UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI

ZESZYTY NAUKOWE NR 649

ACTA IURIS STETINENSIS 1

SZCZECIN 2010

Rada Wydawnicza
Urszula Chęcińska, Inga Iwasiów, Danuta Kopycińska, Izabela Kowalska-Paszt
Piotr Niedzielski, Ewa Szuszkiewicz, Dariusz Wysocki
Edward Włodarczyk – przewodniczący Rady Wydawniczej
Aleksander Panasiuk – przewodniczący Senackiej Komisji ds. Wydawnictw
Edyta Łongiewska-Wijas – redaktor naczelna Wydawnictwa Naukowego

Rada Naukowa
prof. zw. dr hab. Roman Hauser (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu)
dr hab. Andrzej Jakubecki (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. zw. dr hab. Andrzej Marciniak (Uniwersytet Łódzki)
dr hab. Mirosław Nazar (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. zw. dr hab. Zbigniew Ofiarski (Uniwersytet Szczeciński)
dr hab. Adam Olejniczak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu)
dr hab. Lech Paprzycki (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie)
prof. zw. dr hab. Władysław Rozwadowski (Uniwersytet Szczeciński)
prof. zw. dr hab. Tadeusz Smyczyński (Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. zw. dr hab. Roman Wieruszewski (Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. zw. dr hab. Bronisław Ziemianin (Uniwersytet Szczeciński)

Recenzenci
dr hab. Andrzej Jakubecki prof. UMCS
dr hab. Andrzej Janiak prof. UAM
prof. dr hab. Andrzej J. Szwarc
prof. dr hab. Roman Wieruszewski
prof. dr hab. Leszek Wiśniewski

Redaktor naukowy
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

Redaktor Wydawnictwa
Hanna Naparty

Korektor
Małgorzata Szczęsna

Skład komputerowy
Halina Lipiec

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2011

ISSN 1640-6818
ISSN 2083-4373
(Roczniki Prawnicze ISSN 0867-5805)

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 6,5. Ark. druk. 7,3. Format B5. Nakład 80 egz.
Pełna wersja publikacji www.mec.univ.szczecin.pl

SPIS TREŚCI

Teresa Freixes, **Mercè Sales** – Równość kobiet i mężczyzn w wielopoziomowym konstytucjonalizmie europejskim. Od traktatu z Amsterdamu do traktatu lizbońskiego 5

Sebastian Otto – O temporalnych skutkach orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Stosowanie prawa 25

Jurij Żelichowski – Praktyczne kwestie związane z umorzeniem udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością 45

Marta Blok – Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego .. 59

Michał Peno – Ogólnoeuropejskie prawo karne – przeceniany kierunek rozwoju? 87

Maciej Wrześniewski – Kilka refleksji na temat warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej 107

*

Wszystkie artykuły są dostępne na stronie www.mec.univ.szczecin.pl.

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

TERESA FREIXES
Uniwersytet Autonomiczny w Barcelonie
MERCÈ SALES
Uniwersytet Autonomiczny w Barcelonie

RÓWNOŚĆ KOBIET I MĘŻCZYZN W WIELOPOZIOMOWYM KONSTYTUCJONALIZMIE EUROPEJSKIM
OD TRAKTATU Z AMSTERDAMU DO TRAKTATU LIZBOŃSKIEGO*

1. Wprowadzenie

Zwiększenie interakcji między prawem Unii Europejskiej a ustawodawstwem państw członkowskich (w tym prawo regionalne) doprowadziło do nowych paradoksów związanych z wielopoziomowymi systemami prawnymi, które łączą różne poziomy normatywne. Tradycyjne podmioty narodowe czują się zagrożone przez struktury ponadnarodowe i narastającą decentralizację, które powodują organizacyjne kryzysy. Harmonizacja legislacji w Europie, która jest o wiele szersza, niż mogłoby się wydawać, nie została zaakceptowana bez niechęci, spowodowanej przez trudności w komunikacji społecznej i politycznej, we wszystkich państwach członkowskich. Ponadto nowe paradygmaty skonfrontowały się z autonomicznymi pojęciami wytwarzanymi w procesie integracji europejskiej, co przyczyniło się także do kryzysu doktryny prawnej.

* Polskojęzyczną wersję artykułu przygotowali do druku Pasquale Policastro i Ewa Olszewska.

Przeanalizowanie tych wielopoziomowych tendencji jest więc konieczne, aby odkryć prawdziwe konsekwencje prawne złożoności tworzonej przez współzależne systemy Unii Europejskiej i jej państw członkowskich.

Wielopoziomowy konstytucjonalizm może być traktowany jako „autonomiczny" paradygmat, mający na celu wyjaśnienie złożoności prawnych. Omawiany jest z wykorzystaniem klasycznych doktryn, związanych z wykładnią systemową i federalizmu. Koncepcja ta ma zastosowanie do systemów złożonych z podsystemów (kompetencje, źródła prawa...), a przede wszystkim opiera się na pierwszeństwie prawa wspólnotowego oraz na wprowadzeniu prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym. Na tym poziomie należy również wziąć pod uwagę zagadnienie podziału kompetencji między państwami a regionami i społecznościami lokalnymi. Tak więc wielopoziomowe zagadnienia są wszechobecne, skoro to zjawisko występuje w relacjach pionowych (hierarchia), poziomych (kompetencji) oraz sieciowych (współpraca i pomocniczość).

2. Konstytucjonalizm wielopoziomowy jako paradygmat nowej Europy

Ingolf Pernice wprowadził to pojęcie, gdy w odniesieniu do działalności Konwentu w sprawie przyszłości Europy debatował z Dieterem Grimmem i Jürgenem Habermasem o tym, czy Europa potrzebuje konstytucji. Dla Pernice formalna konstytucja nie jest konieczna w Europie, która już posiada „wielopoziomową konstytucję", składającą się z konstytucji państw członkowskich i z traktatów europejskich.

Traktat z Amsterdamu zawierał już jednak Protokół w sprawie zasad proporcjonalności i pomocniczości, gdzie mówi się, że wielopoziomowy system to Unia Europejska, państwa członkowskie, regiony (*Länder*, regiony autonomiczne) i społeczności lokalne. Ponadto zostały już przeprowadzone badania nad wielopoziomowym konstytucjonalizmem[1] na podstawie rzeczywistości federalnej, regionalnej lub – w przypadku Hiszpanii[2] – „niezależnych państw",

[1] Zob. P. Bilancia, E. de Marco, *La tutela multilevello dei diritti*, Giuffrè Editore, Milano 2004. Wśród autorów znaleźli się: T. Freixes, G. Zagrebelsjy, A. Barbera, V. Onida, F. Pizzetti. Zob. też P. Policastro, *Challenges of Multi-Level Constitutionalism* (ed. with J. Nergelius and K. Urata), Polpress, Cracow 2004.

[2] T. Freixes, *Multilevel constitutionalism y principios fundacionales de los ordenamentos supranacionales: el caso de España*, w: *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, red. P. Bilancia, Giuffrè Editore, Milano 2006.

to znaczy, gdy regiony mają kompetencje legislacyjne wynikające z konstytucji państwa i podstawowe przepisy ustrojowe należące do regionalnego systemu prawnego (konstytucje *krajów związkowych*, statuty autonomii).

