy dostrzegam konflikt z prawami dziecka (w ubiegłym roku takich wystąpień było około 150, ze wszystkich właściwie dziedzin). Wreszcie sama promocja praw dziecka. Nigdy nie będzie tak, by nie było to potrzebne. Na tym także polega profi-



laktyka. Jeśli dzieci będą znały swoje prawa, będą żyły w obszarze ich przestrzegania, to istnieje duże prawdopodobieństwo, że będą w przyszłości same przestrzegać praw innych. Dorosłych też trzeba przekonywać, że prawa dziecka nie stoją w konflikcie z ich prawami, tylko wprost przeciwnie, jest to coś, co pomaga nam wszystkim żyć, co z dzieci uczyni bardziej odpowiedzialnych dorosłych.

■ **„Dziecko zasługuje na życie bez przemocy” to hasło konferencji, zorganizowanej we wrześniu pod Pana honorowym patronatem. Zasługuje... ale czy żyje bez niej? Co Pan robi, by tak się stało?**

– Tak być powinno. To dogmat – że każdy człowiek, w tym każde dziecko, ma żyć bez przemocy. Dzieciństwo to jest ten okres, kiedy człowieka można najbardziej skrzywdzić. Różne są formy przemocy. Niewątpliwie wprowadzenie zakazu bicia dzieci to był ogromny, konieczny, fundamentalny krok do przodu. My, dorośli, pozwoliliśmy sobie odebrać przywilej traktowania młodego człowieka z góry, poprzez stosowanie przemocy. To zaowocuje za ileś lat, gdy w życie wejdzie pokolenie wychowane bez bicia. Czasem nazywamy to błędnie wychowaniem bezstresowym. Ale to nie znaczy, że dziecku wolno wszystko, że nie stawiamy mu żadnych granic.

Dziecku potrzebna jest miłość, ale potrzebne są także granice. Jednak egzekwując cokolwiek od dziecka, wcale nie musimy używać przemocy. Egzekwujemy tak, jak chcielibyśmy, by egzekwowano to od nas samych. A my czasem idziemy na skróty, zapominając, że odbiera to nam autorytet, a dziecku często chęć życia, że wychowujemy w ten sposób człowieka sfrustrowanego, który innym tę frustrację będzie oddawał. Bici biją. Nie bij mnie, to ja nie będę bił. Ale oczywiście zakaz zakazem, a potrzebna jest jeszcze weryfikacja zakazu przez życie. Dysponuję nieopublikowanymi jeszcze wynikami badań na temat przyzwolenia społecznego na bicie dzieci. Kiedy zaczynaliśmy rozmowy o wprowadzeniu tego zakazu, to przyzwolenie było na poziomie 78 proc. Teraz, po roku obowiązywania zakazu, spadło do 69 proc. To już jest pewien efekt edukacyjny. To jest wciąż dużo, ale przyzwolenie maleje.

Podnoszono obawy, że dzieci będą donosić na dorosłych, że rodzice będą karani więzieniem za tzw. „klapsa”, ale tak nie jest. Natomiast, i to jest pocię-

szające, więcej ludzi zaczęło się interesować losem dzieci, że interweniują sąsiedzi, że wraca ludzka wrażliwość. Bardzo ważną rolę odgrywają w tym kampanie społeczne, które zapobiegają krzywdzie dziecięcej. To pokazuje, że można żyć inaczej. Bardzo mnie cieszą, odważne, indywidualne wypowiedzi ludzi, którzy mówią: ja wychowuję dziecko bez bicia, i są z tego dumni. Co ważniejsze, odchodząc od bicia, musimy znaleźć dla dziecka więcej czasu, musimy z nim więcej rozmawiać. Chodzi oczywiście o rozmowę, nie o przemowę do dziecka. My, dorośli, też nie lubimy takiej formy, też chcemy być wysłuchani. Dziecko musi czuć, że ten świat nie toczy się poza nim, tylko że ono jest jego częścią. To wpływa znacząco na poczucie własnej wartości, na samoocenę, na lepsze rozumienie rzeczywistości. Jak grzyby po deszczu rosną szkoły dla rodziców. A to, że potrzebna jest edukacja dorosłych, było także jednym z moich priorytetów przy obejmowaniu urzędu rzecznika. I nie chodzi mi o instytucjonalne, państwowe rozwiązania, ale o grupy zainteresowań, grupy wsparcia, inaczej prowadzone wywiadowki dla rodziców, spotkania w organizacjach pozarządowych, ośrodkach pomocy czy kościołach, które pozwoliłyby wspólnie szukać rozwiązań.

■ **Na ile sprawdza się możliwość bezpośredniego kontaktu dzieci z Pana urzędem poprzez działający tu Dziecięcy Telefon Zaufania?**

– Tak, dzieci dzwonią. Telefon działa od trzech lat we wszystkie dni robocze. Dyżurują przy nim w moim imieniu psychologowie, pedagodzy, prawnicy. W ubiegłym roku swoje problemy zgłosiło tą drogą około 30 tys. dzieci. Ale telefon zaufania to nie tylko okazja do interwencji. To bardzo często porada, potrzeba rozmowy. Dzieci są pośród ludzi, a nierzadko czują się samotne. Dobrze, że mają do kogo zatelefonować, poradzić się, jak dalej rozmawiać w swojej sprawie tam, na miejscu. Czasem potrzebne jest tylko ośmielenie czy nawet ciepłe słowo. Są też stali rozmówcy, którzy poczuli po drugiej stronie przyjaciela. I to także cieszy. Dzieci piszą również bardzo dużo maili. Zgłaszają swoje problemy, czasem nawet czując się odpowiedzialne za dorosłych. Są takimi samymi obywatelami jak dorośli i powinny mieć świadomość, że każdy organ w państwie musi ich wysłuchać. Państwo ma obowiązek otaczać opieką najsłabszych. Jeśli do mnie

wpływa informacja, że gdzieś takiemu młodemu człowiekowi odmówiono pomocy, to interweniuje.

■ **Uczestniczył Pan niedawno w konferencji ministrów zdrowia państw członkowskich Rady Europy, poświęconej tworzeniu opieki zdrowotnej przyjaznej dzieciom. Jak Pan ocenia tę opiekę w naszym kraju na tle innych krajów europejskich?**

– Jesteśmy wciąż, jako kraj, na dorobku. Tak kra- wiec kraje, jak mu materii staje. Otaczamy opieką coraz to szersze grupy dzieci. Ostatnie lata poka- zują, że zwrócono większą uwagę na dzieci chore na choroby rzadkie, choroby onkologiczne. Ja sta- wiam na profilaktykę i dostępność do lekarza spe- cjalisty dziecięcego. W ostatnim czasie dziesiętko- wała się liczba pediatrów. Średnia wieku w tym zawodzie to dziś 60 lat, co dla kobiet lekarzy jest już wiekiem emerytalnym! Dostępność więc się zmniejsza. Jeśli mielibyśmy porównywać się np. z krajami skandynawskimi, to wypadniemy nieco błado. Tam, dzięki profilaktyce, nie ma choćby tak szerokiego zjawiska próchnicy u dzieci. U nas pra- ce nad zmianami są w trakcie, ale nie da się tu osią- gnąć efektów z dnia na dzień. Muszę jednak odno- tować, że Pani Ewa Kopacz, jako Minister Zdrowia, wykazała bardzo dużo troski i wrażliwości na spra- wy chorych dzieci i wiele spraw w tym trzyleciu udało się załatwić pozytywnie.

■ **Współorganizował Pan niedawno konferen- cję poświęconą mediacji. Jest to w Polsce metoda**

**wciąż mało popularna i niedoceniana. Jak Pan widzi jej najbliższą przyszłość w obszarze Pańskie- go działania?**

– Mam nadzieję, że się upowszechni, bo media- cja zapewnia podmiotowość stronom sporu, uczy dialogu, a my często popadamy w konflikt, bo nie umiemy ze sobą rozmawiać, mamy zaburzoną ko- munikację. Bardzo chętnie oceniamy się wzajem- nie, i to najchętniej przy użyciu ocen negatywnych, zapętłając się coraz bardziej we wzajemnym nie- zrozumieniu. Mediacja ma pomóc dostrzec pozy- tywne działania obu stron i zastosować kompromis, w wyniku którego obie strony muszą nieco ustąpić. Obie strony są trochę niezadowolone, ale dochodzą do porozumienia. Mediacja powinna mieć częściej miejsce w sprawach sądowych, np. rozwodowych, gdzie najczęściej dochodzi do krzywdy dziecka, i to wcale nie przez organ sprawiedliwości, tylko przez rodziców, którzy deklarując największą miłość do dziecka, okazują ją bez zrozumienia jego potrzeb. Ale żeby nauczyć się rozwiązywać konflikty w dro- dze mediacji, trzeba przede wszystkim przejść tren- ning asertywności, trzeba znać swoją wartość i umieć wyrażać siebie, nie narażając drugiego. I to już w najmłodszych latach. W szkołach lubelskich prowadzę wspólnie z tamtejszym sądem okręgo- wym program pilotażowy temu poświęcony. Jeżeli się sprawdzi, będę chciał go upowszechniać dalej.

■ **Dziękuję za rozmowę.**

Rozmawiał: Zbigniew Wołynka

### Wystąpienia generalne Rzecznika w 2010 r. dotyczyły spraw związanych z przestrzeganiem:

● prawa do życia i ochrony zdrowia	19
● prawa do wychowania w rodzinie	16
● prawa do godziwych warunków socjalnych	10
● prawa do nauki	31
● prawa do ochrony przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem, demoralizacją, zaniedbaniem oraz innym złym traktowaniem	8

### Sprawy sądowe i administracyjne z udziałem Rzecznika dotyczyły:

- władzy rodzicielskiej
- kontaktów z dzieckiem
- opieki zastępczej
- przysposobienia
- prawa administracyjnego
- prawa międzynarodowego

*Zapis windykacyjny był od dawna zapowiadaną nową instytucją prawa spadkowego. Oczekiwania z nim związane były bardzo duże i niestety trochę na wyrost. Przede wszystkim narastało mylne przekonanie, że zapis windykacyjny będzie czymś w rodzaju testamentu działowego (...)*

# O co warto zapytać rejenta...

**Rozmowa z Lechem Borzemskim,  
Prezesem Krajowej Rady Notarialnej**



■ *Już po raz drugi KRN zorganizowała Dni Otwarte Notariatu. Jakie względy zdecydowały o profilu tematycznym: majątek rodziny i jego bezpieczeństwo?*

– To druga edycja akcji pod powtarzającym się tytułem Porozmawiaj z notariuszem o... W zeszłym roku rozmawialiśmy o spadkach, teraz – o majątku rodziny i jego bezpieczeństwie. Tak jak w sprawach spadkowych, tak również na temat szeroko rozumianego majątku rodziny dostrzegliśmy w codziennej praktyce notarialnej szereg niepokojących mitów i błędnych przekonań. Sztandarowym przykładem ubiegłorocznej akcji było podkreślanie, że w Polsce nie ma wspólnych testamentów małżonków (taki testament jest nieważny), tak w tym roku chcemy zwrócić uwagę choćby na kwestie związane z majątkami małżonków – przykładowo, kiedy jakiś przedmiot wchodzi do wspólności majątkowej, a kiedy stanowi majątek osobisty. Zakres naszej akcji jest jednak znacznie szerszy: mówić będziemy o małżeńskich umowach majątkowych, zarządzie majątkiem wspólnym, darowiznach w rodzinie – w tym z udziałem osób małoletnich, jak również o bezpiecznym z punktu widzenia rodziny prowadzeniu działalności gospodarczej.

■ *Jednym z tematów edukacyjnych broszur jest: jak prowadzić działalność gospodarczą bezpiecznie dla majątku rodziny? Czy w związku z kryzysem finansowym zauważyliście Państwo zwiększone zainteresowanie w kancelariach notarialnych*

*np. wprowadzaniem rozdzielnosci majątkowej małżeńskiej? Czy rozdzielnosc majątkowa małżeńska z wyrównaniem dorobków jest popularna?*

– Sprawy kryzysu gospodarczego z pewnością nie demonizował. Zainteresowanie właściwą relacją pomiędzy swobodą prowadzenia działalności gospodarczej a bezpieczeństwem majątku rodziny było zawsze ogromne. Większość osób zdaje sobie doskonale sprawę, że w biznesie może czasem wystąpić konieczność poniesienia odpowiedzialności finansowej za niepowodzenia będące skutkiem nietrafnych decyzji gospodarczych, nieuczciwości kontrahentów czy innych nieprzewidzianych zdarzeń. W sytuacji wielu przedsiębiorstw działających na zasadzie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej ten problem widać bardzo wyraźnie.

Często dochodzi na tym tle do sporów w małżeństwach: jednym rozdzielnosc majątkowa kojarzy się prawie z rozwodem, a inni nie bardzo wiedzą, jakie skutki w ogóle wywiera taka umowa. W naszym kraju od 2004 r. oprócz rozdzielnosci majątkowej można ustanowić w małżeństwie rozdzielnosc majątkową z wyrównaniem dorobków. To bardzo dobre rozwiązanie, szczególnie w sytuacji, kiedy jeden z małżonków nie ma własnych dochodów, a drugi prowadzi działalność gospodarczą. Rozdzielnosc z wyrównaniem dorobków w przypadku ustania małżeństwa pozwala słabszemu ekonomicznie małżonkowi żądać wyrównania dorobków powstałych po zawarciu takiej umowy. Niestety, albo na skutek

niewystarczającej informacji, albo braku właściwego zrozumienia tej instytucji ten typ małżeńskiej umowy majątkowej jest wykorzystywany w znacznie mniejszym stopniu, niż na to zasługuje. To chcielibyśmy zmienić.

■ **Zwracaliście Państwo uwagę także na doniosły praktyczny obszar, mianowicie darowizn. Z jakiego typu problematycznymi kwestiami dotyczącymi darowizn rejenci spotykają się najczęściej i czy Pana zdaniem instytucja darowizny na wypadek śmierci w naszym systemie prawnym warta byłaby wprowadzenia?**

– Darowizny to osobny temat. Chcemy zwrócić uwagę na daleko idące zwolnienia podatkowe przy darowiznach dokonywanych pomiędzy członkami najbliższej rodziny. Jednocześnie chcemy też zwrócić uwagę na szczególne regulacje polskiego prawa, dotyczące darowizn na rzecz osób małoletnich. Często prawdziwy kłopot zaczyna się na przykład wówczas, kiedy rodzice podarują małoletniemu dziecku mieszkanie, a następnie zechcą zaciągnąć kredyt i obciążyć to mieszkanie hipoteką.

Na to już niestety trzeba mieć zgodę sądu i warto o tym pomyśleć przed dokonaniem darowizny. Często zdarza się też tak, że dziadkowie darują małoletniemu wnukowi środki pieniężne, nie zdając sobie sprawy, że ich wykorzystanie np. na zakup dla niego mieszkania również będzie wymagało zgody sądu. A przecież w takim przypadku lepiej kupić mieszkanie bezpośrednio i po prostu podarować je dziecku. Jak zatem widać, czasami wystarczy tylko trochę wiedzy, żeby czegoś pochopnie nie zrobić i uniknąć przykrych niespodzianek. Osobnym tematem jest darowizna na wypadek śmierci, która jeszcze nie znalazła się w polskim systemie prawnym.

■ **Skoro mowa o darowiznach na wypadek śmierci, to proszę powiedzieć, jak ocenia Pan nową instytucję zapisu windykacyjnego? Wyraził Pan dość krytyczny pogląd, że ta instytucja, mimo szumnych medialnych zapowiedzi, nie będzie mogła być w wielu wypadkach zastosowana (np. w przypadku wspólności majątkowej).**

– Zapis windykacyjny był od dawna zapowiadaną nową instytucją prawa spadkowego. Oczekiwania

z nim związane były bardzo duże i niestety trochę na wyrost.

Przede wszystkim narastało mylne przekonanie, że zapis windykacyjny będzie czymś w rodzaju testamentu działowego, tzn. że spadkodawca będzie mógł swobodnie dzielić w testamencie poszczególne przedmioty majątkowe pomiędzy konkretnych spadkobierców. Tak niestety nie jest. Zapis windykacyjny w stosunku do dotychczasowego zapisu nazywanego obecnie zwykłym różni się przede wszystkim tym, że osoba, na rzecz której uczyniono zapis windykacyjny, z chwilą śmierci spadkodawcy staje się od razu właścicielem tego konkretnego przedmiotu. Nie trzeba zatem dodatkowej czynności wykonania zapisu. Pamiętać jednak należy, że uczynienie zapisu windykacyjnego nie zastępuje powołania spadkobierców dziedziczących ogół praw i obowiązków zmarłego, w tym także długi.

Co więcej, nie wiadomo, jak ukształtuje się orzecznictwo sądowe w zakresie stosowania do zapisu windykacyjnego przepisu art. 961 kc. I wreszcie ostatnia sprawa: powstała bardzo poważna wątpliwość, czy przedmiotem zapisu windykacyjnego mogą być przedmioty objęte małżeńską wspólnością ustawową – a jeżeli tak, to jak formułować taki zapis windykacyjny. Takich dylematów nie powinno się rozstrzygać w praktyce notarialnej, ale w regulacji ustawowej. Skutki błędu mogą być bardzo poważne. Niektórych z tych dylematów dałoby się uniknąć, gdyby do polskiego porządku prawnego weszła darowizna na wypadek śmierci. Nie jest to instytucja konkurencyjna wobec zapisu windykacyjnego, pozwoliłaby natomiast uregulować takie sytuacje, w których zapis nie może mieć zastosowania.

■ **Niedawno zaczął działać Notarialny Rejestr Testamentów. Czy jest zainteresowanie?**

– Zainteresowanie Notarialnym Rejestrem Testamentów (NORT) stworzonym przez Krajową Radę Notarialną przeszło nasze najśmielsze oczekiwania. Obecnie po niespełna dwóch miesiącach funkcjonowania rejestru mamy ponad 4 tys. zarejestrowanych testamentów. To mówi samo za siebie. Trzeba tu jednak bardzo wyraźnie przypomnieć, że rejestr powstał wyłącznie z inicjatywy notariatu i jest reje-

strem o charakterze samorządowym. Oznacza to, że zarówno wpis testamentu do rejestru, jak i poszukiwanie testamentu w samym rejestrze przez spadkobierców są całkowicie dobrowolne, a brak zarejestrowania testamentu lub brak poszukiwania takiego testamentu w rejestrze nie wywołuje bezpośrednich skutków prawnych.

Rejestr w zamyśle jego twórców ma służyć ułatwieniu poszukiwań testamentów. Został skonstruowany na następujących fundamentalnych zasadach. Po pierwsze w rejestrze nie ma treści testamentu, ale jedynie informacja, że został on sporządzony i gdzie się znajduje. Po drugie rejestr jest całkowicie niejawny i niedostępny za życia osoby, która sporządziła testament. Dopiero po śmierci testatora i po okazaniu dowodu jego śmierci np. aktu zgonu, notariusz przystąpi do czynności poszukiwania testamentu w rejestrze i wyda

odpowiedni dokument stwierdzający wynik takich poszukiwań. Jeszcze raz należy podkreślić, że rejestr to nie przymus, lecz jedynie możliwość jego wykorzystanie, jeżeli ktoś uzna to za celowe.

Prawdopodobnie w najbliższych miesiącach uda się połączyć nasz rejestr z rejestrami w innych krajach. Oznacza to, że będzie można w ramach Europy zadawać pytania z jednego rejestru do drugiego. To ogromne ułatwienie w poszukiwaniu testamentu sporządzonego także za granicą. Ma to szczególne znaczenie w sytuacji, kiedy coraz więcej osób w Europie przemieszcza się w poszukiwaniu pracy i wybiera inne miejsce zamieszkania niż rodzinny kraj. Tworząc rejestr, kierowaliśmy się jedną podstawową zasadą – testament nieodnaleziony to testament nieistniejący. Po to jest właśnie rejestr, by takich sytuacji było coraz mniej.

*Olga Maria Piaskowska*

## Status procesowy aplikanta adwokackiego

**Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 26 października 2011 r. (I KZP 12/11) stwierdził jednoznacznie, iż aplikant adwokacki jest obrońcą w rozumieniu art. 225 § 3 k.p.k., a zatem jego status procesowy przy zastępowaniu obrońcy nie różni się od tego, który przysługuje adwokatowi jako obrońcy.**

**S**ądowi Najwyższemu postawiono następujące pytanie prawne: czy aplikant adwokacki jest obrońcą w rozumieniu art. 225 § 3 k.p.k. Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do udzielenia na nie odpowiedzi i odmówił podjęcia uchwały. W uzasadnieniu odniósł się jednakże do problematyki, jaka legła u podstaw przekazania mu zagadnienia prawnego przez Sąd Rejonowy w K., wskazując na jej istotność dla praktyki i uznając za niezbędne poczynienie uwag dla ukazania aspektów zagadnienia, których nie dostrzeżono w postanowieniu Sądu Rejonowego, a których nie będzie on mógł pominąć w dalszym procedowaniu przy rozpoznawaniu zażalenia.

Na wstępie należy wskazać na stan faktyczny sprawy, a mianowicie problem prawny przedstawiony Sądowi Najwyższemu dotyczył sytuacji, w której aplikant adwokacki obecny przy przesłuchaniu oświadczył, że znalezione materiały obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy. W takiej sytuacji art. 225 § 3 k.p.k. nakazuje pozostawienie tych materiałów bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. W sytuacji, gdy oświadczenie takie składa osoba niebędąca obrońcą i budzi ono wątpliwości, organ dokonujący czynności przekazuje te dokumenty z zachowaniem rygorów określonych w § 1 sądowni, który po zapoznaniu się z dokumentami zwraca je

w całości lub w części, z zachowaniem rygorów określonych w § 1, osobie, od której je zabrano, albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. W omawianej sprawie organ dokonujący przeszukania uznał, iż oświadczenie aplikanta adwokackiego nie stanowi oświadczenia obrońcy, i dokonał zabezpieczenia znalezionych materiałów.

**Zdaniem Sądu Najwyższego, brak jest wątpliwości, iż aplikant adwokacki jest obrońcą w rozumieniu art. 225 § 3 k.p.k., a przemawiają za tym następujące argumenty:**

● W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze fakt, jakim wartościom prawnym służy unormowanie w art. 225 § 3 k.p.k. i skąd wynika zróżnicowanie trybów postępowania w wypadku złożenia sprecyzowanego w nim oświadczenia przez obrońcę i przez „inną osobę”.

● Ustalenie, czy aplikant adwokacki jest obrońcą w rozumieniu art. 225 § 3 k.p.k., wymaga odwołania się do treści art. 82 k.p.k., zgodnie z którym obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury, gdyż pełnienie tej funkcji jest jedną z form wykonywania zawodu adwokata określonych w art. 4 ust. 1 ustawy Prawo o adwokaturze. Zgodnie z art. 65 prawa o adwokaturze, adwokatem jest osoba wpisana na listę adwokatów, jednocześnie jednak przepisy tej ustawy przewidują możliwość wykonywania czynności adwokata (również w roli obrońcy) przez osoby niewpisane na tę listę. Taką osobą jest aplikant adwokacki, który odbył sześć miesięcy aplikacji, gdyż jest on upoważniony do zastępowania adwokata przed sądem rejonowym, organami ścigania, organami państwowymi, samorządowymi i innymi instytucjami (art. 77 prawa o adwokaturze).

● Przepisy prawa o adwokaturze nie wyłączają z zakresu zastępowania adwokata przez aplikanta żadnego typu czynności, które adwokat może podejmować przed wymienionymi organami, co oznacza, że zastępowanie adwokata przez aplikanta adwokackiego przed tymi organami może obejmować wszystkie funkcje i czynności, do których uprawniony jest adwokat. Przepisy wymagają przy tym spełnienia jedynie warunku formalnego, którym jest

upoważnienie do zastępowania udzielone przez adwokata umocowanego do działania w konkretnej sprawie.

● Sąd Najwyższy podkreślił przy tym, iż z unormowań odnoszących się do udzielenia aplikantowi upoważnienia wynika, iż adwokat udzielający upoważnienia przekazuje aplikantowi adwokackiemu pełną wiedzę o sprawie i sposobie zamierzonego działania, a jeśli jest to sprawa karna, także wiedzę obejmującą tajemnicę obrończą. Sąd Najwyższy wskazał, iż z przyjęciem upoważnienia aplikant przejmuje status beneficjenta, a zarazem strażnika tajemnicy obrończej, bo przecież podczas zastępowania obrońcy nie może ona być chroniona w mniejszym stopniu niż przy wykonywaniu tej funkcji przez adwokata.

● Sąd Najwyższy wskazał przy tym, iż istotną kwestią jest fakt, iż u podstaw instytucji tajemnicy obrończej jest ochrona prawa oskarżonego do obrony i umożliwienie mu korzystania z tego prawa, które urzeczywistnia się także przez wyłączenie prawnej możliwości uzyskania przez organy prowadzące postępowanie wiedzy, którą obrońca posiadał w sprawie, w tym informacji co do zamierzonego sposobu wykonywania obrony. Status procesowy aplikanta adwokackiego przy zastępowaniu obrońcy nie różni się od tego, który przysługuje adwokatowi jako obrońcy, gdyż występuje on jako *alter ego* obrońcy i korzysta z przysługujących mu uprawnień.

● Odnosząc się zatem do stanu faktycznego sprawy, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż norma zawarta w art. 225 § 3 k.p.k., obligująca organ dokonujący przeszukania do pozostawienia dokumentów bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem, w sytuacji gdy obrońca oświadczy, że wydane lub znalezione pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem przez niego tej funkcji, znajduje zastosowanie także w razie złożenia takiego oświadczenia przez aplikanta adwokackiego, upoważnionego przez adwokata na podstawie art. 77 ustawy Prawo o adwokaturze, do zastępowania go jako obrońcy w sprawie, w której dokonuje się przeszukania.

*Autorka jest asystentem sędziego w Sądzie Najwyższym.*

Sylvia Moreu-Żak

# Transgraniczny obrót nieruchomościami

**Umowy przenoszącej własność nieruchomości w Polsce lepiej nie zawierać przed notariuszem innego kraju. Tymczasem 6 maja tego roku weszła w życie ustawa z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, która ma wpływ na obrót nieruchomościami położonymi w Polsce. Warto przeanalizować tę regulację.**

Przed wszystkim nowa ustawa uregulowała kwestię formy czynności prawnej przenoszącej prawo do nieruchomości. We wcześniejszej ustawie z 1965 roku kwestię tę regulowały przepisy ogólne w zakresie formy czynności prawnych, umożliwiające alternatywne poddanie formy czynności prawnej przepisom obowiązującym w miejscu jej zawierania. Zdarzało się więc i tak – choć było to przedmiotem kontrowersji w doktrynie – że sądy wieczystoksięgowe uznawały za skuteczne umowy przenoszące własność nieruchomości położonych w Polsce zawarte za granicą zgodnie z prawem miejscowym. Obecnie przepis art. 25 ust. 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe w związku z jej art. 41 ust. 1 wprowadza zasadę, że forma czynności prawnych, których przedmiot obejmuje **rozporządzenie nieruchomością**, podlega prawu właściwemu dla miejsca położenia tej nieruchomości. Formę umowy rozporządzającej dotyczącej nieruchomości położonej w Polsce określa więc prawo polskie, które wymaga dla takich umów formy aktu notarialnego. Za to umowę zobowiązującą do przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce nadal będzie można zawrzeć zgodnie z wymogami prawa obowiązującego w miejscu zawarcia takiej umowy.

***Czy umowę przenoszącą własność nieruchomości można zawrzeć przed notariuszem innego kraju?***

Brak jest jednoznacznych uregulowań w tym zakresie. Również w doktrynie brak jest jednolitego stanowiska, czy forma aktu notarialnego jest zachowana tylko w przypadku sporządzenia go przez polskiego notariusza. W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że wymóg zachowania

formy aktu notarialnego może być spełniony wyłącznie w przypadku sporządzenia go przez polskiego notariusza. Ta teza wymaga uzupełnienia, albowiem również polskiemu konsulowi przysługują uprawnienia do sporządzenia aktu notarialnego, jednakże w ograniczonym zakresie i po spełnieniu szeregu warunków. W świetle tego jednoznacznego stanowiska Sądu Najwyższego nie wydaje się jednak uzasadnione podejmowanie prób zawierania umów przenoszących własność nieruchomości położonych w Polsce przed notariuszami innych krajów.

***Jak zatem zbyć nieruchomość, gdy jedna ze stron znajduje się za granicą?***

Najbardziej praktycznym rozwiązaniem jest udzielenie pełnomocnictwa do zawarcia takiej umowy. Nowa ustawa na szczęście nie wprowadza szczególnych wymogów dotyczących formy czynności prawnej udzielenia pełnomocnictwa. Zgodnie zatem z ogólną zasadą wyrażoną w art. 25 ust. 1 Prawa prywatnego międzynarodowego wystarczy zachowanie formy właściwej dla miejsca wystawienia pełnomocnictwa. W przypadku sporządzania pełnomocnictwa za granicą nie można pominąć wymaganej legalizacji, czyli obowiązku uwierzytelnienia przez polskie przedstawicielstwo dyplomatyczne, a w stosunku do państw będących stronami konwencji haskiej z 1961 roku – obowiązku opatrzenia pełnomocnictwa klauzulą apostille.

**Prawo prywatne międzynarodowe wprowadza jednak odrębne uregulowania w zakresie prawa materialnego właściwego dla pełnomocnictw. Co do zasady pełnomocnictwo podlega prawu wybranemu przez mocodawcę. W przypadku braku wyboru prawa nowa ustawa wprowadza**

skomplikowane zasady służące ustaleniu właściwego prawa dla pełnomocnictwa. W praktyce oznaczać to będzie, że jeżeli w dokumencie pełnomocnictwa nie wskazano właściwego prawa, pełnomocnictwo podlega prawu państwa siedziby pełnomocnika, w której on stale działa, albo prawu państwa, w którym znajduje się przedsiębiorstwo należące do mocodawcy, jeżeli tam stale działa pełnomocnik, albo prawu państwa, w którym pełnomocnik rzeczywiście działał. Z uwagi na trudności, jakie może nastęrczać notariuszom oraz sądom wieczystoksięgowym analiza pełnomocnictw w świetle nieznanym im przepisów prawa obcego, zaleca się wyraźne poddanie pełnomocnictwa prawu polskiemu materialnemu, szczególnie gdy pełnomocnik nie ma stałej siedziby w Polsce.

*Czy wspomniane ograniczenia dotyczą również rozporządzania udziałami spółek prawa polskiego, którym przysługuje tytuł prawny do nieruchomości położonych w Polsce?*

Nie, te ograniczenia dotyczą wyłącznie rozporządzania nieruchomościami i nie odnoszą się do czynności, których przedmiotem są udziały lub akcje spółki prawa polskiego. Inaczej będzie jednak wyglądała sytuacja w przypadku zbywania przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, gdy składnikiem takiego przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części jest nieruchomość położona w Polsce. W takim przypadku nie unikniemy konieczności zastosowania przepisów polskich w zakresie formy czynności prawnej.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tekst został wcześniej opublikowany w „Portalu Procesowym”.

---

Grzegorz Makowski

# Myśl globalnie, partycypuj lokalnie

Może się wydawać, że kwestia udziału obywateli w procesach decyzyjnych czy – ogólniej – w sprawowaniu władzy na poziomie województwa, powiatu czy gminy to wewnętrzna sprawa danej wspólnoty samorządowej czy ewentualnie kwestia polskich, krajowych uwarunkowań. Jednak już sam fakt, że niniejsza wiadomość powstaje dzięki wsparciu z funduszy europejskich, jest dowodem na to, że zagadnienie partycypacji publicznej (również w wymiarze lokalnym) mieści się w szerszym kontekście międzynarodowym – w tym przypadku, wśród różnych priorytetów polityki europejskiej, znajdujących swój konkretny, finansowy wyraz w Europejskim Funduszu Społecznym.

Zanim jednak w ogóle Polska weszła do Unii Europejskiej i mogła skorzystać ze środków EFS, stymulując partycypację publiczną, w innych międzynarodowych instytucjach wypracowano wiele konkretnych wytycznych, co do tego, jak zachęcać obywateli do większego udziału w życiu publicznym i jak robić to na poziomie wspólnot samorządowych.

Już w 2000 roku Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych, działający przy Radzie Europy, opraco-

wał tekst rezolucji Rady Europy nr 91 z 2000 roku o odpowiedzialnym obywatelstwie i partycypacji w życiu publicznym. Dokument ten zawiera wiele wskazówek dotyczących tego, w jaki sposób zachęcać obywateli do udziału w życiu publicznym na poziomie wspólnot samorządowych.

Mogą one posłużyć między innymi wypracowywaniu standardów czy próbie ustalenia, na ile warunki w tym czy innym konkretnym samorządzie sprzyjają partycypacji czy też nie. Wśród prioryte-



tów wymienianych przez rezolucję znalazły się między innymi takie punkty, jak:

- zapewnienie mieszkańcom wspólnoty samorządowej pełnego dostępu do posiedzeń lokalnych organów stanowiących w sposób umożliwiający monitorowanie działalności tych organów;

- zapewnienie mieszkańcom wspólnoty samorządowej prawa do zabierania głosu w czasie posiedzeń organów stanowiących i tworzonych przez nie komisji wraz z zagwarantowaniem odpowiedniego czasu na wyrażenie swojego zdania;

- zapewnienie dostępu do informacji o działaniach władz lokalnych, nie tylko z zachowaniem wymogów formalnych, ale także poprzez rozpowszechnianie ich środkami ułatwiającymi mieszkańcom wspólnoty samorządowej zapoznanie się z nimi (np. poprzez internet, prasę lokalną, kawiarnie, kluby);

- zapewnienie, że udział obywateli w życiu publicznym wspólnoty samorządowej nie będzie się ograniczać wyłącznie do możliwości udziału w głosowaniach, idea samorządności wymaga bowiem czegoś więcej – możliwości artykułowania własnych problemów czy potrzeb, których realizacja jest zgod-

na z dobrem wspólnym wspólnoty mieszkańców, w tym w szczególności dążeń do zachowania lokalnej i historycznej specyfiki tej wspólnoty;

- zapewnienie jak najszerszego udziału mieszkańców w życiu politycznym wspólnoty samorządowej niezależnie od tego, czy są oni narodowości danego kraju czy też nie;

- zapewnienie mieszkańcom z odpowiednim wyprzedzeniem informacji o ważnych planach lub projektach, zanim zostanie podjęta decyzja o przystąpieniu do ich realizacji.

Myśląc zatem o udziale w życiu publicznym w swojej gminie, powiecie czy województwie, warto mieć w pamięci fakt, że pewne pryncypia w tym zakresie zostały już wypracowane na poziomie międzynarodowym przez przedstawicieli organizacji pozarządowych, polityków i władz lokalnych z różnych krajów. Egzekwując swoje prawa do partycypacji, możemy czerpać stąd wsparcie, nie musząc się odwoływać li tylko do postanowień prawa miejscowego czy krajowego.

*/Biuletyn KOMPAS/*

**Anna Krajewska**

## Jakie uchwały muszą być publikowane?

Jednym z problemów, jakie często pojawiają się w kontekście partycypacji publicznej, jest określenie, które spośród aktów władz administracyjnych są aktami prawa miejscowego. Rozstrzygnięcie tej kwestii przesądza na przykład o tym, czy dany akt podlega konsultowaniu z organizacjami pozarządowymi, oraz o tym, czy musi on być opublikowany w **Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym**.

Kryteria, na podstawie których dokonuje się kwalifikacji poszczególnych uregulowań jako aktów prawa miejscowego, nie są precyzyjnie określone; nie istnieje też definicja legalna tego typu aktów. Zgodnie z przepisami Konstytucji, akt prawa miejscowego musi posiadać cechę powszechnego obowiązywania na obszarze działania organów, które je ustanowiły – jednak ustalenie, czy dany akt obo-

wiązuje „powszechnie”, niekiedy również nastęca trudności. Tego właśnie problemu dotyczy wydany 13 września bieżącego roku wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu (sygn. II SA/Op 324/11).

Skargę skierował do WSA wojewoda opolski; dotyczyła ona przyjętej przez radę miasta uchwały

w sprawie statutu Miejskiego Zarządu Dróg. W uchwale rady miasta zawarto postanowienie, zgodnie z którym miała ona wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym. Wojewoda wniósł o stwierdzenie nieważności uchwały, ponieważ – jak argumentował – została ona przyjęta z naruszeniem prawa. Chodziło konkretnie o przepis art. 13 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, zawierający wyliczenie aktów normatywnych i dokumentów, które podlegają publikowaniu w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym. Wojewoda wskazał w skardze, że zaskarżona uchwała nie jest żadnym z aktów wymienionych w tym przepisie ani nie jest aktem prawa powszechnego, ponieważ nie ma powszechnego zasięgu obowiązywania na obszarze gminy. Wojewoda zaznaczył również, że Miejski Zarząd Dróg jest jednostką organizacyjną, która działa na podstawie statutu nadawanego jej przez organ stanowiący gminy – a statut nie zawiera norm generalnych i abstrakcyjnych ani nie ustanawia praw i obowiązków nieokreślonego kręgu adresatów, nie można więc uznać go za akt prawa miejscowego.

Miasto wniosło o oddalenie skargi wojewody argumentując, że statut Miejskiego Zarządu Dróg – jako szczególnego rodzaju jednostki budżetowej, która realizuje zadania ogólnie dostępne dla społeczności lokalnej – jest, wbrew opinii wojewody, aktem prawa miejscowego. Jego postanowienia „rzucają na realizację publicznych praw podmiotowych i wskazują na możliwość podejmowania przez Dyrektora MZD, z upoważnienia Prezydenta Miasta, decyzji wobec obywateli i innych podmiotów w sprawach objętych przedmiotem działania jednostki”. Statut MZD zawiera również regulacje dotyczące zarządu mieniem gminy, ponieważ gospodarowanie częścią mienia komunalnego (np. przystankami, wiatami itd.) zostało na gruncie przepisów statutu powierzone tej właśnie jednostce. Reguły określające organizację MZD nie powinny w związku z tym być traktowane jako akt prawa wewnętrznego – stąd decyzja o ich opublikowaniu w Wojewódzkim Dzienniku Urzędowym.

**WSA przychylił się jednak do stanowiska wojewody. Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku,**

**przepisy powszechnie obowiązujące muszą spełniać określone kryteria, „szczególnie (...) to, że:**

**1) są one adresowane i obowiązują określone ogólnie kategorie podmiotów,**

**2) określają zasady zachowania się określonych kategorii adresatów, a więc ich prawa i obowiązki,**

**3) akty te nie mogą konsumować się przez jednorazowe zastosowanie (muszą być powtarzalne),**

**4) działanie przepisów powszechnie obowiązujących zabezpieczone jest możliwością stosowania sankcji”.**

W odróżnieniu od mających walor powszechnego obowiązywania aktów prawa miejscowego, akty wewnętrzne regulują wyłącznie kwestie dotyczące osób i jednostki organizacyjnej podległej organowi wydającemu akt – nie są więc kierowane do podmiotów pozostających poza strukturą organizacyjną podlegającą danemu organowi. Zdaniem składu orzekającego, zaskarżony statut Miejskiego Zarządu Dróg nie ma cech aktu prawa miejscowego, ponieważ „został skierowany do podmiotu organizacyjnie podporządkowanego organowi wydającemu ten akt, a przepisy w nim zawarte oddziałują na sferę obowiązków i uprawnień tylko w stosunku do tej jednostki”. Usługi świadczone przez Zarząd mają charakter wewnętrzny, nie powszechny. Ponadto, przepisy stanowiące podstawę do uchwalenia statutu jednostki budżetowej nie wymagają ustanowienia aktu, który regulowałby uprawnienia podmiotów spoza struktury organizacyjnej danej jednostki – nie ma więc podstaw, by uznać taki statut za akt prawa miejscowego podlegający obowiązkowi publikacji w Dzienniku Urzędowym. Bezpodstawne jest też – w konsekwencji – uzależnienie wejścia w życie przepisów statutu od jego opublikowania i upływu 14 dni od dnia ogłoszenia. Jak wskazał WSA, „odmowa ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym województwa uchwały, która uzależnia swoje wejście w życie od publikacji w tym dzienniku, miałaby ten skutek, że uchwała nie mogłaby wejść w życie, a niewykonana reguła określająca sposób publikacji uchwały skutkowałaby jej nieważnością”.

Sytuacja, której dotyczy omówiony wyrok, dobrze ilustruje kłopoty z odróżnieniem „wewnętrznego” i „powszechnego” obowiązywania aktów wydawa-

nych przez jednostki samorządu terytorialnego. Sformułowanie precyzyjnych i nienastępczących wątpliwości w praktyce kryteriów, które umożliwiałyby tego rodzaju rozróżnienia, byłoby jednak bardzo trudne, jeżeli nie wręcz niewykonalne. Rozstrzygnięcie, czy dany akt jest czy nie jest aktem prawa lo-

kalnego, musi być więc dokonywane indywidualnie dla poszczególnych przypadków, co w nieunikniony sposób będzie prowadzić do kolejnych kontrowersji.