Trzeba również zauważyć, że w celu określenia znaczenia wielopoziomowych zagadnień Biała księga na temat rządzenia Unią Europejską (*European Governance*) zaczyna się od stwierdzenia: „Dziś, przywódcy polityczni w całej Europie mają do czynienia z prawdziwym paradoksem. Z jednej strony Europejczycy chcą znaleźć stosowne rozwiązania dla poważnych problemów nękających społeczeństwa, z drugiej strony zaś ludzie w coraz większym stopniu tracili zaufanie do instytucji i do polityki lub po prostu nie są nimi zainteresowani[3]. W związku z tym Biała księga przedstawiła nowe propozycje dotyczące Europy, które w istocie zmierzają do osiągnięcia lepszej polityki, lepszych regulacji i lepszego ich wykonania, wyjaśniając jednocześnie funkcjonowanie Unii Europejskiej poprzez ustanowienie europejskiego partnerstwa na różnych poziomach oraz poprzez stworzenie mechanizmu partycypacji w odniesieniu do terytoriów o specyficznych cechach i społeczności lokalnych. W ten sposób wielopoziomowy konstytucjonalizm w pełni wszedł do europejskiej debaty o prawie.

3. Powody dalszego rozwoju zagadnień „wielopoziomowego konstytucjonalizmu”

Istnieje zatem kilka powodów dalszego rozwoju wielopoziomowego konstytucjonalizmu. Doktrynalne powody wynikają z potrzeby wzmocnienia na drodze prawnej zasadności podejmowania decyzji i realizacji politycznych strategii. Praktyczne powody rozwoju wielopoziomowego podejścia do konstytucjonalizmu wiążą się z potrzebą osiągania większej efektywności złożonych procesów podejmowania decyzji, tworzenia prawa oraz praktycznego urzeczywistnienia demokratycznych i „bliskich obywatelom” rządów. Służą także temu celowi dodanie do traktatów protokołów o prawnie wiążących zasadach pomocniczości i proporcjonalności, formalne uznanie dobrych praktyk, takich jak te pochodzące z umów mających cele terytorialne (na przykład przy wykonywaniu projektów finansowanych z europejskich funduszy strukturalnych) oraz ustano-

[3] Zob. pierwsze zdania w: White Paper on Governance. (COM (2001) 428 final, Brussels 25.07.2001).

wienie nowych stosunków międzyinstytucjonalnych (jak to zrobił Parlament Europejski za pośrednictwem Dyrekcji do spraw Stosunków z Parlamentami Krajowymi).

4. Przepisy traktatu reformującego

Według przepisów traktatu reformującego, uzgodnionego przez Radę Unii Europejskiej 21 i 22 czerwca 2007 r. i podpisanego 13 grudnia 2007 r. w Lizbonie, Protokół w sprawie pomocniczości i proporcjonalności, jak również Protokół w sprawie parlamentów krajowych zostaje utrzymany, zachowując swój prawnie wiążący charakter i dwie istotne zmiany: przedłużenie terminu dostarczenia uzasadnionej opinii, w przypadku procedur wczesnego ostrzegania od 6 do 8 dni, i utworzenie nowej procedury wzmocnionej kontroli pomocniczości.

W tym kontekście przewiduje się różne mechanizmy, które wzmacniają relację między Unią Europejską a parlamentami krajowymi:

- Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na konsultacje z parlamentami państw członkowskich. Komisja przekazuje parlamentom narodowym „roczny program prac legislacyjnych oraz wszelkie inne dokumenty dotyczące planowania legislacyjnego”[4]. „Projekty aktów prawodawczych kierowane do Parlamentu Europejskiego i do Rady są przekazywane parlamentom narodowym”[5]. „Przed zgłoszeniem wniosku dotyczącego aktu prawodawczego Komisja prowadzi szerokie konsultacje”, które „w stosownym przypadku powinny uwzględnić wymiar regionalny i lokalny przewidywanych działań”[6] (choć w nagłych przypadkach można to ominąć, wydając uzasadnioną decyzję). Projekt musi zawierać ocenę skutków finansowych i prawnych w państwach członkowskich oraz w podmiotach podpaństwowych[7].
- Po drugie, przewidziany jest system wczesnego ostrzegania z udziałem parlamentów krajowych i regionalnych przy zapewnieniu, że parlamenty

[4] Art. 1 Protokółu nr 1 (W sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej) do Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r. (niżej określony jako TL).

[5] *Ibidem*, art. 2.

[6] Art. 2 Protokółu nr 2 (W sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności) do TL.

[7] *Ibidem*, art. 5.

narodowe są informowane o stanie procedur legislacyjnych. Każdy parlament krajowy, po otrzymaniu komunikatu Komisji w sprawie projektu aktu prawnego, ma osiem tygodni, by sporządzić i przesłać „opinię zawierającą powody, dla których uznaje, że dany projekt nie jest zgodny z zasadą pomocniczości”[8]. Każdy parlament ma dwa głosy „rozdzielone”[9]: jeśli 1/3 wszystkich głosów przyznanych parlamentom narodowym jest przeciw, projekt zostaje poddany ponownej analizie[10]. Każdy parlament krajowy musi konsultować się w razie potrzeby z parlamentami regionalnymi mającymi kompetencje ustawodawcze[11].

Co więcej, została dodana nowa procedura kontroli pomocniczości. Nawet jeśli nie ma weta, Rada i Parlament oceniają zgodność projektu z zasadą pomocniczości, biorąc pod uwagę zarzuty parlamentów krajowych oraz Komisji. Jeżeli 55% członków Rady lub większość głosów Parlamentu Europejskiego uważa, że propozycji nie da się pogodzić z tą zasadą, zostanie ona odrzucona[12].

Wreszcie należy zwrócić uwagę na procedury kontroli pomocniczości przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości, do którego wnioski mogą być wniesione przez państwa członkowskie lub Komitet Regionów (w przypadku procedury wymagającej ich opinii). Jeśli wniosek jest złożony przez państwa członkowskie, określają one sposób, w jaki podmioty „podpaństwowe” będą konsultowane w sprawie procedury odwoławczej.

5. Konkretny przykład wielopoziomowego konstytucjonalizmu: złożone systemy prawne i podstawa prawna wielopoziomowej równości

W celu wykazania istnienia zjawiska wielopoziomowego konstytucjonalizmu, którego główne aspekty właśnie przedstawiono, będziemy używać praktycznego postępowania: równość w wielopoziomowym systemie.

Dla pewności podstawy prawne wielopoziomowej równości w złożonych systemach prawnych znajdują się na różnych poziomach. W prawie między-

[8] *Ibidem*, art. 6.

[9] *Ibidem*, art. 7 ust. 1.

[10] *Ibidem*, art. 7 ust. 2.

[11] *Ibidem*, art. 6.

[12] *Ibidem*, art. 7 ust. 3 lit. b).

narodowym należy odnieść się do paktów i konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych, jak również do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i innych konwencji Rady Europy. Co do prawa Unii Europejskiej, należy odróżnić przepisy „twardego prawa" (traktaty i Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – po wejściu w życie traktatu lizbońskiego – rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, rozstrzygnięcia sądowe...) od przepisów „miękkiego prawa" (zalecenia, programy). W zakresie prawa wewnętrznego trzeba wyróżnić jednolite systemy lub systemy złożone. W tym ostatnim konstytucja, konstytucyjne wyroki i prawo wydane przez państwo centralne, które rozwijają przepisy zawarte w konstytucji, współistnieją ze statutami autonomii lub z konstytucjami regionalnymi i przepisami prawnymi, które je rozwijają. Wszystkie te powiązane poziomy stanowią system wielopoziomowego konstytucjonalizmu, który teraz stosować będziemy do przepisów dotyczących równości.

5.1. Równość wielopoziomowa w prawie międzynarodowym

W prawie międzynarodowym równość jest regulowana zarówno przez pakty i konwencje Organizacji Narodów Zjednoczonych, jak i przez zasady Rady Europy, czasami w odniesieniu do wszystkich obszarów (w sposób ogólny), a czasami w odniesieniu do określonych dziedzin. Mając to na uwadze, omówimy pokrótce, po pierwsze, podstawowe przepisy, które dotyczą równości w poszczególnych dziedzinach (polityczne, cywilne, pracy, rodziny i kobiet), po drugie zaś będziemy analizować te o charakterze ogólnym, mające zastosowanie do wszystkich istniejących obszarów, na podstawie perspektywy transwersalnej do równości (*mainstreaming*).

W politycznej domenie od 1952 r. Konwencja o prawach politycznych kobiet w artykule 2 stanowi, że „Kobiety mają prawo do kandydowania w wyborach do wszystkich publicznie wybranych organów, ustanowionych w prawie krajowym, na równych warunkach z mężczyznami bez żadnej dyskryminacji" oraz w artykule 3, że „Kobiety są uprawnione do piastowania urzędów publicznych i wykonywania wszelkich funkcji publicznych ustanowionych w prawie krajowym, na równych warunkach z mężczyznami bez żadnej dyskryminacji". Te „równe warunki" nie wymagają formalnej równości traktowania, ale kontekstowej równości w korzystaniu z prawa do równego dostępu do urzędów

i funkcji publicznych, mającego na celu stworzenie nowej rzeczywistości prawnej.

W cywilnej i politycznej domenie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, przyjęty w 1966 r., ustanawia równe prawa kobiet i mężczyzn do zawarcia małżeństwa, podczas jego trwania oraz w przypadku separacji lub rozwodu, a także do wzięcia udziału w prowadzeniu spraw publicznych, poprzez aktywne i bierne prawo wyborcze i dostęp, na ogólnych zasadach równości, do służby publicznej w swoim kraju[13].

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, również przyjęty w 1966 r., zawiera kilka postaci równości kobiet i mężczyzn. Poza zawartą w artykule 3 zasadą zapewniającą równe prawa mężczyznom i kobietom we wszystkich prawach określonych w pakcie, artykuł 7 określa obowiązek zagwarantowania kobietom warunków nie gorszych od tych, z jakich korzystają mężczyźni, oraz równą płacę za równą pracę. Zgodnie z paktem, państwa strony uznają równe szanse wszystkich w odniesieniu do prawa do kształcenia i szkolenia zawodowego. Zobowiązują się otoczyć szczególną opieką matki.

Ponadto w odniesieniu do wszystkich dziedzin dotyczących kobiet należy zwrócić uwagę na Konwencję w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (CEDAW), przyjętą w 1979 r., która definiuje dyskryminację jako „wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych”[14]. Konwencja ta zobowiązuje sygnatariuszy do podjęcia odpowiednich środków, w tym ustawodawczych, w celu zapewnienia pełnego rozwoju i awansu kobiet we wszystkich dziedzinach[15]. Zgodnie z nią, przyjęcie przez państwa-strony specjalnych środków mających przyspieszyć urzeczywistnienie faktycznej równości mężczyzn i kobiet nie może być uważane za

[13] Art. 23 i 25 Międzynarodowego Paktu Praw Cywilnych i Obywatelskich, przyjęty w 1966 r.

[14] Art. 1 cz. I Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 18 grudnia 1979 r., (CEDAW) Dz.U. z dnia 2 kwietnia 1982 r., poz. 71.

[15] *Ibidem*, art. 3.

dyskryminację, o ile odstępuje się od nich po osiągnięciu zamierzonych celów w zakresie równości szans i traktowania[16]. Z mocy art. 17 Konwencji CEDAW[17] utworzony został komitet, którego zadaniem jest badanie postępu w implementacji konwencji. Komitet ten, po wejściu w życie protokołu fakultatywnego do konwencji, uzyskał na podstawie stosownej procedury komunikacji pewną właściwość do rozpoznania skarg o charakterze indywidualnym[18].

Dla podejścia równości we wszystkich dziedzinach życia i wprowadzenia transwersalnej perspektywy równości (*mainstreaming*) istotne znaczenie miały deklaracja i platforma działania przyjęte w Pekinie w 1995 r., co da się zauważyć między innymi od rezolucji Ogólnego Zgromadzenia ONZ w sprawie fakultatywnego protokołu do CEDAW[19]. Na ich podstawie wzmacniano pozytywne działania w celu promowania dostępu kobiet do życia politycznego, oceny zróżnicowanego wpływu systemów wyborczych na reprezentację kobiet, równoważenie życia zawodowego i rodzinnego oraz sposoby eliminacji przemocy wobec kobiet.

Odnośnie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC), przyjętej w 1950 r., należy przypomnieć, że zasada równości płci jest chroniona za pomocą artykułu 14[20], który zakazuje wszelkiej dyskryminacji i stanowi, że prawa

---

[16] *Ibidem*, art. 4.

[17] Cz. V Konwencji. Zob. http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm.

[18] Zgodnie z artykułem 2 protokółu: „Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any of the rights set forth in the Convention by that State Party. Where a communication is submitted on behalf of individuals or groups of individuals, this shall be with their consent unless the author can justify acting on their behalf without such consent". Protokół został przyjęty rezolucją A/RES/54/4 z 6 października 1999 r. podczas 54. sesji Ogólnego Zgromadzenia Narodów Zjednoczonych. Wszedł w życie 22 grudnia 2000 r. Zob. United Nations Treaty Collection http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en.

[19] W preambule rezolucji czytamy: „Recalling that the Beijing Platform for Action, pursuant to the Vienna Declaration and Programme of Action, supported the process initiated by the Commission on the Status of Women with a view to elaborating a draft optional protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women that could enter into force as soon as possible on a right-to-petition procedure".

[20] Zgodnie z art. 14 EKPC (zakaz dyskryminacji): „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn". Dz.U. nr 61 z 1993 r., poz. 284 wraz ze zmianami i uzupełnieniami.

zawarte w Konwencji będą chronione „bez dyskryminacji", stosownie do wersji angielskiej *without discriminations* lub *sans discrimination aucune* w wersji francuskiej, obie wersje o takiej samej ważności. Od czasu pierwszych wyroków Europejski Trybunał Praw Człowieka miał analizować znaczenie tego artykułu, ponieważ artykuł nie jest tożsamy z zapewnieniem korzystania z praw Konwencji w drodze równego traktowania, które zakazuje *toute distinction*, zapewniając to „bez" dyskryminacji, co prowadzi Trybunał do przystosowania się do wersji angielskiej. Ponadto Trybunał stworzył, opierając się na założeniu, że artykuł 14 nie utrudnia różnic w traktowaniu, swojste podejście do „testu" równości i niedyskryminacji[21].

Wreszcie Protokół nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (wszedł już w życie) ustanawia ochronę równości we wszystkich dziedzinach, nawet jeśli nie są wyraźnie uregulowane w artykułach Konwencji[22].

5.2. Dotychczasowe podstawy wielopoziomowej równości w prawie wspólnotowym

Prawo wspólnotowe stworzyło z własnej perspektywy ogólną postać interpretacji w zakresie równości, a także przepisy dotyczące jego specyficznych objawów, zgodnie z jego pragnieniem zbudowania zintegrowanego porządku prawnego i regulacji mających wpływ na obywateli państw członkowskich.

W odniesieniu do tego ogólnego wymiaru, równe traktowanie mężczyzn i kobiet stanowi podstawową zasadę Unii Europejskiej, która wciela prawo

[21] „Test" ten wiąże się z przeprowadzeniem systematycznej analizy trzech konkretnych zagadnień we wszystkich sprawach rozważanych przez Trybunał w odniesieniu do artykułu 14. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy istnieją podobne sytuacje wskazujące na potrzebę odmiennego traktowania niektórych podmiotów (w identycznych sytuacjach równe traktowanie jest oczywiste, natomiast w sytuacjach, które nie są porównywalne, traktowanie powinno być odmienne); w drugiej kolejności stosowność zróżnicowanego traktowania należy ustalić i uzasadnić na podstawie elementów obiektywnych. Różnica w traktowaniu powinna być zgodna z ogólnie przyjętymi zasadami w społeczeństwie demokratycznym. Wreszcie, zgodnie z zasadą proporcjonalności, należy ustalić, czy różnice w traktowaniu są proporcjonalne zarówno do przyczyn, jak i do celów określonych w prawie, pod względem zakresu i sposobu. Jeżeli odpowiedzi na wspomniane trzy kryteria „testu" są pozytywne, różne traktowanie nie jest dyskryminujące i jest zgodne z artykułem 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jak możemy się przekonać, ten sam „test" jest wykorzystywany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a także przez kilka trybunałów konstytucyjnych państw członkowskich.