Źródła: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, [www.rp.pl](http://www.rp.pl)  
/Biuletyn KOMPAS/

Grzegorz Makowski

## „Nieskazitelność charakteru” ławnika

**Udział obywateli w życiu publicznym, w procesach decyzyjnych czy, ogólnie – w sprawowaniu władzy, może mieć różne formy. Zwykle kojarzy się go z takimi czynnościami jak wybory, petycje, skargi, wnioski czy partycypacja w tworzeniu prawa (np. poprzez konsultacje).**

Każde demokratyczne państwo działa jednak też według klasycznego trójpodziału władzy – na władzę stanowiącą, wykonawczą i sądowniczą. We wszystkich tych obszarach obywatel może bezpośrednio wykonywać swoje uprawnienia, również we władzy sądowniczej, o czym stanowi art. 182 Konstytucji RP stwierdzający, że „Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości określa ustawa”. I rzeczywiście, rozwinięcie tego przepisu Konstytucji odnajdziemy w ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych. Reguluje między innymi status i sposób funkcjonowania ławników, czyli społecznych sędziów (określenie zaczerpnięte z opublikowanego niedawno raportu pod redakcją Jarosława Ruszewskiego pt. „Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce”).

Ławnicy (a dokładniej ławnicy ludowi), ujmując rzecz w skrócie, to osoby niebędące profesjonalnymi sędziami, dopuszczone jednak w pewnym zakresie do wykonywania władzy sądowniczej. Generalnie ławnicy biorą udział w rozpoznawaniu spraw przed sądami pierwszej instancji i na tym etapie, przy orzekaniu, mają (przynajmniej na gruncie przepi-

sów) równe prawa z sędziami – to znaczy, że ich głos jest wart tyle samo (np. przy orzekaniu o winie i karze). Ławników wybierają rady gmin spośród kandydatów zgłaszanych im przez prezesów właściwych sądów, tym natomiast kandydatów zgłaszają między innymi organizacje społeczne i zawodowe. Poza radnymi, ławnikami nie mogą być między innymi policjanci, duchowni czy adwokaci. Nie wchodząc głębiej w szczegóły podkreślmy zatem, że instytucja ławnika jest jednym z ważnych mechanizmów partycypacji publicznej.

**Niedawna nowelizacja ustawy o ustroju sądów powszechnych zmieniła przepisy budzące dotychczas spore kontrowersje (opisywane m.in. w biuletynie KOMPAS), a pozwalające na obejmowanie funkcji ławników radnym gminnym i powiatowym. Ta sytuacja była oczywistym zaprzeczeniem zasady trójpodziału władz. Ponadto, dotychczas ławnikiem w danym sądzie mógł być wyłącznie mieszkaniec konkretnej miejscowości, objętej jurysdykcją danego sądu. Nowelizacja rozszerzyła też nieco katalog potencjalnych kandydatów o osoby, które prowadzą na**

**danym terenie działalność gospodarczą (nie muszą przy tym wykazać się zamieszkaniem). Zwiększyły się więc też i możliwości partycypacji w tym obszarze życia publicznego.**

Jednocześnie wraz ze znowelizowaną ustawą i wyborem nowych ławników (który zakończył się wraz z końcem października) ujawniają się też interesujące problemy. Powraca na przykład problem z określeniem tego, co oznacza wymóg „nieskazitelności charakteru”, którym musi cechować się osoba starająca się o funkcję ławnika.

Niedawna uchwała łódzkich radnych (przyjęta w tajnym głosowaniu – sic!) udowadnia, że choć prawo krajowe może rozszerzać ramy uczestnictwa obywateli władzy sądowniczej, to jednocześnie miejscowe przepisy mogą je skutecznie zawęzić. Wspomniana uchwała z Łodzi ustanawia bowiem bardzo twarde kryterium oceny nieskazitelności charakteru kandydata na ławnika – jest nim nie więcej niż jeden mandat karny za wykroczenie (np. drogowe). Wszyscy potencjalni kandydaci, którzy mieliby

większą liczbę mandatów z mocy prawa (miejscowego), będą zatem skreślani.

Tymczasem wybór ławników nie powinien być dokonywany mechanicznie, tylko powinien być pochodną dojrzałej dyskusji w gronie radnych zasiadających w zespołach opiniujących kandydatury. Inaczej, co uzmysławia przykład łódzkiej uchwały, możemy mieć do czynienia z nierównością wobec prawa. W jednym samorządzie bowiem radni ustalą, że ławnikiem nie może być ten, kto ma dwa mandaty, a w innym będą tolerować dziesięć tego rodzaju przypadków.

Ministerstwo Sprawiedliwości komentując łódzką uchwałę stoi na stanowisku, że to właśnie miejscowe organy stanowiące same powinny doprecyzować kryteria wyboru ławników. I słusznie, tyle że obywatele powinni zadbać, aby ich lokalni przedstawiciele nie ograniczali przy tym nadmiernie ich konstytucyjnych uprawnień.

Źródła: materiały własne, *Gazeta Prawna*  
/Biuletyn KOMPAS/

Krzysztof Sadowski

# Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej

Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej (zwany dalej: „EKDPA” lub „Kodeksem”) został przyjęty przez Parlament Europejski w dniu 6 września 2001 roku. Prawo do dobrej administracji zawarte jest w art. 41 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej: KPP), która została uchwalona i podpisana w dniu 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei.

Jednak moc wiążąca została jej nadana przez Traktat Lizboński podpisany w dniu 13 grudnia 2007 r., który wszedł w życie z dniem 1 grudnia 2009 r. Wskazać należy, że głównym celem EKDPA jest szczegółowe uregulowanie oraz konkretyzacja i wyjaśnienie, co powinno oznaczać zawarte w KPP prawo do dobrej administracji.

W tym miejscu należy zatrzymać się nad powszechnie przyjętym, potocznym, skróconym tłumaczeniem tytułu Kodeksu. Zgodnie z dokładnym tłumaczeniem nie jest to Europejski Kodeks Dobrej Administracji, a właściwe określenie winno być używane jako Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej, co odzwierciedla dokładne tłumaczenie np. z języka angielskiego *The European Code of Good Administrative Behaviour*, niemieckiego *Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis*, czy też francuskiego *Le Code européen de bonne conduite administrative*.

Wskazać trzeba, że praktyka to świadome, celowe działanie wykonywane regularnie i jako takie działanie należy je odnosić w tym kontekście do administracji. Tym samym, w dalszej części artykułu używane będzie pojęcie Europejskiego Kodeksu Dobrej Praktyki Administracyjnej jako właściwego i oddającego w całości sens omawianej regulacji<sup>1</sup>.

Głównym inicjatorem stworzenia EKDPA był deputowany do Parlamentu Europejskiego Roy Perry, natomiast sam Kodeks został opracowany przez ombudsmana Unii Europejskiej *Jacoba Södermana*. Zasadniczym celem stworzenia, a następnie rozpowszechniania i wdrażania postanowień Kodeksu było przyczynienie się do sprawniejszego, a tym samym i lepszego działania organów administracji, a także zagwarantowanie skutecznej ochrony poszczególnych praw obywateli oraz innych podmiotów w relacjach z organami funkcjonującymi w ramach struktur europejskich. Niektóre z państw europejskich (Francja czy też Litwa) w swoich systemach wewnątrzpaństwowych nie mają przepisów regulujących ogólne postępowanie administracyjne, a poszczególne i szcztkowe uregulowania znajdują się w przepisach prawa materialnego<sup>2</sup>. Mimo że Rzeczpospolita Polska posiada praktycznie od 1928 r. skodyfikowaną procedurę administracyjną<sup>3</sup>, a jej przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący, to nie można umniejszać ani pomijać znaczenia Kodeksu dla polskiej praktyki postępowania administracyjnego, a zwłaszcza dla poprawy jej funkcjonowania. Zauważyć należy, że EKDPA nie ma mocy bezwzględnie obowiązującej, gdyż nie jest to akt prawnie wiążący w Polsce, a jego postanowienia mają charakter zaleceń w sprawach załatwianych przez organy administracji. Jak wynika z orzecznictwa, EKDPA może być traktowany jako akt wytyczający pożądane standardy działania administracji<sup>4</sup>.

**Kodeks jest aktem zwięzłym, składa się z 27 artykułów, w którym zostały zawarte zasady, takie**

**jak: zasada praworządności, zasada niedyskryminowania, zasada proporcjonalności, zakaz nadużywania uprawnień, zasada bezstronności i niezależności, zasada obiektywności, zasada uczciwości, zasada uprzejmości czy też zasada odpowiadania na pisma w języku obywatela.** Obok tych zasad uregulowaniu w EKDPA podlega również: potwierdzenie odbioru i podanie nazwiska właściwego urzędnika, zobowiązanie do przekazania sprawy do właściwej jednostki organizacyjnej instytucji w przypadku mylnego skierowania, prawo wysłuchania i złożenia oświadczeń, terminowość, obowiązek uzasadniania decyzji, pouczenie o możliwości odwołania, doręczenie rozstrzygnięcia, ochrona danych, udzielanie informacji, prowadzenie rejestrów poczty wychodzącej i przychodzącej oraz zaskarżanie wszystkich zaniedbań do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich. Chociaż zasady te dotyczą struktury oraz funkcjonowania administracji Unii Europejskiej, to jednocześnie mają stać się swoistym wzorem dla administracji narodowych.

Wszystkie wymienione powyżej zasady są doniosłe dla dobrej praktyki administracyjnej, jednakże mając na względzie główny, a zarazem przewodni temat publikacji, szczegółowemu omówieniu wraz z wnikliwą analizą poddam tylko niektóre z nich, które w moim przekonaniu odegrały istotną rolę w ostatnich dwóch dekadach.

W art. 3 EKDPA została zawarta zasada praworządności, zgodnie z którą *urzędnik działa zgodnie z zasadą praworządności, stosuje regulacje i procedury określone w przepisach prawnych Wspólnot. Urzędnik zwraca w szczególności uwagę na to, aby decyzje dotyczące praw lub interesów jednostek posiadały podstawę prawną, a ich treść była zgodna z obowiązującymi przepisami prawnymi*. Nie ulega wątpliwości, że przywołany przepis koreluje przede wszystkim z art. 7 Konstytucji RP<sup>5</sup>, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na pod-

<sup>1</sup> Za przyjęciem prezentowanego rozróżnienia przemawia także odróżnienie EKDPA od Aneksu Komitetu Ministrów Rady Europy Zalecenia R (2007) 7 dla państw członkowskich w sprawie dobrej administracji w postaci Kodeksu Dobrej Administracji.

<sup>2</sup> Zob. J. Świątkiewicz „Europejski Kodeks Dobrej Administracji”, Warszawa 2007, str. 7.

<sup>3</sup> Pierwszą kompleksową regulacją było rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (DzU Nr 36, poz. 341 z późn. zm.)

<sup>4</sup> Por. wyrok NSA z dnia 11 października 2007 r., sygn. II OSK 1255/07, LEX nr 400453.

<sup>5</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (DzU Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

stawie i w granicach prawa oraz art. 6 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (zwanej dalej: „k.p.a.”)<sup>6</sup>, w myśl którego organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa.

Przez podstawę prawną należy rozumieć, że każde działanie organów władzy publicznej winno opierać się na upoważnieniu zawartym w normie prawnej, które daje podstawę do podjęcia określonych działań, realizacji ich w określonej formie oraz podjęcia ich w określonych przez prawo warunkach.

Tym samym, zakaz arbitralnego działania i nadużywania prawa oznacza, że na organy władzy publicznej nałożony jest bezwzględny obowiązek działania na podstawie oraz w granicach prawa, co oznacza, że podstawa i granice działań powinny być ściśle wyznaczone przez prawo. Niedopuszczalne jest działanie bez podstawy prawnej bądź wykraczające poza oznaczone granice.

**Jednakże odnosząc się do rzeczowego zakresu obowiązywania EKDPA, czyli do dobrej praktyki administracyjnej, należy zauważyć, że pojęcie „dobra praktyka administracyjna” jest o wiele szersze niż „przestrzeganie przepisów prawa”, gdyż trudno nawet sobie wyobrazić, aby administracja mająca miano dobrej mogłaby w demokratycznym państwie prawnym działać sprzecznie z przepisami prawa<sup>7</sup>.** Wewnętrzne przepisy prawa nakazują często działać administracji poprzez podejmowanie wszelkich kroków niezbędnych do dokładnego oraz wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy mającego na celu jej załatwienie, informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych oraz czuwania, aby strony oraz inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu nieznamości prawa poprzez udzielanie im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek.

**Mówiąc o praworządności, nie można również pominąć zasady bezstronności i niezależności zawartej w art. 8 EKDPA, zgodnie z którą urzędnik działa bezstronnie i niezależnie.** *Urzędnik powstrzyma się od wszelkich arbitralnych działań, które mogą mieć negatywny wpływ na sytuację jednostek, oraz od wszelkich form ich faworyzowania, bez względu na motywy takiego postępowania. Na postępowanie urzędników nie będzie miał wpływu, w żadnym czasie, interes osobisty, rodzinny lub narodowy, ani też nie będzie wpływać presja polityczna. Urzędnik nie będzie uczestniczył w podejmowaniu decyzji, w której on lub bliski członek jego rodziny miałby interes finansowy.*

Na polskim gruncie pewną korelację z przywołanym przepisem można odnaleźć w art. 8 k.p.a., który nakazuje organom administracji publicznej prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli. W stosunku do tak ogólnie sformułowanego obowiązku polska doktryna wyprowadziła szereg różnych zasad służących jego realizacji, do których zalicza się m.in.: zasadę równości wobec prawa, domniemanie słuszności prawnego interesu strony, zasadę zaufania do obywatela, zasadę bilansu kosztów i korzyści, zasadę służby publicznej, zasadę pewności w sferze stosowania prawa administracyjnego, kulturę organizacji i pracy, kwalifikacje merytoryczne i moralne administrujących<sup>8</sup>.

Nakaz rzetelnego i bezstronnego postępowania urzędnika państwowego został przewidziany w art. 17 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych<sup>9</sup>, natomiast obowiązek bezstronnego wykonywania zadań przez pracownika samorządowego został zawarty w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych<sup>10</sup>. Polskie prawo przewiduje również przypadki, w których wyłączeniu podlega pracownik organu administracji publicznej

<sup>6</sup> DzU z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

<sup>7</sup> Zob. J. Świątkiewicz „Europejski Kodeks Dobrej Administracji”, Warszawa 2007, str. 19.

<sup>8</sup> Zob. M. Zdyb, J. Stelmasiak „Zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego z komentarzem”, Lublin 1992, str. 61–63.

<sup>9</sup> DzU z 2001 r. Nr 86, poz. 953 z późn. zm.

<sup>10</sup> DzU Nr 223, poz. 1458, z późn. zm. Wcześniej podobne uregulowanie zawierał art. 15 ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (DzU z 2001 r. Nr 142, poz. 1593 z późn. zm.).

(art. 24 k.p.a.) oraz sam organ administracji publicznej (art. 25 k.p.a.), a dotyczą one sytuacji, w których mogłoby powstać podejrzenie o wywarcie wpływu powiązań osobistych, finansowych lub majątkowych na rozstrzygnięcie danej sprawy.

Przedstawione powyżej przykłady wskazują, iż bezstronność i niezależność urzędnika oraz organu, a także podstawy ich wyłączenia nie są instytucją nową w polskim porządku prawnym, gdyż istniały już przed zmianami ustrojowymi, a więc przed rokiem 1989. Jednakże przez całe lata instytucja wyłączenia urzędnika lub organu była stosowana niezwykle rzadko, co skutkowało tym, że był to przepis martwy. Brak jej stosowania prowadził do powstawania patologicznych sytuacji, w szczególności w małych miejscowościach, gdzie urzędnicy byli niejednokrotnie powiązani więzami towarzyskimi czy też rodzinnymi z danym środowiskiem lokalnym.

Zawartą w art. 5 EKDPA zasadę niedyskryminowania można w pewnym sensie połączyć z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP oraz wypracowaną na podstawie art. 8 k.p.a. zasadą równości wobec prawa, w szczególności w zakresie, w jakim osoby znajdujące się w takiej samej sytuacji będą traktowane w porównywalny sposób.

Jednakże zasada niedyskryminowania zawarta w EKDPA posiada dużo szerszy zakres, gdyż zawiera nakaz powstrzymania się urzędnika od wszelkiego nieusprawiedliwionego nierównego traktowania jednostek ze względu na ich narodowość, płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub wyznanie, przekonania polityczne lub inne; przynależność do mniejszości narodowej, posiadaną własność, urodzenie, inwalidztwo, wiek lub orientację seksualną.

Głównym celem tak wyraźnie sformułowanego przepisu zawierającego obszerny katalog cech oraz przymiotów, które posiadać może jednostka, jest przeciwdziałanie nadużywaniu władzy oraz dowolności przy interpretacji przepisów, w sytuacji gdy

obowiązujące przepisy nie zawierają ścisłych postanowień wiążących organy administracji. Jednakże również poprzez analizę zawartej w art. 8 k.p.a. zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa można również wywieść istniejącą zasadę niedyskryminowania, której realizacja następuje poprzez rozpoznanie sprawy przez pryzmat fachowości z pominięciem jakichkolwiek uprzedzeń.

W pewnym sensie można przyjąć, że jeżeli urzędnik będzie respektował zasady przewidziane w EKDPA, to jednocześnie będzie realizował zasadę uczciwości zawartą w art. 11 Kodeksu, która nakazuje, aby urzędnik działał bezstronnie, uczciwie i rozsądnie.

W kontekście dobrej praktyki administracyjnej na szczególną uwagę zasługuje zasada uprzejmości. Zgodnie z art. 12 ust. 1 EKDPA *w swoich kontaktach z jednostką urzędnik zachowuje się właściwie, uprzejmie i pozostaje dostępny. Odpowiadając na korespondencję, rozmowy telefoniczne i pocztę elektroniczną (e-mail), urzędnik stara się być możliwie jak najbardziej pomocny i udziela odpowiedzi na skierowane do niego pytania możliwie jak najbardziej wyczerpująco i dokładnie*. Jeśli chodzi o pragmatyki, to tylko w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych<sup>11</sup> zawarty jest obowiązek zachowania przez urzędnika samorządowego uprzejmości i życzliwości w kontaktach z obywatelami.

Jednakże z uwagi na brak powszechnego poszanowania przez urzędników administracji publicznej obywatela, zasada ta winna zostać zawarta w każdym pragmatyku urzędniczym i jej realizacja powinna być konsekwentnie wymagana przez przełożonych. Jednostka, która wnosi o załatwienie danej sprawy, oczekuje nie tylko, że jej sprawa zostanie załatwiona w rozsądnym terminie, ale przede wszystkim oczekuje szacunku względem własnej osoby. Urzędnicy często zapominają, że niekulturalne czy wręcz agresywne zachowanie z ich strony pociąga za sobą taką samą ripostę od jednostki, co może doprowadzić do niepotrzebnych utarczek słownych.

<sup>11</sup> Tamże. Wcześniej podobne uregulowanie zawierał art. 15 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (DzU z 2001 r. Nr 142, poz. 1593 z późn. zm.).

Przedstawione powyżej zasady, które zostały zawarte w EKDPA, nie stanowią swoistego *novum*, które nie byłoby znane w polskim porządku prawnym. Tak jak było to mówione na wstępie, EKDPA nie ma charakteru powszechnie obowiązującego, ale tylko charakter wytycznych, które mogą stanowić wzorzec dla stworzenia w Polsce dobrej praktyki administracyjnej. Jeszcze przed zmianami ustrojowymi przedstawione zasady były zawarte w obowiązujących przepisach, jednak nie były one realizowane w pełnym tego słowa znaczeniu, lecz jedynie stanowiły niejednokrotnie martwy i iluzoryczny przepis. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że podczas minionych dwóch dekad po transformacji ustrojowej, poszanowanie, a przede wszystkim realizacja zasad stanowiących podstawę dobrych praktyk administracyjnych uległa znacznej poprawie. Obecnie nie jest już popełnianych tak wiele błędów charakterystycznych dla „złej administracji”, ale wzrasta poszanowanie jednostki – obywatela w kontaktach z administracją. Szczególnie należy zauważyć, że w mijającym dwudziestoleciu znacznie zmniejszyła się skala naruszeń zasad składających się na postępowanie administracyjne, a w szczególności wzmocnił się szacunek dla zasady praworządności, bezstronności i niezależności, uczciwości czy też niedyskryminacji. Jednak w dalszym ciągu można zauważyć niedostatek rzetelnej informacji o toczącej się sprawie oraz nawyki hołdowania zasadom legalizmu biurokratycznego.

Zwrócić należy uwagę na zasadę uprzejmości, która niestety cały czas bywa nierespektowana przez urzędników oraz organy administracji, a biurokratyczne podejście do obywatela nie pozwala na stosowanie najprostszych form w postaci przeproszenia w przypadku zawinionego działania czy zaniechania

ze strony administracji publicznej. Pracownicy urzędów publicznych winni odnosić się do obywatela z należytym i właściwym szacunkiem, dokładać wszelkich starań, aby udzielane odpowiedzi na postawione pytania były wyczerpujące, a nie szczątkowe i wymijające. W przypadku, gdy dany urzędnik nie jest właściwy w danej sprawie, winien dołożyć on należytej staranności, aby skierować obywatela do właściwego urzędnika, który w sposób kompetentny zajmie się jego sprawą. W przypadku popełnienia błędu, urzędnik winien przeprosić za powstały błąd, jednocześnie starać się skorygować negatywne skutki swojego postępowania. Obywatel powierzający swoją sprawę organowi administracji powinien być traktowany z należytym szacunkiem, a nie czuć się jak intruz przeszkadzający w pracy urzędniczej.

Tym samym jako główny postulat *de lege ferenda* można wskazać zawarcie zasady uprzejmości przede wszystkim w ustawie o pracownikach urzędów państwowych oraz innych pragmatykach urzędniczych, co pozwoliłoby na jej egzekwowanie przez bezpośrednich przełożonych. Jednak zasada ta, aby była w pełni realizowana, musi być wsparta systemem szkoleń doskonalących urzędników w zakresie pogłębiania posiadanej wiedzy odnośnie do załatwianych spraw. Mimo wszystko trzeba pamiętać, że nawet najbardziej wyszukany system szkoleń nie pozwoli na uzupełnienie niedostatków kultury osobistej. Ponadto należałoby się pochylić nad lepszym wykorzystaniem kadr urzędniczych po studiach administracyjnych, aby w pełni wykorzystać wiedzę tych osób. Kariera urzędnicza, aby była odbierana jako awans, musi być oparta na systemie motywacyjnym poprzez promowanie pracowników najlepszych pod względem posiadanej wiedzy oraz osiągniętych wyników w pracy.

### Orzecznictwo Sądu Najwyższego

**Uchwała składu połączonych Izb Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt III CZP 38/11).**

Niepouczenie albo błędne pouczenie strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nie ma wpływu na rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia tego środka.

**Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 33/11).**

Umowa przeniesienia własności rzeczy, wierzytelności lub innego prawa zawarta w celu zabezpieczenia wierzytelności (art. 84 ust. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, jedn. tekst: DzU z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm.) jest skuteczna wobec masy upadłości także wtedy, gdy uzyskała datę pewną w sposób określony w art. 81 § 2 i 3 k.c.



Maciej Szewczyk

# Klauzule zmiany kontroli bez tajemnic

**Jaki jest wpływ klauzul zmiany kontroli w umowach handlowych na transakcje typu share Deal? Czy zbycie praw udziałowych w spółce może doprowadzić do rozwiązania zawartych przez spółkę umów handlowych?**

W przypadku niemal większości transakcji fuzji i przejęć jedną z kluczowych kwestii wymagających szczególnej uwagi nabywcy, tak na etapie badania prawnego jak i negocjacji towarzyszących uzgadnianiu treści dokumentów transakcyjnych, jest możliwość „przeniesienia” na nabywcę praw z umów handlowych.

Niejednokrotnie bowiem kontrakty handlowe (np. umowy dotyczące współpracy, kluczowe umowy dotyczące licencji technologii itp.) stanowią jeden z cenniejszych aktywów nabywanej spółki, a tym samym kwestia możliwości skutecznego ich „nabycia” ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia inwestora.

Problematyka ta inaczej wygląda w przypadku transakcji typu *asset deal*, tj. obejmujących przedsiębiorstwo, jego zorganizowaną część lub poszczególne aktywa, a inaczej w transakcji typu *share deal*, której przedmiotem są prawa udziałowe spółki handlowej.

Ze względu na przedmiot transakcji nabycia praw udziałowych w ich efekcie nie występuje problem zmiany stron stosunków prawnych (tu: kontraktów), zatem nie mają do takich transakcji zastosowania ewentualne postanowienia umowne dotyczące zakazu cesji praw z umów. O ile jednak formalnie tożsamość stron kontraktu nie ulega zmianie na skutek transakcji, to oczywiście zbycie przez jedną grupę kapitałową praw udziałowych w spółce zależnej na rzecz innej grupy skutkuje w praktyce zmianą kontroli nad taką spółką, co może nie być obojętne dla drugiej strony danego kontraktu.

**Niejednokrotnie więc strony zawierają kontrakty, w których zamieszczają tzw. klauzule**

**zmiany kontroli (*change of control*) regulujące kwestie wzajemnych praw i obowiązków na wypadek ewentualnego dokonania zmiany struktury właścicielskiej jednej z nich lub obydwu. Najczęściej klauzule takie zawierają postanowienia, zgodnie z którymi zmiana struktury właścicielskiej strony wymaga uzyskania zgody drugiej strony.**

Regulacje tego rodzaju stanowią konsekwencję założenia, iż w praktyce obrotu współpracujące ze sobą podmioty niejednokrotnie są częściami większych struktur kapitałowych (holdingów, grup kapitałowych itp.). W konsekwencji przesłanką przemawiającą za utrzymaniem bądź zerwaniem z danym podmiotem relacji handlowych jest także jego przynależność kapitałowa.

Może ona bowiem dla kontrahenta stanowić dodatkową gwarancję solidności czy wypłacalności. Jednocześnie jednak przejęcie kontroli nad stroną kontraktu przez konkurenta drugiej strony może z oczywistych względów uzasadniać wolę drugiej strony, by współpracę z kontrahentem zakończyć.

## Regulacja w prawie polskim

Klauzule zmiany kontroli nie zostały uregulowane w prawie polskim, choć nie ulega wątpliwości, że dopuszczalność ich stosowania można wprost wywodzić z zasady swobody umów wyrażonej w art. 3531 Kodeksu cywilnego (k.c.).

Z uwagi na to, że samo pojęcie „zmiany kontroli” również nie występuje w polskim prawie, do określenia treści wzajemnych praw i obowiązków stron kluczowe znaczenie ma treść porozumienia zawartego między nimi na taką okoliczność.

W świetle polskiego prawa klauzula zmiany kontroli może być w szczególności rozumiana jako zobowiązanie strony do:

- poinformowania drugiej strony o planowanej lub dokonanej zmianie w zakresie jej struktury własnościowej (polegającej na przejściu nad nią kontroli przez osobę trzecią) lub do uzyskania uprzedniej zgody drugiej strony na taką zmianę (zobowiązanie do działania w rozumieniu art. 353 § 2 k.c.), lub

- powstrzymania się od działania, o którym mowa w art. 353 § 2 in fine k.c., polegającego np. na obowiązku niedokonywania zmian dotyczących kontroli nad stroną bez zawiadomienia lub uzyskania zgody drugiej strony.

Jeżeli strony nie sformułowały w umowie zakresu znaczeniowego pojęcia zmiany kontroli, konieczne jest dokonanie wykładni tego pojęcia na podstawie art. 65 k.c. w celu ustalenia znaczenia, jakie strony chciały mu nadać. W tym celu można posilkować się definicjami legalnymi odnoszącymi się do wzajemnej kontroli i dominacji między podmiotami, określonymi w polskim prawie, w tym w szczególności w Kodeksie spółek handlowych (k.s.h.), ustawie Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych oraz w przepisach prawa konkurencji.

I tak na przykład k.s.h. posługuje się pojęciem „spółki dominującej”, pod którym rozumiana jest spółka handlowa, która, w szczególności, dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu innej spółki (spółki zależnej), ma prawo do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innej spółki lub wywiera decydujący wpływ na działalność tej spółki itp. (por. art. 4 § 1 pkt 4 k.s.h.).

Do podobnych wniosków wydaje się prowadzić wykładnia przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 4 tej ustawy przez pojęcie „przejęcie kontroli” rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców (w tym w szczególności umożliwiają dyspo-

nowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, pozwalają na powoływanie lub odwoływanie większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy czy wreszcie pozwalają na zarządzanie innym przedsiębiorcą lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę).

W świetle przepisów przywołanych ustaw zasadne wydaje się zatem przyjęcie, że „zmianą kontroli” nad spółką zależną byłaby, co do zasady, każda zmiana w zakresie „stosunku dominacji” określonego w k.s.h. lub „przejęcia kontroli” w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

### Rodzaje klauzul zmiany kontroli

W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych i konieczności dokonywania wykładni postanowień klauzuli zmiany kontroli, o której mowa powyżej, strony zwykle dokładnie określają, jakie okoliczności będą uznawać za „zmianę kontroli”. W praktyce obrotu wyróżnić można kilka rodzajów klauzul zmiany kontroli.

Po pierwsze, klauzule mogą mieć zastosowanie zarówno do bezpośredniej zmiany kontroli polegającej na nabyciu praw udziałowych w spółce zależnej, jak i do zmiany pośredniej, gdy przedmiotem nabycia są prawa udziałowe w spółce kontrolującej spółkę zależną.

Po drugie, zastrzeżenie dotyczące „zmiany kontroli” może dotyczyć zbycia praw udziałowych w spółce zależnej zarówno na rzecz podmiotu trzeciego (niebędącego dotąd udziałowcem spółki zależnej), jak i na rzecz dotychczasowego udziałowca (np. w przypadku transakcji między wspólnikami lub akcjonariuszami spółki zależnej).

Po trzecie, klauzule mogą zawierać postanowienia wyłączające lub ograniczające ich zastosowanie, np. stanowiąc, że za „zmianę kontroli” nie będzie uznawane zbycie praw udziałowych na rzecz określonych w umowie podmiotów lub dokonanie zbycia w określonym terminie itp.

Po czwarte wreszcie, strony mogą zawrzeć w klauzulach zmiany kontroli postanowienie, zgodnie z którym jakkolwiek jedna ze stron nie może bez

zgody drugiej strony zbyć swoich praw udziałowych w spółce zależnej, to jednak strona uprawniona nie może takiej zgody odmówić bez ważnego powodu.

Istotną kwestią jest oczywiście określenie przez strony, które w kontrakcie zawarły klauzulę zmiany kontroli, konsekwencji naruszenia tej klauzuli. Z reguły strony postanawiają, że dokonanie „zmiany kontroli” wbrew postanowieniom umowy daje drugiej stronie prawo do rozwiązania umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia lub z daleko idącym jego skróceniem, lub też skutkuje odpowiedzialnością strony np. z tytułu kary umownej.

Mając zatem na uwadze możliwe konsekwencje naruszenia klauzul zmiany konkurencji, w celu uniknięcia ryzyka „utruty” wartościowych kontraktów, w interesie nabywcy praw udziałowych leży przeprowadzenie na etapie poprzedzającym transakcję badania prawnego umów handlowych, których stroną jest spółka, lub uzyskanie od zbywcy odpowiednich gwarancji dotyczących braku klauzul zmiany kontroli w umowach zawartych przez spółkę.

*Maciej Szewczyk,*

*Grupa Transakcyjna kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

*Artykuł został wcześniej opublikowany w „Portal Procesowym”.*

**Robert Siwik**

# Wspólne przepisy dotyczące sprzedaży

**W dniu 11 października 2011 r. Komisja Europejska zaproponowała ustanowienie fakultatywnych wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, które mają pomóc zlikwidować bariery w transgranicznej wymianie handlowej w ramach jednolitego rynku europejskiego i zapewnić przez to konsumentom większą możliwość wyboru towarów oraz wyższy poziom ochrony.**

Według Komisji Europejskiej przepisy te ułatwią również handel w ramach Unii Europejskiej, gdyż będą stanowiły jednolity zestaw norm dla umów transgranicznych we wszystkich 27 państwach członkowskich Unii Europejskiej (dalej „UE”).

## Charakter prawny regulacji

Instrumentem prawnym wybranym przez projektodawcę dla powyższej inicjatywy legislacyjnej jest rozporządzenie, które ustanawiałoby fakultatywne wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży.

Według Komisji Europejskiej niewiążący instrument, taki jak zestaw narzędzi dla unijnego prawodawcy lub zalecenie skierowane do państw członkowskich, nie pozwoliłyby osiągnąć celu zakładającego poprawę tworzenia i funkcjonowania

rynku wewnętrznego. Dyrektywa lub rozporządzenie zastępujące przepisy krajowe obowiązującym europejskim prawem umów wykraczałyby za daleko, ponieważ oznaczałyby konieczność ponoszenia przez krajowych przedsiębiorców, którzy nie chcą prowadzić handlu transgranicznego, kosztów nierównoważonych przez oszczędności, które uzyskać można wyłącznie przy zawieraniu transakcji transgranicznych. Poza tym dyrektywa ustanawiająca normy minimalne obowiązkowego europejskiego prawa umów nie byłaby właściwa, ponieważ nie pozwoliłaby osiągnąć określonego poziomu pewności prawnej oraz niezbędnej jednolitości, by zmniejszyć koszty transakcyjne.

Mając na uwadze powyższe Komisja Europejska uznała, że wniosek dotyczący fakultatywnego (opcjonalnego), drugiego reżimu prawa umów (obok 27 reżimów prawa państw członkowskich), ma tę

przewagę, że nie zastępując przepisów krajowego prawa umów w państwach członkowskich, umożliwi stronom korzystanie z jednolitego zestawu norm prawa umów w całej UE. W taki sposób nastąpi harmonizacja przepisów prawa umów państw członkowskich nie poprzez zobowiązanie tych ostatnich do zmiany obowiązującego krajowego prawa umów, lecz poprzez stworzenie w każdym z państw członkowskich drugiego reżimu prawa umów na potrzeby umów objętych zakresem wniosku, identycznego w całej Unii Europejskiej i mającego obowiązywać obok już obowiązujących przepisów krajowego prawa umów.

Zdaniem Komisji Europejskiej opcja ta pozwoliłaby przedsiębiorcom uniknąć również konieczności analizowania różnych przepisów krajowych w ramach dokonywanych transakcji sprzedaży. Aby ułatwić konsumentom zrozumienie ich praw zapisanych we wspólnych europejskich przepisach dotyczących sprzedaży, otrzymywaliby „standardową ulotkę informacyjną”, w której zostaliby poinformowani o tych prawach.

### **Struktura wniosku Komisji Europejskiej**

Przedstawiony przez Komisję Europejską wniosek składa się z trzech głównych części: rozporządzenia, załącznika nr I do rozporządzenia zawierającego normy prawa umów (tzw. wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży) oraz załącznika nr II zawierającego standardową ulotkę informacyjną, o której była mowa powyżej.

### **Zakres przedmiotowy rozporządzenia**

Projektowane rozporządzenie składa się z 16 artykułów, które dotyczą: celu i przedmiotu samego rozporządzenia (art. 1); listy definicji i terminów użytych w rozporządzeniu (art. 2); wyjaśnienia fakultatywnego charakteru norm prawa umów w umowach transgranicznych dotyczących sprzedaży towarów, dostarczania treści cyfrowych i świadczenia usług powiązanych (art. 3); zakresu terytorialnego zastosowania rozporządzenia, który ogranicza się do umów transgranicznych (art. 4); zakresu przedmiotowego umów sprzedaży towarów, dostarczania treści cyfrowych i świadczenia usług powiązanych, takich jak instalacja i naprawa (art. 5); wyłączenia

(art. 6; wskazują, że rozporządzenie nie ma zastosowania do umów mieszanych i umów sprzedaży ratalnej); opisu podmiotowego zakresu stosowania, który rozciąga się na umowy między przedsiębiorcami i konsumentami oraz te umowy między przedsiębiorcami, w których co najmniej jedna strona jest małym lub średnim przedsiębiorstwem (MŚP; art. 7); niezbędnych wyjaśnień przedmiotowych (art. 8; wskazuje, że wybór wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży wymaga zawarcia przez strony odpowiedniego porozumienia. W umowach między przedsiębiorcami i konsumentami wybór wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży jest ważny tylko wtedy, gdy zgoda została wyrażona przez konsumenta w wyraźnym oświadczeniu, składanym osobno od oświadczenia wyrażającego zgodę na zawarcie umowy); szeregu wymogów informacyjnych na temat wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży w umowach między przedsiębiorcami a konsumentami (art. 9; szczególnie wymóg informacyjny odnosi się do obowiązkowego przekazania konsumentom ulotki informacyjnej); sankcji karnych za naruszenie obowiązku przestrzegania szczególnych wymogów ustanowionych w rozporządzeniu (art. 10; wymogi te dotyczą przede wszystkim art. 8 i 9); relacji przepisów zawartych w rozporządzeniu z regulacjami prawa krajowego (art. 11, który wyjaśnia, że konsekwencją ważnego wyboru wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży jest to, że stają się one jedynymi przepisami mającymi zastosowanie do kwestii będących ich przedmiotem, a tym samym przepisy krajowe nie mają do tych kwestii zastosowania. Wybór wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży ma skutki retroaktywne, obejmując wypełnienie obowiązku udzielenia informacji przedkontraktowych oraz środki ochrony prawnej przysługujące z tytułu niewypełnienia tego obowiązku); relacji rozporządzenia z wymogami informacyjnymi dyrektywy 2006/123/WE dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (art. 12); możliwości ustanowienia przepisów rozporządzenia przez państwa członkowskie jako przepisów udostępniających stronom wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży także na potrzeby czysto krajowych transakcji, jak też umów zawartych między przedsiębiorcami, z których żaden nie należy do MŚP (art. 13); zobowiązań państw członkowskich związanych z zaskar-

żaniem przepisów rozporządzenia przed sądy krajowe (art. 14, który zobowiązuje państwa członkowskie do przekazywania prawomocnych wyroków ich sądów zawierających wykładnię wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży lub jakichkolwiek innych przepisów rozporządzenia), klauzuli przeglądowej (art. 15); wejścia w życie rozporządzenia (art. 16; przewiduje, że rozporządzenie wejdzie w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej).

### **Tekst wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży**

Tekst wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży zawiera Załącznik nr I wniosku Komisji Europejskiej. Składa się on z 8 części, które dotyczą następujących materii:

**Część I zawiera „Przepisy wprowadzające”.** Określają one ogólne zasady prawa umów, których wszystkie strony muszą przestrzegać w swoich transakcjach, takie jak dobra wiara i uczciwy obrót. Ważne miejsce wśród tych zasad zajmuje zasada swobody umów, która gwarantuje również stronom, że – z wyjątkiem przepisów określonych wyraźnie jako bezwzględnie obowiązujące, np. przepisów o ochronie konsumentów – mogą one odstąpić od norm zawartych we wspólnych europejskich przepisach dotyczących sprzedaży.

**Część II pt. „Zawieranie wiążącej umowy”** zawiera przepisy dotyczące prawa stron do otrzymania zasadniczych informacji przedkontraktowych oraz reguły dotyczące trybu zawierania umów między dwiema stronami. W tej części znajdują się również przepisy szczególne, dające konsumentom prawo do odstąpienia od umowy zawartej na odległość lub poza lokalem przedsiębiorcy. Wreszcie, zawiera ona przepisy dotyczące unieważnienia umowy z powodu błędu, podstępny, groźby lub wyzysku.

**Część III pt. „Ocena treści umowy”** ogólnie określa, w jaki sposób należy interpretować postanowienia umowne w przypadku pojawienia się wątpliwości. Zawiera ona również przepisy dotyczące treści i skutków umowy, jak również wskazuje, jakie postanowienia umowne mogą być uznane za nieuczciwe, a tym samym nieważne.

**W części IV „Zobowiązania i środki ochrony prawnej stron umowy sprzedaży”** zawarto bliżej specyficzne normy mające zastosowanie do umów sprzedaży i umów o dostarczenie treści cyfrowych, zawierające zobowiązania sprzedawcy i kupującego. Część ta zawiera również normy dotyczące środków ochrony prawnej z tytułu niewykonania umowy przysługujących sprzedawcom i kupującym.