[22] Protokół nr 12 wszedł w życie 01.04.2005 r.

podstawowe w znaczeniu charakteryzującym także prawo konstytucyjne. Cele Unii Europejskiej w tej dziedzinie są dwojakie, dąży ona jednocześnie do włączenia „perspektywy równości płci" do wszystkich polityk i działań Wspólnoty (*gender mainstreaming*) i wykonywania konkretnych działań na rzecz kobiet dla usunięcia utrzymujących się nierówności strukturalnych[23]. Komisja Europejska wskazuje, że *gender mainstreaming* nie dotyczy ograniczenia wysiłków na rzecz promowania równości i wprowadzania w życie szczególnych środków pomocy kobietom, ale mobilizowania wszystkich ogólnych polityk i środków, w szczególności w celu osiągnięcia równości poprzez aktywne i otwarte uwzględnienie na etapie planowania, ich ewentualnego wpływu na sytuację kobiet i mężczyzn[24].

Od początku więc zasady równego traktowania i równych szans zostały zastosowane w sposób ogólny w ramach wspólnotowego porządku prawnego i obecnie stanowią podstawy rozszerzonego *acquis* Unii Europejskiej, mającego wpływ na wielu obszarach.

Traktat z Amsterdamu znacznie wzmocnił podstawę prawną działań Wspólnoty w dziedzinie równości kobiet i mężczyzn, wprowadzając do prawa wspólnotowego zalecenia Deklaracji pekińskiej i Platformy działania IV Światowej Konferencji na rzecz Kobiet z roku 1995. Przepisy traktatu z Amsterdamu w sprawie równości odzwierciedlają wspólnotowe zobowiązanie do przyjęcia „równości płci", nadając jednocześnie konkretny sens celowi osiągnięcia równości płci w postaci specyficznego zadania Wspólnoty oraz jako transwersalny cel do ogółu działań Wspólnoty. Jak wspomniano wcześniej, zasada *równości płci* i równości w ujęciu transwersalnym oznacza systematyczne uwzględnianie różnych warunków, sytuacji i potrzeb mężczyzn i kobiet w opracowywaniu, interpretacji oraz stosowaniu wszystkich zasad i polityk wspólnotowych, także

[23] Patrz komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 7 czerwca 2000 r. „W kierunku wspólnotowej strategii ramowej w dziedzinie równości kobiet i mężczyzn (2001–2005)", COM (2000) 335 wersja ostateczna. Ramowa strategia przedstawiona przez Komisję na lata 2001–2005 określa ramy działania w zakresie równouprawnienia płci w działaniach Wspólnoty w taki sposób, aby przyczyniły się one do osiągnięcia celu, jakim jest usunięcie nierówności i promowanie równości płci. Zob. ostatnio rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 10 lutego 2010 r. w sprawie równości kobiet i mężczyzn w Unii Europejskiej – rok 2009 (2009/2101 (INI)) (2010/C 341 E/08), Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 341 E/35 z 16.12.2010 r.

[24] Cytaty z „Communication of the European Commission of 21 February 1996, Incorporating equal opportunities for women and men into all Community policies and activities", COM(96) 67 final.

w dziedzinie praw podstawowych[25]. Ponadto, jako że „zniesienie nierówności oraz wspieranie równości mężczyzn i kobiet" było celem, do którego Wspólnota zmierzała we wszystkich jej działaniach[26], mogła ona również podjąć odpowiednie środki na podstawie artykułu 13 traktatu WE w celu zwalczania dyskryminacji w tej dziedzinie.

Zgodnie z artykułem 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, „Zadaniem Wspólnoty jest (...) popieranie w całej Wspólnocie (...) równości mężczyzn i kobiet", natomiast artykuł 3 ust. 2 stanowił, że „We wszystkich działaniach określonych w niniejszym artykule, Wspólnota zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet"[27]. Ponadto Karta praw podstawowych Unii Europejskiej przewiduje w artykule 23, że „Należy zapewnić równość mężczyzn i kobiet we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia" i zezwala na odstępstwa od zasady równości w „utrzymywaniu lub przyjmowaniu środków zapewniających specyficzne korzyści dla osób płci niedostatecznie reprezentowanej". Artykuł ten należy odczytywać w związku z art. 20 i 21 Karty, które odpowiednio określają zasady niedyskryminacji i równości wobec prawa. Promowanie równości mężczyzn i kobiet stanowi zatem zarówno ogólne zadanie Wspólnoty Europejskiej, jak i prawo podstawowe. W traktacie o Unii Europejskiej (traktat lizboński) równość kobiet i mężczyzn jest ujęta jako podstawowa wartość (art. 2) oraz jako cel Unii, która „wspiera (...) równość kobiet i mężczyzn" (art. 3). Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej podkreśla transwersalne podejście do równości zarówno na podstawie artykułu 8 (dawny artykuł 3 ust. 2 Traktatu ustanawiającego WE), jak i art. 10: „Przy określaniu swoich polityk i działań, Unia dąży do zwalczania wszelkich dyskryminacji ze względu na płeć (...)".

Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) jako strażnik tego ogólnego celu oraz praw wynikających ze wspólnotowego porządku prawnego podkreślił, że zasada zakazu dyskryminacji ze względu na płeć znajduje zastosowanie także do sytuacji dyskryminacji pośredniej. Ogólnie uznaje się, że dyskryminacja pośrednia istnieje wówczas, gdy pozornie neutralny przepis, standard lub praktyka dotyczy znacznie większej części jednej z płci, chyba że stosowanie tego

[25] To kompleksowe traktowanie oznacza istotną zmianę w podejściu Unii Europejskiej do równości płci. Zostało ono potwierdzone przez strategię ramową Wspólnoty w dziedzinie równości płci (2001–2005).

[26] Zob. art. 3 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

[27] Obecnie w artykule 8 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (traktat lizboński).

przepisu, standardu lub praktyki jest obiektywnie uzasadnione i środki użyte do jego osiągnięcia są właściwe i konieczne. Należy przypomnieć, że „test" Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, o którym była mowa wcześniej, jest również stosowany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w odniesieniu do niedyskryminacji. Rozpoznanie faktów, które pozwalają przyjąć istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, należy do kompetencji krajowych organów sądowych lub innych właściwych organów, zgodnie z prawem krajowym lub z praktyką krajową. Aby ustalić, czy nastąpiła pośrednia dyskryminacja płci w stosunkach pracy, ETS stwierdza, że „odrębna [ocena powinna] być wykonana z każdego z kluczowych warunków wykonywania działalności zawodowej określonego w wymienionych przepisach, o ile te kluczowe elementy stanowią jako takie szczególne środki oparte o własne kryteria stosowania i wpływają na znaczną liczbę osób należących do określonej kategorii[28]. Co więcej, Trybunał Sprawiedliwości wprowadził odwrócenie ciężaru dowodu w przypadku skarg dotyczących dyskryminacji płci. Środek ten, odzwierciedlający wzmacnianą ochronę prawną, został włączony do dyrektywy Rady 97/80/WE z 15 grudnia 1997 r., która nakłada ciężar dowodu na stronę obrony we wszystkich procedurach prawnych dotyczących dyskryminacji płci w dziedzinie społecznej, sądów administracyjnych lub jurysdykcji cywilnej.