**Część V zatytułowana „Zobowiązania i środki ochrony prawnej stron umowy o świadczenie usług powiązanych”** dotyczy przypadków, w których sprzedawca świadczy określone usługi, takie jak instalacja, naprawa lub konserwacja, blisko powiązane z umową sprzedaży lub umową o dostarczenie treści cyfrowych. Część ta wyjaśnia, jakie szczególne normy mają zastosowanie w takiej sytuacji, w szczególności jakie są prawa i obowiązki stron w ramach takiej umowy.

**Część IV „Odszkodowanie i odsetki”** zawiera wspólne normy uzupełniające w sprawie odszkodowania za szkody oraz odsetki płatne od opóźnionych płatności.

**Część VII „Zwrot”** wyjaśnia normy mające zastosowanie do zwrotów dokonywanych w przypadku unieważnienia umowy lub odstąpienia od niej.

**Część VIII „Przedawnienie”** reguluje konsekwencje upływu czasu dla wykonywania praw przysługujących na mocy umowy. Dodatek nr I do tej części wniosku zawiera ponadto wzór wskazówek dotyczących prawa do odstąpienia, które muszą zostać przekazane przez przedsiębiorcę konsumentowi przed zawarciem umowy na odległość lub poza lokalem przedsiębiorcy, podczas gdy Dodatek nr 2 zawiera wzór formularza odstąpienia od umowy.

### **Standardowa ulotka informacyjna**

Załącznik nr II wniosku Komisji Europejskiej obejmuje standardową ulotkę informacyjną w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, która musi zostać przekazana przez przedsiębiorcę konsumentowi przed zawarciem porozumienia o wykorzystaniu wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży. Wzór ulotki przedstawiono poniżej.

### Relacja wspólnych norm prawnych dotyczących sprzedaży do innych przepisów wspólnotowych

W dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego Unia Europejska przyjęła instrumenty dotyczące wyboru prawa, do których w szczególności trzeba zaliczyć rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) oraz, w stosunku do obowiązków w zakresie informacji przedkontraktowych, rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II). Pierwszy z tych instrumentów określa reguły ustalania prawa właściwego w dziedzinie zobowiązań umownych, a drugi w dziedzinie zobowiązań pozaumownych, w tym tych wynikających z oświadczeń przedkontraktowych.

Zdaniem Komisji Europejskiej oba powyższe rozporządzenia (Rzym I i Rzym II) będą obowiązywać nadal. Wspólne fakultatywne przepisy dotyczące sprzedaży nie będą miały na nie wpływu. Tym samym w dalszym ciągu konieczne będzie ustalanie prawa właściwego w umowach transgranicznych, w trybie przewidzianym w rozporządzeniu Rzym I.

Jak wskazano powyżej, wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży będą drugim reżimem prawa umów w ramach prawa krajowego każdego państwa członkowskiego. Jeżeli strony uzgodnią wykorzystanie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, będą to jedyne przepisy krajowe mające zastosowanie do kwestii należących do ich zakresu.

Jeżeli zatem określona kwestia należy do zakresu wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży, nie ma miejsca na stosowanie innych przepisów krajowych. Porozumienie o wykorzystaniu wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży stanowi wybór między dwoma zestawami przepisów o sprzedaży w ramach jednego prawa krajowego, dlatego nie można go zaliczać do uprzedniego wyboru prawa właściwego w rozumieniu prawa prywatnego międzynarodowego, ani nie powinno być z nim mylone.

Ponieważ wspólne europejskie przepisy dotyczące sprzedaży nie obejmują wszystkich aspektów umowy (np. bezprawności umowy, reprezentacji), obowiązujące normy prawa cywilnego państwa członkowskiego mającego zastosowanie do umowy będą w dalszym ciągu regulować te pozostałe kwestie.

### Zagadnienia szczegółowe wspólnych przepisów dotyczące sprzedaży

#### Zasady ogólne

Wśród zasad ogólnych znajdujących zastosowanie do wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (dalej jako „Wspólne Przepisy”) wymieniono **zasadę swobody umów** (uprawniającą również do wyłączenia stosowania wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży lub nawet do uchylecia bądź zmiany ich skutków, z wyjątkiem zasady dobrej wiary i uczciwego obrotu).

Szczególną moc posiada **zasada dobrej wiary i uczciwego obrotu** (art. 2 Wspólnych Przepisów). Naruszenie tej zasady, której nie można wyłączyć, uchylić oraz zmienić jej skutków, może spowodować niemożność skorzystania przez stronę umowy sprzedaży z prawa, środka ochrony prawnej lub zarzutu, który normalnie by jej przysługiwał, lub też może uczynić ją odpowiedzialną za wszelkie szkody poniesione wskutek tego naruszenia przez drugą stronę.

Ponadto w myśl art. 3 Wspólnych Przepisów strony są zobowiązane do współdziałania ze sobą w takim zakresie, w jakim można tego oczekiwać w celu wykonania ich zobowiązań umownych (**zasada współdziałania**).

#### Informacje przedkontraktowe udzielane przez przedsiębiorcę w transakcjach z konsumentem

W przepisach art. 13–22 Wspólnych Przepisów nałożono na przedsiębiorcę obowiązek udzielania niezbędnych informacji w transakcjach z konsumentem. Normy te mają charakter bezwzględnie wiążący i strony umowy nie mogą, na niekorzyść konsumenta, wyłączyć, uchylić lub zmienić ich skutki.

Przepisy te odwołują się do obowiązku udzielania informacji w odniesieniu do umów zawieranych

na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa, informacji o cenie i dodatkowych opłatach i kosztach, danych identyfikacyjnych przedsiębiorcy, informacji o postanowieniach umownych, o prawach odstąpienia przy zawieraniu umów na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa.

Ciężar dowodu dostarczenia powyższych informacji, wymaganych przez Wspólne Przepisy, spoczywa na przedsiębiorcy.

Dodatkowo Wspólne Przepisy zobowiązują przedsiębiorcę do udzielania niezbędnych informacji przedkontraktowych w transakcjach z innymi przedsiębiorcami (dotyczą one obowiązku ujawnienia informacji o towarach i usługach powiązanych).

Jeżeli strona nie wypełni jakiegokolwiek z obowiązków informacyjnych, odpowiada za szkody poniesione wskutek tego przez drugą stronę.

### **Zawarcie umowy sprzedaży**

Wspólne Przepisy szczegółowo odnoszą się do zagadnień dotyczących zawarcia umowy, wskazując na wymogi, jakie muszą być spełnione, aby doszło do zawarcia umowy. Wskazują również na poszczególne tryby zawarcia umowy, takie jak oferta (i regulacje dotyczące jej przyjęcia, odwołania i odwołania) oraz wzorce umowy.

Ważne miejsce wśród przepisów dotyczących zawarcia umowy zawierają postanowienia dotyczące prawa odstąpienia w umowach zawieranych na odległość lub poza lokalem przedsiębiorstwa między przedsiębiorcami i konsumentem, skutki odstąpienia, a także obowiązki przedsiębiorcy i konsumenta w przypadku odstąpienia od umowy.

### **Wady oświadczenia woli**

Wspólne Przepisy w sposób obszerny odnoszą się również do wad oświadczenia woli, które wskazują, w jakich okolicznościach pewne stany psychiki lub wiedzy człowieka, towarzyszące składaniu oświadczenia woli, określają wpływ na ważność dokonywanych czynności prawnych.

Do wad oświadczeń woli Wspólne Przepisy zaliczają błąd, podstęp, groźby oraz wyzysk. Uchy-

lenie się od skutków umowy następuje poprzez zawiadomienie drugiej strony. Zawiadomienie o uchyleniu się od skutków umowy jest skuteczne tylko gdy zostało złożone po tym, jak strona unieważniająca dowiedziała się o właściwych okolicznościach lub uzyskała swobodę postępowania, w terminie: sześciu miesięcy, w przypadku błędu; oraz jednego roku, w przypadku podstępu, groźby lub wyzysku.

Umowa, od której skutków można się uchylić, jest ważna dopóki nie uchylono się od jej skutków, jednak po uchyleniu się od jej skutków staje się nieważna od momentu jej zawarcia. Jeżeli przyczyna uchylenia się od skutków umowy wpływa jedynie na niektóre postanowienia umowy, konsekwencje uchylenia się od skutków umowy ograniczają się do tych postanowień, chyba że utrzymanie pozostałej części umowy byłoby nierozsądne.

Dodatkowo strona, która ma prawo uchylić się od skutków umowy na mocy powyżej wskazanych wad oświadczenia woli lub miała takie prawo zanim utraciła je wskutek upływu terminu lub potwierdzenia, uprawniona jest, niezależnie od tego, czy od skutków umowy się uchyliło, do odszkodowania od drugiej strony za szkody poniesione wskutek błędu, podstępu, groźby lub wyzysku, o ile druga strona wiedziała lub powinna była wiedzieć o właściwych okolicznościach.

### **Ogólne zasady wykładni umów**

Zgodnie ze Wspólnymi Przepisami wykładni umowy dokonuje się zgodnie ze wspólnym zamiarem stron, nawet gdyby wykładnia różniła się od dosłownego brzmienia wyrażen użytych w umowie. Jeżeli jedna ze stron zamierza nadać wyrażeniu w umowie szczególne znaczenie, a w momencie zawierania umowy druga strona znała lub powinna była znać ten zamiar, wykładni tego wyrażenia dokonuje się zgodnie z zamiarem pierwszej strony.

Ponadto wykładni umowy dokonuje się zgodnie ze znaczeniem, które przypisałaby jej rozsądna osoba. Przy wykładni umowy należy brać pod uwagę w szczególności:

a) okoliczności, w których została zawarta, w tym wstępne negocjacje;

- b) postępowanie stron, nawet po zawarciu umowy;
- c) znaczenie nadawane dotychczas przez strony tym wyrażeniom, które są identyczne z tymi użytymi w umowie lub podobne do nich;
- d) zwyczaje, które byłyby uznawane za ogólnie przyjęte przez strony w tej samej sytuacji;
- e) praktyki przyjęte między stronami;
- f) znaczenie powszechnie nadawane takim wyrażeniom w danej dziedzinie działalności;
- g) charakter i cel umowy oraz
- h) zasadę dobrej wiary i uczciwego obrotu.

Ponadto wykładni wyrażen użytych w umowie dokonuje się w świetle całej umowy, a w przypadku rozbieżności między różnymi wersjami językowymi umowy, z których żadna nie została uznana za decydującą, uznaje się za taką wersję, w której umowa została pierwotnie sporządzona.

Jeżeli występują wątpliwości co do znaczenia postanowienia umowy zawartej między przedsiębiorcą a konsumentem, pierwszeństwo przyznaje się wykładni najbardziej korzystnej dla konsumenta, chyba że on sam zaproponował to postanowienie.

### ***Środki ochrony prawnej przysługujące kupującemu***

Jeżeli sprzedawca nie wykonuje zobowiązania, kupujący może:

- a) zażądać spełnienia świadczenia, które obejmuje konkretne świadczenie, naprawę lub wymianę towarów lub treści cyfrowych;
- b) powstrzymać się ze spełnieniem własnego świadczenia;
- c) rozwiązać umowę i zażądać zwrotu zapłaconej już części ceny;
- d) obniżyć cenę zgodnie oraz
- e) zażądać odszkodowania.

Ponadto jeśli kupujący jest przedsiębiorcą, kupującemu przysługuje prawo do skorzystania z dowolnego środka ochrony prawnej, z wyjątkiem powstrzymania się ze spełnieniem własnego świadczenia, z zastrzeżeniem możliwości sanacji świadczenia przez sprzedawcę; oraz kupującemu przysługuje prawo do powołania się na brak zgodności, z zastrzeżeniem wymogów zbadania towarów i zawiadomienia o braku zgodności.

### ***Środki ochrony prawnej przysługujące sprzedawcy***

Jeżeli kupujący nie wykonuje zobowiązania, sprzedawca może:

- a) domagać się spełnienia świadczenia;
- b) powstrzymać się ze spełnieniem swojego świadczenia;
- c) rozwiązać umowę oraz
- d) żądać odsetek od ceny lub odszkodowania.

### ***Standardowa ulotka informacyjna***

Umowa, którą zamierzają Państwo zawrzeć, będzie regulowana wspólnymi europejskimi przepisami dotyczącymi sprzedaży, będącymi systemem alternatywnym w stosunku do krajowego prawa umów, dostępnymi dla konsumentów w sytuacjach transgranicznych. Te wspólne przepisy są identyczne w całej Unii Europejskiej i zostały opracowane w celu zagwarantowania konsumentom wysokiego poziomu ochrony.

Obowiązują one wyłącznie wtedy, gdy wyrażą Państwo zgodę na to, by umowa podlegała wspólnym europejskim przepisom dotyczącym sprzedaży.

Istnieje również możliwość, że wyrazili Państwo zgodę na zawarcie umowy telefonicznie lub w inny sposób (np. przez SMS), przez co nie mogli Państwo wcześniej zapoznać się z niniejszą ulotką. W takim razie umowa dojdzie do skutku jedynie wtedy, gdy po otrzymaniu tej ulotki potwierdzą Państwo swoją zgodę.

### **Podsumowanie**

Jak wskazano we wniosku Komisji Europejskiej, zasadnicze różnice w prawie umów poszczególnych państw członkowskich stanowią przeszkodę dla przedsiębiorców i konsumentów pragnących uczestniczyć w transgranicznej wymianie handlowej w ramach rynku wewnętrznego.

Według Komisji Europejskiej potrzeba dostosowania się przedsiębiorców do zróżnicowanych przepisów krajowego prawa umów, które mogą mieć zastosowanie w transgranicznych transakcjach, sprawia, że handel transgraniczny jest bardziej skomplikowany i kosztowny niż krajowy, zarówno



w przypadku transakcji między przedsiębiorcami i konsumentami, jak i między samymi przedsiębiorcami. Przedsiębiorcy ponoszą zwykle dodatkowe koszty transakcyjne w porównaniu z handlem krajowym w sytuacjach transgranicznych. Wynikają one między innymi z trudności w ustaleniu przepisów właściwego obcego prawa umów, konieczności uzyskania porady prawnej, negocjowania prawa właściwego w transakcjach biznesowych oraz dostosowania umów do wymogów prawa konsumenckiego w transakcjach między przedsiębiorcami i konsumentami.

Powyższych problemów nie rozwiązują również dotychczasowe unijne regulacje. Przykładowo należy wskazać na art. 6 rozporządzenia Rzym I, który stanowi, że w przypadkach, w których przedsiębiorstwo kieruje swoją działalność bezpośrednio na konsumentów w innym państwie członkowskim, musi on postępować z zgodności z prawem umów tego państwa członkowskiego. W przypadkach, w których strony wybrały inne prawo właściwe, a bezwzględnie obowiązujące przepisy o ochronie konsumentów państwa członkowskiego konsumenta przewidują wyższy poziom ochrony, konieczne jest przestrzeganie tych imperatywnych przepisów prawa konsumenckiego.

Dokonana już harmonizacja prawa konsumenckiego na szczeblu UE doprowadziła do pewnego zbliżenia w niektórych dziedzinach, nadal jednak istnieją według Komisji Europejskiej znaczne różnice między przepisami poszczególnych państw członkowskich. Dlatego też aby ułatwić handel międzynarodowy, przedsiębiorcy powinni mieć możliwość stosowania wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży we wszystkich swoich transgranicznych transakcjach w całej Unii Europejskiej, unikając dzięki temu konieczności dostosowywania się do zróżnicowanych krajowych przepisów prawa umów, o ile druga strona wyrazi na to zgodę. Poza tym przepisy te powinny obejmować cały cykl trwania umowy, a zatem odnosić się do większości aspektów istotnych przy zawieraniu umów transgranicznych. W związku z tym, jeżeli chodzi o prawo krajowe innych państw członkowskich, przedsiębiorcom wystarczyłoby ustalenie tylko niektórych, mniej istotnych kwestii, nieobjętych wspólnymi europejskimi przepisami dotyczącymi sprzedaży.

Mając powyższe na uwadze, przedstawioną propozycję Komisji Europejskiej należy ocenić bardzo wysoko i mieć nadzieję, że szybko wejdzie ona w życie.

*Autor jest doktorantem Instytutu Nauk Prawnych PAN*

**Konrad Kuzioła**

# Kontrowersje wokół uchwał organów spółdzielni

**Jeśli uchwała spółdzielni lub spółki kapitałowej dotyczy praw lub obowiązków niemajątkowych, to sprawa o zaskarżenie tej uchwały jest sprawą o prawa niemajątkowe i skarga kasacyjna jest dopuszczalna bez ograniczeń.**

**D**ziałając na wniosek I Prezesa Sadu Najwyższego, 10 maja 2011 roku Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę (sygn. akt III CZP 126/10), w której stwierdził, że: *Sprawa o uchylenie, ustalenie nieistnienia oraz o stwierdzenie nieważno-*

*ści uchwały organów spółdzielni jest sprawą o prawa niemajątkowe, w której skarga kasacyjna jest dopuszczalna (art. 398<sup>1</sup> § 1 w związku z art. 398<sup>1</sup> k.p.c.), jeżeli przedmiotem zaskarżonej uchwały są prawa lub obowiązki o charakterze niemajątkowym.*

### **Uchwale tej Sąd Najwyższy nadał moc zasady prawnej**

Kwestia kwalifikacji spraw o uchylenie, ustalenie nieistnienia lub o stwierdzenie nieważności uchwał organów spółdzielni jako spraw o charakterze majątkowym lub niemajątkowym dotyczy w równej mierze spraw o zaskarżanie uchwał organów spółek kapitałowych, w związku z czym – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu przedmiotowej uchwały – dokonując wspomnianej kwalifikacji, należy przyjąć jednakową metodologię.

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiały się rozbieżności związane z kwalifikacją spraw o zaskarżenie tego typu uchwał. Dominowała jednak linia orzecznicza, zgodnie z którą o tym, czy sprawa o zaskarżenie uchwały organu spółdzielni albo organu spółki kapitałowej jest sprawą o prawa majątkowe czy niemajątkowe, decyduje przedmiot zaskarżanej uchwały (tak orzekł Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z 26 listopada 2009 r., I CZ 74/09, niepubl., z 19 maja 2010 r., I CZ 8/10, niepubl. oraz z 24 października 2008 r., V CSK 201/08, niepubl.).

Przeciwnicy tego poglądu podnosili, że sprawy o uchylenie, ustalenie nieistnienia lub stwierdzenie nieważności uchwały organu spółdzielni są zawsze sprawami o prawa niemajątkowe i – ewentualnie – dochodzone łącznie z nimi roszczenia majątkowe (postanowienie Sądu Najwyższego z 5 lutego 2009 r., sygn. akt I CZ 111/08, niepubl.). Sąd Najwyższy uzasadniał takie stanowisko argumentem, że wszelkie stosunki prawne z zakresu prawa spółdzielczego mają charakter akcesoryjny względem podstawowego stosunku członkostwa w spółdzielni, którego charakter jest niemajątkowy.

Dominującą linię orzeczniczą Sądu Najwyższego krytykowano również w kontekście kwalifikacji spraw o zaskarżenie uchwały organu spółki kapitałowej. Krytycy podnosili, że uprawnienie do zaskarżenia uchwały organu spółki kapitałowej (prawo korporacyjne) jest prawem akcesoryjnym względem majątkowego charakteru uczestnictwa w spółce kapitałowej, a co za tym idzie sprawy o uchylenie, ustalenie nieistnienia lub stwierdzenie nieważności uchwały organu spółki kapitałowej mają zawsze majątkowy charakter.

**Biorąc pod uwagę oba przeciwstawne stanowiska, Sąd Najwyższy w uchwale z 10 maja 2011 roku sformułował tezę, że ocena charakteru sprawy jako majątkowej lub niemajątkowej może opierać się albo na ocenie majątkowego lub niemajątkowego charakteru samego uprawnienia do zaskarżenia uchwały w nawiązaniu do charakteru stosunku prawnego, z którego uprawnienie to wynika, albo na kryterium przedmiotu zaskarżonej uchwały.**

Jednakże uprawnienie do zaskarżenia uchwały organu spółdzielni czy też organu spółki kapitałowej jest jedynie środkiem prawnym, który zmierza do ochrony określonych praw – o charakterze majątkowym lub niemajątkowym – naruszonych konkretną uchwałą. A zatem ocena majątkowego lub niemajątkowego charakteru sprawy o zaskarżenie uchwały organu spółdzielni lub uchwały organu spółki kapitałowej powinna być dokonywana w oparciu o kryterium przedmiotu zaskarżonej uchwały. Przy ocenie majątkowego bądź niemajątkowego charakteru uchwały wykorzystywany jest oczywiście wypracowany przez doktrynę prawa cywilnego materialnego podział praw podmiotowych na prawa o charakterze majątkowym i niemajątkowym, dokonywany w oparciu o interes, jaki one reprezentują.

Co więcej, w komentowanej uchwale Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że przyjęcie poglądu, jakoby o ocenie charakteru prawnego sprawy o zaskarżenie uchwały decydował charakter uprawnienia do zaskarżenia uchwały, prowadziłoby do wniosku, że sprawy, w których zaskarżone zostały uchwały o tym samym przedmiocie (np. odwołanie członka zarządu), mogłyby być kwalifikowane odmiennie w zależności od tego, czy uchwały te zostały podjęte przez organy spółdzielni czy też przez organy spółek kapitałowych. Z takim zaś poglądem zdaniem Sądu Najwyższego nie sposób się zgodzić.

**Rozstrzygnięcie omawianej kwestii ma spore znaczenie praktyczne, gdyż od kwalifikacji spraw o zaskarżenie uchwał organów spółdzielni albo organów spółek kapitałowych zależy dopuszczalność skargi kasacyjnej. Przewidziane w artykuł 398<sup>1</sup> k.p.c. ograniczenia przy wnoszeniu skargi kasacyjnej dotyczą jedynie spraw o prawa majątkowe, w których o dopuszczalności skargi kasacyjnej decyduje określona w tym**

przepisie minimalna wartość przedmiotu sporu. Ograniczenia dopuszczalności skargi kasacyjnej nie dotyczą za to spraw, których przedmiotem są prawa niemajątkowe, nawet jeżeli łącznie z nimi dochodzone są roszczenia majątkowe.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że uzależnianie majątkowego lub niemajątkowego charakteru sprawy od majątkowego lub niemajątkowego charakteru uprawnienia do zaskarżenia uchwały (w nawiązaniu do charakteru stosunku prawnego, z którego uprawnienie to wynika) prowadziłyby do stwierdzenia, że we wszystkich sprawach ze stosunku spółdzielni skarga kasacyjna jest dopuszczalna, a w sprawach ze stosunku spółki kapitałowej o jej dopuszczalności decyduje wartość przedmiotu zaskarżenia. Idąc dalej tym błędnym tropem należałoby uznać, że w każdym przypadku zaskarżenia uchwały naruszającej prawa osobiste wspólników (akcjonariuszy) spółek kapitałowych – np. prawo do

powoływania członków zarządu spółki – wspólnik (akcjonariusz) byłby obowiązany „wycenić” swoje uprawnienie, podając wartość przedmiotu sporu, co w świetle obowiązujących przepisów prawa jest obecnie w wielu przypadkach niewykonalne. Prowadziłoby to do nieuzasadnionego ograniczenia prawa wspólników spółek kapitałowych do składania skargi kasacyjnej, podczas gdy sprawy członków spółdzielni zawsze kwalifikowałyby się do zaskarżenia przed Sądem Najwyższym.

Mając na uwadze przytoczone argumenty, należy w pełni podzielić wyrażone w ww. uchwale Sądu Najwyższego stanowisko, że o charakterze sprawy o zaskarżenie uchwały decyduje materialnoprawny charakter samej uchwały.

Konrad Kuzioła,

Zespół Prawa Korporacyjnego, Restrukturyzacji Spółek i Kontraktów Handlowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy  
Artykuł został wcześniej opublikowany w „Portal Procesowym”

## Orzecznictwo

# Naruszenie dóbr osobistych w Internecie

*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawach połączonych C-509/09 i C-161/10 eDate Advertising GmbH / X oraz Olivier Martinez i Robert Martinez / MGN Limited z dnia 25 października 2011 r.*

Poszkodowani naruszeniem dóbr osobistych za pośrednictwem Internetu mogą wytoczyć powództwo przed sądem państwa członkowskiego swojego miejsca zamieszkania w odniesieniu do całości doznanych krzywd i poniesionych szkód. Jednakże administrator witryny internetowej, objęty zakresem zastosowania dyrektywy o handlu elektronicznym, nie może być w tym państwie poddany wymaganiom surowszym aniżeli wymagania przewidziane przez prawo obowiązujące w państwie członkowskim, w którym ma on swoją siedzibę.

Rozporządzenie w sprawie jurysdykcji<sup>1</sup> stanowi, że osoby mające miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego są, co do zasady,

pozywane przed sądy tego państwa członkowskiego. Niemniej jednak, gdy przedmiotem postępowania jest czyn niedozwolony lub czyn podobny do

<sup>1</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. L 12, s. 1).

czynu niedozwolonego, dana osoba może zostać pozwana również w innym państwie członkowskim przed sąd miejsca, gdzie nastąpiło lub może nastąpić zdarzenie wywołujące szkodę. I tak, w przypadku zniesławienia za pośrednictwem artykułu prasowego rozpowszechnionego w większej liczbie państw członkowskich, poszkodowany może na dwa sposoby wytoczyć przeciwko wydawcy powództwo o zadośćuczynienie. Po pierwsze, może on wytoczyć powództwo przed sądami państwa, w którym wydawca zniesławiającej publikacji ma swoją siedzibę, które są właściwe w przedmiocie zadośćuczynienia za wszelkie doznane przez poszkodowanego krzywdy spowodowane zniesławieniem. Po drugie, może on wytoczyć powództwo przed sądami każdego państwa członkowskiego, w którym publikacja została rozpowszechniona i w którym, jak utrzymuje poszkodowany, naruszone zostało jego dobre imię (miejsce, w którym doszła do skutku krzywda). Jednakże w tym ostatnim przypadku sądy krajowe są właściwe jedynie w przedmiocie zadośćuczynienia za krzywdy spowodowane w państwie, na którego terytorium mają one siedzibę.

Bundesgerichtshof (Federalny Sąd Najwyższy, Niemcy) i tribunal de grande instance de Paris (Francja) wniosły do Trybunału o sprecyzowanie, w jakim zakresie zasady te mają zastosowanie do przypadków naruszenia dóbr osobistych za pośrednictwem treści opublikowanych w witrynie internetowej.

### **Stan faktyczny w sprawie C-509/09**

W 1993 r. pan X, mający miejsce zamieszkania w Niemczech, został skazany wraz z bratem przez sąd niemiecki na karę dożywotniego pozbawienia wolności za zabójstwo znanego aktora. W styczniu 2008 r. pan X został warunkowo przedterminowo zwolniony.

Spółka eDate Advertising, mająca siedzibę w Austrii, prowadzi portal internetowy pod adresem „www.rainbow.at”, w którym opublikowała informacje o zaskarżeniu przez pana X i jego brata dotyczącego ich wyroku skazującego. Pomimo iż eDate Advertising usunęła zaskarżoną informację ze swojej witryny internetowej, pan X wytoczył przed sądami niemieckimi powództwo, w którym domaga

się zaniechania przez austriacką spółkę podawania informacji o nim z przytaczaniem pełnego nazwiska w kontekście popełnionych czynów. Tymczasem eDate Advertising zakwestionowała jurysdykcję międzynarodową niemieckich sądów dla rozpoznania tego sporu, ponieważ jest ona zdania, że może zostać pozwana jedynie przed sądami austriackimi.

### **Stan faktyczny w sprawie C-161/10**

W dniu 3 lutego 2008 r. tekst zredagowany w języku angielskim i zatytułowany „Kylie Minogue jest znów z Olivierem Martinezem” został opublikowany w witrynie internetowej brytyjskiego dziennika Sunday Mirror. Tekst ten opisywał szczegóły spotkania australijskiej piosenkarki i francuskiego aktora. Ten ostatni oraz jego ojciec podnoszą naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego oraz prawa Oliviera Martineza do wizerunku i wytoczyli we Francji powództwo przeciwko spółce brytyjskiej MGN, wydawcy Sunday Mirror. MGN, podobnie jak eDate Advertising, kwestionuje jurysdykcję międzynarodową sądu, do którego wniesiono pozew, ponieważ jest ona zdania, że brak jest dostatecznego powiązania między sporną publikacją w Internecie w Wielkiej Brytanii a szkodą, która miała zostać wyrządzona na terytorium francuskim. Tymczasem w jej opinii jedynie takie powiązanie mogłoby doprowadzić do przyznania sądom francuskim jurysdykcji dla rozpoznania wydarzeń powodujących powstanie szkody lub krzywdy, związanych ze sporną publikacją w sieci.

### **Wyrok Trybunału**

W swoim wyroku Trybunał stwierdził, że opublikowanie treści w witrynie internetowej różni się od rozpowszechnienia na określonym terytorium środka przekazu takiego jak druk, ponieważ treści te mogą być przeglądane w tym samym momencie przez nieograniczoną liczbę internautów na całym świecie. I tak, po pierwsze, światowy zakres rozpowszechnienia może prowadzić do zwiększenia wagi naruszeń dóbr osobistych i, po drugie, czyni nadzwyczaj trudnym określenie miejsca zmaterializowania się krzywdy lub szkody powstających w wyniku tych naruszeń. W tych okolicznościach – biorąc pod uwagę, że wpływ treści umieszczonej w sieci na dobra osobiste danej osoby może zostać lepiej

oceniony przez sąd państwa, w którym poszkodowany ma centrum swoich interesów życiowych – Trybunał przyznał temu sądowi jurysdykcję w stosunku do całości doznanych krzywd i poniesionych szkód na obszarze Unii Europejskiej. W tym kontekście Trybunał sprecyzował, że miejsce, w którym dana osoba ma centrum swoich interesów życiowych, odpowiada w zasadzie miejscu jego stałego pobytu.

**Trybunał podkreślił niemniej jednak, że zamiast powództwa dotyczącego odpowiedzialności za całość doznanych krzywd i poniesionych szkód, poszkodowany może zawsze wytoczyć powództwo przed sądami każdego państwa członkowskiego, na którego terytorium treść umieszczona w sieci jest lub była dostępna.**

W tej sytuacji, podobnie jak w przypadku szkody spowodowanej przez druk, sądy te są właściwe

do rozpoznania jedynie krzywdy lub szkody spowodowanych na terytorium państwa, w którym sądy te mają siedzibę. Ponadto poszkodowana osoba może wytoczyć powództwo dotyczące odpowiedzialności za całość doznanych krzywd i poniesionych szkód przed sądami państwa członkowskiego, w którym nadawca treści opublikowanych w sieci ma swoją siedzibę.

W końcu, dokonując wykładni dyrektywy o handlu elektronicznym<sup>2</sup>, Trybunał orzekł, że zasada swobodnego przepływu usług stoi, co do zasady, na przeszkodzie temu, aby usługodawca świadczący usługę handlu elektronicznego był poddany w przyjmującym państwie członkowskim wymogom surowszym aniżeli wymogi przewidziane przez prawo obowiązujące w państwie członkowskim, w którym ten usługodawca ma siedzibę.

*/www.curia.europa.eu/*

<sup>2</sup> Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (Dz. Urz. L 178, s. 1).

# Regulacje dotyczące właściwości sądu

*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-327/10  
Hypote ní banka a.s. / Udo Mike Lindner z 17 listopada 2011 r.*

**Jeżeli aktualne miejsce zamieszkania konsumenta nie jest znane, powództwo przeciwko niemu może zostać rozpoznane przez sąd właściwy ze względu na jego ostatnie znane miejsce zamieszkania. Brak możliwości ustalenia aktualnego miejsca zamieszkania pozwanego nie powinien pozbawiać powoda prawa do dochodzenia roszczeń na drodze sądowej.**

**C**zeski bank pod nazwą Hypote ní banka i U.M. Lindner, obywatel niemiecki, zawarł umowę kredytu hipotecznego w celu sfinansowania zakupu nieruchomości. W dniu zawarcia umowy kredytu

U.M. Lindner zamieszkiwał w Mariańskich Łążniach (Republika Czeska) i, zgodnie z umową, był zobowiązany do poinformowania banku o każdej zmianie miejsca zamieszkania. Umowa przewidy-

wała poza tym jurysdykcję sądu powszechnego właściwego ze względu na siedzibę banku do rozstrzygnięcia ewentualnych sporów.

Bank wniósł do Okresní soud v Chebu (sądu rejonowego w Chebie, Republika Czeska) przeciwko U.M. Lindnerowi powództwo o zapłatę kwoty 4 383 584,60 CZK (około 175 214 EUR), powiększonej o odsetki za zwłokę z tytułu zaległych spłat kredytu.

Sąd ten stwierdził, że U.M. Lindner nie zamieszkuje już pod adresem wskazanym w umowie, i nie był w stanie ustalić jego miejsca zamieszkania na terytorium Republiki Czeskiej. W tych okolicznościach sąd czeski zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości o dokonanie wykładni rozporządzenia o jurysdykcji<sup>1</sup>. Sąd zmierza do ustalenia w szczególności, czy rozporządzenie to stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisu prawa wewnętrznego państwa członkowskiego pozwalającego na prowadzenie postępowania przeciwko osobom, których miejsce zamieszkania nie jest znane.

W dzisiejszym wyroku Trybunał zwrócił przede wszystkim uwagę, że rozporządzenie nie określa wprost jurysdykcji sądowej w sytuacji, gdy miejsce zamieszkania pozwanego nie jest znane.

Trybunał przypomniał następnie, że zgodnie z rozporządzeniem powództwo wniesione przeciwko konsumentowi przez drugą stronę umowy powinno być rozpatrywane przez sąd państwa członkowskiego, na którego terytorium znajduje się miejsce zamieszkania konsumenta.

Jeżeli jednak sąd krajowy nie zdoła ustalić miejsca zamieszkania konsumenta na terytorium kraju, powinien zbada, czy konsument ten zamieszkuje na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej.

Jeżeli sąd krajowy ani nie jest w stanie ustalić miejsca zamieszkania konsumenta na terytorium Unii ani nie ma pewności, że konsument ten zamieszkuje poza tym terytorium, **zasadę, zgodnie z którą**

**w razie sporu właściwy do jego rozpoznania jest sąd państwa członkowskiego, na którego terytorium znajduje się miejsce zamieszkania konsumenta, należy rozumieć w ten sposób, że obejmuje ona nie tylko aktualne miejsce zamieszkania konsumenta, lecz również jego ostatnie znane miejsce zamieszkania.**

Taka wykładnia rozporządzenia pozwala bowiem jednocześnie powodowi z łatwością ustalić, do którego sądu może wnieść pozew, a pozwanemu przewidzieć w sposób racjonalny, przed który sąd może zostać pozwany. **Pozwala ona również uniknąć sytuacji, w której w razie braku możliwości ustalenia aktualnego miejsca zamieszkania pozwanego nie będzie można ustalić sądu właściwego, co pozbawiłoby powoda prawa do dochodzenia roszczeń na drodze sądowej.**

Rozwiązanie to zapewnia też równowagę pomiędzy prawami powoda i pozwanego, gdy ten ostatni miał obowiązek poinformowania o każdorazowej zmianie adresu po podpisaniu długoterminowej umowy kredytu hipotecznego.

W związku z powyższym Trybunał orzekł, że **sądy czeskie są właściwe do rozpoznania powództwa wniesionego przez bank przeciwko U.M. Lindnerowi** w sytuacji, gdy nie są w stanie ustalić jego aktualnego miejsca zamieszkania.

Trybunał zbadał wreszcie przewidzianą w prawie czeskim w takim przypadku możliwość prowadzenia postępowania pod nieobecność pozwanego po wyznaczeniu kuratora i doręczeniu mu pozwu. Trybunał stwierdził, że wprawdzie stanowi to ograniczenie prawa do obrony, ograniczenie to jest jednak uzasadnione z punktu widzenia prawa powoda do skutecznej ochrony sądowej. Bez instytucji kuratora, któremu może zostać doręczony pozew, powód nie mógłby bowiem dochodzić swoich roszczeń wobec osoby, której miejsce zamieszkania nie jest znane. Trybunał podkreślił jednak, że sąd rozpoznający sprawę powinien zawsze upewnić się, że podjęto wszelkie niezbędne działania w celu odszukania pozwanego.

---

<sup>1</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. 2001, L 12, s. 1).

# Unijna polityka karna do 2020 r.

**Komisja Europejska przedstawiła Parlamentowi Europejskiemu, Radzie, Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu i Komitetowi Regionów komunikat dotyczący zapewnienia realizacji polityki UE poprzez prawo karne.**

Celem komunikatu jest przedstawienie ram dla dalszego rozwoju polityki karnej UE na mocy postanowień Traktatu Lizbońskiego, stanowiącego wyraźną podstawę prawną dla przyjęcia dyrektyw z zakresu prawa karnego w celu zapewnienia skutecznej realizacji polityki UE. Nadrzędnym celem unijnej polityki karnej jest zagwarantowanie, aby Unia Europejska działała w poszanowaniu praw i interesów swoich obywateli oraz podstawowych zasad prawa unijnego.

Część wprowadzająca komunikatu charakteryzuje temat w ogólności i przedstawia podstawowe kwestie. W opinii obywateli UE walka z przestępczością powinna być jednym z czterech najważniejszych obszarów aktywności UE. Dzięki działaniom podjętym w ciągu ostatniej dekady w celu zwalczania przestępczości osiągnięto częściowe zbliżenie definicji i wymiarów sankcji za niektóre przestępstwa. Zanim jednak Traktat Lizboński wszedł w życie, tylko nieliczne środki zostały podjęte w celu zapewnienia skutecznej realizacji polityki UE w zakresie prawa karnego.

Chociaż polityka kryminalna jest bardzo ważną dziedziną w każdym Państwie Członkowskim, działania UE w tym obszarze są konieczne do zwalczania przestępczości (szczególnie międzynarodowej) bardziej efektywnie, aby uniemożliwić przestępcom ukrywanie się poza granicami i unikanie kary. Ponadto, jednolitość pewnych kwestii polityki karnej sprzyja budowaniu wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi i krajowymi organami sądowymi, które jest podstawą współpracy sądowej w sprawach karnych.

Skuteczność realizacji polityki UE zależy przede wszystkim od jej efektywnego wdrożenia w pań-

stwach członkowskich. Ponieważ jednak państwa członkowskie mogą same decydować o sposobie realizacji polityki UE, kluczowym zagadnieniem są kontrole i inspekcje. W związku z tym, Unia Europejska może ustanowić wspólne zasady dotyczące sposobu zapewnienia realizacji, w tym – jeśli to konieczne – wymóg zastosowania sankcji karnych za naruszenie prawa unijnego.

Traktat Lizboński stanowi wyraźną podstawę prawną dla współpracy UE i państw członkowskich w dziedzinie prawa karnego. Celem tej współpracy jest stworzenie spójnego i konsekwentnego unijnego prawa karnego, które będzie skutecznie chronić prawa osób podejrzanych, oskarżonych i pokrzywdzonych oraz promować jakość wymiaru sprawiedliwości. Istotne jest również zapewnienie, by prawodawstwo UE w zakresie prawa karnego odzwierciedlało różnorodność podstawowych wartości i zwyczajów każdego europejskiego społeczeństwa.

W przeciwieństwie do poprzedniego Traktatu, nowa regulacja przewiduje znaczącą rolę Parlamentu Europejskiego w procedurze legislacyjnej i pełną kontrolę sądową Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Ponadto, Traktat Lizboński przyznaje parlamentom krajowym kompetencje do wyrażania swoich opinii na temat projektów dyrektyw i monitorowania przestrzegania zasady pomocniczości. Taka pozycja parlamentów narodowych jest szczególnie silna w kontekście unijnego prawa karnego. **Co więcej, państwa członkowskie zostały wyposażone w tzw. „hamulec bezpieczeństwa” – projekt dyrektywy może zostać przekazany Komisji Europejskiej, jeżeli państwa członkowskie uznają, że akt może wpłynąć na istotne aspekty ich krajowych systemów prawa karnego. Limi-**

**ty działań UE w dziedzinie prawa karnego są również wyznaczone przez Kartę Praw Podstawowych UE, która stała się prawnie wiążąca wraz z wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego.**

Rozwiązania te zostały zaakceptowane przez wszystkie państwa członkowskie, z wyjątkiem Danii (która w ogóle w nich nie uczestniczy) i Zjednoczonego Królestwa oraz Irlandii, które przyjmują i stosują określone instrumenty na zasadzie „opt in”.

Część 1 komunikatu przedstawia postanowienia Traktatu Lizbońskiego dotyczące stanowienia prawa karnego na poziomie UE. Dokument odwołuje się do art. 83 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), który stanowi, że UE może w drodze dyrektyw ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, wynikające z rodzaju lub skutków tych przestępstw lub ze szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania. Na podstawie art. 83(1) TFUE takie przepisy mogą być przyjęte zwłaszcza w dziedzinie tak zwanych „Euro-zbrodni”, czyli przestępstw, które – ze względu na ich międzynarodowy charakter i wagę – zasługują na uwagę UE. Katalog Euro-zbrodni obejmuje terroryzm, handel ludźmi oraz seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, nielegalny handel bronią, pranie pieniędzy, korupcję, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerową i przestępczość zorganizowaną. Większość z nich została już uregulowana w aktach przyjętych przed wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego. Katalog Euro-zbrodni może zostać poszerzony jednomyślnie przez Radę, za zgodą Parlamentu Europejskiego.

Artykuł 83(2) TFUE stanowi, że Parlament Europejski i Rada, na wniosek Komisji, mogą ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w danej dziedzinie, jeżeli zbliżenie przepisów prawa karnego państw członkowskich jest niezbędne w celu zapewnienia skutecznej realizacji polityki Unii w dziedzinie, która stała się przedmiotem środków harmonizujących.

Dodatkowo, art. 325(4) TFUE przyznaje UE kompetencje do podejmowania działań w zakresie zapobiegania i zwalczania nadużyć finansowych

naruszających interesy finansowe UE. Jak podkreślono w komunikacie, jest to obszar o dużym znaczeniu dla europejskich podatników, którzy finansują budżet UE i którzy mają prawo oczekiwać skutecznych działań skierowanych przeciwko nielegalnej działalności dotyczącej finansów publicznych UE.

Część 2 komunikatu koncentruje się na podstawowych zasadach, które muszą być przestrzegane podczas przyjmowania środków z zakresu prawa karnego. Ponieważ prawo karne zawsze wywiera ogromny wpływ na jednostki i zawsze powinno stanowić ostateczny środek, każda regulacja unijna w tej dziedzinie powinna być przyjmowana w zgodzie z podstawowymi regułami obowiązującymi w UE. Unia Europejska powinna przestrzegać zasady pomocniczości, co oznacza, że może podejmować działania w zakresie polityki karnej tylko wówczas, gdy zamierzonego celu nie można osiągnąć na poziomie krajowym w ogóle lub tak skutecznie, jak na poziomie unijnym. Ponadto, ponieważ prawo karne bezpośrednio wpływa na podstawowe prawa osób podejrzanych, pokrzywdzonych i świadków, prawodawca UE zawsze musi brać pod uwagę postanowienia Karty Praw Podstawowych UE, jak również Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

**Jak zostało podkreślone w komunikacie, proces podejmowania decyzji w sprawie przyjęcia środków prawa karnego w celu zapewnienia realizacji polityki UE powinien być podzielony na dwa etapy. Po pierwsze, prawodawca UE powinien porównać efektywność środków prawno-karnych oraz instrumentów o charakterze administracyjnym i cywilnym i zanalizować prawdopodobne skutki rozważanej regulacji. Następnie, jeżeli środki prawnokarne zostaną uznane za konieczne, następnym etapem powinno być podjęcie decyzji, jakie konkretnie rozwiązania powinny zostać przyjęte.** Zgodnie z art. 83 TFUE, unijna regulacja prawa karnego powinna ograniczyć się tylko do określenia „minimalnych norm”, jednocześnie jednak powinna być wystarczająco jasna, jak wymaga tego zasada pewności prawa. Przy wyborze, jakie środki mają zostać zawarte w projektowanej regulacji, unijny prawodawca powinien również uwzględnić zasady konieczności i proporcjonalności. Decyzja powinna zostać pod-



jęta na podstawie wiarygodnych informacji dotyczących charakteru i skutków niektórych przestępstw we wszystkich państwach członkowskich, co może zostać osiągnięte poprzez zapewnienie pełnego dostępu do danych statystycznych władz państw członkowskich. Unia Europejska powinna również rozważać rodzaje kar i dodatkowych środków karnych, które mogą zostać zastosowane, oraz ewentualną karną lub inną odpowiedzialność osób prawnych w określonych przypadkach.

W części 3 komunikatu Komisja przedstawia obszary, w których prawo karne jest lub może być stosowane jako instrument zapewniający prawidłową realizację polityki unijnej. Mimo że państwa członkowskie są zobowiązane do sankcjonowania każdego naruszenia prawa unijnego przez nałożenie skutecznej, proporcjonalnej i odstraszałej kary, same mogą decydować o charakterze danej sankcji, która niekoniecznie musi być sankcją karną. Jednakże, jeśli działania podejmowane przez państwa członkowskie nie są wystarczająco efektywne lub jeśli różnice między państwami członkowskimi powodują niejednolite stosowanie przepisów prawa unijnego, Unia Europejska może przyjąć minimalne normy dotyczące charakteru, typu i wymiaru sankcji.

Ponieważ polityki unijne obejmują szeroki zakres tematów, prawodawca UE musi zdecydować, czy sankcje karne są w ogóle konieczne. Każdy przypadek powinien być traktowany indywidualnie. Istnieje kilka dziedzin, które już zostały uznane za wymagające przyjęcia środków prawnokarnych na poziomie UE. Takie regulacje są szczególnie istotne w kontekście walki ze szkodliwą działalnością i nielegalnymi zyskami w niektórych obszarach gospodarki, m.in. w sektorze finansowym, w związku z zapobieganiem nadużyciom finansowym na szkodę interesów finansowych UE oraz ochroną euro przed fałszowaniem.

Zgodnie z komunikatem, inne dziedziny polityki, w których prawo karne mogłoby pełnić funkcje instrumentu zapewniającego ich skuteczną realizację, są: transport drogowy, ochrona danych, polityka celna, ochrona środowiska, rybołówstwo i polityki ryn-

ku wewnętrznego. Dziedziny te wymagają dalszych badań w kontekście stosowania prawa karnego jako mechanizmu gwarancyjnego. Analiza powinna uwzględniać wagę i charakter naruszenia prawa, poziom ochrony praw podejrzanego, skuteczność systemu kar, w tym procedurę podejmowania decyzji i jej wykonywania. Jak podkreślono w komunikacie, w wielu przypadkach sankcje administracyjne mogą okazać się wystarczające, a nawet bardziej skuteczne niż sankcje karne.

W końcowej części dokumentów Komisja opisuje działania, które zamierza podjąć w celu wprowadzenia w życie zasad przedstawionych w komunikacie. Komisja planuje opracować, we współpracy z Parlamentem Europejskim, wytyczne dla prawodawcy unijnego w zakresie projektowania przepisów prawa karnego. Co więcej, Komisja ustanowi grupę ekspertów do pomocy w zbieraniu danych materiałów i danych statystycznych oraz w prowadzeniu dyskusji na temat głównych kwestii dotyczących implementacji regulacji unijnych do krajowych systemów prawa karnego, takich jak relacje między sankcjami karnymi i innymi oraz interpretacja pojęć użytych w przepisach dyrektyw. Działania te powinny sprawić, że środki prawnokarne staną się skutecznym i wygodnym instrumentem w procesie realizacji polityk unijnych, silnie zakorzenionym w unijnych standardach dotyczących procedury i praw pokrzywdzonych zgodnie z Kartą Praw Podstawowych UE. Komisja planuje osiągnięcie tego celu do 2020 roku.

Zmiany w zakresie tworzenia unijnej polityki karnej wpłyną niewątpliwie również na polski system prawa karnego. Aktywność UE w tej dziedzinie przyczyni się z pewnością do ujednoczenia i podwyższenia standardów prawnokarnych, również w kontekście ochrony podstawowych praw i wolności. Osiągnięcie tego celu wymaga jednak od Polski pełnej współpracy w zakresie implementacji i stosowania regulacji unijnych. Prawidłowa ocena postanowień Traktatu Lizbońskiego i działań UE w obszarze polityki karnej możliwa będzie dopiero za kilka lat, można mieć jednak nadzieję, że nowe regulacje traktatowe przyniosą korzystne zmiany.

*Za Europa praw człowieka*

Marta Angrocka-Krawczyk

# Unijny obszar sprawiedliwości

**Mieszkańcy Europy powinni czuć się swobodnie, mieszkając, podróżując lub robiąc zakupy w państwie członkowskim niebędącym ich krajem. Bez względu na miejsce przebywania na terenie Unii powinni oni mieć zapewniony dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Komisja Europejska przedstawiła wnioski w sprawie uproszczonych programów finansowania, które mają ułatwić utworzenie unijnego obszaru sprawiedliwości.**

W ramach tych programów wspierane będą działania UE mające na celu usprawnienie współpracy europejskiej w dziedzinie prawa cywilnego i karnego, umożliwienie mieszkańcom bardziej skutecznego korzystania z praw przysługujących im jako obywatelom Unii oraz szerzenie równości. Powyższe działania pomogą wzmocnić wysiłki, jakie podejmuje Unia, by zwalczać przestępczość, rozwiązać problem dotyczący popytu na narkotyki i ich podaży oraz chronić prawa ludzi (na przykład osób skazanych lub ofiar przestępstw) w trakcie postępowań karnych. Dwa nowe programy stanowią znaczne uproszczenie w porównaniu z tymi obecnie realizowanymi, ponieważ zakładają mniej formalności, a ponadto będzie można nimi bardziej efektywnie zarządzać. Okres realizacji zaplanowany jest na lata 2014–2020, a wnioskowany budżet wynosi 803 mln euro.

„Traktat Lizboński wyposażył Komisję w narzędzia, dzięki którym może ona więcej dokonać na rzecz sprawiedliwości, praw oraz obywatelstwa. Komisja przedstawia konkretne wnioski dotyczące ochrony praw obywateli”, oświadczyła Viviane Reding, komisarz UE ds. sprawiedliwości. „Ale same przepisy nie wystarczą. Musimy uświadomić obywatelom ich prawa, zapewnić prawnikom narzędzia umożliwiające stosowanie przepisów unijnych oraz prowadzić wymianę informacji na temat rozwiązań politycznych. Wspomniane dwa nowe programy mają na celu poprawę dostępu obywateli do wymiaru sprawiedliwości oraz upowszechnianie ich praw. Przyczynią się one do usprawnienia współpracy sądowej, zapewnienia szkoleń dla sędziów, prokuratorów oraz innych przedstawicieli środowiska prawniczego, do zwalczania nielegalnego handlu

narkotykami oraz udzielania wsparcia ofiarom przestępstw, jak również szerzenia równości płci i praw osób niepełnosprawnych. Pomogą nam urzeczywistnić obszar sprawiedliwości i praw obejmujący całą Unię.”

Proponowane programy „Wymiar sprawiedliwości” oraz „Prawa i obywatelstwo” przyczynią się do konsolidacji realizowanych obecnie sześciu programów finansowania w obszarze wymiaru sprawiedliwości i praw. Środki z programów zostaną przeznaczone na wspieranie wysiłków Komisji na rzecz utworzenia skutecznego unijnego obszaru sprawiedliwości z naciskiem na działania gwarantujące większą wartość dodaną na poziomie Unii.

**Program „Sprawiedliwość”**, którego budżet wynosi 416 mln euro, ma na celu zagwarantowanie skutecznego stosowania przepisów związanych z wymiarem sprawiedliwości w sprawach cywilnych i karnych. Zapewni on obywatelom oraz przedsiębiorstwom odpowiedni dostęp do wymiaru sprawiedliwości w transgranicznych postępowaniach sądowych. Z jego środków będzie wspierana prowadzona przez Unię walka z narkotykami i przestępczością.

**Program „Prawa i obywatelstwo”**, którego budżet sięga 387 mln euro, przyczyni się do większej skuteczności praw i swobód jednostki w praktyce poprzez upowszechnianie wiedzy na ich temat i bardziej spójne stosowanie na terenie całej Unii. Będzie on także służyć promowaniu praw dzieci, zasad niedyskryminacji (ze względu na rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub przekonania, nie-

pełnosprawność, wiek lub orientację seksualną) oraz równości kobiet i mężczyzn (w tym projektów, których celem jest zwalczanie przemocy wobec kobiet i dzieci).

Aby osiągnąć opisane wyżej cele, wspomniane nowe programy będą wspierały następujące działania:

- prowadzenie szkoleń dla sędziów i prawników w całej Europie z zakresu stosowania unijnych przepisów prawnych i praw w praktyce;
- wzmocnienie współpracy unijnej w obszarze wymiaru sprawiedliwości i praw poprzez tworzenie sieci prawników, organizacji pozarządowych oraz osób odpowiedzialnych za kształtowanie polityki Unii;
- zapewnienie obywatelom i przedsiębiorstwom praktycznych narzędzi umożliwiających korzystanie z ich praw oraz ułatwiających dostęp do wymiaru sprawiedliwości, na przykład za pomocą portalu European e-Justice;
- prowadzenie kampanii informacyjnych zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym, mających na celu szerzenie wiedzy na temat praw obywatelskich zagwarantowanych w ustawodawstwie unijnym oraz ułatwienie ich stosowania w praktyce.

Przed końcem roku Komisja przedstawi także wnioszek w sprawie nowego programu „Europa dla

obywateli”. Będzie on polegał na wspieraniu działań na rzecz pogłębiania świadomości i wiedzy obywateli na temat Unii, jej wartości i historii, na przykład poprzez pielęgnowanie pamięci o przeszłości Europy oraz partnerstwa zawierane między miastami (miasta bliźniacze).

Nowe programy pomogą skonsolidować sześć programów realizowanych w okresie finansowania 2007–2013 w obszarze sprawiedliwości, praw podstawowych oraz obywatelstwa:

- program „Wymiar sprawiedliwości w sprawach cywilnych”;
- program „Wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych”;
- program „Prawa podstawowe i obywatelstwo”;
- program „Daphne III”;
- program „Profilaktyka narkotykowa i informacje o narkotykach”;
- dwa obszary programu na rzecz zatrudnienia i solidarności społecznej (PROGRESS): „Przeciwdziałanie dyskryminacji i różnorodność” oraz „Równość kobiet i mężczyzn”.

Komisja dwukrotnie przeprowadziła konsultacje społeczne, które stanowiły podstawę przedstawionych dzisiaj wniosków. Większość respondentów była zgodna co do tego, że należy uprościć obecne programy finansowania oraz ograniczyć ich liczbę.

# Prawo do rzetelnego procesu sądowego

**Przedstawiciele państw członkowskich UE osiągnęli porozumienie w sprawie projektu ustawodawczego, który zapewni oskarżonym na terenie całej UE prawo do informacji w postępowaniu karnym.**

„Osiągnięte porozumienie stanowi istotny etap w zakresie zagwarantowania podejrzanyemu uczciwego procesu w postępowaniu karnym w całej UE”, stwierdziła komisarz UE ds. sprawiedliwości Viviane Reding. „UE poczyniła znaczny postęp w tworzeniu jednolitego obszaru sprawiedliwości. Przy-

jęty środek, który ma na celu zagwarantowanie oskarżonym ich praw, przyczyni się do wzrostu wzajemnego zaufania pomiędzy organami sądowymi w Europie. Z niecierpliwością czekam na jego szybkie przyjęcie przez Parlament Europejski i Radę”.

Omawiany środek został zaproponowany przez Komisję Europejską w lipcu 2010 r. w ramach starań zmierzających do zagwarantowania obywatelom w całej Europie prawa do rzetelnego procesu sądowego. Jest to drugi krok z całej serii działań zmierzających do ustanowienia wspólnych europejskich standardów w postępowaniu karnym. W październiku 2010 r. Parlament Europejski i Rada zatwierdziły już pierwszy wniosek ustawodawczy, który nadał podejrzanym prawo do tłumaczenia pisemnego i ustnego. Proponowana dyrektywa w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym zostanie przekazana Parlamentowi Europejskiemu do zatwierdzenia w nadchodzących tygodniach, przed ostatecznym przyjęciem przez ministrów na posiedzeniu Rady.

**Zgodnie z nowymi przepisami osoby podejrzane o popełnienie przestępstwa będą musiały zostać poinformowane w zrozumiałym dla nich języku o przysługujących im prawach. Dzięki temu każda osoba aresztowana lub podlegająca procedurze europejskiego nakazu aresztowania w państwie członkowskim UE będzie musiała otrzymać pouczenie o prawach zawierające informacje o podstawowych prawach przysługujących tej osobie w toku postępowania karnego.** Komisja Europejska przekazała państwom członkowskim wzór takiego pouczenia, który zostanie przetłumaczony na 23 języki urzędowe UE. Prawo do informacji w postępowaniu karnym jest, obok prawa do tłumaczenia pisemnego i ustnego, jednym ze środków zapewniających rzetelność procesu, mającym na celu zwiększenie zaufania do jednolitego obszaru sprawiedliwości UE.

### Kontekst

Na podstawie dyrektywy policja i prokuratura będą zobowiązane dostarczać podejrzanym informacje o przysługujących im prawach. W przypadku zatrzymania władze będą przekazywały osobie zatrzymanej informacje na piśmie, w formie **pouczenia o prawach**, napisanego prostym, codziennym językiem. Każdy podejrzany otrzyma to pouczenie zaraz po zatrzymaniu, bez względu na to, czy się o nie zwróci czy nie. W razie potrzeby otrzyma także tłumaczenie pisemne wspomnianego pouczenia.

Pouczenie o prawach będzie zawierać praktyczne informacje o przysługujących oskarżonemu prawach:

- do adwokata;
- do informacji o zarzutach oraz, w odpowiednich przypadkach, o prawie dostępu do akt sprawy;
- do tłumaczenia ustnego i pisemnego w przypadku, gdy dana osoba nie włada językiem postępowania;
- do niezwłocznego postawienia przed sądem w przypadku zatrzymania.

Pouczenie o prawach pozwoli uniknąć **błędów wymiaru sprawiedliwości**, a tym samym zmniejszyć liczbę wnoszonych środków odwoławczych.

Każdego roku w Unii Europejskiej prowadzonych jest ponad 8 milionów postępowań karnych. Obecnie dostęp obywateli do odpowiednich informacji o przysługujących im prawach w przypadku aresztowania i postawienia zarzutów kryminalnych **nie jest jednakowy w poszczególnych państwach UE**. W niektórych państwach członkowskich podejrzani otrzymują tylko informacje ustne o przysługujących im prawach procesowych, a w innych informacje na piśmie są przekazywane wyłącznie na żądanie.

Zgodnie z art. 82 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w celu ułatwienia wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i poprawy współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych o charakterze transgranicznym, UE może przyjmując środki zwiększające prawa obywateli UE zgodnie z Kartą praw podstawowych UE.

Prawo do rzetelnego procesu oraz prawo do obrony są przewidziane w art. 47 i 48 Karty praw podstawowych UE, a także w art. 6 Europejskiej konwencji praw człowieka.

W czerwcu 2011 r. Komisja przedstawiła trzeci środek, mający na celu zagwarantowanie dostępu do adwokata oraz prawa do kontaktu z bliskimi. Wniosek ten jest obecnie przedmiotem dyskusji w Parlamencie i Radzie.

Marta Angrocka-Krawczyk

Wydział prasy

Komisja Europejska Przedstawicielstwo w Polsce

# Niebieska karta z przeszkodami

**Szereg państw członkowskich Unii Europejskiej w dużym stopniu utrudnia wysoko wykwalifikowanym osobom podjęcie pracy na terenie UE. Komisja formalnie wezwała je do przestrzegania zasad określonych w dyrektywie w sprawie niebieskiej karty, której termin wdrożenia minął 19 czerwca 2011 r.**

Do tej pory Niemcy, Włochy, Malta, Polska, Portugalia i Szwecja nie dokonały jeszcze transpozycji do swojego ustawodawstwa krajowego przepisów unijnych regulujących migrację wysoko wykwalifikowanych pracowników. W związku z tym Komisja podjęła decyzję o wydaniu uzasadnionych opinii (na mocy art. 258 TFUE), w których żąda od tych państw członkowskich podjęcia działań.

Pomimo trwającego kryzysu gospodarczego oraz wysokich stóp bezrobocia, pracodawcom często trudno jest znaleźć potrzebnych pracowników o wysokich kwalifikacjach<sup>1</sup>. Dyrektywa UE w sprawie niebieskiej karty wprowadza wspólne i skuteczne przepisy, które pozwalają wysoko wykwalifikowanym osobom spoza Europy na podjęcie pracy na naszych rynkach, gdzie występuje takie zapotrzebowanie. Dyrektywa ustanawia przyspieszoną procedurę przyjmowania w stosunku do takich obywateli krajowców oraz zapewnia wspólny zestaw praw społeczno-gospodarczych (tych samych, które przysługują obywatelom UE) w wielu dziedzinach.

Europa musi przyciągnąć więcej uzdolnionych pracowników, jeśli ma osiągnąć cele związane z trwałym wzrostem sprzyjającym włączeniu społecznemu, opierającym się na badaniach naukowych i innowacjach. Z tego powodu istotne jest, by wszystkie państwa członkowskie stosowały te wspólne przepisy oraz popierały kompleksową i zrównoważoną politykę migracyjną UE.

18 lipca 2011 r. Komisja rozesłała wezwania do usunięcia uchybienia (pierwszy etap procedury w sprawie naruszenia przepisów) do władz Niemiec, Włoch, Malty, Polski, Portugalii i Szwecji w spra-

wie niepowiadomienia Komisji o środkach podjętych w celu wdrożenia dyrektywy.

Trzy z wymienionych państw (Włochy, Malta i Portugalia) do tej pory nie zasygnalizowały zastosowania takich środków w ustalonym (dwumiesięcznym) terminie, co skłoniło Komisję do podjęcia działań.

Z kolei trzy inne państwa (Niemcy, Polska i Szwecja) odpowiedziały na wezwanie do usunięcia uchybienia, lecz zaznaczyły, że nowe przepisy wykonawcze wejdą w życie dopiero w przyszłym roku. Komisja zdecydowała o wysłaniu uzasadnionych opinii również i do tych państw członkowskich.

## Kontekst

Dyrektywa w sprawie niebieskiej karty (dyrektywa 2009/50/WE) została przyjęta dnia 25 maja 2009 r. Państwa członkowskie miały dokonać transpozycji jej przepisów do swojego ustawodawstwa krajowego w terminie do 19 czerwca 2011 r. Dyrektywa jest wiążąca dla wszystkich państw członkowskich, z wyjątkiem Danii, Zjednoczonego Królestwa oraz Irlandii.

**Unijny system niebieskiej karty pomaga przyciągnąć do Europy migrantów posiadających wysokie kwalifikacje i tym samym wspiera starania państw członkowskich oraz przedsiębiorstw w UE na rzecz wypełnienia luk na ich rynkach pracy, których nie można wypełnić, zatrudniając własnych obywateli, obywateli innych państw członkowskich UE lub obywateli krajów spoza Unii legalnie przebywających na jej terytorium.** System ten zapewnia wspólną i uprosz-

<sup>1</sup> Według badania pt. „Satisfying Labour Demand through Migration”, przeprowadzonego w 2011 r. przez Europejską Sieć Migracji, państwa członkowskie odnotowują w wielu dziedzinach niedobór pracowników oraz niedostateczne kwalifikacje.

czoną procedurę obowiązującą w państwach członkowskich związanych dyrektywą oraz gwarantuje, że ewentualni migranci, zamiast borykać się z 24 różnymi systemami, będą wiedzieć, co należy zrobić bez względu na to, do jakiego państwa planują się udać.

Migrant, który otrzymuje niebieską kartę od danego państwa członkowskiego, zyskuje swobodny dostęp do stanowisk pracy wymagających wysokich kwalifikacji w danym państwie członkowskim oraz ma także prawo udać się do innego państwa członkowskiego, w którym może występować zapotrzebowanie na posiadane przez tę osobę kwalifikacje. Ponieważ system niebieskiej karty obejmuje również korzystne warunki uzyskania statusu długoterminowego rezydenta oraz łączenia rodzin, stanowi on atrakcyjny pakiet dla ewentualnych migrantów o wysokich kwalifikacjach.

Instrument ten powstał w odpowiedzi na zapotrzebowanie; nie przyznaje on prawa do przyjęcia

oraz respektuje kompetencje państw członkowskich w zakresie ustalania liczby imigrantów zarobkowych wjeżdżających na ich terytorium do celów związanych z zatrudnieniem wysoko wykwalifikowanych pracowników.

Dyrektywa w sprawie niebieskiej karty stanowi jedną część składową kompleksowej i zrównoważonej polityki migracyjnej UE, która ma odegrać rolę nie tylko w zakresie uzupełniania niedoborów na krajowych rynkach pracy, lecz także sprostaną wyzwaniom demograficznym.

Dyrektywa nie pozbawia państw członkowskich możliwości posiadania własnego systemu krajowych zezwoleń na pobyt dla wysoko wykwalifikowanych migrantów, lecz takie krajowe zezwolenia nie wiążą się z przyznaniem prawa pobytu w innych państwach członkowskich UE, które jest gwarantowane na mocy dyrektywy w sprawie niebieskiej karty.

*/Komisja Europejska/*

---

# Europejski Instytut Prawa już działa

**Viviane Reding, wiceprzewodnicząca Komisji Europejskiej oraz komisarz UE ds. wymiaru sprawiedliwości, zainaugurowała dzisiaj pierwsze spotkanie robocze Europejskiego Instytutu Prawa. Choć mija zaledwie rok od pomysłu jego utworzenia, Instytut już funkcjonuje. Pierwsze spotkanie poświęcone będzie dyskusji nad wnioskiem Komisji w sprawie utworzenia fakultatywnych wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży.**

Instytut, który powstał w czerwcu i ma siedzibę w Wiedniu, ma na celu zwiększenie spójności prawnej w Europie poprzez udzielanie praktycznych porad decydentom politycznym oraz władzom, jak również dalszy rozwój prawa unijnego. Instytut jest niezależną organizacją nienastawioną na zys, która skupia przedstawicieli zawodów prawniczych oraz pracowników akademickich z całej Europy.

Przyczyni się on do osiągnięcia szerszego celu UE, jakim jest stworzenie europejskiego obszaru prawa i sprawiedliwości.

„Europejski Instytut Prawa wniesie wkład w budowanie europejskiej kultury prawnej. Większa spójność między różnymi systemami prawnymi w Europie przyczyni się do zwiększenia wzajemnego

zaufania i pewności obywateli UE w odniesieniu do systemu prawnego UE i europejskiego systemu praworządności, który jest spoiwem łączącym Unię Europejską”, powiedziała europejska komisarz ds. wymiaru sprawiedliwości, Viviane Reding. „Dzięki Instytutowi europejska przestrzeń prawa stanie się namacalna i rzeczywista, co umożliwi obywatelom korzystanie z przysługujących im praw i możliwości oferowanych przez jednolity rynek. Wartością dodaną będą też prowadzone przez tę organizację badania nad wdrożeniem prawa przez państwa członkowskie UE. Instytut będzie zaangażowany w projekty mające konkretne wyniki i duże znaczenie dla codziennego życia obywateli.”

Prawo europejskie wywiera głęboki wpływ na życie codzienne Europejczyków, przedsiębiorstwa oraz krajowe struktury polityczne i prawne. Aby dalej rozwijać i wzmacniać wszystkie obszary prawa europejskiego – niezależnie od tego, czy jest to prawo cywilne, karne czy administracyjne – należy rozpocząć badania naukowe oraz szkolenia dla pracowników wymiaru sprawiedliwości.

Instytut pomoże przeanalizować trudności, jakie napotykają przedstawiciele zawodów prawniczych, jak również znaleźć rozwiązania w celu lepszego stosowania prawa UE oraz opracować propozycje reformy prawodawstwa UE we wszystkich obszarach. Będzie to także forum dyskusji i wymiany myśli dla prawników, pracowników akademickich oraz specjalistów.

Inspiracją dla uruchomienia inicjatywy na rzecz utworzenia Europejskiego Instytutu Prawa – wypromowanej przez Komisję w planie działania dotyczącym utworzenia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości dla obywateli europejskich – jest działalność Amerykańskiego Instytutu Prawa, pozarządowego organu, który odegrał kluczową rolę w opracowaniu jednolitego kodeksu handlowego. Kodeks ten ułatwia dokonywanie sprzedaży oraz innych transakcji handlowych we wszystkich 50 stanach USA. Przedmiotem pierwszego spotkania roboczego Instytutu będzie dyskusja nad wspólnymi

europejskimi przepisami dotyczącymi sprzedaży, z których dobrowolnie mogliby korzystać przedsiębiorcy i konsumenci w UE podczas sprzedaży i dokonywania zakupów przez Internet.

**Utworzenie Europejskiego Instytutu Prawa było elementem planu działania Komisji na rok 2010, służącego realizacji programu sztokholmskiego. W kwietniu 2010 r. we Florencji wiceprzewodnicząca Komisji Viviane Reding podkreśliła znaczenie utworzenia Instytutu. W dniu 1 czerwca 2011 r. w Paryżu odbył się kongres inauguracyjny, następnie Uniwersytet Wiedeński otrzymał możliwość goszczenia siedziby Instytutu przez pierwsze cztery lata jego działalności.**

Europejski Instytut Prawa ma za zadanie:

- oceniać i pobudzać rozwój prawa UE, strategii w zakresie prawa oraz działań praktycznych;
- przedkładać wnioski dotyczące dalszego rozwoju dorobku prawnego UE oraz lepszej implementacji prawa UE przez państwa członkowskie;
- określać i analizować zmiany w zakresie prawa w obszarach podlegających kompetencji państw członkowskich, które są właściwe na szczeblu UE;
- badać podejście unijne do prawa międzynarodowego oraz wzmacniać rolę, jaką prawo UE może odegrać na arenie międzynarodowej, na przykład w przypadku projektowania instrumentów międzynarodowych lub wzorów przepisów;
- prowadzić i ułatwiać prowadzenie badań pan-europejskich, takich jak projektowanie, ocena oraz ulepszanie zasad i przepisów, które są wspólne dla europejskich systemów prawnych;
- tworzyć forum dyskusyjne dla prawników – pracowników akademickich, sędziów, adwokatów i przedstawicieli innych zawodów prawniczych – wywodzących się z różnych tradycji prawnych.

Rada Instytutu może mianować stałych członków lub obserwatorów – z własnej inicjatywy lub rozpatrując wnioski przesłane przez kandydatów.

*Marta Angrocka-Krawczyk*

# Stop dla pornografii dziecięcej

Zgodnie z przyjętą przez Parlament Europejski dyrektywą, ciężkie kary czekają osoby oskarżone o seksualne wykorzystywanie dzieci oraz oglądanie pornografii dziecięcej w sieci. Nowe przepisy nałożą także na kraje UE obowiązek usuwania stron internetowych z pornografią dziecięcą lub, jeśli okaże się to niemożliwie, nakaz blokowania dostępu do wspomnianych stron na terytorium danego kraju. Specjaliści alarmują, że w Europie nawet 10 do 20% dzieci mogło paść ofiarami wykorzystywania seksualnego.

Dyrektywa w sprawie zwalczania wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej wprowadza w krajach Unii nowe wymogi, w zakresie zapobiegania przestępstwom, ścigania sprawców i ochrony ofiar. Państwa członkowskie będą miały dwa lata na włączenie nowych przepisów do prawa krajowego.

– Niegodziwe traktowanie w celach seksualnych i wykorzystywanie seksualne dzieci, w tym pornografia dziecięca, to poważne pogwałcenie praw podstawowych – czytamy w treści dokumentu. – Osobom odpowiedzialnym za prowadzenie dochodzeń w sprawie tego typu przestępstw i za ich ściganie należy udostępnić skuteczne narzędzia dochodzeniowe. Mogą one obejmować operacje pod przykryciem, kontrolę komunikacji, niejawną inwigilację, w tym elektroniczną, monitorowanie rachunków bankowych lub inne metody dochodzenia finansowego (...) W stosownych przypadkach i zgodnie z prawem krajowym takie narzędzia powinny także obejmować możliwość posługiwania się przez organy ścigania fikcyjną tożsamością w internecie.

„Dyrektywa w sprawie zwalczania wykorzystywania seksualnego oraz pornografii dziecięcej to ważny krok w kierunku wzmocnienia ochrony naszych dzieci. Władze i organizacje społeczne dostają silny instrument, który wprowadza zasadę zero tolerancji wobec zbrodni popełnianych na dzieciach”, powiedziała Roberta Angelilli, która kierowała pracami Parlamentu nad dyrektywą.

## Ciężkie czasy dla przestępców seksualnych

Dyrektywa określa kary minimalne średnio za 20 przestępstw – to znacznie więcej, niż dotychczas przewidywano w prawodawstwie unijnym. Parlamentarzyści chcą zaostrzenia kar za wykorzystywa-

nie seksualne dzieci na terenie całej Unii, przede wszystkim wobec nadużyć popełnionych przez osoby zaufania publicznego, autorytety i osoby mające wpływ na dziecko (jak członkowie rodziny, opiekunowie czy nauczyciele), a także w sytuacji wykorzystywania dzieci, znajdujących się w grupie ryzyka (jak dzieci niepełnosprawne fizycznie lub umysłowo, znajdujące się pod wpływem narkotyków lub alkoholu).

– Sama niepełnosprawność nie oznacza automatycznie niemożności wyrażenia zgody na kontakty seksualne. Należy jednak kryminalizować wykorzystywanie takiej niepełnosprawności w celu podjęcia czynności seksualnych z udziałem dziecka – podkreślają twórcy dyrektywy.

Zgodnie z nowymi przepisami zmuszanie dziecka do aktów seksualnych i prostytucji zagrożone będzie karą przynajmniej 10 lat pozbawienia wolności. Z kolei osoby zajmujące się produkcją pornografii dziecięcej mogą liczyć się z karą trzech lat pozbawienia wolności. Za oglądanie treści pornograficznych, w których udział biorą dzieci w internecie, grozić będzie kara 1 roku więzienia.

## Uwodzenie przez internet i seksturystyka

Uwodzenie dzieci przez internet oraz dziecięca turystyka seksualna także staną się przestępstwami kryminalnymi. Niezależnie od tego, czy obywatel UE dopuści się ich na terenie Unii czy poza jej granicami.

## Strony z pornografią dziecięcą muszą zniknąć całkowicie...

Kraje członkowskie będą musiały dążyć do jak najszybszego usuwania stron internetowych zawie-



rających i rozpowszechniających pornografię dziecięcą. Będą one także zobowiązane dołożyć wszelkich starań, co do współpracy z krajami znajdującymi się poza granicami Unii (Stany Zjednoczone i in.), w celu doprowadzenia do usunięcia tych stron.

### **...choć ich blokowanie wciąż może być konieczne**

Ponieważ jednak usunięcie stron z pornografią dziecięcą nie zawsze jest możliwe (serwery mogą znajdować się na terenie państw niechętnych do współpracy z UE lub też usuwanie tych stron mogłoby trwać zbyt długo), państwa członkowskie mogą podejmować środki służące blokowaniu tych stron internetowych na swoim terytorium. Jednak środki te muszą być wprowadzone w oparciu o przejrzystą procedurę i dostarczać internautom odpowiednich gwarancji bezpieczeństwa.

Ilość stron internetowych zawierających pornografię dziecięcą rośnie. Przewiduje się, że dziennie wpuszczanych jest w obieg około 200 materiałów zawierających treści pornograficzne z udziałem dzieci. Nawet najmłodsze dzieci stają się ofiarami pornografii, a i obrazy z ich udziałem są coraz bardziej dosłowne i brutalne.

### **Zakaz pracy z dziećmi**

Badania wykazują, że około 20 proc. sprawców przestępstw seksualnych po odbyciu wyroku ponownie dopuści się czynu przestępczego. Dlatego, zgodnie z nową dyrektywą, na osobę, która została skazana za przestępstwa na tle seksualnym, można będzie nałożyć czasowy lub stały zakaz wykonywania działalności zawodowej, związanej z bezpośrednimi i regularnymi kontaktami z dziećmi.

Pracodawcy podczas rekrutowania pracowników będą mieli prawo wymagać informacji o wyrokach skazujących związanych z przestępstwami na tle seksualnym. Tym samym kraje członkowskie powinny mieć możliwość podjęcia niezbędnych środków, takich jak np. umieszczenie sprawców w rejestrze karnym przestępców seksualnych.

### **Kolejne kroki**

Dyrektywa powinna zostać formalnie zaakceptowana przez Radę Ministrów UE jeszcze przed końcem roku. Państwa członkowskie będą miały wówczas dwa lata, żeby transponować nowe przepisy do prawa krajowego.

*/Parlament Europejski/*

## **Komentarz eksperta**

**Zbigniew Engiel**  
Firma *Mediarecovery*

# **Skuteczne blokowanie stron internetowych to mrzonka**

**Projekt dyrektywy unijnej dotyczącej nowych sposobów walki z pedofilią rodzi wiele kontrowersji, szczególnie w zakresie ingerencji rządów poszczególnych państw członkowskich w zawartość internetu.**

**O**brońcy wolności wskazują, że wypracowanie skutecznego sposobu cenzurowania danych w internecie, początkowo pod kątem pedofilii, może w przyszłości skutkować rozszerzeniem cenzury na inne płaszczyzny. Pozostawiając jednak z boku tego typu rozważania, warto skupić się na możliwości

technicznych umożliwiających przeprowadzenie tego typu operacji.

Projekt dyrektywy dzieli działania państw członkowskich na obowiązek usuwania z serwerów krajowych stron pedofilskich oraz na możliwość blo-

kowania dostępu do takich stron, znajdujących się na serwerach zagranicznych. Usuwanie z serwerów krajowych stron pedofilskich jest technicznie proste do przeprowadzenia i nie generuje ze sobą dużych kosztów. Bez względu na sposób, w jaki firma hostingowa dowie się o stronie, na której występują treści niedozwolone, czy będzie to informacja od uprawnionego organu czy też sama będzie miała w obowiązku kontrolować zawartość stron internetowych na swoich serwerach, strona internetowa jest po prostu wyłączana i żaden z internautów nie będzie miał do niej dostępu. Jak wskazują doświadczenia europejskie, takie działanie zajmuje średnio dwa i pół dnia.

**Bardziej skomplikowane jest blokowanie dostępu do stron znajdujących się na serwerach zagranicznych. Tutaj władze państwowe nie mają narzędzi do działania bezpośredniego.** Oczywiście istnieje możliwość zablokowania na serwerach DNS providerów internetu konkretnych numerów IP. Biorąc jednak pod uwagę zaawansowanie technologiczne oraz łatwość powielania danych elektronicznych trudno założyć, że takie działanie może być skuteczne. Dobrym przykładem jest Wikileaks, po zablokowaniu przez rząd amerykański głównego adresu tego portalu, w sieci natychmiast uaktywniono dziesiątki innych tzw. mirrorów, umiejscowionych na serwerach we wszystkich częściach świata. Były to kopie 1 do 1 oryginalnego serwisu. Bloko-

wanie dostępu do kolejnych witryn związane było z wykonaniem kolejnych formalności biurokratyczno-prawnych, a biorąc pod uwagę skalę zjawiska, doszłoby do uruchomienia informatycznego perpetuum mobile. Wikileaks zbudowało ogromną społeczność międzynarodową, której zależało, żeby jej działalność była kontynuowana.

Trzeba zauważyć, że internetowi pedofile to również zorganizowana, międzynarodowa grupa i władze poszczególnych państw członkowskich napotkają zapewne podobne problemy co rząd amerykański, chcący utrudnić działalność Wikileaks.

Projekt nowej dyrektywy dotyczącej walki z pedofilią z pewnością jest potrzebny, jak każde inne działanie mające na celu zwalczanie tego typu przestępstw. Jednak na dzień dzisiejszy nie wydaje się, by można było skutecznie blokować strony zawierające pedofilskie treści w sposób skuteczny, tak by uniemożliwić do nich dostęp. O wiele ważniejsze wydaje się klasyczne działanie organów ścigania zmierzające do zatrzymania osób zajmujących się generowaniem tego typu treści. Taka współpraca od lat prowadzona jest w ramach Interpolu i Europolu, a policje państw europejskich i służby amerykańskie mają w tym zakresie sprawne i przynoszące wymierne efekty sposoby działania.

### Komisja kontra polski urząd

Komisja Europejska wstrzymała planowane przez polskiego regulatora rynku telekomunikacyjnego (UKE) ustalenie stawek za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej operatora Aero2 bez przeprowadzenia wcześniej analizy rynku. Stawki miały być określone na poziomie ponaddwukrotnie wyższym od cen oferowanych przez konkurentów Aero2. Arbitralny charakter tej propozycji narusza kluczową zasadę regulacyjną UE.