Ten ogólny wymiar równości znajduje bezpośrednie zastosowanie w konkretnych obszarach, takich jak: równość płacy, równe traktowanie w pracy, równe traktowanie w dziedzinie zabezpieczenia społecznego i pomocy społecznej, równe traktowanie pracowników pracujących na własny rachunek, równe prawa w małżeństwie, ochrona ciąży, macierzyństwa, urlopu wychowawczego, równowaga pracy i życia rodzinnego, praca w niepełnym wymiarze godzin, godność w miejscu pracy oraz zakaz molestowania seksualnego w miejscu pracy, pozytywne działanie w miejscu pracy, zrównoważony udział w życiu politycznym, społecznym i podejmowaniu decyzji gospodarczych, wykorzystanie obrazu obu płci w mediach i reklamie, współpraca na rzecz rozwoju nauki, edukacji i uczenia się przez całe życie (*Life Long Learning*), przemoc wobec kobiet

[28] ETS wyrok z 6 kwietnia 2000, Jørgensen, C-226/98, Zbiór, s. I-2447. Zob. także ETS, wyrok z 15 grudnia 1994, Stadt Lengerich and a.c. Helmig e.a., C-399/92, Zbiór, s. I-5727 i ETS; wyrok z 9 lutego 1999, Seymour Smith i Pérez p. United Kingdom, C-167/97, Zbiór, s. I-623. W ten sposób ETS uznał za pośrednią dyskryminację płci klauzulę umowy zbiorowej pracy, która ustaliła, że pełny wymiar czasu pracy przesądzi o awansie zawodowym.

i dzieci, nierówne traktowanie płci w odniesieniu do funduszy strukturalnych i budżetu oraz planów finansowych.

Zasada równości płci była chroniona od początku procesu integracji europejskiej w odniesieniu do materii płac i zatrudnienia. W związku z tym zostały uwzględnione dwie postacie ochrony. Pierwsza zakłada zapewnienie równej płacy za równą pracę lub za pracę o jednakowej wartości, na podstawie której Trybunał opracował doktryny stwierdzając, że zasada równego wynagradzania powinna być stosowana do wszystkich elementów wynagrodzenia przyznawanych mężczyznom i kobietom, a nie ogólnie dla całości sumy korzyści przyznanych jednemu lub drugiej. Druga wymaga braku jakiejkolwiek bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji płci w zakresie, na przykład, warunków dostępu do zatrudnienia, dostępu do wszystkich typów i wszystkich poziomów poradnictwa zawodowego i edukacji, warunków zatrudnienia i pracy, warunków zwolnienia z pracy i wynagradzania, a także członkostwa i udziału w organizacjach pracowników lub organizacjach pracodawców.

W późniejszym etapie zasada równego traktowania zastosowana została do ubezpieczeń społecznych i pomocy społecznej, w którym to przypadku oznacza brak jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na płeć, w szczególności w zakresie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego, warunków dostępu do systemów, obowiązku i obliczania wysokości składek, obliczania wysokości świadczeń oraz warunków, czasu trwania i zachowania prawa do świadczeń. Jednakże stosowanie zasady w takich przypadkach nie może być sprzeczne z przepisami dotyczącymi ochrony kobiet w okresie macierzyństwa. Ponadto kobiety mają bez dyskryminacji prawo do emerytury, zasiłków dla bezrobotnych, zwolnień chorobowych, rent z tytułu trwałego inwalidztwa, starości lub utraty innych możliwości pracy, a także do płatnego urlopu. Kobiety mają też prawo do godności w miejscu pracy, co jest również widoczne w zakazie molestowania, którego pojęcie zostało zdefiniowane w prawie UE po raz pierwszy w artykule 2 dyrektywy 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady jako „sytuacja, w której ma miejsce niepożądane zachowanie związane z płcią osoby, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”[29]. Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że ten rodzaj dyskryminacji może dotyczyć nie tylko zachowań w miejscu pracy, ale także dostępu do zatrudnie-

[29] W tym samym artykule definiowane jest także molestowanie seksualne.

nia i kształcenia zawodowego. Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadza w życie „zasadę równości kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług”[30]. Zakazuje, na przykład, użycia płci jako kryterium przy ustalaniu składek i świadczeń dla celów ubezpieczenia i innych usług finansowych, a w ogólnym zamyśle potępia wszelką dyskryminację ze względu na płeć poza rynkiem pracy. Ponadto rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 z dnia 21 czerwca 1999 r., ustanawiające przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych, zobowiązuje państwa członkowskie do wzięcia pod uwagę konieczność promowania równości mężczyzn i kobiet, jeżeli chodzi o ocenę wykorzystania funduszy strukturalnych. Rozporządzenie (WE) 1784/1999 z dnia 12 lipca 1999 r. w sprawie Europejskiego Funduszu Społecznego[31] zobowiązuje państwa członkowskie i Komisję do tego, by w trakcie planowania i realizacji projektów finansowanych z EFS wziąć pod uwagę, czy przyczyniają się one do promowania równości szans kobiet i mężczyzn, a także wspierania integracji i utrzymania zatrudnienia osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Niniejsze rozporządzenie wspiera też zrównoważony udział w życiu politycznym, społecznym i podejmowanie decyzji gospodarczych. W kilku rezolucjach Rady istnieją zalecenia, które za konieczne do przyjęcia kompleksowej strategii promowania uznają zrównoważony udział kobiet i mężczyzn w procesach decyzyjnych, w celu osiągnięcia lepszej równowagi między kobietami i mężczyznami na wszystkich szczeblach władzy, dalszą równość w obu sektorach: usług publicznych i prywatnym, jak również wzmocnienie obecności kobiet na wszystkich szczeblach podejmowania decyzji przez przyjęcie planów równości i programy działań pozytywnych.

6. Równość wielopoziomowa w krajowym prawie konstytucyjnym

W krajowych konstytucjach państw członkowskich zasada równości płci jest regulowana w różny sposób. W niektórych przypadkach zasada ta nie jest jednoznacznie uznawana, ale może wynikać z ogólnych zasad konstytucyjnych. W innych przypadkach znajdziemy ogólne uznanie równości i prawa do nie-

[30] Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, 21.12.2004, L 373, s. 37–43.

[31] Zob. tłumaczenie zweryfikowane Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej, http://www.up.gov.pl/efs/download/399r1784.pdf.

dyskryminacji, a nawet szczególne uznanie równości kobiet i mężczyzn oraz niedyskryminacji. Wreszcie, konstytucje, które zostały ostatnio zmodyfikowane, mogą obejmować zasady równości płci, niedyskryminacji i pozytywnych działań.

Wśród państw członkowskich, które przeprowadziły reformy konstytucyjne w tej sprawie, znalazła się Francja. Artykuł 3 konstytucji tego kraju stanowi, że „ustawa będzie promować równy dostęp kobiet i mężczyzn do mandatów wyborczych i pozycji kwalifikujących się do uzyskania mandatu". Ustawy nr 493/2000 z dnia 6 czerwca 2000 r. w związku z tym mówią o uregulowaniu przedstawienia zrównoważonego kandydata listy, a także o sankcjach ekonomicznych dla podmiotów, które nie dopełnią tego obowiązku. Z kolei włoska konstytucja, zgodnie z poprawką wprowadzoną ustawą konstytucyjną nr 1/2003, stanowi w artykule 51, że „wszyscy obywatele obu płci mają dostęp do publicznych urzędów i do urzędów obieralnych na równych zasadach, zgodnie z prawem. W tym celu Republika promuje poprzez pozytywne działania równość szans kobiet i mężczyzn". Belgijska konstytucja stanowi w artykule 11 bis, że „ustawy, rozporządzenia i ustawy regionalne powinny gwarantować równość kobiet i mężczyzn w ramach wykonywania ich praw i wolności oraz w szczególności promować równy dostęp do stanowisk publicznych i uprawnionych". Artykuł ten był dalej rozwijany w ustawie z dnia 3 maja 2003 roku.