Zgodnie z unijnymi przepisami telekomunikacyjnymi, UKE, podobnie jak wszystkie inne unijne organy regulacyjne, jest zobowiązany do oceny warunków konkurencji w różnych sektorach krajowego rynku telekomunikacyjnego. Regulatorzy mogą wprowadzać środki kontroli cen lub inne odpowiednie, proporcjonalne i uzasadnione środki zaradcze jedynie w przypadku, gdy przeprowadzona przez nich analiza rynku wykazała brak skutecznej konkurencji. Komisja jest zaniepokojona faktem, że poprzez złamanie tej fundamentalnej zasady podejście UKE wykazuje brak przewidywalności i stwarza bariery na drodze do rozwoju rynku wewnętrznego. Jest to drugie ostrzeżenie wysłane przez Komisję w tym miesiącu do UKE w związku z jego stanowiskiem w sprawie stawek za zakańczanie połączeń w sieci ruchomej. Komisja, w ścisłej współpracy z BEREC (Organem Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej), omówi z UKE przedmiotowe kwestie oraz ewentualne zmiany proponowanych środków w celu zapewnienia ich zgodności z prawem UE oraz wyeliminowania barier na jednolitym rynku europejskim, które mogą powstać w wyniku wprowadzenia tych środków. Dogłębny przegląd zgłoszonych środków będzie trwał do trzech miesięcy. Po zakończeniu tego trzymiesięcznego procesu Komisja może wydać zalecenie, zwracając się do krajowego organu regulacyjnego o wprowadzenie zmian do projektowanego środka naprawczego lub jego wycofanie.

**Agnieszka Grzelak,**  
*dr nauk prawnych,*  
*adiunkt w Katedrze*  
*Prawa Europejskiego SGH*

# Przywracanie kontroli na granicach wewnętrznych – propozycje Komisji Europejskiej

Zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych państw strefy Schengen nastąpiło w 1995 r., po wejściu w życie Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen. Od tego czasu stworzony system stał się symbolem współpracy państw<sup>1</sup>, a możliwość przemieszczania się w obrębie UE bez kontroli na granicach wewnętrznych jest jednym z największych osiągnięć.

Wydarzenia, które miały miejsce w Afryce Północnej wiosną 2011 r., i związane z tym napływ cudzoziemców do UE skłoniły niektóre państwa członkowskie oraz instytucje UE do podjęcia na nowo dyskusji na temat wzmocnienia kontroli strefy Schengen i opracowania możliwych rozwiązań. Zwrócono w szczególności uwagę na konieczność zagwarantowania, by strefa Schengen mogła skutecznie sprostać ewentualnym trudnościom, które mogą wiązać się z brakiem – w niektórych przypadkach – realizacji zobowiązań związanych z kontrolą na granicach zewnętrznych. W szczególności, Komisja Europejska zwróciła uwagę na potrzebę skoordynowanej reakcji Unii w takich sytuacjach i zaproponowała stworzenie właściwego mechanizmu, mającego na celu zapewnienie spójnego wdrażania i interpretacji zasad obowiązujących w strefie Schengen.

Tej problematyce poświęcono również część szczytu Rady Europejskiej, który miał miejsce 23–24 czerwca 2011 r. Podczas tego spotkania stwierdzono, że *należy wprowadzić mechanizm, by wyjść naprzeciw nadzwyczajnym okolicznościom, stanowiącym ryzyko dla ogólnego funkcjonowania współpracy w ramach Schengen, nie naruszając jednocześnie zasady swobodnego przepływu osób. Mechanizm ten powinien obejmować zestaw środków,*

*które miałyby być stosowane w stopniowy, zróżnicowany i skoordynowany sposób, by pomóc państwom członkowskim radzić sobie z trudną sytuacją na granicach zewnętrznych. Powinny one obejmować wizyty kontrolne, wsparcie techniczne i finansowe oraz pomoc, koordynację i interwencję ze strony Fronteksu. W ostateczności w ramach takiego mechanizmu można by wprowadzić klauzulę ochronną umożliwiającą wyjątkowe ponowne wprowadzenie kontroli na granicach wewnętrznych, w naprawdę krytycznych sytuacjach, gdy jakieś państwo członkowskie nie będzie już w stanie wykonywać swoich obowiązków wynikających z zasad Schengen. Taki środek można by zastosować na podstawie konkretnych, obiektywnych kryteriów i wspólnej oceny, w ściśle ograniczonym zakresie i na ściśle ograniczony czas, uwzględniając potrzebę posiadania zdolności do reagowania w przypadkach nagłych.* W dalszej części konkluzji Rada Europejska wskazuje wyraźnie, że odpowiedzialność za kontrolę i nadzór nad granicami zewnętrznymi spoczywa na państwach członkowskich, a te, wykonując to zadanie, działają równocześnie we wspólnym interesie wszystkich państw członkowskich.

**Dla realizacji wskazanych celów Komisja w dniu 16 września 2011 r. przedstawiła pakiet dokumentów:**

<sup>1</sup> Włączenie rozwiązań prawnych Schengen do prawa UE nastąpiło na mocy specjalnego Protokołu dołączonego do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską na mocy Traktatu z Amsterdamu. Na ten temat więcej zob. K. Rokicka, *Włączenie acquis Schengen w ramy prawne UE*, Studia Europejskie 2002 nr 2, s. 75; tejsze *Acquis Schengen w Polsce*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 4, s. 58.

1) Komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: „Ład Schengen – wzmocnienie obszaru bez kontroli na granicach wewnętrznych”<sup>2</sup>,

2) Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 562/2006 w celu ustanowienia wspólnych zasad dotyczących tymczasowego przywrócenia w wyjątkowych okolicznościach kontroli granicznej na granicach wewnętrznych<sup>3</sup>,

3) Zmieniony wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia mechanizmu oceny i monitorowania w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen<sup>4</sup>.

### Propozycja Komisji

Przedłożony przez Komisję Komunikat, zatytułowany „Ład Schengen – wzmocnienie obszaru bez kontroli na granicach wewnętrznych”, stanowi rodzaj uzasadnienia dla towarzyszących mu dwóch, wymienionych wyżej, projektów aktów ustawodawczych. W Komunikacie Komisja podkreśla, że podstawą prawną strefy Schengen jest zbiór przepisów (dorobek Schengen) przewidujących nie tylko zniesienie kontroli granicznej na granicach wewnętrznych i wspólne zasady kontroli na granicach zewnętrznych, ale także wspólną politykę wizową, współpracę policyjną i sądową, wspólne zasady powrotu nielegalnych migrantów oraz ustanowienie wspólnych baz danych, takich jak system informacyjny Schengen (SIS). **„Dorobek Schengen” to pojęcie, które oznacza akty prawne regulujące zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych UE i wspólne zasady kontroli na granicach zewnętrznych oraz związane z tym akty dotyczące polityki wizowej czy współpracy policyjnej, a także wspólne zasady powrotu nielegalnych migrantów.** Dorobek Schengen to w szczególności Układ z Schengen z 1985 r. oraz

Konwencja wykonawcza do Układu z Schengen z roku 1990 w wersji, w jakiej akty te zostały włączone w ramy prawne UE przez protokół dołączony do TUE i TFUE oraz akty na nich oparte lub z nimi związane<sup>5</sup>. W dokumencie Komisja wymienia istniejące już narzędzia, mające na celu wsparcie państw członkowskich w wypełnianiu ich obowiązków wynikających z przynależności do strefy Schengen oraz reagowaniu na sytuacje krytyczne. Są to przykładowo wsparcie z funduszy UE, wspólne operacje organizowane przez Frontex czy też pomoc Europolu albo Europejskiego Urzędu Wsparcia w dziedzinie Azylu. Komisja uważa jednak, że narzędzia te nie są wystarczające – w szczególności obecnie obowiązujący mechanizm polegający na międzyrządowym systemie wzajemnej oceny nie jest wystarczająco silny. Już w tym miejscu trzeba jednak podkreślić, że Komisja jednak nie podaje żadnych przykładów sytuacji, w których system nie zadziałał prawidłowo. W kolejnej części Komunikatu Komisja krótko omawia wyjątkowe okoliczności mogące doprowadzić w ostateczności do przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych, w tym przedstawia obecnie obowiązujący system przywracania kontroli, jak również proponowane działania w odniesieniu do konieczności utworzenia odpowiedniego mechanizmu na poziomie Unii Europejskiej. W podsumowaniu Komisja wskazuje, że proponowany przez nią system ma zapewnić reakcję skuteczną, we właściwym czasie i podejmowaną w sposób skoordynowany.

Z kolei projekt rozporządzenia ewaluacyjnego zawiera nową wersję projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia mechanizmu oceny i monitorowania w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen w tych państwach członkowskich, w których jest on stale stosowany. Jest to kolejna, zmieniona wersja projektu. Sam mechanizm ewaluacyjny, którego projekt został przedstawiony w listopadzie 2010 r.<sup>6</sup>,

---

<sup>2</sup> dalej jako: Komunikat; KOM(2011) 561 wersja ostateczna.

<sup>3</sup> dalej jako: rozporządzenie zmieniające Kodeks graniczny Schengen, KOM(2011) 560 wersja ostateczna.

<sup>4</sup> dalej jako: rozporządzenie ewaluacyjne, KOM(2011) 559 wersja ostateczna.

<sup>5</sup> Por. obecnie Protokół (nr19) dołączony przez Traktat z Lizbony do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

<sup>6</sup> Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia mechanizmu oceny w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen został przedstawiony przez Komisję w dniu 16 listopada 2010 r. (KOM(2010) 624 wersja ostateczna). Zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, określoną w art. 294 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), projekt został przekazany Radzie i Parlamentowi Europejskiemu, ale do chwili obecnej nie zostało przedstawione stanowisko Parlamentu Europejskiego w pierwszym czytaniu.

miałby polegać na tym, że prowadzone byłyby oceny (zarówno zaplanowane, jak i niezapowiedziane) wykonania zobowiązań przez państwa strefy Schengen. To Komisja Europejska, przy współpracy państw członkowskich, byłaby odpowiedzialna za ogólne przeprowadzenie oceny, a także rocznych programów, czy też prowadzenie niezapowiedzianych wizyt w państwach członkowskich. Komisja miałaby wskazywać ekspertów, a także przygotowywać ostateczne rekomendacje, zobowiązujące państwo członkowskie do przedstawienia planu działania. W zmienionym wniosku większość zmian zaproponowanych ma charakter porządkowy. Zasadnicza jednak zmiana, stanowiąca o istocie projektu i wymagająca pogłębionej oceny, to rozszerzenie projektu o aspekty związane z procesem nie tylko oceny, ale także monitorowania przestrzegania doboru Schengen.

Monitorowanie to ma polegać w szczególności na nałożeniu na państwo członkowskie obowiązku przedstawienia planu działań mającego na celu rozwiązanie wskazanych niedociągnięć i regularnego przedstawiania planu działania, aż do momentu rozwiązania wszystkich problemów. Dwa dodawane w projekcie rozporządzenia przepisy (art. 14 i art. 15 rozporządzenia ewaluacyjnego) dotyczą przypadków, gdy w sprawozdaniu z oceny stosowania doboru Schengen, sporządzonego zgodnie z jego pozostałymi przepisami, stwierdzone zostaną poważne niedociągnięcia w przeprowadzaniu kontroli na granicach zewnętrznych lub w zakresie stosowania procedur powrotu<sup>7</sup>. W dotychczasowej wersji projektu w sytuacji, w której kontrola na miejscu wykazywała poważne niedociągnięcia uznane za wywierające znaczący wpływ na ogólny poziom bezpieczeństwa jednego lub kilku państw członkowskich, Komisja – z własnej inicjatywy lub na wniosek państwa członkowskiego – powiadamia o tym Radę i Parlament Europejski. **Nowa wersja rozporządzenia dodaje, że w takiej sytuacji Komisja będzie mogła również podjąć decyzję o wezwaniu ocenianego państwa członkowskiego do wprowadzenia przynajmniej jednego z wymienionych w art. 14 ust. 1 środków, w tym do:**

- rozpoczęcia rozmieszczania zespołów europejskiej straży granicznej zgodnie z przepisami rozporządzenia Frontex;
- do przedkładania do zatwierdzenia przez Frontex strategicznych decyzji dotyczących oceny ryzyka oraz planów rozmieszczenia wyposażenia;
- czy nawet do zamknięcia wskazanego przejścia granicznego do czasu usunięcia nieprawidłowości.

Ponadto, w rozporządzeniu ewaluacyjnym przewidziano, że jeśli w sprawozdaniu z przeprowadzonej oceny stwierdzono poważne zaniedbanie przez państwo członkowskie obowiązków w zakresie przeprowadzania kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu, oceniane państwo członkowskie będzie zobowiązane do przedłożenia sprawozdania w terminie określonym w przepisie, a jeśli po tym terminie Komisja ustali, że sytuacja taka utrzymuje się, zastosowanie znajdą odpowiednie przepisy kodeksu granicznego Schengen, czyli zastosowana zostanie procedura przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych państw członkowskich.

Drugi projekt aktu ustawodawczego, przedstawiony w ramach pakietu „Ład Schengen”, to projekt rozporządzenia, który ma na celu nowelizację obowiązującego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 562/2006 z dnia 15 marca 2006 r. ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice<sup>8</sup>. Projekt przewiduje nowelizację w zakresie ustanowienia wspólnych zasad dotyczących tymczasowego przywrócenia w wyjątkowych okolicznościach kontroli granicznej na granicach wewnętrznych. Proponowane zmiany dotyczą – ogólnie – możliwości przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych w strefie Schengen w trzech przypadkach:

- w sytuacji zaistnienia poważnego zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego na poziomie unijnym lub krajowym – chodzi tu o przypadki przewidywalne o krótkotrwałym wpływie, występującym zasadniczo lokalnie,
- w sytuacji zaistnienia przypadku wymagającego natychmiastowego działania – przykładowo w ra-

<sup>7</sup> Przez pojęcie „procedury powrotu” należy rozumieć przepisy dotyczące powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, w tym przede wszystkim przepisy dyrektywy 2008/115/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2008 r., Dz. Urz. UE L 348, 24.12.2008, s. 98.

<sup>8</sup> Dalej: Kodeks graniczny Schengen; Dz. Urz. UE L 105, 13.4.2006, s. 1, ze zmianami.

zie ataku terrorystycznego (krótkotrwale nieprzewidywalne przypadki),

- jako reakcja na wypadek utrzymywania się poważnych uchybień na granicach zewnętrznych.

Dwie pierwsze sytuacje (przywrócenie kontroli w przypadku wydarzeń przewidywalnych oraz w przypadkach wymagających niezwłocznego działania) były już przedmiotem regulacji Kodeksu granicznego Schengen w dotychczas obowiązującym brzmieniu, ale projektowane rozporządzenie zmienia procedurę wprowadzenia kontroli oraz dodaje kryteria oceny, które powinny być uwzględniane przy podejmowaniu decyzji w tej sprawie. Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym, to państwo członkowskie podejmuje decyzję o przywróceniu kontroli na granicy wewnętrznej, informując o tym pozostałe państwa członkowskie i Komisję. Co do zasady, przywrócenie kontroli granicznej może nastąpić wyjątkowo, na czas ograniczony nie dłuższy niż 30 dni lub na przewidywalny okres trwania poważnego zagrożenia. Według przedłożonej propozycji, organem, który będzie podejmował decyzję w tej sprawie, jest Komisja Europejska, działająca zasadniczo na wniosek państwa członkowskiego. Dodawane przepisy określają kryteria, które będzie uwzględniać Komisja. W szczególności, oceniając, czy przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych przyczyni się do usunięcia zagrożenia porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego, Komisja będzie analizować: prawdopodobne skutki zagrożenia, dostępność technicznych i finansowych środków wsparcia (w tym wsparcia Frontex, Europolu czy Europejskiego Urzędu Wsparcia w Dziedzinie Azylu), bieżące i przyszłe skutki poważnych niedociągnięć w odniesieniu do kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu, a także prawdopodobne konsekwencje takiego środka dla swobodnego przemieszczania się.

**Podstawową zmianą jest zatem przeniesienie uprawnień do podejmowania decyzji w zakresie przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych z zainteresowanego państwa członkowskiego na Komisję Europejską.** Państwa członkowskie zachowują możliwość jednostronnego przywrócenia kontroli granicznej na granicach wewnętrznych jedynie w przypadku zaistnienia zda-

żenia nagłego, nieprzewidzianego – ale wyłącznie na okres nieprzekraczający pięciu dni. Po tym terminie wyłącznie Komisja Europejska będzie właściwa podjąć decyzję w sprawie przedłużenia kontroli.

Zupełnie nową propozycją jest uregulowanie trzeciego przypadku, w którym będzie możliwe przywrócenie kontroli granicznej, a mianowicie szczególne postępowanie na wypadek utrzymywania się poważnych uchybień w kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu. W tym zakresie projekt pozostaje w ścisłym związku z wcześniej omówionym projektem, w którym proponuje się uregulowanie procedur, wskazujących na zaistnienie takich niedociągnięć.

Decyzja Komisji w sprawie przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych będzie podejmowana w trybie procedury określonej w tzw. nowym rozporządzeniu komitologicznym. Będzie to zatem decyzja wykonawcza, przyjmowana zasadniczo w trybie procedury sprawdzającej. W procedurze tej do przyjęcia aktu wykonawczego wymagana jest zgoda komitetu, złożonego z przedstawicieli państw członkowskich, wyrażona większością kwalifikowaną głosów. Jeśli opinia komitetu jest negatywna, Komisja nie przyjmuje projektu aktu wykonawczego. Należy jednak zwrócić uwagę, że samo zainteresowane państwo członkowskie może zostać przegłosowane w komitecie. W przypadkach pilnych, zastosowanie znajdzie procedura odnosząca się do aktów wykonawczych mających natychmiastowe zastosowanie, umożliwiającą Komisji przyjęcie aktu bez przedstawienia go komitetowi, ale z koniecznością późniejszego jego zatwierdzenia<sup>9</sup>.

### Ocena proponowanych rozwiązań

Podstawową wątpliwością, jaka nasuwa się odnośnie do omówionych wyżej projektów rozporządzeń i Komunikatu, jest potrzeba w ogóle uregulowania omawianych zagadnień na nowo. Komisja Europejska w uzasadnieniach do obu aktów oraz w Komunikacie wskazuje, że projekty są odpowiedzią na wskazane w punkcie 1 konkluzje Rady Europejskiej, która stwierdzała, że system ewaluacji ma wspomagać realizację wspólnych zasad, powi-

---

<sup>9</sup> Art. 8 rozporządzenia komitologicznego.

nien być skuteczny i niezawodny. Tymczasem w obecnym stanie prawnym, UE polega w zakresie zarządzania strefą Schengen na międzyrządowym systemie wzajemnej oceny w celu zapewnienia stosowania wspólnych zasad<sup>10</sup>. Zdaniem Komisji, wyrażonym we wspomnianym już komunikacie w sprawie migracji – nowy mechanizm oceny Schengen powinien być oparty na podejściu wspólnotowym z udziałem ekspertów z państw członkowskich, Frontex i powinien być kierowany przez Komisję. Tym samym osiągnięta zostałaby – zdaniem Komisji – większa przejrzystość i poprawa podejmowania działań następczych w związku z niedociągnięciami wskazanymi w ocenach ekspertów.

Podstawową wątpliwość budzi zatem zgodność proponowanych rozwiązań z konkluzjami Rady Europejskiej, która nie proponowała wcale, aby to właśnie Komisja Europejska pełniła przewodnią rolę w ocenie. Rada Europejska twierdziła, że ocena powinna wykorzystywać zasoby unijne i angażować ekspertów z państw członkowskich, Komisji i właściwych agencji.

Ponadto, Rada Europejska wskazywała na ostateczność klauzuli ochronnej – czyli przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych w sytuacji niewywiązywania się ze zobowiązań wyłącznie w naprawę krytycznych sytuacjach, na podstawie konkretnych, obiektywnych kryteriów i wspólnej oceny. Analizując przepisy projektu rozporządzenia ewaluacyjnego, w szczególności jego art. 15, nie wydaje się, by zaproponowana klauzula miała charakter naprawę wyjątkowy – zwłaszcza że nie jest określone precyzyjnie w treści projektu, co w praktyce oznacza pojęcie „poważnie zaniedbuje”, dające podstawę do dalszego działania Komisji.

Również w przypadku drugiego rozporządzenia należy przypomnieć, że Rada Europejska w swoich konkluzjach odniosła się wyraźnie wyłącznie do wprowadzenia mechanizmu ewaluacyjnego oraz do konieczności rozważenia wprowadzenia klauzuli ochronnej, umożliwiającej wyjątkowo ponowne wprowadzenie kontroli na granicach wewnętrznych,

w naprawę krytycznych sytuacjach, w których państwo członkowskie nie będzie już w stanie wykonywać swoich obowiązków wynikających ze strefy Schengen. Rada Europejska w żadnym miejscu nie podjęła tematu podejmowania decyzji o przywróceniu kontroli na granicach wewnętrznych i pozbawieniu tego prawa państw członkowskich. Propozycja Komisji, w szczególności w odniesieniu do przywrócenia kontroli w dwóch pierwszych sytuacjach (zdarzenia planowane oraz zdarzenia nagłe), idzie zatem o wiele dalej niż zalecenia Rady Europejskiej.

Ponadto, dla uzasadnienia przedstawianych propozycji Komisja Europejska w uzasadnieniu do wniosku wskazuje również, że *swobodny przepływ osób na obszarze bez granic wewnętrznych jest jednym z osiągnięć Unii, z którego korzystają wszystkie osoby mieszkające na jej terytorium. Konieczne jest zatem podejmowanie decyzji na poziomie Unii, jeśli istnieje ryzyko, że swobodne przemieszczanie się mogłoby zostać ograniczone w wyniku jednostronnych i niekiedy nieprzejrzystych decyzji krajowych*. Z tego zdania można wywnioskować, że Komisja negatywnie ocenia obecnie obowiązujący system, w którym decyzja o przywróceniu kontroli na granicy wewnętrznej podejmowana jest zasadniczo przez państwa członkowskie. Takie stanowisko nie jest poparte żadnymi przykładami. Niezrozumiała jest również zmiana poglądu Komisji, która jeszcze rok temu nie wskazywała żadnych problemów związanych z faktem podejmowania decyzji przez państwa członkowskie, a nie przez Komisję. Wręcz przeciwnie, w sprawozdaniu z 2010 r. z realizacji przepisów kodeksu granicznego Schengen ta sama Komisja Europejska podkreślała doskonałą współpracę między państwami sąsiadującymi, a jako środki przyczyniające się do pomyślności działań wskazano na wczesne konsultacje i koordynację planowanych środków z państwami sąsiadującymi, a także regularne kontakty i wymianę informacji<sup>11</sup>. Nie jest jasne, dlaczego w okresie roku nastąpiła tak gwałtowna zmiana stanowiska.

**Ogólnym problemem strefy Schengen jest obecnie kwestia wzmocnienia wzajemnego zaufania, które stanowi podstawę współpracy**

<sup>10</sup> W ramach Grupy roboczej ds. Oceny Schengen SCHEVAL w Radzie.

<sup>11</sup> Por. sprawozdanie Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania tytułu III (granice wewnętrzne) rozporządzenia (WE) nr 562/2006 ustanawiającego wspólnotowy kodeks zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen), KOM(2010) 554 wersja ostateczna.

**w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości UE.** Wyraźnie widać to na przykładzie podejmowania decyzji w sprawie przystąpienia Bułgarii i Rumunii do strefy Schengen. Wzajemne zaufanie może być wzmocniane, np. poprzez system wzajemnych ocen podejmowanych w obecnie obowiązujących ramach czy też w przyszłości w ramach wyznaczonych projektem rozporządzenia ewaluacyjnego. Nie wydaje się jednak, by przeniesienie podejmowania decyzji w sprawie przywrócenia kontroli granicznych na granicach wewnętrznych na Komisję Europejską mogłoby takie zaufanie wzmocnić, zwłaszcza że ochrona granic jest podstawowym zadaniem każdego państwa, a dotychczasowa współpraca w ramach systemu Schengen uważana była za sukces całej Unii Europejskiej. To państwo członkowskie jest najbardziej władne, by ocenić, czy pojawiające się zagrożenie jest na tyle poważne, że należy przywrócić kontrolę graniczną czy też możliwe jest zaradzenie tej sytuacji w inny sposób.

Należy wyraźnie podkreślić, że zgodnie z art. 72 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), to państwa członkowskie są odpowiedzialne za utrzymanie porządku publicznego i ochronę bezpieczeństwa wewnętrznego. Dodatkowo Unia powołuje różne organy, które mają wspierać państwa członkowskie we współpracy operacyjnej. Przykładem może być chociażby stały komitet COSI, o którym mowa w art. 71 TFUE: zadaniem komitetu jest zapewnienie wewnątrz Unii wspierania i wzmocnienia współpracy operacyjnej w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego, w tym koordynację działań właściwych organów państw członkowskich. Bezpieczeństwa narodowego z kolei dotyczy art. 73 TFUE, który również odwołuje się do uprawnień państw członkowskich w zakresie organizacji między sobą i na swoją odpowiedzialność form współpracy i koordynacji służb odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa narodowego. Trzeba pamiętać również, że projekt nie określa w ogóle, kto poniesie odpowiedzialność w sytuacji, kiedy kontrola graniczna nie zostanie – pomimo wniosku państwa członkowskiego – na mocy decyzji Komisji przywrócona, a późniejsze wydarzenia wyraźnie pokażą jej zasadność. To jest uzasadnienie dla postanowień traktatowych o roli państw członkowskich w kwestii oceny zagrożeń dla bezpieczeństwa wewnętrznego i narodowego.

Ponadto, zgodnie z art. 77 ust. 1 TFUE – Unia ma prowadzić politykę zmierzającą do zapewnienia braku jakiejkolwiek kontroli osób, niezależnie od ich przynależności państwowej, przy przekraczaniu przez nie granic wewnętrznych. W art. 77 ust. 2 TFUE wyraźnie ustanowiono podstawę prawną do przyjmowania środków dotyczących braku kontroli osób przy przekraczaniu granic wewnętrznych. Te wszystkie sformułowania oznaczają, że traktatowym celem UE jest dążenie do likwidacji kontroli na granicach wewnętrznych, a nie przyjmowanie środków, zmierzających do ich ponownego wprowadzenia. Takie działania mają być jedynie ostatecznością.

Wreszcie, przyjęcie rozporządzenia będzie rodzić istotne skutki społeczne w kontekście naruszenia idei swobodnego przepływu osób. Utworzenie obszaru, na którym zapewniony jest swobodny przepływ osób, jest jednym z głównych osiągnięć UE. Każde tymczasowe przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych oznacza ograniczenie swobody przemieszczania się i powinno mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Tym bardziej Komisja powinna przedstawić szczegółowe analizy na ten temat.

Podsumowując, należy podać w wątpliwość zasadność propozycji Komisji w zakresie zmian dotychczasowych procedur odnośnie do przywracania kontroli na granicach wewnętrznych w sytuacji zdarzeń planowanych, stanowiących zagrożenie dla porządku publicznego czy bezpieczeństwa wewnętrznego oraz zdarzeń nagłych, nieplanowanych.

Z wątpliwościami co do ogólnej potrzeby proponowanych rozwiązań pozostaje w ścisłym związku kwestia oceny zgodności z zasadą pomocniczości projektów.

Odnosząc się do formalnych aspektów badania zgodności z zasadą pomocniczości należy wskazać, że w przypadku obu rozporządzeń, nie ma wątpliwości, że akty te podlegają ocenie pod kątem zgodności z zasadą pomocniczości, która należy do kompetencji parlamentów narodowych państw członkowskich zgodnie z postanowieniami Protokołu (nr 2) w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności<sup>12</sup>, dołączonego do Traktatu o Unii Europejskiej oraz Traktatu o funk-

---

<sup>12</sup> Dalej jako: Protokół.



cjonowaniu Unii Europejskiej. Podstawą prawną przyjęcia projektowanego rozporządzenia zmieniającego Kodeks graniczny Schengen ma być art. 77 ust. 1 i 2 (w całości) TFUE. Z kolei podstawą prawną przyjęcia projektowanego rozporządzenia w sprawie ustanowienia mechanizmu oceny i monitorowania w celu weryfikacji stosowania dorobku Schengen ma być art. 77 ust. 2 lit. e) TFUE. Projekty obu aktów prawnych mieszczą się w zakresie polityki dotyczącej kontroli granicznej, a zatem stanowią jedną z dziedzin unijnej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Dziedzina ta należy do kompetencji dzielonych UE<sup>13</sup>. Wskazana podstawa prawna przyjęcia rozporządzenia oznacza, że akt powinien zostać uchwalony w zwykłej procedurze ustawodawczej. Oba projekty dotyczą zatem działań ustawodawczych w obszarze należącym do kompetencji UE, które wykonywane są wspólnie przez Parlament Europejski i Radę. Projekty mogły zostać poddane przez parlamenty narodowe ocenie pod względem zgodności z zasadą pomocniczości w trybie określonym w Protokole. Termin 8-tygodniowy, o którym mowa w art. 6 Protokołu nr 2, upłynął w dniu 14 listopada 2011 r.<sup>14</sup>

Analizując projekty pod kątem materialnej zgodności z zasadą pomocniczości należy wskazać, że w przypadku rozporządzenia „ewaluacyjnego” nowym przepisem projektu, który może budzić pewne wątpliwości pod kątem oceny jego zgodności z zasadą pomocniczości, jest proponowany art. 15 rozporządzenia, który przewiduje możliwość podjęcia przez Komisję Europejską decyzji o przywróceniu kontroli na granicach wewnętrznych w sytuacji, w której ze sprawozdania ewaluacyjnego wynikać będzie, że państwo członkowskie poważnie zaniedbuje swoje obowiązki w zakresie przeprowadzania kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu. W obecnym stanie prawnym, decyzję o przywróceniu kontroli na granicach wewnętrznych strefy Schengen podejmuje państwo członkowskie, zgodnie z przepisami kodeksu granicznego Schengen. Komisja nie uzasadniła prze-

konującą ani we wniosku, ani w Komunikacie, że cele zamierzonego działania mogą być lepiej osiągnięte na poziomie Unii. Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych wskaźników ani jakościowych, ani ilościowych. Analizując propozycję należy jednak podkreślić, że kontrola dostępu do terytorium jest jedną z głównych funkcji państwa. W strefie Schengen, każde z państw zarządza jednak swoimi granicami zewnętrznymi nie tylko w celu kontroli dostępu do swojego terytorium, ale również dostępu do całej strefy Schengen. Każde z objętych nią państw jest zatem współodpowiedzialne za wykonywanie tej funkcji w sposób rzetelny. Ewentualne problemy występujące na granicach zewnętrznych mogą naruszać wzajemne zaufanie państw członkowskich w kwestii zdolności kontrolowania dostępu do całej strefy Schengen. Państwa członkowskie powinny skutecznie i w równym stopniu odpowiedzialnie gwarantować, by wszystkie zasady Schengen były skutecznie stosowane zgodnie z ustalonymi wspólnymi standardami oraz z podstawowymi zasadami i normami. Do utworzenia takiego mechanizmu – klauzuli ochronnej – wzywała również Rada Europejska w przywołanych konkluzjach ze szczytu z czerwca 2011 r. Z tych względów należy przyjąć, że w takim konkretnym przypadku, jeżeli w toku procedur ewaluacyjnych określonych w rozporządzeniu zostanie wykazane, że państwo faktycznie nie dopełnia stosownych zobowiązań i występują trudności mające skutki dla innych państw strefy Schengen, podejmowanie decyzji na szczeblu Unii Europejskiej jest zasadne i zgodne z zasadą pomocniczości.

W drugim przypadku jednak efekt oceny jest odmienny. Projekt rozporządzenia zmieniającego Kodeks graniczny Schengen narusza zasadę pomocniczości ze względu na treść proponowanych przepisów (w szczególności art. 23–25) oraz brak uzasadnienia zgodności projektu z tą zasadą. Za niezgodne z zasadą pomocniczości należy uznać przeniesienie kompetencji do podejmowania decyzji o przywróceniu kontroli na granicach wewnętrznych

<sup>13</sup> Por. art. 3 ust. 1 lit. j TFUE.

<sup>14</sup> W tym terminie swoją opinię o niezgodności projektu zawartego w dokumencie KOM(2011) 560 wersja ostateczna, z zasadą pomocniczości przedstawiły następujące parlamenty: obie izby parlamentu Holandii, francuskie Zgromadzenie Narodowe, Senat rumuński, obie izby parlamentu Portugalii, obie izby parlamentu Szwecji oraz obie izby parlamentu Słowacji. Nie jest to liczba wystarczająca do uruchomienia procedur „kartek”, o których mowa w Protokole. Polski parlament nie zdołał we wskazanym terminie zająć stanowiska, z racji zmiany kadencji.

strefy Schengen w sytuacji zaistnienia zdarzeń powodujących zagrożenie porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego (art. 23 rozporządzenia) oraz w sytuacji zaistnienia zdarzenia wymagającego podjęcia natychmiastowego działania (art. 25) – z poziomu państwa członkowskiego na Komisję Europejską. Zgodnie z zasadą pomocniczości wydaje się natomiast przyznanie Komisji kompetencji do podjęcia decyzji o przywróceniu kontroli na granicach wewnętrznych w przypadkach, o których mowa w projektowanym art. 26 rozporządzenia. Pogląd powyższy uzasadniony powinien być przede wszystkim przez analizę celu rozporządzenia. Jak wynika z punktu 1 preambuły do rozporządzenia, ma ono zapewnić wspólną reakcję na sytuacje, które w znacznym stopniu wpływają na porządek publiczny lub bezpieczeństwo wewnętrzne Unii Europejskiej. Jak wynika z treści projektu, cel ten ma zostać osiągnięty poprzez ustanowienie możliwości przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych strefy Schengen w drodze decyzji podejmowanej przez Komisję Europejską. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 72 TFUE, to państwa członkowskie odpowiedzialne są za utrzymanie porządku publicznego i ochronę bezpieczeństwa wewnętrznego. Przyjmując Traktat z Lizbony, państwa – strony traktatu uznały, że to one są najlepiej przygotowane do oceny, czy wskazane zagrożenie w ogóle występuje, a jeżeli tak – to jakie środki powinny zostać w takiej sytuacji podjęte. W dotychczasowym stanie prawnym to państwo członkowskie oceniało, czy konieczne jest przywrócenie kontroli na granicy wewnętrznej strefy Schengen, czy też można utrzymać porządek publiczny i zapewnić bezpieczeństwo wewnętrzne innymi środkami.

W odniesieniu do omawianego projektu Komisja Europejska nie przedstawiła żadnego uzasadnienia, z którego wynikałoby, że państwa członkowskie stosują obowiązujące procedury nieprawidłowo. Nie ma zatem żadnych argumentów, które wskazywałyby, że cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób przekonujący samodzielnie przez państwa członkowskie tak, jak ma to miejsce obecnie. W Komunikacie Komisja stwierdza wyłącznie ogólnie, że istniejące narzędzia nie są wystarczające, by zapewnić spójne stosowanie zasad

Schengen przez każde państwo członkowskie, ale nie podaje żadnych przykładów na uzasadnienie swojej tezy. Komisja nie uzasadnia również, że cele zamierzonego działania mogą być lepiej osiągnięte na poziomie Unii. Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych wskaźników ani jakościowych, ani ilościowych. Przeniesienie kompetencji z poziomu państw członkowskich na poziom Komisji nie wydaje się konieczne dla osiągnięcia wskazanego celu rozporządzenia. Nie wiąże się również z żadnymi dodatkowymi korzyściami dla państw członkowskich. Na dotychczasowym etapie działania podejmowane przez państwa członkowskie są skuteczne, istniejące zaś problemy mogą być rozwiązywane poprzez wczesne konsultacje, regularne kontakty właściwych organów czy w drodze wspólnych kontroli<sup>15</sup>. W razie pojawiających się trudności – zgodnie z przepisami traktatu – państwa członkowskie powinny i są uprawnione do podjęcia wzajemnej współpracy w tym zakresie.

nie istnieją zatem przesłanki, które pozwalałyby stwierdzić, że cele projektu rozporządzenia nie mogłyby zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie oraz że ze względu na rozmiary lub skutki proponowanych działań możliwe jest ich lepsze osiągnięcie na poziomie UE. Nie są zatem spełnione kryteria zgodności z zasadą pomocniczości, które dotyczą konieczności podjęcia działań przez UE w miejsce państw członkowskich.

W tym miejscu trzeba podnieść istotne zastrzeżenia dotyczące w ogóle niewystarczającego uzasadnienia przez Komisję zgodności z zasadą pomocniczości przepisów obu projektów rozporządzeń. Ani w uzasadnieniu projektów, ani w przedstawionym równolegle Komunikacie Komisja nie stwierdza wyraźnie, że projekty są/nie są zgodne z zasadą pomocniczości. Jedyne z ogólnej argumentacji można wywnioskować, że Komisja uważa projekty za zgodne z omawianą zasadą. Problem ten jest istotny, bowiem uzasadnienie zgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości pełni kluczową rolę w toku kontroli przez parlamenty narodowe przestrzegania tej zasady, gdyż umożliwia im poznanie i ocenę argumentów przesadzających za

<sup>15</sup> Por. sprawozdanie Komisji z 2010 r. w sprawie stosowania tytułu III kodeksu granicznego Schengen, KOM(2010) 554 wersja ostateczna.

przyjęciem, w projektowanym akcie, określonych rozwiązań. Uzasadnienie unijnego aktu prawnego umożliwi też kontrolę jego legalności przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w trybie skargi na nieważność (art. 263 TFUE). Brak szczegółowego uzasadnienia projektu rozporządzenia w zakresie jego zgodności z zasadą pomocniczości uniemożliwi ocenę argumentacji Komisji przemawiającej za uznaniem zgodności projektu z omawianą zasadą.

**W odniesieniu do omawianych projektów można zgłosić również szereg innych, szczegółowych zastrzeżeń. Przykładowo, w dodawanych nowych artykułach rozporządzenia ewaluacyjnego pojawia się szereg pojęć, które są niejasne i co do których nie przedstawiono żadnych kryteriów pozwalających na ich doprecyzowanie. Chodzi tu w szczególności o „poważne niedociągnięcia” (art. 14 ust. 1) oraz „poważne zaniedbania” (art. 15 ust. 1). Skutki stwierdzenia takich niedociągnięć czy zaniedbań są bardzo istotne: w pierwszym przypadku Komisja będzie mogła wezwać państwo członkowskie do wprowadzenia środków określonych w art. 14 ust. 1, a w drugim – w efekcie może to skutkować przywróceniem przez Komisję kontroli na granicach wewnętrznych.**

Pewne wątpliwości budzi również użyte w art. 14 ust. 1 rozporządzenia sformułowanie „zespoły europejskiej straży granicznej”. Komisja będzie mogła podjąć decyzję o wezwaniu państwa członkowskiego do rozpoczęcia rozmieszczania takich zespołów, zgodnie z przepisami rozporządzenia ustanawiającego Frontex, w przypadku „poważnych niedociągnięć”<sup>16</sup>. Ponieważ niedawno zakończyły się prace nad kolejną zmianą w rozporządzeniu, należy przypuszczać, że pojęcie „zespołów europejskiej straży granicznej” pojawia się właśnie tam<sup>17</sup>. Przez to pojęcie prawdopodobnie należy rozumieć zespoły oddelegowane podczas wspólnych działań i projektów pilotażowych oraz zespoły oddelegowane do udziału w szybkich interwencjach na granicy<sup>18</sup>. Zespoły te składałyby się z funkcjonariuszy straży gra-

nicznej innych państw członkowskich. Trzeba wyraźnie jednak zaznaczyć, że na obecnym etapie nie ma jeszcze europejskiego systemu straży granicznej – w Programie sztokholmskim Komisja została dopiero wezwana do przeprowadzenia studium wykonalności utworzenia takiego systemu.

Proponowane przepisy rozporządzenia zmieniającego Kodeks graniczny Schengen również zawierają sformułowania, które są niejasne. Przykładowo, w zmienianym art. 23 ust. 1 użyto pojęcia „poważne zagrożenie porządku publicznego lub bezpieczeństwa wewnętrznego na poziomie unijnym lub krajowym”. Co prawda, w dodawanym art. 23a kodeksu wskazano pewne kryteria oceny, ale i te kryteria nie są precyzyjne – w szczególności kryterium „bieżących i przyszłych skutków poważnych niedociągnięć” w odniesieniu do kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu. W projekcie pojawiają się inne problemy terminologiczne. Przykładowo w art. 25 ust. 1 mowa jest o „bezpieczeństwie wewnętrznym”, podczas gdy w art. 25 ust. 3 o „wewnętrznym bezpieczeństwie narodowym” (ang. *internal security – internal national security*). Nie jest jasne, czy to rozróżnienie jest świadomym działaniem Komisji i ma określone znaczenie, czy też użyte sformułowania stosowane są wymiennie. Wydaje się jednak, że pojęcie bezpieczeństwa wewnętrznego i bezpieczeństwa narodowego nie do końca są pojęciami zbieżnymi. Bezpieczeństwo narodowe (ang. *national security*) najczęściej rozumiane jest jako jedna z podstawowych funkcji każdego państwa, która obejmuje problematykę przeciwstawienia się wszelkim zagrożeniom zewnętrznym oraz wewnętrznym dla istnienia oraz rozwoju narodu i państwa. Pojęcie „bezpieczeństwo wewnętrzne” zawiera się zatem w „bezpieczeństwie narodowym”. Należy tu zwrócić uwagę, że przepisy TFUE w Tytule III poświęconym przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości posługują się tymi terminami odrębnie: w art. 71 czy 72 TFUE mowa jest o bezpieczeństwie wewnętrznym, podczas gdy art. 73 TFUE dotyczy bezpieczeństwa narodowego. Dodatkowo, w zmienianym art. 26

<sup>16</sup> W obecnie obowiązującej wersji rozporządzenia Rady (WE) nr 2007/2004 z 26 października 2004 r. ustanawiającego Europejską Agencję Zarządzania Współpracą Operacyjną na Zewnętrznych Granicach Państw Członkowskich Unii Europejskiej, zmienionego rozporządzeniem nr 863/2007, termin ten nie pojawia się.