7. Włączenie wielopoziomowej równości do hiszpańskiego porządku prawnego

7.1. Wielopoziomowa równość przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Międzynarodowe i europejskie przepisy i orzecznictwa zostały włączone do hiszpańskiego porządku prawnego poprzez doktrynę Trybunału Konstytucyjnego.

Jeśli chodzi o skutki wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny orzekł wielokrotnie, że jeśli jedno z praw zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, które jest również uznawane przez konstytucję hiszpańską, jest naruszone zgodnie z wyrokiem Trybunału w Strasburgu, będzie to też stanowić naruszenie konstytucji,

co właściwe organy krajowe są zobowiązane naprawić. W ten sposób system Rady Europy został włączony do prawa krajowego.

Skutki wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z Trybunałem Konstytucyjnym, są różnorodne:

- Przede wszystkim należy wziąć pod uwagę skutki interpretacji. Całe orzecznictwo Europejskiego Trybunału uznaje się za źródło prawa, integracji, które są obowiązkowo włączane do prawa wewnętrznego. Jednak to połączenie jest realizowane w sposób szczególny. Zgodnie z Trybunałem Konstytucyjnym, prawo Unii Europejskiej nie stanowi wzorca konstytucyjnego w celu interpretacji, ale jest bezpośrednio stosowane w prawie krajowym, z powodu uchybień, które są uważane za zwykłe problemy z prawem możliwe do wyjaśnienia przez zwykłych sędziów.
- Ponadto prawo Unii Europejskiej ma bezpośredni skutek w sprawach dotyczących Hiszpanii lub hiszpańskich obywateli, w przypadku orzeczeń dotyczących obowiązku przestrzegania tego prawa lub procedur wymierzenia sankcji w przypadku jego nieprzestrzegania (wskazanie, sankcje gospodarcze i ewentualne wycofanie z funduszy strukturalnych). W tym przypadku groźba sankcji gospodarczych ułatwia integrację orzecznictwa Unii Europejskiej z wewnętrznym porządkiem prawnym.

Orzecznictwo hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego stosuje również wielopoziomową zasadę. Chcielibyśmy wspomnieć tylko o jednym przykładzie – wskazany wcześniej „test" wprowadzony przez Trybunał w Strasburgu doprowadził w hiszpańskim Trybunale do stwierdzenia, że nie każde odmienne traktowanie, które jest korzystne dla pewnej grupy lub kategorii ludzi, koniecznie zakłada istnienie dyskryminacji (STC 128/1987). Trybunał stosuje też Konwencję CEDAW, jak w przypadku odniesienia do pracownic kopalni (STC 229/1992), gdzie hiszpański Trybunał unieważnił nieaktualne „środki ochronne", odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dotyczy to także prawa Unii Europejskiej odnośnie do pośredniej dyskryminacji, jak w przypadku personelu sprzątającego w obrębie szpitala (STC 145/1991) oraz w przypadku *Galletas Fontaneda* (STC 286/1994), gdzie Trybunał orzekł, że pracujące kobiety mają prawo do takiej samej płacy za taką samą pracę, bez względu na zawodową kategorię.

8. Integracja wielopoziomowej równości w legislacyjnych inicjatywach poświęconych prawu równości i zakazowi dyskryminacji

Źródła prawa w różnych systemach prawnych, które tworzą wielopoziomowy system, w wielu przypadkach stanowią podstawę do wewnętrznych działań legislacyjnych. Należy jednak zauważyć, że w zdecentralizowanym państwie, które obejmuje regiony wyposażone w kompetencje legislacyjne, regiony te podejmują inicjatywę i tworzą innowacyjne przepisy, które nie wykorzystają jako punktu odniesienia krajowego porządku prawa, ale inne systemy, składające się z wielopoziomowego systemu konstytucyjnego. Tak jest w przypadku Hiszpanii, gdzie w temacie równości ustawodawstwo krajowe współistnieje z prawem wspólnot autonomicznych.

W hiszpańskiej konstytucji państwo uznaje zasadę równości za konstytucyjną wartość i twierdzi, że należy ona do najwyższych wartości hiszpańskiego porządku prawnego, wraz z wolnością, sprawiedliwością i pluralizmem politycznym (art. 1.1). Jednocześnie jest ona uznawana za publiczne prawo podmiotowe zawarte w równości wszystkich Hiszpanów wobec prawa (art. 14, pkt 1), jak również wynikające z zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć (art. 14 ustęp 2). Ponadto konstytucja zawiera kilka przykładów szczególnych praw w zakresie równości: prawo do przystąpienia na warunkach równości do publicznych funkcji i stanowisk (art. 23.2), równość w zakresie zobowiązań podatkowych (art. 31.1), prawo do zawarcia małżeństwa z pełną prawną równością (art. 32.1), zakaz dyskryminacji płci w miejscu pracy lub w odniesieniu do wynagrodzenia (art. 35.1), równość dzieci wobec prawa, niezależnie od ich pochodzenia (art. 39.2). Równość jest także postrzegana jako obowiązek władz publicznych promowania równości i usunięcia przeszkód, które utrudniają lub osłabiają jej pełne wykorzystanie (art. 9.2).

8.1. Integracja wielopoziomowej równości poprzez legislację w dziedzinie równości i niedyskryminacji we Wspólnocie Autonomicznej Katalonii

Wspólnota Autonomiczna Katalonii od momentu przyjęcia pierwszego Statutu Autonomii (podstawowe prawa Wspólnoty i źródła prawa wewnętrznego) oraz Statutu reformy w 2006 r. zaczęła stopniowo chronić wartości wynikające z wielopoziomowego systemu konstytucyjnego. Preambuła Statutu zalicza

równość do najwyższych wartości jego porządku prawnego razem z wolnością i sprawiedliwością. Statut promuje także prawa i wolności uznane w konstytucji hiszpańskiej, w prawie Unii Europejskiej, w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i innych międzynarodowych traktatach i konwencjach, które chronią podstawowe prawa i wolności (art. 4), tym samym wyraźnie przyjmując wielopoziomowy konstytucjonalizm. Statut Katalonii w szczególności: uznaje prawo kobiet do uczestnictwa na równych warunkach z mężczyznami we wszystkich dziedzinach życia publicznego i prywatnego (art. 19), zobowiązuje władze publiczne do zagwarantowania równości płci (art. 41), ustanawia szczególne kompetencje w dziedzinie polityki równości płci (art. 153), które między innymi obejmują ustanowienie pozytywnych działań w celu zlikwidowania dyskryminacji kobiet i mężczyzn oraz dla urzeczywistnienia zasady równości i zakazu dyskryminacji.

Jeśli chodzi o ustawy Katalonii, które rozwijają zasadę równości, należy wspomnieć ustawę nr 10/1998 w sprawie związku niemałżeńskiego, ustawę nr 18/2003 w sprawie wspierania rodziny, ustawę nr 8/2006 w sprawie środków wspierających równowagę w życiu prywatnym, rodzinnym i zawodowym katalońskich urzędników służby cywilnej. Warto zwrócić uwagę na ustawę nr 4/2001 jako pierwszą w Hiszpanii, która prawnie zobowiązuje, przy opracowywaniu projektów ustaw i rozporządzeń, do przeprowadzenia oceny ich wpływu na równość płci.