<sup>17</sup> Akt ten nie został jeszcze opublikowany w Dzienniku Urzędowym UE, stąd też trudno jest precyzyjnie to ocenić.

<sup>18</sup> Por. dokument Rady 13961/11 z 26 września 2011 r.

rozporządzenia stanowi się o „bezpieczeństwie na poziomie unijnym lub krajowym”, a zatem wprowadza jeszcze inny termin. Konieczne jest zatem ujednolicenie stosowanej terminologii.

Kolejna wątpliwość dotyczy zmienianego art. 25 kodeksu granicznego Schengen. Zgodnie z tym przepisem, w sytuacji nieprzewidzianej, decyzję o przywróceniu kontroli na granicy wewnętrznej podejmuje państwo członkowskie, ale wyłącznie na okres 5 dni. Decyzję o przedłużeniu podejmować będzie Komisja Europejska. Wydaje się jednak, że ten okres jest zbyt krótki. Ponadto, projekt nie określa w ogóle, kto będzie oceniać, czy zagrożenie nadal utrzymuje się (domyślnie Komisja Europejska, ale czy na wniosek państwa członkowskiego czy też z własnej inicjatywy – to nie jest uregulowane), ani w jakim terminie Komisja ma taką decyzję podjąć – czy musi to być dnia piątego od wystąpienia zdarzenia czy też może (co byłoby jednak absurdalne) – w kolejnych dniach.

W zmienianym art. 26 rozporządzenia wprowadza się uprawnienie dla Komisji, która będzie mogła uznać (na podstawie art. 15 rozporządzenia ewaluacyjnego), że istnieją utrzymujące się „poważne niedociągnięcia” dotyczące kontroli na granicach zewnętrznych lub procedur powrotu. Jeśli Komisja uzna, że te niedociągnięcia stanowią poważne zagrożenie porządku publicznego lub bezpieczeństwa na poziomie unijnym lub krajowym – kontrola graniczna na granicach wewnętrznych będzie mogła zostać przywrócona. Ponownie, żaden z dwóch projektów rozporządzenia nie precyzuje, kiedy niedociągnięcia stają się „poważne”.

Ani w jednym, ani w drugim projekcie rozporządzenia Komisja nie wskazuje na źródła finansowania. W rozporządzeniu „ewaluacyjnym” Komisja przewiduje, że w przypadku poważnych niedociągnięć w przeprowadzaniu kontroli na granicach wewnętrznych możliwe będzie podjęcie jednego lub kilku działań wymienionych w art. 14 ust. 1 rozporządzenia, natomiast w przypadku poważnych zaniedbań – wręcz przywrócenie kontroli na granicach wewnętrznych (art. 15). Nie wskazuje jednak źródła finansowania przywracania kontroli granicznych,

nie ocenia również skutków finansowych zamknięcia wskazanego przejścia granicznego. Nie określa również, kto będzie finansował rozmieszczenie zespołów europejskiej straży granicznej. Również w drugim projekcie nie jest jasne, kto będzie ponosił koszty przywrócenia kontroli granicznych zwłaszcza w sytuacji, w której nie będzie wiązało się to z wnioskiem państwa członkowskiego. Skoro Komisja uważa, że jest to problem ogólnoeuropejski, to należy przyjąć również, że finansowanie powinno obejmować środki europejskie.

### Podsumowanie

1. Projekty przedstawione przez Komisję Europejską we wrześniu 2011 r. mają na celu wzmocnienie zarządzania stref Schengen. W istocie jednak wzmocnienie to polegać ma na dodaniu kompetencji Komisji Europejskiej do podejmowania decyzji odnośnie do tymczasowego przywrócenia kontroli na granicach wewnętrznych.

2. Projekty rozporządzeń nie odpowiadają zamierzeniom Rady Europejskiej, wyrażonym w konkluzjach z 23–24 czerwca 2011 r. Nie jest jasne również, dlaczego Komisja zmieniła zdanie na temat funkcjonowania strefy Schengen w ciągu ostatniego roku – nie ma przesłanek, które by to uzasadniały. Propozycje Komisji nie wychodzą naprzeciw idei wzmocnienia wzajemnego zaufania w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej.

3. Projekty rozporządzeń budzą szereg wątpliwości natury prawnej. Wybór podstawy prawnej projektu rozporządzenia ewaluacyjnego nie jest oczywisty. Z kolei projekt rozporządzenia zmieniającego Kodeks graniczny Schengen jest sprzeczny z zasadą pomocniczości. Z powyższych względów, należy wyrazić pogląd, że proponowane projekty nie powinny zostać w takiej formie przyjęte przez prawodawcę unijnego.

*Niniejszy artykuł powstał w oparciu o opinie przygotowywane przez Autorkę dla Komisji do spraw Unii Europejskiej w ramach Biura Analiz Sejmowych (opinie BAS-WAPEiM-2199/11, BAS-WAPEiM-2200/11 oraz BAS-WAPEiM-2201/11).*

Anna Adamska

# Timeshare

## – turystyczna nowość

W połowie lipca 2011 r. wpłynął do Sejmu projekt ustawy wprowadzający do naszego prawodawstwa instytucję prawną zwaną „timeshare”. Potrzeba opracowania projektowanej ustawy wynika z konieczności implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (Dz.Urz. UE L 33 z 03.02.2009, str. 10), zwanej dalej „dyrektywą 2008/122”.

Dyrektywa 2008/122 zastąpiła dyrektywę 94/47/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 1994 r. w sprawie ochrony nabywców w odniesieniu do niektórych aspektów umów odnoszących się do nabywania praw do korzystania z nieruchomości w oznaczonym czasie (Dz.Urz. UE L 280 z 29.10.1994, str. 83), zwaną dalej „dyrektywą 94/47”, której wdrożenie zapewniono ustawą z dnia 13 lipca 2000 r. o ochronie nabywców prawa korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku oraz o zmianie ustaw Kodeks cywilny, Kodeks wykroczeń i ustawy o księgach wieczystych i hipotece (Dz.Ur. Nr 74, poz. 855 z późn. zm.) (dalej jako „ustawa z 2000 r.”).

### Co to jest timeshare?

**Timeshare oznacza prawo do korzystania z rzeczy, przede wszystkim z nieruchomości, w określonych, regularnie powtarzających się odstępach czasu w każdym roku.**

Umowy tego typu zwykle dotyczą ośrodka turystycznego, hotelu, pensjonatu lub apartamentu, albowiem funkcjonalnie timesharing wiąże się z branżą usług turystycznych (jest najczęściej wykorzystywany w celu nabycia prawa korzystania z nieruchomości położonych w atrakcyjnych turystycznie miejscowościach). Korzystanie z miejsca zakwaterowania na zasadach timeshare nie obejmuje przy tym wielokrotnych rezerwacji miejsca zakwaterowania, np. pokoi hotelowych, ani zwykłych

umów najmu (przedmiotem umowy najmu jest bowiem korzystanie o charakterze ciągłym, a nie korzystanie w okresach wielokrotnych). Dostęp do miejsca zakwaterowania na zasadach timeshare nie wymaga zaś dokonywania rezerwacji. Dostęp do usług noclegowych we wskazanych okresach wynika bowiem dla konsumenta z samego faktu zawarcia umowy timeshare. Korzystanie z miejsca noclegowego na zasadach timeshare było przedmiotem regulacji dyrektywy 94/47, tym niemniej od przyjęcia tej dyrektywy na rynku usług turystycznych wykształciło się wiele nowych produktów, nieobjętych zakresem jej obowiązywania, takich jak np. oferujące rabaty na usługi noclegowe kluby wakacyjne (długoterminowe produkty wakacyjne), systemy wymiany umożliwiające konsumentom wzajemne korzystanie z praw timeshare czy systemy odsprzedaży, umożliwiające obrót prawami z umów timeshare. Zasady oferowania przez przedsiębiorców tego rodzaju produktów uregulowano w nowej dyrektywie 2008/122 – co rodzi potrzebę uregulowania ww. materii w krajowych przepisach tę dyrektywę wdrażających.

### Zakres przedmiotowy ustawy

Projekt ustawy określa zasady i tryb zawierania między przedsiębiorcą a konsumentem:

- 1) umów timeshare;
- 2) umów o długoterminowy produkt wakacyjny;
- 3) umów pośrednictwa w odsprzedaży timeshare lub długoterminowego produktu wakacyjnego;
- 4) umów o uczestnictwo w systemie wymiany.

Określa on także zasady ochrony konsumentów, z którymi przedsiębiorcy zawierają umowy, prawa i obowiązki przedsiębiorcy i konsumenta, będących stronami takich umów, oraz skutki odstąpienia przez konsumenta od takich umów.

Projekt wprowadza nowe definicje wymienionych w punktach 1–4 umów.

**Postanowienia wyżej wymienionych umów mniej korzystne dla konsumentów niż postanowienia ustawy są nieważne; zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.** W sprawach nieuregulowanych w ustawie stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego.

### Umowa timeshare

Umowa timeshare, według projektu, to umowa, na podstawie której konsument, za wynagrodzeniem, nabywa prawo do korzystania, w okresach wskazanych w umowie, z co najmniej jednego miejsca zakwaterowania, zawarta na okres dłuższy niż jeden rok. Definicja ta stanowi implementację art. 2 ust. 1 lit. a dyrektywy 2008/122.

Przy czym okres, na jaki została zawarta umowa, ustala się z uwzględnieniem postanowień umowy, umożliwiających jej przedłużenie w sposób wyraźny lub dorozumiany, oraz faktycznie dokonanych uzgodnień między stronami co do możliwości dalszego korzystania przez konsumenta z miejsca zakwaterowania.

Prawo z umowy timeshare może mieć postać prawa osobistego (w tym wierzytelności) albo użytkownika (art. 23 ust. 1 projektu). Przedmiotem umowy timeshare, zgodnie z proponowaną definicją, ma być miejsce zakwaterowania, a zatem wszelkiego rodzaju miejsca noclegowe, nie tylko mające charakter nieruchomości. Według projektodawców umowy, które nie zapewniają dostępu do tak rozumianego miejsca zakwaterowania (np. wynajem miejsc postojowych dla przyczep kempingowych), nie będą więc objęte regulacją dotyczącą umów timeshare.

Prawo timeshare jest prawem zbywalnym. Szerzej na ten temat napiszę przy omawianiu umów dotyczących tej materii.

Dyrektywa 2008/122 nakazuje, aby w odniesieniu do umowy timeshare oraz umowy o długoterminowy produkt wakacyjny, w celu obliczenia okresu obowiązywania umów, uwzględniać ich każde postanowienie umożliwiające wydłużenie tego okresu wynikające z dorozumianego odnowienia lub przedłużenia umowy (art. 2 ust. 2 dyrektywy). Tego rodzaju regulacja ma na celu uniemożliwienie obchodzenia przez przedsiębiorców przepisów dotyczących czasu trwania umowy timeshare lub umowy o długoterminowy produkt wakacyjny.

**Tym samym zawarcie przez przedsiębiorcę z konsumentem umowy spełniającej cechy umowy timeshare, ale na okres krótszy niż minimalny, w przypadku gdy umowa taka umożliwia wydłużenie czasu jej obowiązywania, czy to w sposób dorozumiany czy też w sposób wyraźny, powinno być traktowane jako zawarcie umowy timeshare. Podobnie za jednoznaczne z zawarciem umowy timeshare powinno być uznawane faktyczne wydłużenie czasu trwania umowy, przez umożliwienie konsumentowi dalszego korzystania z miejsca zakwaterowania w późniejszych okresach, przypadających po upływie terminu, na jaki umowa została pierwotnie zawarta.**

Z uwagi na możliwość ukształtowania praw z umowy timeshare na zasadach użytkownika, w ustawie przewidziano wyłączenie stosowania do takiego użytkownika przepisów art. 254–255 i art. 266 Kodeksu cywilnego, które to przepisy, jako wyłączające zbywalność użytkownika (art. 254), przewidujące wygaśnięcie użytkownika po 10 latach jego niewykonywania (art. 255) oraz jego wygaśnięcie ze śmiercią osoby uprawnionej (art. 266), nie przystają do istoty timesharingu, jako prawa zbywalnego i ustanawianego na długie okresy (art. 23 ust. 2 ustawy). Zbędny stanie się przy takim rozwiązaniu zawierający obecnie podobne wyłączenia przepis art. 270<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego – który proponuje się w konsekwencji uchylić w projektowanych w art. 44 ustawy zmianach do ustawy Kodeks cywilny.

Jednocześnie zaproponowano wyłączenie stosowania do użytkownika ustanowionego na zasadach timesharingu przepisów art. 259 i 260 Kodeksu

cywilnego, przewidujących inne niż wynikające z rozwiązań wprowadzanych w rozdziale 10 ustawy zasady utrzymywania przedmiotu użytkowania i dokonywania w nim napraw (art. 23 ust. 2 ustawy).

Ponadto, w celu wzmocnienia praw z umowy timeshare ukształtowanych jako uprawnienia osobiste, w art. 23 ust. 3 ustawy przewidziano możliwość ujawnienia w księdze wieczystej prawa z umowy timeshare mającej za przedmiot nieruchomości. Analogiczny zapis zamieszczono także w zmienianej ustawie o księgach wieczystych o hipotecę, wskazując w jej art. 16 ust. 2 pkt 6 na możliwość wpisania do księgi wieczystej osobistego prawa z umowy timeshare, mającej za przedmiot nieruchomości (art. 46 ustawy).

### **Umowa o długookresowy produkt wakacyjny**

W art. 3 projektu ustawy, analogicznie jak w art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy 2008/122, zdefiniowano pojęcie umowy o długoterminowy produkt wakacyjny.

Przez umowę o długoterminowy produkt wakacyjny rozumie się umowę, na podstawie której konsument, za wynagrodzeniem, nabywa prawo do otrzymywania rabatów, zniżek lub innych korzyści związanych z zakwaterowaniem, zawartą na okres dłuższy niż jeden rok. Umowa może także przewidywać prawo konsumenta do nabycia usług związanych z podróżą, w szczególności prawo do skorzystania z miejsca zakwaterowania, prawo do nabycia usług transportowych lub do nabycia innych usług.

**Nie stanowi natomiast umowy o długoterminowy produkt wakacyjny umowa, w której głównym świadczeniem przedsiębiorcy nie jest udzielanie konsumentowi zniżek, rabatów lub innych korzyści związanych z zakwaterowaniem. Oznacza to, że np. karta kredytowa nie będzie „długoterminowym produktem wakacyjnym”, nawet jeżeli przedsiębiorstwo, które ją wydaje, oferuje zniżki w hotelach, a konsument musi uiścić opłatę za wydanie karty; udzielenie zniżek na usługi turystyczne nie jest bowiem głównym świadczeniem przedsiębiorcy wydającego kartę kredytową.**

### **Umowa o uczestnictwo w systemie wymiany**

**Przez umowę o uczestnictwo w systemie wymiany rozumie się umowę, na podstawie której przedsiębiorca, za wynagrodzeniem, przynajmniej konsumentowi dostęp do systemu wymiany, w ramach którego konsument uzyskuje prawo do korzystania z miejsca zakwaterowania lub prawo do nabycia innych usług świadczonych przez przedsiębiorcę, w zamian za umożliwienie innym konsumentom korzystania z miejsca zakwaterowania będącego przedmiotem jego umowy timeshare.**

Ta regulacja stanowi implementację art. 2 ust. 1 lit. d dyrektywy 2008/122.

Istotą tej umowy nie będzie więc dokonywanie pomiędzy konsumentami transakcji wymiany przysługujących im praw z umów timeshare, lecz uczestnictwo w zorganizowanym przez przedsiębiorcę systemie, w ramach którego dokonywanie takiej wymiany będzie możliwe. Wnosząc do systemu wymiany prawo timeshare, konsument, oprócz możliwości skorzystania z innego miejsca zakwaterowania, będzie mógł skorzystać także z innych usług oferowanych przez przedsiębiorcę, takich jak np. dostęp do klubu fitness, siłowni, pola golfowego czy udostępnienie konsumentowi pokoju hotelowego na dowolnie określony czas.

### **Warunki zawarcia umów**

Warunki zawarcia umów dotyczą wszystkich, będących przedmiotem omawianej regulacji.

**Wszystkie umowy powinny być zawarte w formie pisemnej, chyba że odrębne przepisy przewidują inną szczególną formę.**

Umowa powinna być sporządzona, zgodnie z wyborem konsumenta, w języku urzędowym państwa członkowskiego, w którym ma on miejsce zamieszkania lub którego jest obywatelem. Jeżeli w państwie tym obowiązuje więcej niż jeden język urzędowy, umowę sporządza się w jednym z tych języków, wybranym przez konsumenta. Umowa nie może być sporządzona w języku niebędącym językiem urzędowym Unii Europejskiej.

Przedsiębiorca jest obowiązany niezwłocznie doręczyć umowę konsumentowi. Ta regulacja stanowi implementację art. 5 ust. 5 dyrektywy 2008/122.

Omawiane umowy powinny określać:

- 1) imię, nazwisko i adres konsumenta;
- 2) imię i nazwisko lub nazwę (firmę) przedsiębiorcy oraz adres jego miejsca zamieszkania lub adres jego siedziby;
- 3) prawo i termin odstąpienia przez konsumenta od umowy zgodnie z art. 24 i 25;
- 4) zakaz żądania lub przyjmowania od konsumenta świadczeń, o którym mowa w art. 34;
- 5) miejsce i datę zawarcia umowy.

Przy czym postanowienia, o których mowa w pkt 3 i 4, powinny być przez konsumenta odrębnie podpisane (implementacja art. 5 ust. 3 i 4 dyrektywy 2008/122).

Informacje, o których mowa w art. 9 projektu, stanowią integralną część umów. W przypadku gdy po przekazaniu konsumentowi tych informacji przedsiębiorca dokonał w nich zmian, zaznacza on w umowie, które informacje i w jaki sposób zostały przez niego zmienione. Ponadto do umów przedsiębiorca dołącza standardowy formularz odstąpienia od umowy, którego wzór określa załącznik nr 5 do projektu ustawy. Przedsiębiorca podaje w formularzu swoje imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę).

Przepisy te stosuje się odpowiednio do umów przedwstępnych.

### Obowiązki konsumenta

Konsument jest obowiązany do poinformowania przedsiębiorcy, z którym zawarł umowę timeshare lub umowę o długoterminowy produkt wakacyjny, o zbyciu na rzecz innych konsumentów praw z takich umów, wskazując osoby nabywające te prawa. **W przypadku niewykonania tego obowiązku konsument jest obowiązany do naprawienia wynikłej stąd szkody. Przepisu tego nie stosuje się w przypadku, gdy zbycie praw, o których mowa, następuje w związku z umową pośrednictwa w odsprzedaży, będącej umową powiązaną.**

Poza tym konsument jest obowiązany niezwłocznie poinformować przedsiębiorcę, z którym miał zawarte, niebędące umowami powiązanyymi, umowy pośrednictwa w odsprzedaży lub umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, o odstąpieniu od umowy timeshare lub od umowy o długoterminowy produkt wakacyjny. **W przypadku niewykonania tego obowiązku konsument jest obowiązany do naprawienia wynikłej stąd szkody.**

Wykonanie natomiast tego obowiązku:

- zwalnia konsumenta z obowiązku zapłaty wynagrodzenia przedsiębiorcy, z którym miał on zawartą umowę pośrednictwa w odsprzedaży;
- uprawnia konsumenta do otrzymania od przedsiębiorcy, z którym miał on zawartą umowę o uczestnictwo w systemie wymiany, zwrotu zapłaconego mu wynagrodzenia; wynagrodzenie przedsiębiorca zwraca w kwocie pomniejszonej o wartość spełnionych na rzecz konsumenta świadczeń, z uwzględnieniem okresu, na jaki umowa została zawarta.

### Uprawnienia konsumenta

#### Odstąpienie od umowy

Konsument ma prawo do odstąpienia od umowy timeshare, umowy o długoterminowy produkt wakacyjny, umowy pośrednictwa w odsprzedaży oraz umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, **bez podania przyczyny, w terminie 14 dni od dnia jej zawarcia lub od dnia jej otrzymania, jeżeli dzień ten następuje po dniu jej zawarcia.**

Termin ten **ulega wydłużeniu:**

- 1) **o jeden rok** – w przypadku gdy w dniu jej zawarcia lub otrzymania przedsiębiorca nie przekazał konsumentowi, na piśmie lub innym trwałym nośniku informacji, standardowego formularza odstąpienia od umowy;
- 2) **o trzy miesiące** – w przypadku gdy w dniu jej zawarcia lub otrzymania przedsiębiorca nie przekazał konsumentowi, na piśmie lub innym trwałym nośniku informacji, w sposób określony w art. 10 ust. 1, wszystkich informacji wymaganych zgodnie z art. 9.

W przypadku gdy przedsiębiorca **przekazał konsumentowi przed upływem wyżej wymienionych**



**terminów standardowy formularz i informacje określone w pkt 2, termin odstąpienia od umowy upływa po 14 dniach od dnia otrzymania tych informacji lub standardowego formularza przez konsumenta.**

Powyższe rozwiązanie stanowi implementację art. 6 dyrektywy 2008/122.

**W przypadku zaś jednoczesnego zawarcia przez konsumenta z tym samym przedsiębiorcą umowy timeshare i umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, termin odstąpienia od umowy o uczestnictwo w systemie wymiany rozpoczyna się w dniu otrzymania przez konsumenta umowy timeshare.**

Natomiast przy ustalaniu terminu odstąpienia od umowy o uczestnictwo w systemie wymiany:

- okres jednego roku, liczy się od dnia otrzymania umowy timeshare,
- okres trzech miesięcy, liczy się od dnia otrzymania umowy timeshare.

Odstąpienie od umowy następuje przez złożenie przedsiębiorcy, na piśmie lub innym trwałym nośniku informacji, oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy konsument może złożyć na standardowym formularzu.

Dla zachowania terminu odstąpienia od umowy wystarczające jest wysłanie oświadczenia o odstąpieniu przed jego upływem (implementacja art. 7 dyrektywy 2008/122).

**W razie skorzystania przez konsumenta z prawa do odstąpienia od umowy, umowa uważana jest za niezawartą.**

**Konsument nie ponosi żadnych kosztów związanych z odstąpieniem od umowy.** Nie jest on w szczególności obowiązany do zapłaty wynagrodzenia za usługi wykonane przez przedsiębiorcę przed odstąpieniem od umowy ani do zwrotu korzyści, które przedsiębiorca mógłby uzyskać, gdyby konsument od umowy nie odstąpił.

**Taka regulacja jest skutkiem zasadniczej zmiany wprowadzonej przez dyrektywę 2008/122 (art. 8 ust. 1), z której wynika zakaz obciąża-**

nia konsumenta, który skorzystał z prawa do odstąpienia od umowy, jakimikolwiek kosztami.

Odstąpienie od umowy timeshare lub od umowy o długoterminowy produkt wakacyjny jest skuteczne także wobec umów powiązanych. Do odstąpienia od umów powiązanych stosuje się omówione wyżej przepisy.

**Odstąpienie przez konsumenta od każdej z umów**, jeżeli konsument uiszcza przedsiębiorcy wynagrodzenie z wykorzystaniem, w całości lub w części, kredytu lub pożyczki udzielonych przez przedsiębiorcę albo przez osobę trzecią na podstawie porozumienia z przedsiębiorcą, **jest skuteczne także wobec umowy kredytu lub pożyczki.** Do odstąpienia od umowy kredytu lub pożyczki stosuje się odpowiednio przepisy o odstąpieniu od umowy.

### **Rozwiązanie umów**

Dyrektywa 2008/122 rozszerza katalog umów, których byt prawny ustaje z chwilą skorzystania przez konsumenta z prawa do odstąpienia od umowy. Zgodnie z art. 11 dyrektywy 2008/122 będą to nie tylko umowy kredytu czy pożyczki, ale wszelkie inne umowy powiązane. Rozwiązaniu ulegną także umowy pośrednictwa w odsprzedaży oraz umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, nawet jeżeli nie będą one miały statusu umów powiązanych.

Stąd regulacja, zgodnie z którą umowy pośrednictwa w odsprzedaży oraz umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, dotyczące praw konsumenta z umowy timeshare lub praw konsumenta z umowy o długoterminowy produkt wakacyjny, niebędące umowami powiązanymi, zawarte przez konsumenta, **rozwiązują się wskutek odstąpienia od umowy timeshare lub od umowy o długoterminowy produkt wakacyjny.**

Powyższe przepisy stosuje się odpowiednio do umów przedwstępnych.

### **Obowiązki przedsiębiorcy i związane z tym zakazy**

Miejsce zakwaterowania oraz inne obiekty udostępniane konsumentowi uznaje się za przydatne do

umówionego użytku, jeżeli są one zgodne z opisem zawartym w umowie. Nieudostępnienie konsumentowi wszystkich obiektów oraz usług, do których miał on uzyskać dostęp, oznacza brak przydatności do umówionego użytku.

W związku z tym przedsiębiorca będący stroną umowy timeshare jest obowiązany utrzymywać miejsce zakwaterowania oraz inne obiekty udostępniane konsumentowi na podstawie tej umowy w stanie przydatnym do umówionego użytku przez cały czas trwania umowy. Poza tym jest on obowiązany do dokonywania napraw i innych nakładów koniecznych do utrzymania miejsca zakwaterowania oraz innych obiektów udostępnianych konsumentowi na podstawie umowy timeshare w stanie przydatnym do umówionego użytku.

**Jeżeli umowa timeshare nie stanowi inaczej, konsument nie jest obowiązany do ponoszenia nakładów na miejsce zakwaterowania oraz na inne obiekty udostępniane mu na podstawie tej umowy.**

Jeżeli w czasie trwania umowy timeshare miejsce zakwaterowania lub inne obiekty udostępniane konsumentowi na podstawie tej umowy wymagają napraw, bez których nie są one przydatne do umówionego użytku, a które zgodnie z umową nie obciążają konsumenta, konsument może wyznaczyć przedsiębiorcy odpowiedni termin do wykonania napraw. **Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu konsument może dokonać koniecznych napraw na koszt przedsiębiorcy.**

Ponadto **zakazane jest żądanie lub przyjmowanie od konsumenta jakichkolwiek świadczeń określonych w umowie timeshare, umowie o długoterminowy produkt wakacyjny lub umowie o uczestnictwo w systemie wymiany, przed upływem terminu do odstąpienia od umowy, a także żądanie lub przyjmowanie od konsumenta jakichkolwiek świadczeń określonych w umowie pośrednictwa w odsprzedaży przed:**

**a) doprowadzeniem do nabycia lub zbycia przez konsumenta praw z umowy timeshare lub**

**z umowy o długoterminowy produkt wakacyjny lub**

**b) rozwiązaniem umowy.**

Jeżeli konsument zawiera z przedsiębiorcą umowę przedwstępną, zobowiązującą do zawarcia umowy timeshare, umowy o długoterminowy produkt wakacyjny, umowy pośrednictwa w odsprzedaży lub umowy o uczestnictwo w systemie wymiany, **zakazane jest żądanie lub przyjmowanie od konsumenta jakichkolwiek świadczeń określonych w umowie przedwstępnej przed upływem terminu do odstąpienia od umowy przedwstępnej.**

**Za żądanie lub przyjmowanie świadczeń uznaje się w szczególności żądanie lub przyjmowanie od konsumenta:**

- 1) zaliczek;
- 2) gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej;
- 3) blokady rachunku bankowego;
- 4) pisemnego oświadczenia o uznaniu długu.

Rozwiązanie to jest podyktowane brzmieniem art. 9 dyrektywy 2008/122.

Oceniając omawiany projekt trzeba stwierdzić, że ustawa wprowadza szereg regulacji korzystnych dla konsumenta korzystającego z usług turystycznych, często narażonego na niesolidność przedsiębiorców z tej branży. Implementacja dyrektywy 2008/122 stanowi więc w tej sytuacji duże udogodnienie dla turystów i gwarancję, że ich prawa będą zabezpieczone. Wątpliwości budzi jednak usytuowanie tej materii w odrębnej ustawie, poza Kodeksem cywilnym, do którego jest w projekcie dużo odniesień. Zwłaszcza że reguluje on m.in. usługi hotelarskie, bardzo zbliżone do materii zamieszczonej w omawianym projekcie. Wątpliwości budzi również rozwiązanie uprawniające konsumenta do naprawy przedmiotu świadczenia na koszt przedsiębiorcy. Trudno bowiem sobie wyobrazić dokonywanie remontu miejsca zakwaterowania za granicą przez turystę na koszt przedsiębiorcy, skoro z praktyki wiadomo, że nikt bez zgody tego ostatniego nie będzie się angażował w remonty ani inne roboty, zwłaszcza na żądanie cudzoziemca.

Joanna Ostojka

# Testament życia wymaga regulacji

Problematyka tzw. testamentu życia (ang. *living will*) wywołuje obecnie spore zainteresowanie i skłania do rozbieżnych ocen<sup>1</sup>. Ten szczególny rodzaj oświadczenia *pro futuro* ma umożliwić każdej osobie zdolnej do wyrażenia woli określenie, czy, a jeśli tak, to jakie leczenie może być podejmowane względem niej w przypadku, w którym będzie ona niezdolna do wyrażenia woli i komunikowania swych spostrzeżeń.

Testament życia w tej formie funkcjonuje obecnie w wielu systemach prawnych, również w Polsce trwają prace nad jego prawną regulacją<sup>2</sup>.

W doktrynę powinności lekarza poszanowania uprzednio wyrażonej woli pacjenta wpisuje się również treść Konwencji o ochronie godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny, zwanej powszechnie Konwencją Bioetyczną, którą Polska podpisała w 1999 roku, do dnia dzisiejszego jednak nie ratyfikowała. Konwencja Bioetyczna w art. 9 stanowi, że: „Należy brać pod uwagę (ang. *shall be taken into account*) wcześniej wyrażone życzenia pacjenta co do interwencji medycznej, jeżeli w chwili jej przeprowadzania nie jest on w stanie wyrazić swej woli”.

**Oświadczenie objęte testamentem życia może, z jednej strony, obejmować zgodę na podjęcie wszelkich dopuszczalnych czynności leczniczych („ratujcie za wszelką cenę”)<sup>3</sup>, z drugiej zaś wyrażać sprzeciw wobec określonych czynności (np. co do przetaczania krwi, reanimacji czy sztucznego utrzymywania przy życiu), nawet gdyby czynności te były konieczne dla ratowania życia**

**pacjenta. W takiej sytuacji lekarz nie mógłby więc wykonać zabiegu ratującego życie pacjenta wbrew uprzednio wyrażonej przez niego woli.**

Oświadczenia *pro futuro* obejmujące sprzeciw pacjenta wobec podejmowania względem niego określonych czynności leczniczych budzą wiele kontrowersji. Obok przypadków raczej jednoznacznych, w których chodzi o sztuczne utrzymywanie przy życiu chorego w stanie degradującego cierpienia, stymulowanego środkami farmakologicznymi bez perspektyw i nadziei na to, że owe cierpienie kiedykolwiek ustanie, pojawiają się bowiem przypadki mniej oczywiste, jak choćby te, w których nieprzytomny w wyniku wypadku pacjent oświadczył wcześniej, że nie zgadza się na przetoczenie krwi czy dokonanie dializy. W tej ostatniej sytuacji stan nieprzytomności jest zwykle tymczasowy i nie ma on charakteru upokarzającej i beznadziejnej egzystencji. Zwykle bowiem owe przetoczenie krwi lub dokonanie dializy pozwala na uratowanie życia pacjenta.

**O ile w przypadku pacjenta zdolnego do samodzielnego wyrażenia zgody, jego wola jest zwykle przez lekarzy respektowana<sup>4</sup>, o tyle gdy**

<sup>1</sup> Testament życia wielokrotnie bywa zrównywany z eutanazją. Zapatrywanie takie jest jednak błędne. O ile bowiem eutanazja polega na pomocy drugiej osobie w pozbawieniu jej życia, czy to na wyraźne jej żądanie, czy pod wpływem współczucia, o tyle akceptacja sprzeciwu pacjenta wobec leczenia polega na poszanowaniu przez lekarza wcześniej wyrażonej woli chorego i nie zakłada w swej istocie aktywnego działania.

<sup>2</sup> Zagadnienie testamentu życia objęte było projektem Ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw, przygotowanym przez tzw. Komisję Gowina.

<sup>3</sup> Oświadczenia tej treści nie budzą wątpliwości. Wobec braku sprzeciwu pacjenta co do podejmowania względem niego określonych czynności leczniczych, lekarz ma bowiem obowiązek ratowania jego życia.

<sup>4</sup> W świetle polskiego prawa, lekarz, który podejmuje interwencję medyczną bez zgody pacjenta, może odpowiadać nie tylko na gruncie odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz również karnie na podstawie art. 192 Kodeksu karnego.

**chodzi o pacjenta pozbawionego świadomości, rodzi się zwykle pytanie o to, jak należy traktować uprzednio wyrażone przez niego oświadczenie co do niepodejmowania względem niego określonych czynności leczniczych.** W takiej sytuacji powstaje bowiem słuszną skądinąd wątpliwość, na ile pacjent znajdujący się w stanie bezpośredniego zagrożenia życia podtrzymałby wyrażony uprzednio sprzeciw co do czynności leczniczych, w przypadku, w którym czynności te mogłyby uratować go od śmierci. Wobec braku jednoznacznych regulacji w tym zakresie, lekarze kierują się zwykle zasadą *in dubio pro vita humana*, decydując się na ratowanie życia pacjenta, nawet przy wykorzystaniu metod leczniczych, na które pacjent ten, w złożonym w przeszłości oświadczeniu, wyraźnie się nie godził.

**Błędem byłoby jednak stwierdzenie, że w obecnym stanie prawnym testament życia, jako szczególnego rodzaju oświadczenie *pro futuro*, jest niedopuszczalny. Można zaryzykować nawet tezę, że w tym zakresie istnieje już pewna, rzec by można zaakceptowana, koncepcja jurydyczna, której wyrazem jest postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 roku<sup>5</sup>, przyznające pierwszeństwo nie życiu pacjenta, ale jego autonomii i prawu do samostanowienia.**

Sprawa rozpoznawana przed Sąd Najwyższy dotyczyła przetoczenia krwi kobiecie deklarującej przynależność do zboru Świadców Jehowy. Kobieta ta uległa wypadkowi, w wyniku którego konieczna dla ratowania jej życia stała się transfuzja krwi. Mimo znalezienia u niej oświadczenia o treści: „Oświadczenie dla służby zdrowia – żadnej krwi”, lekarze, po uzyskaniu postanowienia właściwego sądu rejonowego wskazującego na zasadność dokonania transfuzji<sup>6</sup>, zdecydowali się na przeprowadzenie zabiegu. Po dojściu do zdrowia kobieta zaskarżyła ww. postanowienie. Sprawa trafiła w końcu przed Sąd Najwyższy. W uzasadnieniu swojego postanowienia Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Oświadcze-

nie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące.” Sąd odszedł więc od, wydawałoby się powszechnej, zasady „w razie wątpliwości na rzecz ludzkiego życia”, przyznając pierwszeństwo autonomii woli pacjenta, jako mającej swe źródło wprost w ludzkiej godności.

**W cytowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy uzależnił skuteczność testamentu życia od jego złożenia w sposób wyraźny i jednoznaczny.** Posłużenie się jednak tego rodzaju nieostrymi kryteriami oceny nie rozwiązuje wątpliwości co do związania lekarza złożonym w przeszłości oświadczeniem pacjenta, obejmującym sprzeciw wobec podejmowania względem niego określonych czynności leczniczych. Nie może być bowiem tak, że ciężar oceny, czy przedmiotowe oświadczenie złożone zostało w sposób wyraźny i jednoznaczny, pozostaje przy lekarzu. Lekarz winien otrzymać wyraźną dyrektywę co do swojego postępowania w przypadku znalezienia przy pacjencie oświadczenia obejmującego sprzeciw wobec choćby sztucznego utrzymywania go przy życiu, reanimacji czy przetaczania krwi. Konieczność uregulowania testamentu życia w polskim prawie wydaje się z tych względów niewątpliwa.

Za słuszny uznać należy postulat sporządzania testamentów życia w formie kwalifikowanej, tj. w formie aktu notarialnego z obowiązkiem jego rejestracji w elektronicznej bazie danych – specjalnym rejestrze, do którego wpis miałby charakter konstytutywny. Okoliczność ta uchroniłaby przed wątpliwościami, na ile oświadczenie znalezione przy pacjencie zostało sporządzone dobrowolnie i w sposób świadomy oraz czy w momencie podejmowania względem rzeczono-pacjenta czynności leczniczych oświadczenie to pozostaje aktualne.

<sup>5</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 roku, sygn. akt III CK 155/05, OSNC 7–8/2006, poz. 137.

<sup>6</sup> W świetle art. 32 ust. 4 Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentyisty, lekarz zobowiązany jest uzyskać zgodę sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego osobie niezdolnej do świadomego wyrażenia woli, która nie posiada przedstawiciela ustawowego.

Każdy, kto zarejestrował testament życia, winien mieć możliwość jego samodzielnego odwołania w każdym czasie. Rozważyć należałoby również, czy ważność testamentu życia nie powinna zostać ograniczona czasowo – wówczas, po upływie np. 5 lat od dnia sporządzenia testamentu, traciłby on swą moc wiążącą *ex lege*, przy zachowaniu prawa pacjenta do jego ponownego sporządzenia.

**Wobec prymatu prawa każdego człowieka do samostanowienia i decydowania o własnym losie, pogląd o potrzebie regulacji testamentu życia uznać należy za w pełni zasadny. Wydaje się jednak, że w dyskusji nad tego rodzaju oświadczeniami *pro futuro* nie da się uciec od pytania, czy, a jeśli tak, to na ile, można automatycznie utożsamiać oświadczenie woli objęte testamentem życia z wolą nieprzytomnego pacjenta stojącego w obliczu śmierci.**

Ciekawy przypadek przywołuje w tym zakresie M. Machinek: profesor Walter Jens, filolog klasyczny i literaturoznawca, w wydanej przed laty wspólnie z Hansem Küngiem książce o godnym umieraniu, opowiedział się za możliwością rezygnacji z jakichkolwiek działań podtrzymujących życie w przypadku, w którym stan zdrowia uniemożliwia godną egzystencję. Sam sporządził również oświadczenie *pro futuro*, podnosząc, że chce samodzielnie stanowić o swojej śmierci. Od 2005 roku profesor Jens cierpi na demencję, nie jest przy tym świadomy

ani siebie, ani osób go otaczających, nie jest przez to w stanie samodzielnie żyć i wymaga całodobowej opieki. Wśród niewielu zdań, które wypowiedział, często pojawia się prośba: „Proszę mnie nie zabijać”<sup>7</sup>. Tu rodzi się pewna kontrowersja. O ile bowiem oświadczenie pro futuro profesor Jens złożył w stanie pełnej świadomości i swobody, o tyle jego prośba cytowana powyżej pada w czasie, gdy nie jest już on w stanie umożliwiającym złożenie ważnego oświadczenia woli. W rzeczywistości prośba ta nie powoduje więc zmiany złożonego uprzednio oświadczenia *pro futuro*, wobec jednak jej treści, odmowa wypełnienia woli objętej wcześniejszym oświadczeniem wydaje się moralnie uzasadniona. Z prawnego punktu widzenia nie ma jednak wątpliwości, że prośba: „Proszę mnie nie zabijać” nie jest skuteczna, w przeciwieństwie do złożonego uprzednio oświadczenia *pro futuro*<sup>8</sup>.

W istocie więc powyższa wątpliwość zamyka się w pytaniu o to, na ile słuszna i na ile możliwa do zaakceptowania jest wizja nas samych, potrafiących realnie ocenić swój przyszły stan emocjonalny, towarzyszący sytuacji zdrowotnej, w której się znajdujemy. O ile przepisy prawa mogą wyczerpująco i precyzyjnie uregulować zasady sporządzania testamentu życia, wątpliwość zarysowaną powyżej rozstrzygnąć musimy sami.

*Autorka jest doktorantem w Instytucie Prawa Cywilnego WPIA UW, aplikantem adwokackim przy ORA w Warszawie*

<sup>7</sup> Zaznaczyć jednak należy, że na początku swej choroby profesor Jens, zachowując jeszcze wówczas pełną świadomość, wielokrotnie wskazywał, że chce i pragnie godnie umrzeć, zanim choroba całkowicie pozbawi go sił umysłowych.

<sup>8</sup> Za M. Machinkiem, *Etyczna problematyka testamentu życia i innych oświadczeń pro futuro. Głos w dyskusji*, Materiały z debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego *Wokół testamentu życia*, 23.11–30.11.2009, s. 4–5.

## Orzecznictwo Sądu Najwyższego

**Uchwała z dnia 26 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 61/11).**

Na podstawie art. 105 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (jedn. tekst DzU z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) w związku z art. 20 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 tej ustawy, na producentach, importerach kserokopiarek, skanerów i innych podobnych urządzeń reprograficznych, umożliwiających pozyskiwanie kopii całości lub części egzemplarza opublikowanego utworu, ciąży obowiązek udzielenia właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi informacji oraz udostępniania dokumentów, dotyczących wszystkich umów sprzedaży tych urządzeń.

# Spór o użycie komórek embrionów

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał 18 października 2011 r. orzeczenie w sprawie C-34/10 *Oliver Brüstle v. Greenpeace V* dotyczące patentów na wynalazki, które wymagają użycia komórek embrionów. Przedmiotowa sprawa budziła wiele kontrowersji jeszcze przed wydaniem wyroku, w szczególności z uwagi na opinie Rzecznika Generalnego z marca bieżącego roku, która spotkała się z dezaprobatą środowisk naukowych związanych z badaniami nad komórkami macierzystymi<sup>1</sup>.

## Stan faktyczny

Profesor Brüstle, Dyrektor Instytutu Neurobiologii Rekonstrukcyjnej Uniwersytetu w Bonn, został na podstawie wniosku z dnia 19 grudnia 2011 posiadaczem patentu dotyczącego izolowanych i oczyszczonych progenitorowych komórek nerwowych<sup>2</sup>. Patent obejmował proces „wydobycia” tychże komórek z ludzkich embrionalnych komórek macierzystych. Wynalazek zgodnie ze specyfikacją patentową ma na celu leczenie chorób neurologicznych, takich jak Parkinson<sup>3</sup>.

Na wniosek Greenpeace V., Niemiecki Federalny Sąd Patentowy (Bundespatentgericht) unieważnił patent na podstawie krajowego przepisu prawa patentowego<sup>4</sup> stanowiącego implementację dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (dalej: „dyrektywa”). Apelacja profesora Brüstle sprowadziła sprawę przed Niemiecki Trybunał Federalny (Bundesgerichtshof), który na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej skierował pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). Zdaniem niemieckiego sądu, rozstrzygnięcie w sprawie apelacji profesora Brüstle było uwarunkowane interpretacją

przepisu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy, który znalazł odbicie w odpowiednim przepisie transponującym niemieckiego prawa patentowego. Ponieważ zdaniem Niemieckiego Trybunału Federalnego, taka interpretacja nie pozostaje w kompetencjach państw członkowskich i tym samym ich sądów, zwrócił się do TSUE.

## Orzeczenie TSUE

Orzekając w składzie Wielkiej Izby, TSUE pochylił się nad trzema pytaniami prejudycjalnymi związanymi z interpretacją art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy.

Pierwsze i zarazem fundamentalne pytanie dotyczyło pojęcia „embrionu ludzkiego” zawartego w przedmiotowym przepisie dyrektywy. Chodziło w pierwszym rzędzie o określenie, czy zakres tego pojęcia obejmuje wszystkie stadia rozwoju życia ludzkiego czy istnieją kryteria jego zawężenia. Ponadto, TSUE musiał odnieść się do pytania, czy w zakresie pojęcia embrionu ludzkiego mieszczą się: niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy, oraz

<sup>1</sup> A. Smith, „No” to ban on stem-cell patents, 27 kwietnia 2011 r., nature.com, Vol. 472, Issue 7344.

<sup>2</sup> Progenitorowe komórki nerwowe to niedojrzałe komórki, które są wciąż w stanie się pomnażać oraz tworzyć dojrzałe komórki systemu nerwowego, przykładowo neurony.

<sup>3</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-34/10 *Brüstle v. Greenpeace V*, pkt 27.

<sup>4</sup> Patentgesetz, ustawa z dnia 5 grudnia 1936, w wersji ogłoszonej 16 grudnia 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), ostatnio zmieniona przez ustawę z dnia 31 lipca 2009 (BGBl. I S. 2521), paragraf 2, pierwsze zdanie, punkt 3.

komórki macierzyste, które zostały pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty.

Zanim TSUE przeszedł do zakreślenia pojęcia ludzkiego embrionu, uzasadnił konieczność jednolitej jego wykładni w ramach Unii Europejskiej. Powołując się na zasadę równości oraz dorobek orzecznicy, Trybunał podkreślił, że „treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia swego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię”<sup>5</sup>. **Ponieważ dyrektywa nie zawiera definicji ludzkiego embrionu oraz nie odsyła do krajowych porządków prawnych, jej stosowanie wymaga przyjęcia autonomicznej koncepcji tego pojęcia.** Taka koncepcja, podkreślił TSUE, powinna być jednolicie stosowana we wszystkich państwach członkowskich. Ponadto, Trybunał przywołał cele dyrektywy, zawarte w motywach 3 oraz 5–7 preambuły. Motywy te uwypuklają, iż dyrektywa została przyjęta, aby zharmonizować przepisy dotyczące ochrony wynalazków biotechnologicznych i tym samym znieść bariery wymiany gospodarczej na rynku wewnętrznym<sup>6</sup>. Brak jednolitej definicji embrionu ludzkiego mógłby zatem, zdaniem Trybunału, niweczyć cele i założenia dyrektywy, ponieważ wynalazki byłyby patentowane w tych państwach członkowskich, które stosują wąską interpretację tego pojęcia.

**Przechodząc do definicji ludzkiego embrionu, TSUE wyraźnie deklaruje, iż następująca interpretacja będzie miała charakter wyłącznie prawny. Tym samym pozostawiając szczegółowe kwestie natury medycznej lub etycznej poza zakresem rozważań. Powołując się na orzeczenia w sprawach C–336/03 easyCar oraz C–459/7 Wallentin-Hermann, TSUE stwierdził, że w przypadku braku definicji legalnej pojęcia powinno się brać pod uwagę kontekst jego użycia oraz cel regulacji, w której ono się pojawia. Definiując pojęcie ludzkiego embrionu, TSUE wyróżnił, iż dyrektywa nie tylko ma na celu promocje inwestycji w zakresie biotechnologii, lecz**

**również ochronę fundamentalnych wartości, takich jak godność człowieka, w tym zakresie.**

Następnie, TSUE osadził pojęcie embrionu z art. 6 ust. 2 lit. c) w kontekście otaczających go przepisów art. 5 oraz art. 6, które odpowiednio wykluczają zdolność patentową ludzkiego ciała oraz zdolność patentową wynalazków, których użycie byłoby niezgodne z porządkiem publicznym i dobrymi obyczajami (przykładowo: klonowanie, wykorzystanie embrionów do celów przemysłowych). **Trybunał wnioskuje z celu dyrektywy oraz brzmienia przepisów „pokrewnych”, że ustawodawca europejski zamierzał wykluczyć zdolność patentową jakiegokolwiek wynalazku, który mógłby naruszyć godność ludzką. Pojęcie ludzkiego embrionu na gruncie prawa Unii Europejskiej musi być więc rozumiane szeroko.**

Odnosząc się do wątpliwych przypadków konkretnie wyszczególnionych w pytaniu prejudycjalnym, TSUE przyjął swoisty „sprawdzian”, który polega na odpowiedzi na pytanie, czy dane komórki mają zdolność do rozpoczęcia procesu rozwoju jednostki ludzkiej. Jeśli odpowiedź na powyższe pytanie jest twierdząca, dany rodzaj/zbiór komórek mieści się w zakresie pojęcia ludzkiego embrionu. Na tej podstawie TSUE stwierdził, że „embrionem ludzkim” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy. W odniesieniu do komórek macierzystych, które zostały pozyskane z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, TSUE upoważnił sąd krajowy do zastosowania, w świetle rozwoju nauki, „sprawdzianu”, czy dane komórki mają zdolność do rozpoczęcia procesu rozwoju jednostki ludzkiej<sup>7</sup>. Ponieważ wynalazek opatentowany przez profesora Brüstle właśnie opierał się na komórkach uzyskanych w fazie blastocysty, osta-

<sup>5</sup> Wyrok TSUE, sygn. akt C–34/10 Brüstle v. Greenpeace.V, pkt 25.

<sup>6</sup> Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych, preambuła motyw 3, 5, 7.

<sup>7</sup> Wyrok TSUE, sygn. akt. C–34/10 Brüstle v. Greenpeace.V, pkt. 37.

teczne losy jego patentu zależą od orzeczenia Niemieckiego Trybunału Federalnego.

Drugie pytanie zadane Trybunałowi Sprawiedliwości przez Niemiecki Trybunał Federalny zmierzало do wyjaśnienia, czy „wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych” w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy obejmuje również wykorzystanie embrionów ludzkich do celów badań naukowych. Opierając się na motywie 14 dyrektywy, TSUE zauważył, że istotą patentu jest uniemożliwienie osobom trzecim korzystania z wynalazku w sposób komercyjny. Zatem udzielenie patentu implikuje jego komercyjne zastosowanie. **Ponieważ wykorzystanie ludzkich embrionów w celach naukowych, które byłoby przedmiotem patentu, nie może być odizolowane od praw związanych z udzieleniem patentu, TSUE orzekł, że wyłączenie wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, ze zdolności patentowej, o którym mowa w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy, dotyczy również ich wykorzystywania do celów badań naukowych**<sup>8</sup>.

Trzecie pytanie, nad którym pochylił się TSUE, dotyczyło kwestii, czy wyłączona jest zdolność patentowa wynalazku, który uprzednio wymaga zniszczenia embrionów ludzkich lub użycia ich jako „materiału wyjściowego”. Chodzi zatem o sytuację, w której wniosek patentowy w specyfikacji patentu co prawda nie zawiera działań, które prowadzą do uzyskania komórek, oczywiście jest jednak, iż zastosowanie patentu takich działań wymaga. **TSUE stwierdził, iż w przypadku gdy zastosowanie patentu wymaga uprzedniego zniszczenia ludzkich embrionów lub ich użycia jako „materiału wyjściowego”, zdolność patentowa jest wyłączona.** Rozszerzanie zakresu ograniczeń zdolności patentowej TSUE argumentował koniecznością zapobieżenia sytuacji, w której korzystny sposób sformułowania wniosku patentowego, który pomija pewne wstępne etapy wynalazku, pozwala na ominięcie przepisów.

## Ocena orzeczenia

Podobnie jak TSUE oraz Rzecznik Generalny w swojej opinii<sup>9</sup>, chcielibyśmy zaznaczyć, iż ocena przedmiotowego orzeczenia będzie dokonana wyłącznie z perspektywy jego zasadności w kontekście prawnym. Poza zakresem naszych rozważań pozostają kwestie etyczne.

Skład Wielkiej Izby TSUE, zdając sobie sprawę z kontrowersyjnej natury sprawy, zdefiniował pojęcie ludzkiego embrionu w sposób ściśle merytoryczny, co zasługuje na aprobatę. Konieczność szerokiego rozumienia terminu ludzkiego embrionu została uzasadniona za pomocą wykładni systemowej, opartej na brzmieniu przepisów dyrektywy powiązanych z interpretowanym przepisem art. 6 ust. 2 lit. c). Ponadto, TSUE wsparł się wykładnią funkcjonalną, uwzględniającą cele dyrektywy zawarte w preambule. **Wydaje się jednak, iż decydującym argumentem, który zaważył o wyniku przedmiotowego orzeczenia, jest konstatacja, iż pojęciu ludzkiego embrionu musi być nadany autonomiczny, jednolity sens w ramach całej Unii Europejskiej, by zapewnić sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego.** Formułując ten wymóg na wstępie swych rozważań, TSUE w istocie rozstrzygnął, w jaki sposób odpowie na pytania prejudycjalne. Wydaje się, iż późniejsze argumenty, choć zgodne z „rzemiosłem” wykładni prawnej, stanowią tylko dodatek do fundamentalnego wniosku o jednolitości i autonomiczności pojęcia ludzkiego embrionu.

Ze względu na czynniki religii czy etyki podejście poszczególnych państw członkowskich do wynalazków dotyczących ludzkich komórek macierzystych, w tym embrionalnych, jest niezwykle zróżnicowane<sup>10</sup>. W takiej sytuacji TSUE słusznie przyjął stanowisko pozwalające na przyjęcie takiego standardu, który jest do pogodzenia z najsurowszą etyczną oceną tej kwestii pośród państw członkowskich. Ścieżkę obraną przez TSUE można więc z jednej strony uznać za asekuracyjną, z dru-

---

<sup>8</sup> Wyrok TSUE, sygn. akt C-34/10 *Brüstle v. Greenpeace*, V, pkt 43, 46.

<sup>9</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-34/10 *Brüstle v. Greenpeace*, V, pkt.47.

<sup>10</sup> A. Abbott, *European Court of Justice rejects stem cell patents. Researchers surprised by judge's conservative stance*, 10 marca 2011 r., nature.com.



giej strony, wydaje się, iż była ona jedynym rozwiązaniem, które nie spowodowałoby konfliktu na tle etycznym w stosowaniu prawa europejskiego w państwach członkowskich. W przypadku dyrektyw harmonizujących, które nie mają oddźwięku moralnego, poszukiwanie autonomicznej, jednolitej interpretacji pojęć może się odbywać na zasadzie „kompromisu”. W przedmiotowej sprawie „kompromis” musiał polegać na dostosowaniu definicji do państwa członkowskiego, które najszerzej interpretuje pojęcie ludzkiego embrionu.

**Mimo zasadności argumentacji prawnej TSUE w zakresie interpretacji pojęcia ludzkiego embrionu, nie da się zignorować skutków, które zeń wynikają. Zastosowanie definicji wypracowanej przez TSUE powoduje utratę zdolności patentowej szeregu wynalazków w całej Unii Europejskiej.** Jak wskazuje specyfikacja patentowa profesora Brüstle, wynalazki, które utraciły zdolność patentową, mogły mieć zastosowanie w leczeniu ciężkich chorób. Można by bronić orzeczenia uzasadniając, że stanowisko TSUE jedynie powoduje ograniczenia w możliwości opatentowania wynalazku, nie zabrania natomiast samych badań oraz promowania nauki w tym zakresie, co jest pozostawione indywidualnej regulacji państw członkowskich. Powyższa teza nie uwzględnia jednak faktu, iż patenty mają podstawową funkcję gospodarczą, polegającą na wykluczeniu korzystania z wynalazku przez osoby trzecie. Badania naukowe w zakresie biotechnologii są często finansowane przez firmy farmaceutyczne, które w opatentowaniu danego wynalazku i jego ko-

mercjalizacji widzą korzyści ekonomiczne. Jeśli więc źródła finansujące naukę nie będą miały bodźców w postaci ochrony patentowej, najprawdopodobniej przeniosą swoje środki poza granicę Unii Europejskiej, gdzie będą mogły czerpać korzyści. Stawiałoby to pod znakiem zapytania rozwój Unii Europejskiej jako centrum nauki w zakresie biotechnologii.

Skutki szerokiej definicji pojęcia embrionu ludzkiego przez TSUE wydają się szczególnie bolesne dla państw członkowskich, które przodowały w tej dziedzinie nauki oraz stosowały do tej pory definicję węższą<sup>11</sup>. Integracja europejska jednak już dawno przekroczyła granice integracji gospodarczej. Tak więc przyjęcie wspólnych standardów ochrony godności człowieka, jako fundamentalnej wartości chronionej przedmiotowym orzeczeniem, stała się konieczna. Sprawa Brüstle pokazała, iż poszczególne państwa członkowskie, chcąc czerpać niepodważalne korzyści z bycia zjednoczonym w Unii Europejskiej, są zmuszone zapłacić pewną „cenę” w postaci dostosowania się do standardów wynikających z przedsięwzięć harmonizujących.

**Anne-Maire Weber**

*Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz uczestniczka programu LL.M na Berkeley School of Law, University of California.*

**Fabian Elżanowski**

*Student prawa V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz uczestnik programu LLP Erasmus na University of Manchester.*

<sup>11</sup> Przykładowo Szwecja i Wielka Brytania.

## Orzecznictwo Sądu Najwyższego

### **Uchwała składu 7 sędziów z 26 października 2011 r. (sygn. akt I KZP 8/10).**

Kary porządkowe określone w art. 49 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU Nr 98, poz. 1070 ze zm.) mogą być stosowane tylko wobec osób obecnych w czasie i miejscu wykonywania czynności sądowych, gdy osoby te bądź to naruszają powagę, spokój lub porządek tych czynności bądź to uciążliwie sądowni, innemu organowi państwowemu lub osobom biorącym udział w tej czynności, niezależnie od tego, w jakiej formie to czynią. Kar tych nie stosuje się natomiast do czynów co prawda naruszających dobra chronione przepisem art. 49 § 1 wskazanej wyżej ustawy, dokonanych jednak poza miejscem i czasem rozprawy, posiedzenia lub innej czynności sądowej, w tym w szczególności w formie pisma złożonego do sądu.

## Orzecznictwo

# Odpowiedzialność publicznego ZOZ-u

*Opinia rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-495/10  
Centre hospitalier universitaire de Besançon / Thomas Dutreux i Caisse  
primaire d'assurance maladie du Jura z 27 października 2011 r.*

**Zdaniem rzecznika generalnego Paola Mengozziego, publiczny zakład opieki zdrowotnej, jako usługodawca, nie podlega określone mu w dyrektywie systemowi odpowiedzialności za produkty wadliwe. Dyrektywa umożliwia jednak ustanowienie przez państwa członkowskie systemu, zgodnie z którym publiczny zakład opieki zdrowotnej powinien naprawić, nawet w braku jego winy, szkodę poniesioną przez pacjenta z powodu wadliwości urządzenia lub produktu użytego podczas leczenia.**

Dyrektywa w sprawie odpowiedzialności za produkty wadliwe ustanawia zasadę niezawinionej odpowiedzialności, zgodnie z którą producent (produktu gotowego, surowca lub części składowej) jest odpowiedzialny za szkodę spowodowaną przez wadę jego produktu. Jeśli producenta produktu nie można zidentyfikować, każdy dostawca produktu będzie traktowany jak jego producent, chyba że w rozsądnym terminie poinformuje osobę poszkodowaną o tożsamości producenta lub osoby, która dostarczyła mu produkt.

Ponadto dyrektywa nie narusza uprawnień przysługujących osobie poszkodowanej z tytułu odpowiedzialności umownej lub pozaumownej lub z tytułu szczególnego systemu odpowiedzialności istniejącego w chwili ogłoszenia dyrektywy.

W prawie francuskim odpowiedzialność publicznych zakładów opieki zdrowotnej wobec ich pacjentów podlega w szczególności wynikającej z orzecznictwa zasadzie określonej przez Conseil d'État (Radę Stanu, Francja) w wyroku z dnia 9 lipca 2003 r., zgodnie z którą szpital publiczny jest zobowiązany, nawet w przypadku braku winy z jego strony, do naprawienia szkody poniesionej przez pacjenta w wyniku wadliwości urządzenia lub produktu użytego w trakcie leczenia.

W niniejszej sprawie Thomas Dutreux, mający wówczas 13 lat, uległ poparzeniom podczas operacji chirurgicznej wykonanej w dniu 3 października 2000 r. w Centre hospitalier universitaire (CHU) de Besançon (szpitalu klinicznym w Besançon) (Francja). Poparzenia spowodowane zostały przez podgrzewany materac z wadliwym systemem re-

gulacji ciepła, na którym pacjent został położony. CHU de Besançon został zobowiązany do naprawienia spowodowanej w ten sposób szkody. Conseil d'État, będąca ostatnią instancją w tym sporze, skierowała do Trybunału Sprawiedliwości pytanie w sprawie wykładni dyrektywy, dotyczące tego, czy francuski system niezawinionej odpowiedzialności szpitali publicznych może współistnieć z ustanowionym tą dyrektywą systemem odpowiedzialności producenta.

W przedłożonej dzisiaj opinii **rzecznik generalny Paolo Mengozzi stwierdził przede wszystkim, że prawodawca Unii nie miał zamiaru ustanowić w dyrektywie systemu odpowiedzialności za produkty wadliwe obejmującego również usługodawcę.**

Rzecznik generalny wskazał, że Trybunał nigdy bezpośrednio nie wypowiedział się w przedmiocie objęcia zakresem zastosowania dyrektywy odpowiedzialności usługodawcy za produkty wadliwe. Dyrektywa dotyczy bowiem wyłącznie odpowiedzialności „producenta” lub ewentualnie odpowiedzialności „dostawcy” wadliwego produktu. Choć dyrektywa nie definiuje pojęcia dostawcy, jest on jednak uznawany za podmiot pośredniczący w łańcuchu sprzedaży lub dystrybucji tego produktu.

W niniejszej sprawie nie chodzi jednak o konsumenta, który chciał kupić materac, ale o pacjenta szpitala. Bezpieczeństwo wadliwego materaca należy zatem oceniać w związku z usługą opieki medycznej jako takiej. Wobec tego nie można uznać CHU de Besançon za dystrybutora wadliwego materaca i nie powinien on być utożsamiany z „dostawcą” w rozumieniu dyrektywy.

Rzecznik generalny uważa, że dostawca usług – taki jak CHU de Besançon – nie może być utożsamiany z „dostawcą” w rozumieniu dyrektywy. Wobec tego zakres zastosowania dyrektywy nie obejmuje odpowiedzialności usługodawcy za szkody spowodowane przez produkt wadliwy podczas świadczenia usług. Stanowisko to jest zgodne z orzecznictwem Trybunału, zgodnie z którym celem dyrektywy nie jest regulowanie w sposób wyczerpujący dziedziny odpowiedzialności za produkty wadliwe, lecz otwarcie drogi w kierunku większej harmonizacji.

Wobec tego, w celu zapewnienia skutecznej ochrony konsumentów, rzecznik generalny wskazał, że dyrektywa pozwala państwom członkowskim ustanowić krajowy system odpowiedzialności publicznych zakładów opieki zdrowotnej, które podczas świadczenia usług korzystają z wa-

dliwych urządzeń lub produktów i wyrządzają w ten sposób szkodę usługobiorcy, to jest pacjentowi, bez uszczerbku dla możliwości wniesienia przez nie powództwa na podstawie gwarancji, zgodnie z dyrektywą, przeciwko producentowi.

Ponadto w niniejszej sprawie rzecznik generalny zauważył, że jedynie zastosowanie krajowego systemu odpowiedzialności usługodawcy pozwala przyznać pacjentowi prawo do odszkodowania za oparzenia spowodowane przez wadliwy materac. Ponieważ szkoda nastąpiła podczas zabiegu chirurgicznego wykonanego w dniu 3 października 2000 r., powództwo poszkodowanego przeciwko „producentowi” wadliwego materaca w rozumieniu dyrektywy uległo bowiem przedawnieniu (dziesięcioletni termin przedawnienia).

# Pozaszpitalne świadczenia zdrowotne

*Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-255/09  
Komisja / Portugalia z 27 października 2011 r.*

**Przepisy portugalskie dotyczące zwrotu kosztów pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych udzielonych w innym państwie członkowskim są sprzeczne z prawem Unii. Z wyjątkiem przypadku świadczeń zdrowotnych obejmujących użycie aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów, państwa członkowskie powinny przewidzieć, w oparciu o ich własne stawki, możliwość uzyskania zwrotu kosztów pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych, jeżeli świadczenia te zostały udzielone w innym państwie członkowskim bez uzyskania uprzedniej zgody.**

**W** Portugali, z wyjątkiem przypadków przewidzianych rozporządzeniem (EWG) nr 1408/711, możliwość uzyskania zwrotu kosztów leczenia pozaszpitalnego poniesionych w innym państwie członkowskim jest ograniczona. O ile bowiem uregulowania portugalskie (konkretnie Decreto-Lei (dekret z mocą ustawy) nr 177/92) przewidują zwrot kosztów pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych określonych w przepisach jako „wysokospecjalistyczne” i których nie można udzielić w Portugalii, o tyle wspomniany zwrot kosztów jest uzależniony od uzyskania potrójnej uprzedniej zgody (a mianowicie sporządzenia szczegółowego raportu przez lekarza, zatwierdzenia tego raportu przez dyrektora medycznego szpitala oraz udzielenia zgody przez dyrektora generalnego ds. szpitali). W przypadku pozostałych pozaszpital-

nych świadczeń zdrowotnych prawo portugalskie nie przewiduje możliwości uzyskania zwrotu kosztów.

Uznając, że portugalski system zwrotu kosztów pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych poniesionych w innym państwie członkowskim jest niezgodny ze swobodą świadczenia usług, Komisja wniosła skargę o stwierdzenie uchybienia państwa członkowskiego.

Jednakże w międzyczasie, dnia 5 października 2010 r. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że **uzależnienie przez państwo członkowskie refundacji pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych zaplanowanych w innym państwie członkowskim, do których niezbędne jest użycie**

**aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów, od uzyskania uprzedniej zgody, jest zgodne z prawem Unii.** W następstwie wydania tego wyroku Komisja postanowiła zmienić przedmiot wniesionej skargi. W związku z tym, rozpatrywana skarga dotyczy pozaszpitalnych kosztów świadczeń zdrowotnych udzielonych w innym państwie członkowskim nieobejmujących użycia aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów, które nie są objęte zakresem rozporządzenia nr 1408/71.

W wydanym wyroku Trybunał przypomniał tytułem wstępu, że świadczenia medyczne udzielane za wynagrodzeniem wchodzą w zakres stosowania przepisów dotyczących swobody świadczenia usług. Z tego względu, swoboda świadczenia usług stoi na przeszkodzie stosowaniu wszelkich przepisów krajowych, które świadczenie usług między państwami członkowskimi czynią trudniejszym niż świadczenie usług wyłącznie w ramach jednego państwa członkowskiego.

Wychodząc z tego założenia Trybunał przeanalizował w pierwszej kolejności sytuację pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych udzielanych w innym państwie członkowskim, które wchodzą w zakres stosowania portugalskiego dekretu z mocą ustawy i nie obejmują użycia aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów.

W tym względzie Trybunał uznał, że system uprzedniej zgody, któremu podlega zwrot kosztów wspomnianych świadczeń, stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług. Trybunał stwierdził bowiem, iż perspektywa ewentualnego braku refundacji kosztów w przypadku odmownej decyzji administracyjnej sama w sobie może zniechęcić pacjentów do zwracania się do oferujących świadczenia zdrowotne usługodawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Ponadto przepisy przewidują przejęcie kosztów opieki medycznej udzielonej za granicą jedynie w wyjątkowym przypadku, gdy portugalski system opieki zdrowotnej nie dysponuje środkami koniecznymi do leczenia chorego objętego tym systemem. Warunek ten ze swej istoty może skutkować znacznym ograniczeniem liczby przypadków, w których zgoda może być uzyskana.

**Następnie Trybunał orzekł, że takie ograniczenie nie może zostać uzasadnione nadrzędnymi względami, a w szczególności poprzez powołanie się na ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego.**

W tym względzie Trybunał uznał, iż z przedstawionych mu akt nie wynika, że zniesienie wymogu uzyskania uprzed-

niej zgody na tego rodzaju opiekę spowodowałoby, iż tak znaczna liczba pacjentów udałaby się za granicę, że równowaga finansowa portugalskiego systemu opieki zdrowotnej zostałaby poważnie naruszona. W istocie, pomijając przypadki nagłe, transgraniczne przemieszczenia pacjentów występują przede wszystkim w regionach przygranicznych bądź w celu leczenia szczególnych przypadków chorób. Wreszcie Trybunał przypomniał, że jeżeli osoba ubezpieczona udaje się, bez uzyskania uprzedniej zgody, do państwa członkowskiego innego niż państwo, w którym znajduje się jej kasa chorych, w celu skorzystania tam ze świadczeń, może ona domagać się przejęcia kosztów udzielonych jej świadczeń jedynie w ramach zakresu ubezpieczenia gwarantowanego przez system ubezpieczenia zdrowotnego państwa członkowskiego, w którym jest ubezpieczona.

Ponadto podstawowe cechy portugalskiego systemu służby zdrowia nie stanowią uzasadnienia dla wspomnianego ograniczenia. W tej kwestii Trybunał przypomniał, iż państwa członkowskie, które, tak jak Portugalia, ustanowiły system świadczeń rzeczowych (czyli system, w którym ubezpieczeni mają prawo nie do zwrotu kosztów udzielonych świadczeń zdrowotnych, ale do samych świadczeń), powinny określić mechanizmy zwrotu *a posteriori* kosztów opieki udzielonej w innym państwie członkowskim.

**W konsekwencji Trybunał orzekł, iż Portugalia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej w związku ze swobodą świadczenia usług, uzależniając zwrot poniesionych w innym państwie członkowskim kosztów „wysokospecjalistycznych” pozaszpitalnych świadczeń zdrowotnych nieobejmujących użycia aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów od uzyskania uprzedniej zgody.**

W drugiej kolejności Trybunał przeanalizował sytuację pozostałych świadczeń, czyli świadczeń pozaszpitalnych udzielonych w innym państwie członkowskim, innych niż te, które są objęte zakresem portugalskiego dekretu z mocą ustawy i które nie obejmują użycia aparatury medycznej wymagającej znacznych nakładów i nie są również objęte zakresem rozporządzenia nr 1408/71.

W tym względzie Trybunał zauważył, iż prawo portugalskie nie przewiduje możliwości zwrotu kosztów takich świadczeń, jak na przykład wizyta u lekarza ogólnego lub u dentysty. Z uwagi na fakt, że możliwość uzyskania zwrotu kosztów w przypadku takich świadczeń w ogóle nie istnieje, Trybunał orzekł, iż Portugalia uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej w związku ze swobodą świadczenia usług.

*/www.curia.europa.eu/*

dr Igor Zgoliński

# Jak sankcjonować znieśławienie?

**W dniu 8 czerwca 2010 roku weszła w życie nowelizacja kodeksu karnego wprowadzona ustawą z dnia 5 listopada 2009 roku<sup>1</sup>. Objęła między innymi treść art. 212 § 1 k.k., poprzez zmianę sankcji grożącej za popełnienie tego występku. Modyfikacja ograniczyła się do obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia i wprowadziła zapis stanowiący, że za jego dokonanie grozi grzywna lub kara ograniczenia wolności.**

Z perspektywy czasu na kanwie niniejszej zmiany pragnę poczynić kilka uwag. Wydaje się bowiem zasadnym rozważyć bądź to całkowitej depenalizacji tego typu czynów, bądź zmiany przepisów, jednakże w aspekcie innym niżli łagodzenie sankcji. Przytępienie ostrza wymiaru sprawiedliwości nie rozwiązuje wszakże normatywnego problemu znieśławienia, ale wręcz przeciwnie – powoduje jego dalsze komplikacje.

Od wielu już lat jest podnoszona kwestia zasadności penalizacji omawianego występku. W kwietniu 2008 roku został nawet przez jedną z partii politycznych złożony w parlamencie projekt zmian kodeksu karnego, znoszący penalizację znieśławienia. Obecnie natomiast na popularności zyskuje akcja zatytułowana „Wykreśl art. 212 kk”, która jest organizowana przez Helsińską Fundację Praw Człowieka, Izbę Wydawców Prasy oraz Stowarzyszenie Gazet Lokalnych. Stanowisko to nie jest pozbawione racji, jednakże z drugiej strony istnieją również argumenty przemawiające za dalszą kryminalizacją. Wplatając mały wątek komparatystyczny należy wskazać, że w większości demokratycznych porządków prawnych przewiduje się jednak sankcje karne za pomówienie, niekiedy znacznie surowsze niż w Polsce.

**W ustawodawstwie niemieckim za niektóre rodzaje znieśławień sąd może wymierzyć karę do pięciu lat pozbawienia wolności<sup>2</sup>. Doktryna niemiecka uważa przy tym, że naruszenie godności**

ludzkiej wymaga, aby tego rodzaju zachowania były regulowane przez prawo karne. Należy podnieść, że obecna regulacja w polskim prawie karnym nie jest reliktem poprzednio obowiązującego ustroju oraz nie ma także charakteru nowatorskiego. Już kodeks karny z 1932 roku znał tego rodzaju przestępstwo. Co więcej, wymiennie je sankcjonował, gdyż za jego popełnienie przewidywał w art. 225 karę do dwóch lat aresztu lub karę grzywny. Dla uzasadnienia kryminalizacji podkreślany był wysoki stopień społecznej szkodliwości tego czynu. Jak wskazywał J. Makarewicz, „naruszenie czci spowoduje niebezpieczeństwo umniejszenia dodatkowego bilansu dobrego imienia, wynikającego z krzyżowania się często sprzecznych zapatrywań na wartość społeczną danej jednostki, że ostateczny bilans dodatni przemienić się może w bilans ujemny, a szacunek otaczający daną jednostkę przemieni się może w pogardę i lekceważenie”<sup>3</sup>.

Sankcję grożącą za znieśławienie poszerzono natomiast o karę ograniczenia wolności na gruncie kodeksu z 1962 roku. Artykuł 178 § 1 k.k. z 1962 roku jako sankcję za dokonanie występku znieśławienia przewidywał karę pozbawienia wolności do lat dwóch, karę ograniczenia wolności albo grzywnę. Doktryna akcentowała na tym tle, że konieczność reakcji prawnokarnej uzasadniona jest kolizją dwóch interesów, a mianowicie interesu osobistego osoby skrzytkowanej oraz interesu społecznego, który „wymaga czynnej, krytycznej postawy obywateli”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

<sup>2</sup> Por. § 185–200 kodeksu karnego niemieckiego.

<sup>3</sup> J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 348.

<sup>4</sup> I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 352.

**Koronnym argumentem zwolenników utrzymywania dotychczasowego *status quo*, czyli karalności zniesławienia, jest to, że ochrona dóbr osobistych człowieka winna opierać się na zapobieganiu czynom godzącym w te dobra, a nie wyłącznie na rekompensowaniu ich skutków.** Jest to jednakże argument dyskusyjny. Ustanowienie zakazu pewnych zachowań pod określoną sankcją karną jest dopuszczalne w sytuacji, gdy nie ma w systemie prawnym innych środków, które dają możliwość podjęcia odpowiednich kroków prawnych. Wniosek ten płynie wprost z zasady subsydiarności prawa karnego, która nakazuje traktowanie kryminalizacji jako *ultima ratio*. Problem prawonocarnej regulacji zniesławienia, jak się wydaje, leży jednak zupełnie gdzie indziej.

Należy stanąć na stanowisku, iż wolności i prawa stanowiące o godności ludzkiej muszą mieć pierwszeństwo w obliczu kolizji z wolnością słowa, prasy czy innych środków masowego przekazu. Wskutek tego bez wątpienia wolność słowa może doznać ograniczenia. Chodzi tylko, a może nawet aż, o takie ograniczenie, które nie będzie z drugiej strony w sposób zbędny i nadmierny wpływać na tzw. debatę publiczną. Trafne jest stwierdzenie, że „nieprawda nie realizuje idei wolności wypowiedzi i nie służy żadnej innej wartości, a więc i obronie społecznie uzasadnionego interesu, bo czynienie zła nie przysparza dobra. Nie oczekuje jej również odbiorca informacji, skoro nie urzeczywistnia jego prawa do informacji rzetelnej, lecz lekceważy go, dezinformuje i traktuje przedmiotowo. Nieprawda sprzeniewierza się idei wolności wypowiedzi, deprecjonując samą jej istotę. Inne rozumienie swobody wyrażania poglądów, w tym prawa do krytyki, wyrażałoby aprobatę dla stałego obniżania kulturowych standardów oraz redukcji poziomu przyzwoitości, wrażliwości i odpowiedzialności”<sup>5</sup>.

Gwoli przypomnienia należy podnieść, iż ów występki, nazywany też rzadziej dyfamacją, na gruncie polskiej kodyfikacji karnej polega na pomówieniu innej osoby, grupy osób, instytucji, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej

lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności. Szczególną postacią przestępstwa jest zniesławienie za pomocą środków masowego komunikowania i zwłaszcza ono budzi najwięcej kontrowersji w praktyce. Dzieje się tak dlatego, że dosięga między innymi dziennikarzy, szcycących się płynącą z ustawy zasadniczej wolnością prasy<sup>6</sup>.

Zasady samej odpowiedzialności karnej za przestępstwo zniesławienia są powszechnie znane i kompleksowo opracowane, tak przez doktrynę jak i orzecznictwo, nie ma zatem potrzeby w tym miejscu ich szerszego omawiania. Dla uwypuklenia stawianej na wstępie tezy konieczne jest zatem odniesienie się jedynie do kilku wybranych aspektów, w tym także z zakresu odpowiedzialności cywilnej.

**Zgodnie z art. 54 ustawy zasadniczej „każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”, przy czym oczywiste jest, że nie jest to wolność niczym nieograniczona.** Artykuł 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka stanowi, iż „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe, (...) a korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy państwowej”.

Przepis art. 10 EKPCz, gwarantujący prawo do swobodnej wypowiedzi, jest w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka traktowany jako dający swobodę wszelkim rodzajom wypowie-

<sup>5</sup> Postanowienie SN z 22.06.2004, V KK 70/04, OSNKW 2004, Nr 9, s. 86.

<sup>6</sup> Art. 14 Konstytucji RP.

dzi wyrażających opinie i idee lub informacje, niezależnie od ich treści oraz podmiotu wypowiedzającego się.

W pełni podzielić należy pogląd wyrażony przez Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>7</sup> o tym, że „z zastrzeżeniem ust. 2 art. 10 Konwencji swoboda wypowiedzi odnosi się nie tylko do „informacji” czy „poglądów”, które spotykają się z przychylną reakcją lub są uznawane za nieobraźliwe lub indyferentne, ale również do tych, które obrażają, szokują czy wzbudzają niepokój. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji oraz otwartości światopoglądowej, bez których nie można mówić o „społeczeństwie demokratycznym”. Zgodnie z treścią art. 10, swoboda ta podlega wyjątkom, które jednak należy interpretować ściśle, a konieczność zastosowania ograniczeń musi zostać wykazana w sposób przekonujący”.

Artykuł 14 Konstytucji RP statuuje, jako zasadę ustrojową, wspomnianą wolność prasy, która oznacza „zakaz wprowadzania i stosowania cenzury i stanowi gwarancję realizacji obywatelskiego prawa do pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”<sup>8</sup>. Owa wolność także nie ma charakteru nieograniczonego. Dopuszczalność i przesłanki ograniczeń przewiduje art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przepis ten stanowi ponadto wzorzec kontroli wprowadzanych przez prawodawcę ograniczeń wolności wyrażania poglądów<sup>9</sup>.

Jeśli chodzi o odpowiedzialność cywilną, to ochrona dóbr osobistych może przybrać postać procesowych roszczeń majątkowych, względnie roszczeń o charakterze niemajątkowym. Polskie prawo cywilne nie zna normatywnej definicji pojęcia dóbr osobistych, zatem zakres ochrony, siłą rzeczy, będzie tu szerszy niż na gruncie karnym. Postuluje się przy tym, aby dla oceny naruszenia mieć na uwadze nie tylko subiektywne odczucie osoby, wobec której dopuszczono się go, lecz także kontekst sytuacyjny oraz obiektywny odbiór społeczny. Na gruncie odpowiedzialności cywilnej nie jest wymagane zawinienie.

Bezprawność czynu naruszającego dobro osobiste domniemywa się, choć jest to domniemanie wzruszalne. Co więcej, prawo cywilne chroni także przed zachowaniami opisanymi w art. 212 § 2 kk, a więc pomówieniem za pomocą środków masowego komunikowania. Stosowne regulacje na ten temat zawiera ustawa Prawo prasowe”. Art. 12 prawa prasowego odwołuje się do ochrony „dóbr osobistych” w rozumieniu *stricte* cywilistycznym. Z kolei z art. 38 ust. 1 wynika, że odpowiedzialność ponoszą autor, redaktor lub inna osoba, którzy spowodowali opublikowanie tego materiału, przy czym nie wyłącza to odpowiedzialności wydawcy. Środki ochrony na płaszczyźnie cywilnej są dwojakie, a mianowicie mają charakter niemajątkowy (powództwa o zaniechanie, o usunięcie skutków naruszenia, o ustalenie oraz o sprostowanie) i majątkowy (powództwa o zadośćuczynienie i odszkodowanie).