9. Interpretacja i stosowanie przepisów o równości w wielopoziomowym systemie konstytucyjnym

Rzeczywiście istniejący wielopoziomowy porządek konstytucyjny wykazuje z jednej strony połączenie między różnymi poziomami prawnymi, z drugiej zaś, że różne instytucje prawne są regulowane w podobny, jeszcze nieidentyczny sposób, na różnych poziomach. To nieuchronnie powoduje problem dotyczący tego, jaki standard ma być stosowany w każdym przypadku. Klasyczne podejście do wykładni prawa europejskiego daje nam w rzeczywistości cenne metody stosowania przepisów w sposób jednolity. Wśród nich połączenie porządków prawnych tworzonych poprzez integrację traktatów międzynarodowych do wewnętrznego porządku prawnego (gdzie traktaty stanowią minimalny standard ochrony) lub stosowanie zasady pierwszeństwa prawa Unii Europej-

skiej przed prawem państw członkowskich, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Możemy również znaleźć elementy normatywne, które pomogą nam zapewnić odpowiedni poziom ochrony praw w wielopoziomowym porządku konstytucyjnym. Przykładem jest klauzula najwyższego standardu, odzwierciedlona w artykule 53 Karty Praw Podstawowych, która ma charakter transwersalny. Artykuł ten pozwala nam na zastosowanie w rzeczywistości zasad tego porządku prawnego, który akurat najlepiej chroni prawa podstawowe będące przedmiotem sprawy do rozstrzygnięcia. Wynika z tego, że należy najpierw zapoznać się z wszystkimi narzędziami prawnymi zapewniającymi ochronę danego prawa. W drugiej kolejności należy ustalić, jaki poziom ochrony zostaje zapewniony przez każde ze wspomnianych narzędzi. Tylko po wykonaniu wspomnianych czynności można wykorzystać zasady i narzędzia prawne, które zapewnią najwyższy poziom ochrony.

10. Wnioski

Podsumowując, można stwierdzić, że istnieje wielopoziomowy system konstytucyjny, który składa się z prawa międzynarodowego, prawa wspólnotowego, konstytucji krajowych, statutów autonomii regionalnych lub konstytucji regionalnych (w zależności od przypadku), które muszą być interpretowane i stosowane w sposób prawnie odpowiedni i spójny. Jeśli stosujemy wielopoziomowe podejście systemowe do praw podstawowych, na przykład w sprawie równości, zauważymy, że: prawo międzynarodowe udostępni nam instrumenty uniwersalne, prawo Unii Europejskiej wzmacnia równość w Europie, konstytucje krajowe regulują w różny sposób równość, niedyskryminację i działania pozytywne wymagane od podmiotów publicznych dla zapewnienia rzeczywistej równości. Z tych różnic powstaje potrzeba dalszego wyjaśnienia prawnych znaczeń równości zarówno na szczeblu krajowym, jak i regionalnym. Dla tej potrzeby tworzone są szczegółowe zasady ochrony równości w poszczególnych dziedzinach prawa, tj. rodzina, biznes, służba publiczna, przedstawicielstwo polityczne.

Klauzula najwyższego poziomu ochrony, wewnętrzna implementacja międzynarodowych i europejskich aktów prawnych, *gender mainstreaming* oraz systematyczna ocena wpływu regulacji prawnych na równość między płciami,

stanowią użyteczne narzędzia do wykładni i stosowania zasad równości oraz zakazu dyskryminacji w ramach wielopoziomowego konstytucjonalizmu.

EQUALITY BETWEEN WOMEN AND MEN IN THE MULTILEVEL EUROPEAN CONSTITUTIONALISM FROM THE MAASTRICHT TREATY TO THE TREATY OF LISBON

Summary

The multilevel legal instruments protection equality in the complex legal systems have a differentiated structure, according with the level in which they operate. In international law we have the Pacts and the Convention within United Nations and, within the Council of Europe, we have the European Convention of Human Rights. In the legal order of European Union we should distinguish between the norms of "hard law" (Treaties, regulations, directives, decisions, jurisprudence...) and the ones of "soft law" (mainly recommendations and programs). In internal law, we ought to distinguish between unitary systems and the composed or complex ones.

Translated by Pasquale Policastro

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

SEBASTIAN OTTO
Uniwersytet Szczeciński

O TEMPORALNYCH SKUTKACH ORZECZEŃ TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO
STOSOWANIE PRAWA

1. Wprowadzenie

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Ust. 3 tego artykułu stanowi zaś, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, jednak Trybunał Konstytucyjny może określić inny termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego. Termin ten nie może przekroczyć osiemnastu miesięcy, gdy chodzi o ustawę, a w przypadku innego aktu normatywnego – dwunastu miesięcy. Co istotne, orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności z Konstytucją RP, umową międzynarodową lub z ustawą aktu normatywnego, na podstawie którego zostało wydane prawomocne orzeczenie sądowe, ostateczna decyzja administracyjna lub rozstrzygnięcie w innych sprawach, stanowi podstawę do wznowienia postępowania, uchylenia decyzji lub innego rozstrzygnięcia na zasadach i w trybie określonych w przepisach właściwych dla danego postępowania (art. 190 ust. 4 Konstytucji RP). Stwierdzić należy, że *prima facie* art. 190 ust. 3 Konstytucji RP skutki orzeczenia Trybunału w stosunku do przepisu prawnego uznanego za niezgodny z ustawą zasadniczą określa w sposób oczywisty. Wejście w życie wyroku, z którym wiąże się oddziaływanie orzeczenia na tekst ustawy, powodujące

ewentualną derogację określonej jednostki redakcyjnej aktu prawnego następuje z chwilą ogłoszenia wyroku we właściwym dzienniku urzędowym. Można więc bez wątpienia przyjąć, że bezpośrednim efektem pracy Trybunału, którego dotyczy powyższa regulacja, jest zmiana stanu prawnego w istocie na gruncie tekstu prawnego, tj. w zakresie obowiązywania prawa. Należy tu jednocześnie dodać, że „celem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim ochrona hierarchicznej zgodności norm, ochrona nadrzędności konstytucji i jej aksjologii oraz ochrona praw człowieka i podstawowych wolności”[1].

Fakt, że Konstytucja RP reguluje, iż orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wychodzi w życie z dniem ogłoszenia lub z dniem wskazanym w jego sentencji, nie prowadzi jednak do jednoznacznych wniosków co do skutków w zakresie stosowania prawa. Należy zasygnalizować, że w Polsce nie przyjęto występującego w niektórych państwach demokratycznych rozwiązania, zgodnie z którymi niekonstytucyjna norma prawna jest nieważna od samego początku[2]. „Orzeczenie stwierdzające niekonstytucyjność przepisu prawnego dotyczy »niezgodności«, a nie »bezprawności«”[3]. Uwaga ta dotyczy kwestii obowiązywania prawa i dlatego trzeba podkreślić, że nie jest trafne definitywnie stwierdzenie, iż Konstytucja RP zezwala na odmowę stosowania tej normy jedynie *ex nunc*. Zagadnienie temporalnych skutków orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stosowania prawa nie jest ujmowane w sposób jednolity. Generalnie wskazać można, że w doktrynie przeważa pogląd, iż wyrok Trybunału Konstytucyjnego co do zasady działa w zakresie stosowania prawa retroaktywnie; podobne oceny wyraża sądownictwo administracyjne, natomiast w najnowszych judykatach Sądu Najwyższego prezentowane są w tym zakresie rozbieżne stanowiska, o czym w dalszej części opracowania.

2. Okres przed wejściem w życie Konstytucji RP

W pierwszej kolejności należy wskazać, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego może oddziaływać na stosowanie prawa istniejącego przed wejściem

[1] M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Ars boni et aequi, Poznań 2006, s. 15–16.

[2] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 835 i n.