Skoro zatem proponuje się, aby wyłącznym zagrożeniem za popełnienie występku zniesławienia była kara grzywny, to należy zauważyć, że odpowiedzialność cywilna za ten czyn idzie dalej (oczywiście w kwestii „finansowej”). Rodzi się w tym miejscu naturalne pytanie o sens utrzymywania tego typu dwóch płaszczyzn odpowiedzialności. Co prawda odpowiedzialność karna będzie miała nieco inny charakter, będzie wszak w dalszym ciągu utrzymywać konsekwencje, jakie łączą się z prawomocnym skazaniem, w postaci wpisu do rejestru. Nie zmienia to jednak faktu, iż rzecz w zasadzie sprowadzać się będzie do zapłaty przez zniesławiającego określonych kwot pieniężnych, rozmaicie definiowanych na gruncie poszczególnych gałęzi prawa.

**Wypada pamiętać, że odpowiedzialność cywilna jest może mniej uciążliwa dla sprawcy zniesławienia (m.in. to na drugiej stronie spoczywa udowodnienie naruszenia dóbr osobistych), lecz ma podobny stopień skuteczności w zapobieganiu naruszeń dóbr chronionych treścią art. 212 kk.**

W takim wypadku, z powodów wyżej wskazanych, znacznie lepszym rozwiązaniem byłaby de-

<sup>7</sup> Wyrok ETPCz z dnia 27.05.2003 roku w sprawie Skalka vs Polska, Lex nr 78513, por. także w tym zakresie wyrok ETPCz Janowski vs Poland z 21.01.1999, 25716/94, Lex nr 40783 i wyrok ETPCz Gawęda vs Poland z 14.03.2002 roku, Lex nr 51412.

<sup>8</sup> Wyrok TK z dnia 30.10.2006 roku, P 10/06.

<sup>9</sup> Tamże.

penalizacja zniesławienia i pozostawienie li tylko instrumentów ochrony cywilnoprawnej niżli łagodzenie obecnych sankcji. Aktualny stan legislacyjny nie rozwiązuje w pełni sedna problemu. Pozostawienie grzywny i kary ograniczenia wolności jako sankcji powoduje znaczne zmniejszenie represyjnego charakteru odpowiedzialności. Celem zaś procesu karnego jest nie tyle przywrócenie dobrego imienia pomówionego, lecz ukaranie sprawcy. Dla pełności uregulowania wypadałoby wyposażyć sąd w pełną gamę możliwości karania. Aby nie być oderwanym od realiów, należy wspomnieć, że sądy nie korzystają nadmiernie z katalogu kar możliwych do wymierzenia za to przestępstwo. Sporadycznie tylko wymierzane były kary pozbawienia wolności, do tego najczęściej z dobrodziejstwem ich warunkowego zawieszenia, zaś dość rzadko kary ograniczenia wolności. Najczęstszą sankcją była kara grzywny. Nie jest to jednakże argument za tym, by kara ta stanowiła sankcję dominującą. W takim bowiem przypadku sensowniejsze będzie pozostawienie wyłącznie odpowiedzialności cywilnej, gdyż niemożliwe będzie dowieść, iż są to instrumenty o odmiennej skuteczności w ochronie czci i dobrego imienia. Odpowiedzialność za nadmierne korzystanie z wolności słowa skutkować musi sankcjami adekwatnymi do skali naruszenia i wyrządzonych szkód. Takowe natomiast zapewnia wyłącznie pełna gradacja kar, począwszy od grzywny, a skończywszy na pozbawieniu wolności.

**Konstytucja RP, podobnie zresztą jak i normy prawa międzynarodowego, dopuszcza ograniczenie wolności słowa poprzez kryminalizację pewnych czynów. Co za tym idzie, uprawnione jest także istnienie sankcji za ich popełnienie. Chodzi jednak o to, aby inaczej sformułować całokształt regulacji prawnokarnej, nie ograniczając się tylko przez zmniejszenie sankcji<sup>10</sup>. Clou sprawy jest problem wolności słowa, a ściślej – ustawowych granic tej wolności. Spór powstaje w obliczu ustalenia tego, czy każda wypowiedź o cechach zniesławiających winna podlegać penalizacji. Aktualne rozwiązanie posiada nieostre kryteria okre-**

ślające zakres swobody wypowiedzi, co powoduje, że przy sędziowskiej ocenie całokształtu okoliczności stanu faktycznego można nie ustrzec się arbitralności. Dla porównania, na kanwie wspomnianego już niemieckiego porządku prawnego, aż sześć artykułów traktuje o tym przestępstwie. Zwykle rozcześnie faktów zniesławiających inną osobę zagrożone jest grzywną lub karą pozbawienia wolności do roku, zaś w ściśle określonych sytuacjach nawet do lat dwóch. Gdy sprawca dokonuje tego świadomie, podlega karze surowszej, a więc karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Gdy czyn popełniony został publicznie lub za pomocą pisma, odpowiedzialność wzrasta do pięciu lat pozbawienia wolności. W sytuacji, gdy pomówienie dotyczy osoby publicznej i ma związek z tą działalnością, sankcja również sięga pięciu lat pozbawienia wolności. Na tym przykładzie jaskrawo widać, że polskie unormowanie jest zbyt ogólne, i to jest właśnie źródło kontrowersji. Obecnie obowiązujące przepisy poza tym nie korelują ze sobą w sposób właściwy. Wystarczy podnieść, iż przepisy kodeksu karnego weszły w życie kilka miesięcy po Konstytucji RP, choć zostały od niej wcześniej uchwalone. Regulacje dotyczące zniesławienia nie odzwierciedlają natomiast w pełni postulatów ustrojowych ustawy zasadniczej, jak na przykład różnicowania odpowiedzialności z uwagi na podmiot dotknięty pomówieniem. Paradoksalnie bardziej przystające są tutaj zapisy niemieckiego kodeksu karnego niżli rodzimego.

Reasumując, można uznać, że warto raczej doprecyzować brzmienie aktualnych przepisów o zniesławieniu w kierunku kazuistyki przyjętej na wzór rozwiązań niemieckich niżli wyłącznie modyfikować sankcje. W takim bowiem przypadku korzystniejszym rozwiązaniem wydaje się całkowita depenalizacja zniesławienia, przy okazji *per se* kończąca dyskusję zwolenników innych rozwiązań.

*Autor jest adiunktem w Zakładzie Prawa Karnego i Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy*

---

<sup>10</sup> Por. wyrok TK z dnia 30.10.2006, P 10/06.



Joanna Kozińska

# Czy wprowadzenie eurohipoteki jest realne?

Koncepcja eurohipoteki pojawiła się ponad 40 lat temu, gdy Komisja Wspólnot Europejskich powołała grupę ekspertów pod przewodnictwem Profesora Claudio Segré'a, której zadaniem było zbadanie problemów pojawiających się w związku z przepływem kapitału i skutkami integracji rynków kapitałowych.

W 1966 roku grupa ekspertów wydała dokument zatytułowany „Development of European Capital Market”, który przeszedł do historii pod nazwą „Raport Segré'a”. Oprócz wielu propozycji, pojawiła się w nim również taka, aby zharmonizować przepisy prawne obowiązujące w poszczególnych państwach członkowskich, dotyczące praw zabezpieczających na nieruchomościach. Jako rozwiązanie modelowe wskazano tam nieakcesoryjne prawo zabezpieczające – niemiecki *Briefgrundschuld* (listowy dług gruntowy).

Kolejną ważną inicjatywą była propozycja Międzynarodowej Unii Notariatu Łacińskiego (UINL<sup>1</sup>). Jej komisja w dniu 22 maja 1987 roku zaproponowała, aby, obok obecnie istniejących praw zabezpieczających na nieruchomościach w poszczególnych państwach członkowskich, było dostępne dla instytucji kredytowych europejskie prawo zabezpieczające na nieruchomości, jednolicie ukształtowane we wszystkich państwach. Ponadto wskazano, że to prawo zabezpieczające na nieruchomości powinno być wzorowane na szwajcarskim *Schuldbrief* (liście dłużnym). Instytucje kredytowe i kredytobiorcy mieliby możliwość skorzystania z prawa zabezpieczającego, które byłoby alternatywą wobec już istniejących w systemach prawnych państw członkowskich ściśle akcesoryjnych hipotek i innych zabezpieczeń rzeczowych. Dzięki temu możliwe byłoby przezwyciężenie ekonomicznych i praktycznych niedogodności tych konwencjonalnych zabezpieczeń.

Następnym krokiem była koncepcja eurohipoteki, stworzona przez grupę roboczą powołaną przez Zrzeszenie Niemieckich Banków Hipoteczných. Impulsem do podjęcia działań była potrzeba stworzenia nowoczesnego systemu zabezpieczeń na nieruchomościach w sytuacji reformowania systemów prawnych byłych państw komunistycznych. Rozważano również możliwość zharmonizowania praw zabezpieczających. W 1998 roku powstały wytyczne poświęcone elastycznemu nieakcesoryjnemu prawu zabezpieczającemu. Zaproponowane rozwiązania prawne były zaczerpnięte z kilku systemów prawnych, w szczególności uwzględniono przepisy, ale także dorobek orzecznictwa sądowego i praktyki banków, odnoszące się do szwajcarskiego listu dłużnego i niemieckiego długu gruntowego.

Badania nad eurohipoteką z pewnością zintensyfikowała ustanowiona przez Komisję Europejską grupa dyskusyjna *Forum Group on Mortgage Credit*. Jej członkowie byli doświadczonymi ekspertami z szerokiego kręgu terytorialnego. Grupa dyskusyjna powstała w 2003 roku w celu zidentyfikowania barier w przyszłej integracji rynków kredytu hipotecznego w Unii Europejskiej oraz oceny wpływu tych barier na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, a także sformułowania zaleceń dla Komisji Europejskiej zmierzających do usunięcia tych barier. W 2004 roku został opublikowany raport grupy dyskusyjnej zatytułowany „*The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*”<sup>2</sup>. Grupa zajęła się między innymi pro-

<sup>1</sup> *Union International del Notariado Latino*.

<sup>2</sup> *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets. Report by the Forum Group on Mortgage Credit, 2004*, strona internetowa publikacji: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf)

blemem przenoszenia hipotek między kredytodawcami. Stwierdzono, że w większości systemów prawnych w Europie istnieje bardzo ścisły związek między nadrzędną wierzytelnością a zabezpieczeniem. Jakikolwiek zmiany pierwszej odnoszą taki sam skutek co do drugiego. Uznano, że powoduje to nieelastyczność, która ogranicza ekonomiczną swobodę klientów, a także jest przeszkodą dla kredytodawców.

**Dostrzeżono także, iż istnieje duża różnorodność aktów hipotecznych (umów), które są stosowane w państwach członkowskich. Niektóre mają standardową formę, inne zaś są tworzone przez kredytodawców. Ta różnorodność jest przeszkodą dla przenoszenia zabezpieczeń hipotecznych. Niektóre systemy prawne pozwalają na wspólne gospodarowanie zabezpieczeniami w sytuacji, gdy banki, uczestniczące w udzieleniu jednego kredytu, mogą przystąpić lub wystąpić (z konsorcjum) bez skutków dla kredytu lub zabezpieczeń.** Jako przykłady takich rozwiązań istniejących w systemach prawnych podano angielskie powiernictwo na zabezpieczenie (*security trust*) oraz niemiecki dług gruntowy (*Grundschild*). Stwierdzono, że brak możliwości skorzystania z takich mechanizmów jest barierą dla efektywnego refinansowania. Podczas dyskusji brano pod uwagę koncepcję złagodzonej akcesoryjności, a także *Euromortgage* (eurohipotekę) i *European Security Trust*. Grupa dyskusyjna uznała eurohipotekę za alternatywne narzędzie, które może być wprowadzone przez państwa członkowskie bez dokonywania istotnych zmian w ich istniejących systemach prawnych i które mogłoby funkcjonować przy obowiązywaniu zasady *lex rei sitae*.

### Europejska nieakcesoryjna hipoteka

Wskazano też cele, które mogłyby zostać osiągnięte dzięki wprowadzeniu europejskiej nieakcesoryjnej hipoteki. Miałyby ona pozwolić uniknąć kłopotliwych i kosztownych badań w innym państwie członkowskim, dotyczących lokalnych regulacji i jakości krajowych instrumentów zabezpieczenia na nieruchomości. Ponadto miałyby być zabezpieczeniem dla więcej niż jednego kredytu hipotecznego oraz umożliwia-

by tworzenie konsorcjów bankowych w celu udzielania kredytów. Zapewniałyby również łatwość przenoszenia hipoteki, jak też własności nieruchomości. Byłaby przydatna także przy sekurytyzacji i zarządzaniu portfelem kredytów hipotecznych. Powinna też spełnić wymagania transgranicznych zabezpieczeń. W zaleceniach stwierdzono, że Komisja powinna podejmować badania nad konstrukcją eurohipoteki. Jako przedmiot do takich badań wskazano niemiecki dług gruntowy i szwajcarski list dłużny. Określono ogólnie cechy, które powinny charakteryzować przyszłą eurohipotekę. Zaproponowano także Komisji wydanie, operującej jasnymi definicjami, dyrektywy w celu wprowadzenia eurohipoteki.

Dzięki współpracy grupy badawczej „The Eurohypothech: a common mortgage for Europe” z podgrupą Collateral w ramach grupy dyskusyjnej Forum Group on Mortgage Credit oraz ekspertami EULIS<sup>3</sup>, a także European University Institute stworzono „Podstawowe wytyczne w sprawie eurohipoteki” („Basic Guidelines for a Eurohypothech”<sup>4</sup>). Powstały one jako rezultat warsztatów na temat eurohipoteki w listopadzie 2004 roku i w kwietniu 2005 roku. Zostały opublikowane w maju 2005 przez polską Fundację na Rzecz Kredytu Hipotecznego. Instytucja eurohipoteki została przedstawiona jako konkretne rozwiązanie, które mogłoby stanowić podstawę dla regulacji ogólnoeuropejskich. Autorzy podkreślali, że obecnie kredyty, z których wierzytelności są zabezpieczone na nieruchomościach, często są zmieniane. Stają się przedmiotem finansowania konsorcjalnego, są cesjonowane, ulegają konwersjom na formę listową, są zabezpieczane na kilku nieruchomościach lub są dzielone i częściowo zbywane. Pokonanie takich problemów na płaszczyźnie transgranicznej jest w znacznym stopniu utrudnione. Eurohipoteka, zdaniem Autorów, powinna zatem być neutralnym instrumentem zabezpieczenia kredytowego i przy tym możliwie elastycznie ukształtowanym<sup>5</sup>.

Wedle „Podstawowych wytycznych...” prawem właściwym dla eurohipoteki, również w zakresie odpowiedniego rejestru gruntowego, dokumentu euro-

<sup>3</sup> *European Land Information Service*.

<sup>4</sup> *Basic Guidelines for a Eurohypothech. Outcom of the Eurohypothech workshop November 2004/April 2005*, Warszawa 2005, Zeszyt Hipoteczny 2005, nr 21.

<sup>5</sup> O. Stöcker, *op.cit.*, s. 49.

hipoteki i związanej z nią umowy zabezpieczającej, byłoby prawo państwa członkowskiego, w którym nieruchomości jest położona (*lex rei sitae*). Eurohipoteka mogłaby mieć postać księgową lub listową, jeżeli prawo krajowe to przewiduje. Byłaby ukształtowana jako prawo nieakcesoryjne na nieruchomości. Przewidziano jednakże stosowanie umowy zabezpieczającej (*security agreement*), która określałaby zabezpieczoną wierzytelność oraz zasady, na których uprawniony z eurohipoteki może zaspokoić tę wierzytelność. W umowie takiej przewidziane byłyby m.in. warunki zwolnienia nieruchomości spod egzekucji oraz warunki prowadzenia, według prawa właściwego, egzekucji z nieruchomości, obciążonej eurohipoteką. Przewidziano także, że prawo krajowe może dopuścić możliwość ustanowienia hipoteki przez właściciela nieruchomości na swoją rzecz<sup>6</sup>. W „Podstawowych wytycznych...” zaproponowano, że eurohipoteka może być wprowadzona w postaci rozporządzenia wspólnotowego jako (obecnie) 28. reżim prawny bądź w postaci dyrektywy, której implementacja pozwalałaby na modyfikację jednego z istniejących w prawie krajowym praw zabezpieczających bądź na wprowadzenie nowego prawa – eurohipoteki.

**W dniu 19 lipca 2005 roku Komisja Europejska opublikowała „Zieloną Księgę: kredyt hipoteczny w UE”. Wskazano, że miała ona być centralną częścią procesu oceny interwencji Komisji na rynkach hipotecznych kredytów mieszkaniowych w Unii Europejskiej. Komisja podkreśliła wpływ kredytów hipotecznych na unijną gospodarkę, a także fakt, że wszelkie działania podejmowane przez Komisję dla integracji rynków kredytów hipotecznych mają na celu zwiększenie ich wydajności i konkurencyjności dla dobra ogółu. Cele te, zdaniem Komisji, można osiągnąć, usuwając przeszkody napotymane przy staraniu się i uzyskiwaniu kredytów hipotecznych w Unii Europejskiej, a także zwiększając kompletność rynku, zróżnicowa-**

nie produktów oraz zbieżność cen. Jednocześnie Komisja zaznaczyła, że jest świadoma pojawienia się nowych produktów, takich jak kredyty konsumpcyjne zabezpieczone hipoteką (*equity release* – renty hipoteczne), które zasługują na dokładną ocenę ryzyka, jakie stanowić mogą dla konsumentów. Ponadto Komisja wskazała, że jest także świadoma wpływu, jaki rynek kredytów hipotecznych wywiera na dobrobyt obywateli Unii, bowiem z mieszkalnictwem i kredytami wiąże się rozległy wymiar spraw ludzkich i społecznych, z uwzględnieniem aspektów takich jak nadmierne zadłużenie. Zgodnie z opinią grupy dyskusyjnej w Zielonej Księdze zajęto się czterema zagadnieniami: ochroną konsumentów, kwestiami prawnymi, zabezpieczeniem oraz finansowaniem.

**Komisja wyraziła ogólne stanowisko, iż w sprawie prawa właściwego dla zabezpieczeń na nieruchomości (*collateral*) brak jest powodu do odstąpienia od ugruntowanej zasady stosowania prawa kraju, w którym znajduje się nieruchomość.** Ponadto Komisja zainteresowała się procedurami przymusowej sprzedaży w przypadku ustanowienia prawa zabezpieczającego na nieruchomości. Komisja dostrzegła, że te procedury różnią się w poszczególnych krajach członkowskich, i wyraziła też obawę, czy taka różnorodność nie blokuje działalności transgranicznej oraz czy nie przyczynia się do wzrostu cen kredytów hipotecznych. Podkreślono, że może mieć ona bezpośredni wpływ na blokowanie transgranicznego łączenia zabezpieczeń hipotecznych. Komisja uznała, że trzeba zbadać procedury przymusowej sprzedaży z perspektywy kosztów, czasu trwania i ich skuteczności w zakresie ochrony interesów wszelkich zainteresowanych stron<sup>7</sup>.

### Koncepcja eurohipoteki

W Zielonej Księdze zwrócono uwagę na koncepcję eurohipoteki. Zauważono, że zwolennicy za jej

<sup>6</sup> Szerzej na temat eurohipoteki w „Podstawowych wytycznych...”: M. Kaczorowska, *Model eurohipoteki w podstawowych wytycznych Fundacji na rzecz kredytu hipotecznego*, Rejent 2010, nr 6, s. 23–38.

<sup>7</sup> Krytycznie do bardziej zdecydowanych działań w tym zakresie odniósł się Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny, wyrażając opinię na temat Zielonej Księgi. Zaznaczono, że nierealne wydaje się podejmowanie działań wychodzących poza zbieranie informacji i sporządzanie tabeli wyników oraz grożenie zastosowaniem „bardziej stanowczych” środków. Istnieją bowiem niewielkie szanse, że działania tego typu uzyskają aprobatę państw członkowskich. Ponadto założenie zniesienia całych systemów sądowych jedynie celem wsparcia rozwoju transgranicznych kredytów hipotecznych wydaje się, zdaniem Komitetu, pozbawione zwykłego poczucia proporcji. Tak w punkcie 3.3.4 Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie: „Zielona Księga: Kredyt hipoteczny w UE” z 15.12.2005 roku [COM (2005) 327, Dz.Urz. UE C 65 z dnia 17.03.2006 r.].

centralny aspekt uznają osłabienie związku między zabezpieczeniem hipotecznym (*collateral*) a kredytem hipotecznym, co, ich zdaniem, korzystnie wpłynęłoby na cały rynek kredytów hipotecznych, a zwłaszcza na jego finansowanie. Komisja podkreśliła, że znane są jej projekty uczestników rynku i środowisk naukowych (w szczególności „Podstawowe wytyczne w sprawie eurohipoteki” („*Basic Guidelines for a Eurohypotec*”). Konieczne jest jednak sprawdzenie, jak te inicjatywy traktują tak złożone zagadnienie. Dlatego też Komisja oczekiwała na uwagi i opinie przed jego oceną. Bardzo korzystnie na temat koncepcji eurohipoteki wypowiedział się Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w Opinii w sprawie Zielonej Księgi<sup>8</sup>. Podkreślono, że w zasadzie celem eurohipoteki byłoby osłabienie związku między kredytem a zabezpieczeniem hipotecznym. Komitet uznał, że ten pomysł wydaje się atrakcyjny i odpowiadałby koncepcji zintegrowanego europejskiego rynku nieruchomości. Stwierdzono, że należy zachęcać do prac nad tym projektem. Jeżeli zaś zostanie on zrealizowany, to byłby pierwszy krok w kierunku integracji rynków hipotecznych, zainicjowany przez sam rynek, a nie presję przepisów.

Konsultacje w sprawie Zielonej Księgi nie były już jednak tak pomyślne dla pomysłu eurohipoteki. Komisja Europejska opublikowała wyniki konsultacji w formie *Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit* z dnia 23 maja 2006 roku<sup>9</sup>.

**Zapytano o możliwość i potrzebę wprowadzenia eurohipoteki, lecz jedynie 56% odpowiedzi odnosiło się do tego pytania (62% instytucji finansowych, 38% konsumentów, 74% państw członkowskich oraz 41% innych zainteresowanych podmiotów). Zdecydowanie za koncepcją eurohipoteki opowiedziały się mniejszość udzielających odpowiedzi (19% instytucji finansowych, 31% państw członkowskich, 43% innych zainteresowanych podmiotów). Większość odpowiadających wskazywała na konieczność dalszego doprecyzowania koncepcji eurohipoteki i dlatego nie wiadomo, czy takie rozwiązanie w ogóle jest po-**

**trzebne (odpowiedzi: „nie wiem” udzieliło: 69% instytucji finansowych, 100% konsumentów, 38% państw członkowskich i 43% innych zainteresowanych podmiotów).**

Odpowiadający podsuwali też Komisji różne warianty w tym zakresie do rozważenia. Proszono także o dalsze zbadanie i uszczegółowienie niektórych zagadnień. Wskazywano na problem wpływu i związku tego rozwiązania z prawem krajowym oraz konieczność wprowadzenia zmian w tym prawie. Rekomendowano też zbadanie wpływu na konsumentów i ocenę: korzyści dla nich, a także stosowania prawa konsumenckiego. Wreszcie kluczowe było pytanie o to, czy eurohipoteka rzeczywiście rozwiąże istniejące problemy na rynkach kredytów hipotecznych.

**W sprawie eurohipoteki wypowiedział się też Parlament Europejski w rezolucji w sprawie kredytu hipotecznego w Unii Europejskiej (2006/2102 (INI))<sup>10</sup>.** Wezwał on Komisję do zbadania przeszkód dla przenoszenia kredytów między granicami oraz dalszego rozpatrzenia potencjału eurohipoteki jako instrumentu zabezpieczenia. Parlament zalecał, aby wziąć pod uwagę gwarancje niezbędne do ustanowienia i wykorzystania tej hipoteki, w szczególności w zakresie sprawdzenia zabezpieczenia, publicznego dostępu do dokumentów oraz skutków dla osób trzecich. Ponadto wskazywano na konieczność uwzględnienia stosunku eurohipoteki do innych zabezpieczeń na nieruchomościach, a także związku między kredytem a zabezpieczeniem. Wreszcie zalecano analizę skutków prawnych dla kredytodawców i osób trzecich całkowitego lub częściowego wygaśnięcia zabezpieczonego kredytu, zmiany podstawy wyceny kredytu lub przeniesienia go.

Pod koniec 2007 roku Komisja Europejska przedstawiła „Białą Księgę dotyczącą integracji rynków kredytu hipotecznego w UE”. Stwierdzono w punkcie 3.1., że istnienie różnych regulacji w zakresie ochrony konsumenta, fragmentacja infrastruktury, jak również brak odpowiednich ram prawnych w niektórych kwestiach (np. w przypadku finansowa-

<sup>8</sup> Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie: „Zielona Księga: Kredyt hipoteczny w UE” z 15.12.2005 roku [COM (2005) 327, Dz.Urz. UE C 65 z dnia 17.03.2006 r.].

<sup>9</sup> Strona internetowa publikacji: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/feedback\\_gp-en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/feedback_gp-en.pdf)

<sup>10</sup> Dz.Urz. UE C 314 E z dnia 21.12.2006 r.

nia kredytu hipotecznego) tworzą prawne i gospodarcze przeszkody, które ograniczają transgraniczne udzielanie pożyczek (kredytów) oraz uniemożliwiają rozwój europejskich strategii finansowania. Dlatego też Komisja pragnie usunąć nadmierne przeszkody, aby w ten sposób zmniejszyć koszty oferowania produktów hipotecznych na terenie Unii Europejskiej. Jednocześnie w punkcie 4.1., zatytułowanym „Ocena potrzeby ustanowienia odpowiednich przepisów”, stwierdzono, że, zdaniem Komisji, wszystkie kwestie dotyczące stosowanych przepisów w zakresie umów kredytu hipotecznego powinny zostać uregulowane w ramach rozporządzenia „Rzym I”<sup>11</sup>. Jeżeli zaś chodzi o prawo właściwe w zakresie zabezpieczeń rzeczowych kredytu hipotecznego, Komisja nie widzi powodu do odstąpienia od ugruntowanej zasady stosowania prawa kraju, w którym znajduje się nieruchomości. W zakresie realizacji zabezpieczeń rzeczowych Komisja stwierdziła, że w 2008 roku przedstawi zalecenie, które będzie stanowiło zachętę dla państw członkowskich do zadbania o to, by ich procedury zajmowania obciążonej nieruchomości były finalizowane w rozsądnych terminach i po rozsądnych kosztach oraz by ich księgi wieczyste były dostępne w trybie *on-line*, a także będzie zachęcać do przystępowania do systemu EULIS.

**Ostatnio Komisja Europejska przedstawiła projekt z dnia 31 marca 2011 roku „Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi”.** W samym projekcie dyrektywy nie uwzględniono kwestii prawnych rozwiązań służących zabezpieczeniu kredytów. Wskazano jedynie, że dyrektywa ma zastosowanie do umów o kredyt, który zabezpieczony jest hipoteką lub innym porównywalnym prawem zabezpieczającym na nieruchomości mieszkalnej powszechnie stosowanym w państwie członkowskim lub który zabezpieczony jest prawem związanym z nieruchomością mieszkalną. Wydaje się zatem, że sygnalizowany wcześniej problem barier, które stwarza brak wspólnego instrumentu prawnego w postaci eurohipoteki, zszedł na dalszy plan. Nie

jest wykluczone, że znaczenie miał w tym zakresie aspekt, na który zwrócił wcześniej uwagę Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny. Transgraniczne kredyty hipoteczne stanowiły zaledwie 1,1% całego takiego kredytowania w Unii Europejskiej, a najbardziej optymistyczne prognozy zakładały wzrost tego udziału do poziomu nie wyższego niż 5%<sup>12</sup>. Zatem w istocie efekt trudnej pracy nad eurohipoteką w ramach instytucji unijnych mógłby mieć w rzeczywistości niewielki zakres zastosowania. Nie bez znaczenia były też zapewne obawy wyrażone w konsultacjach w sprawie Zielonej Księgi<sup>13</sup>.

Do tej pory badania dotyczące eurohipoteki mocno koncentrowały się wokół zagadnienia kredytu hipotecznego i wpływu różnych uregulowań dotyczących praw zabezpieczających na nieruchomościach na europejski rynek hipoteczny. Zapewne było to podyktowane potrzebami i propozycjami sektora bankowego, który kwestie te traktuje łącznie z perspektywy własnych zadań.

Wydaje się jednak, że ta perspektywa może budzić pewne zastrzeżenia. Pojawiają się one w kontekście prac, które dotyczyły najpierw europejskiego kodeksu cywilnego, a obecnie Wspólnego Systemu Odniesienia (CFR). W 1998 roku została powołana Grupa Studyjna ds. Europejskiego Kodeksu Cywilnego, z udziałem przedstawicieli nauki europejskiego prawa prywatnego. Rozpoczęła działania 1 stycznia 1999 roku. Szacowano, że na napisanie projektu kodeksu potrzeba cztery lata. Założono wówczas, że można opracować „konstytucję” stosunków majątkowych dla krajów członkowskich. Jednocześnie podkreślono, że jednolitość osiąga się powoli, stopniowo, wyrasta ona z fundamentu, który musi być tak silnie osadzony, by można było na nim budować. Te względy przyczyniły się do zajęcia stanowiska, że w europejskim kodeksie cywilnym nie należy regulować prawa rzeczowego w części dotyczącej nieruchomości. Uznano, że jest to materia wyjątkowo trudna do unifikacji. Grupa Studyjna zamierzała jednak włączyć do swych badań prawo o zabezpieczeniach

<sup>11</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych – „Rzym I” (Dz.Urz. UE L 177 z 04.07.2008 r.).

<sup>12</sup> Punkt 3.3.4 Opinii Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie: „Zielona Księga: Kredyt hipoteczny w UE” z 15.12.2005 roku.

<sup>13</sup> Bardzo dyskusyjna okazała się nieakcesoryjność jako cecha proponowanej eurohipoteki. Szerzej o tym A. Wudarski, *op. cit.*, s. 220 i nast.

osobistych oraz problematykę zabezpieczeń na rzeczach ruchomych. **Podkreślano, że w zakresie prawa rzeczowego muszą zostać dokładnie opracowane przepisy dotyczące przeniesienia własności rzeczy ruchomych. Zatem na samym początku prac Grupy Studyjnej rozdzielono problematykę prawa rzeczowego na dwie części: jedną – dotyczącą rzeczy ruchomych i objętą zakresem prac, oraz drugą – dotyczącą nieruchomości i z zasady wyłączoną z zakresu prac.**

Takie podejście mogło budzić wątpliwości i zwrócono na to uwagę w literaturze<sup>14</sup>. Oczywiście trzeba uznać argumenty przemawiające za wyłączeniem (przynajmniej w okresie wstępnym) prawa dotyczącego nieruchomości z zakresu prac nad Europejskim Kodeksem Cywilnym. W Unii Europejskiej ostrożnie traktowano problematykę nieruchomości z kilku względów. Widoczne są różnice w ukształtowaniu prawa rzeczowego dotyczącego nieruchomości w różnych państwach członkowskich. Te rozbieżności wynikają z różnych warunków historycznych i terytorialnych. Czasem mają długoletnią tradycję.

**Samo pojęcie nieruchomości jest różnie ukształtowane w systemach prawnych państw członkowskich.** Na przykład w systemie niemieckim, austriackim, a także polskim nieruchomości jest częścią powierzchni ziemskiej wraz z jej częściami składowymi<sup>15</sup>. Inaczej jednak jest w systemie francuskim, który wyróżnia nieruchomości z natury (*biens immeubles par leur nature*), czyli grunt i rzeczy z nim związane, oraz nieruchomości z przeznaczenia (*immeubles par destination*), czyli zwierzęta i przedmioty służące do korzystania z danej masy majątkowej oraz rzeczy związane na stałe z inną rzeczą, np. lustra, boazerie, rzeźby. Inne są też koncepcje praw rzeczowych na nieruchomościach. W prawie francuskim, greckim, włoskim, portugalskim, niemieckim i polskim obowiązuje ściśle zasada *numerus clausus* praw rzeczowych. W niektórych systemach prawnych państw członkowskich obowiązuje ona jedynie w złagodzonej postaci albo w ogóle nie jest znana. Występują też różnice w rozwiązaniach dotyczących ustanowienia i przeniesienia praw rzeczowych na nieruchomościach. Przykładem jest chociażby rozróż-

nienie umowy zobowiązującej i rozporządzającej (umowy rzeczowej). To zagadnienie jest różnie uregulowane w systemach prawnych. Tradycyjnie wyróżnia się tutaj model niemiecki, konsekwentnie oddzielający czynności zobowiązujące od rozporządzających, oraz model francuski, zakładający, że czynność zobowiązująca do rozporządzenia wywołuje skutki rozporządzające bez potrzeby dokonania czynności rozporządzającej. Ten podział wiąże się też z zasadą kausalności bądź abstrakcyjności czynności rozporządzającej. Wreszcie nie wszystkie systemy prawne dokonują takiego podziału czynności zobowiązujących i rozporządzających. Można zresztą wskazać wiele trudności (poza sygnalizowanymi powyżej) z unifikacją prawa rzeczowego dotyczącego nieruchomości, choć nie są one z pewnością nie do przezwyciężenia.

W tym miejscu nie można jednak pominąć jeszcze innego istotnego aspektu. Przepis art. 345 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi, że traktaty nie przesadzają w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich. Rola tego przepisu różnie jest oceniana. W literaturze przyjmuje się jednak, że przez zasady własności w ujęciu traktatu należy rozumieć wszelkie istotne elementy przepisów własnościowych w znaczeniu konstytucyjnym. Wchodzą tu przepisy dotyczące własności prywatnej, wywłaszczenia lub innych form uspołeczniania oraz przepisy dotyczące granic korzystania z własności. Pojęcie własności jest tu użyte nie tylko w kontekście prawnym, ale przede wszystkim ekonomicznym. Ten przepis pozostawia państwom członkowskim wyłączną kompetencję do kształtowania problematyki prawa własności w rozumieniu regulacji prywatnoprawnych, co jest bardzo istotne w ramach rozważań o integracji prawa prywatnego. Wydaje się więc, że na razie przepis art. 345 może stać się przeszkodą dla harmonizacji prawa rzeczowego.

Według przepisu art. 5 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystar-

<sup>14</sup> S. Kalus, *Perspektywy stworzenia europejskiego prawa rzeczowego*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. i wstęp L. Ogiegło, W. Popiołek i M. Szpunar, Kraków 2005, s. 625 i nast.

<sup>15</sup> Może być to wyjątkowo budynek lub lokal stanowiący odrębny przedmiot własności.

czający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii. Instytucje Unii stosują zasadę pomocniczości zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Parlamenti narodowe czuwają nad przestrzeganiem zasady pomocniczości zgodnie z procedurą przewidzianą w tym Protokole. Przyjmuje się, że przepis ten wyraża zasadę subsydiarności, zwaną też zasadą pomocniczości. Zasada ta odpowiada na podstawowe pytanie, czy Unia Europejska ma prawo działać, a także w jakim zakresie. Niewątpliwie, wkraczając w problematykę prawa rzeczowego, w szczególności dotyczącą nieruchomości, nie uniknie się odpowiedzi na to pytanie<sup>16</sup>. Ponadto trzeba zakładać, że wejście Unii w ten nowy obszar prawny będzie wymagało ustalenia pewnego kompromisu, w dużej mierze ze względu na zasadę pomocniczości.

**Konkludując, trzeba stwierdzić, że problematyka eurohipoteki w rzeczywistości mieści się w szerszym zagadnieniu prawa rzeczowego dotyczącego nieruchomości, którego regulacja na razie pozostaje poza zakresem zainteresowania Unii Europejskiej.** W Zielonej Księdze Komisji Europejskiej w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw z dnia 1 lipca 2010 roku w punkcie 4.3.2. wskazano, że w ramach szerokiej interpretacji zakresu przedmiotowego instrumentu europejskiego prawa umów mógłby obejmować m.in. nabycie i utratę rzeczy ruchomych oraz zabezpieczenie majątkowe na ruchomościach. Opublikowany w 2009 roku projekt naukowy DCFR<sup>17</sup> z zakresu prawa rzeczowego objął jedynie problematykę nabycia i utraty własności rzeczy ruchomych oraz koncepcję praw zabezpieczających na rzeczach ruchomych. Natomiast Wyniki z 2011 roku studium wykonalności projektu europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw nie zawierają postanowień dotyczących prawa rzeczowego.

Nie można odmówić racji zwolennikom stworzenia ujednoliconego projektu europejskiego prawa rzeczowego, choćby w formie standardów czy zaleceń. Wydaje się jednak, że jego wdrażanie jest na razie daleką perspektywą ze względu na długoletnią tradycję krajowych systemów prawa rzeczowego. Podkreślenia wymaga jednak pytanie, czy potrzebne są cząstkowe projekty z zakresu europejskiego prawa rzeczowego w sytuacji, gdy nie ma ogólnej koncepcji takiego prawa. Wydaje się, że eurohipoteka jako samodzielny instrument z zakresu prawa rzeczowego w prawie europejskim, oderwana od stabilnej i jednolitej konstrukcji, którą jest prawo rzeczowe jako całość, może rodzić wiele problemów i wątpliwości. W takiej sytuacji jest oczywiste jej zderzenie z krajowymi systemami prawa rzeczowego, nawet jeśli miałyby ona zastosowanie tylko do umów transgranicznych. W kolejnych projektach eurohipoteki pojawiała się zawsze konstrukcja oparta, w większym lub mniejszym stopniu, na jakimś rozwiązaniu istniejącym już w systemie prawnym jednego z państw członkowskich. Nie analizowano jednak, w jakich związkach pozostaje taka koncepcja z całokształtem regulacji z zakresu prawa rzeczowego obowiązujących w takim państwie członkowskim i jak będzie wyglądało zastosowanie takich rozwiązań w innych systemach prawa rzeczowego. Pozostaje zatem otwarte pytanie, czy warto budować jakąś konstrukcję, np. eurohipotekę, bez stabilnego fundamentu, tworzącego jednolite zasady i pojęcia prawnorzeczowe.

Moim zdaniem, instytucja eurohipoteki mogłaby być precyzyjna i skuteczna tylko w ramach spójnego systemu europejskiego prawa cywilnego, który uwzględniłby również całokształt prawa rzeczowego. Inną kwestią jest charakter, sposób wprowadzenia i forma prawna tego instrumentu, jakim może być w przyszłości europejskie prawo cywilne. Obecnie jesteśmy bowiem na etapie dyskusji o tych zagadnieniach, dotyczących tylko europejskiego prawa umów. Wydaje się zatem, że koncepcja eurohipoteki jest na razie odsunięta w dalszą przyszłość, gdy państwa członkowskie będą już gotowe na przyjęcie projektu wspólnego prawa rzeczowego.

<sup>16</sup> Podczas konsultacji w sprawie Zielonej Księgi niektóre państwa członkowskie zwróciły uwagę na zasadę subsydiarności i konieczność oceny pod tym względem koncepcji eurohipoteki.

<sup>17</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, przygotowany przez Grupę Studyjną w sprawie Europejskiego Kodeksu Cywilnego oraz Grupę Badawczą Komisji Europejskiej w sprawie Europejskiego Prawa Prywatnego (Acquis Group).

(pieczęćka instytucji)

numer NIP:

e-mail:

..... dnia ..... 2011 r.

Notabene Oficyna  
ul. Zgrupowania Żubr 3/36  
01-876 Warszawa

**Zamówienie na prenumeratę  
miesięcznika „Prawo Europejskie w praktyce” na 2012 r.**

Zamawiamy prenumeratę „**Prawa Europejskiego w praktyce**”. Należność w kwocie 945 zł z 5% VAT (słownie: dziewięćset czterdzieści pięć złotych) przekazaliśmy w dniu ..... 2011 r. na konto: Notabene Oficyna, ING Bank Śląski O/Warszawa nr: 39 1050 1054 1000 0090 6668 4201. Prosimy o wystawienie faktury VAT.

.....  
(Główny Księgowy)

.....  
(Dyrektor – Prezes)

(pieczęćka instytucji)

numer NIP:

e-mail:

..... dnia ..... 2011 r.

Notabene Oficyna  
ul. Zgrupowania Żubr 3/36  
01-876 Warszawa

**Zamówienie na prenumeratę  
miesięcznika „Prawo Europejskie w praktyce” na 2012 r.**

Zamawiamy prenumeratę „**Prawa Europejskiego w praktyce**”. Należność w kwocie 945 zł z 5% VAT (słownie: dziewięćset czterdzieści pięć złotych) przekazaliśmy w dniu ..... 2011 r. na konto: Notabene Oficyna, ING Bank Śląski O/Warszawa nr: 39 1050 1054 1000 0090 6668 4201. Prosimy o wystawienie faktury VAT.

.....  
(Główny Księgowy)

.....  
(Dyrektor – Prezes)