[3] M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2003, nr 3, s. 5–6.

w życie Konstytucji RP, czyli przed 17 października 1997 r. Rozróżnienie w tym zakresie jest o tyle konieczne, że istnieją głosy, iż norma konstytucyjna nie jest związana z przepisem konstytucyjnym, a co za tym idzie, „Trybunał Konstytucyjny może obecnie orzekać o niezgodności konstytucyjnej przepisów obowiązujących przed wejściem w życie obecnej Konstytucji, o ile ówcześnie obowiązujące normy konstytucyjne są analogiczne do współczesnych”[4]; oznacza to, że gdy przed dniem wejścia w życie Konstytucji nie było takiej normy konstytucyjnej, wedle której dany przepis byłby z nią sprzeczny, Trybunał obecnie nie może zajmować się daną kwestią, jeśli kwestionowany przepis istniał jedynie przed wejściem w życie Konstytucji. W wyroku z dnia 6 grudnia 2006 r.[5] Sąd Najwyższy odniósł się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 1999 r.[6], w którym Trybunał Konstytucyjny orzekł, że § 11 i § 12 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 grudnia 1974 r. w sprawie niektórych obowiązków i uprawnień pracowników zatrudnionych w zakładach służby zdrowia (Dz.U. Nr 51, poz. 326 ze zm.) są niezgodne z art. 66 ust. 2 Konstytucji RP przez to, że naruszają konstytucyjną zasadę ustawowego określania maksymalnych norm czasu pracy, § 12 zaś jest ponadto niezgodny z art. 298 oraz art. 128 Kodeksu pracy przez to, że wykracza poza granice upoważnienia ustawowego do wydania rozporządzenia i zmienia ustawowe pojęcie czasu pracy. Sąd Najwyższy uznał, że skutki analizowanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego obejmują jedynie okres od dnia wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. twierdząc, że nie ma żadnych podstaw do rozciągnięcia tych skutków na okres wcześniejszy, bowiem Konstytucja z 1952 r. nie zawierała odpowiednika obecnego art. 66 ust. 2 zd. drugie Konstytucji RP, przyjętego jako wzorzec oceny konstytucyjności § 11 i 12 rozporządzenia z dnia 27 grudnia 1974 r. W ocenie Sądu w porządku prawnym obowiązującym przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. nie istniała podstawa prawna odpowiedzialności państwa za działalność prawotwórczą. Nie było przepisów pozwalających żądać od Skarbu Państwa odszkodowania za wadliwą legislację ani za zaniechanie w tej dziedzinie, a możliwość objęcia odpowiedzialnością Skarbu Państwa również

[4] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2003 r., I CK 150/02, OSNC 2004/7-8/132.

[5] IV CSK 247/06, LEX nr 489002.

[6] P 6/98, OTK 1999/4/76.

szkód wyrządzonych bezprawną działalnością prawodawczą państwa wprowadził dopiero przepis art. 77 Konstytucji RP.

Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 października 2003 r.[7], analizując skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r.[8], stwierdzającego, że art. 418 k.c. jest niezgodny z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, uznał, że stan prawny, będący następstwem wyroku Trybunału Konstytucyjnego, może mieć na pewno zastosowanie w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej orzeczeniem lub zarządzeniem wydanym przed 18 grudnia 2001 r., tj. przed dniem ogłoszenia tego wyroku w Dzienniku Ustaw, a po wejściu w życie Konstytucji, tj. po 16 października 1997 r. Natomiast możliwość stosowania tego stanu prawnego w sprawach o naprawienie szkody wyrządzonej orzeczeniem lub zarządzeniem wydanym przed dniem 17 października 1997 r., czyli przed wejściem w życie Konstytucji, zależy od tego, jak odpowie się na pytanie o przynależność normy o treści sformułowanej w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP także do wcześniejszego porządku konstytucyjnego. Na to pytanie Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi negatywnej. W wyroku z 12 września 2007 r.[9] Sąd Najwyższy stwierdził zaś, że do oceny odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody związane ze zdarzeniami, które miały miejsce przed dniem 17 października 1997 r., należy stosować przepisy art. 417–421 k.c. bez jakichkolwiek modyfikacji, gdyż skutki czasowe orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r.[10], jak i orzeczenia z dnia 23 września 2003 r.[11] można odnieść jedynie do szkód powstałych po 17 października 1997 r. Sąd wskazał, że z art. 3 k.c. i art. 5 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – kodeks cywilny i niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1692) wynika podstawowa wskazówka odnośnie do tego, jaki stan prawny należy stosować przy ocenie zdarzeń zaistniałych w poszczególnych okresach. Sąd powołał się na stanowisko prezentowane w wyroku z dnia 20 maja 2000 r.[12], gdzie stwierdził, że „konstytucyjna zasada niedziałania prawa wstecz wyłącza w sprawie o odszkodowanie uwzględnienia przepisu art. 77 ust. 1 Konstytucji RP do oceny

[7] I CK 150/02, OSNC 2004/7-8/132.

[8] SK 18/00, OTK-A 2001/8/256.

[9] I CSK 220/07, LEX nr 306813.

[10] SK 18/00, OTK-A 2001/8/256.

[11] K 20/02, OTK-A 2003/7/76.

[12] II CKN 293/00, OSNC 2000/11/209.

zdarzeń zaistniałych przed jej wejściem w życie". Taki też kierunek przyjęto w innych orzeczeniach[13].

3. Okres po wejściu w życie Konstytucji RP

Następnie należy wskazać na okres pomiędzy wejściem w życie Konstytucji (ewentualnie wejściem w życie zakwestionowanego aktu prawnego, o ile nastąpiło to po 17 października 1997 r.), aż do ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego na rozprawie oraz opublikowania go w dzienniku urzędowym. Przypomnieć tu trzeba, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Konstytucji RP orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie co do zasady z dniem ogłoszenia, przy czym dotyczy to kwestii obowiązywania prawa, o czym była już mowa wcześniej. Można zaś przyjąć, że retroaktywne oddziaływanie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stosowania prawa przez sądy jest akceptowane (choć nie zawsze). Zważyć należy, że „terminologia o działaniu wyroku *ex tunc* i *ex nunc* wprowadza w istocie w błąd. Najczęściej bowiem jedno orzeczenie miewa inne czasowo skutki, w różnych sferach oddziaływania"[14]. W mojej ocenie czym innym jest wejście w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ingerencja w treść aktu prawnego, co ma charakter *pro futuro*, a czym innym wyeliminowanie niekonstytucyjnej normy (poprzez utratę domniemania konstytucyjności) – wyeliminowanie stosowalności. Dlatego nie można utożsamiać uprawnienia Trybunału do wskazania „innego terminu utraty mocy obowiązującej" z przywilejem Trybunału czasowego bądź trwałego blokowania eliminacji danego przepisu z obrotu prawnego w zakresie jego stosowania. Inaczej mówiąc, przepis jest eliminowany z treści aktu prawnego dopiero z chwilą wejścia w życie orzeczenia, co nie oznacza, że pozostaje zgodny z Konstytucją RP przed wejściem w życie wyroku. Należy tu podkreślić, że „w art. 190 ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji RP znajdują się dwa istotne elementy: »wejście w życie« orzeczenia oraz uprawnienie określenia innego terminu utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego dotkniętego

[13] Wyrok z dnia 6 października 2004 r., I CK 447/03, LEX nr 188470; wyrok z dnia 20 października 2004 r., IV CK 96/04, LEX nr 277847.

[14] K. Gonera, E. Łętowska, *Wieloaspektowość następstw stwierdzenia niekonstytucyjności*, PiP 2008, nr 5, s. 17.

wadą niezgodności z aktem wyższego rzędu. Pierwszy zwrot należy tłumaczyć jako chwilę, od której orzeczenie ma moc powszechnie obowiązującą. Zdanie pierwsze jako całość nie zawiera jednak normy międzyczasowej, lecz określa jedynie chwilę usunięcia przepisu z systemu obowiązującego prawa"[15]. Nie jest tak, że do tego dnia jest on zgodny z Konstytucją, a od tego dnia staje się z nią niezgodny. Istotą jest bowiem stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu.

Użyty w art. 190 ust. 3 Konstytucji RP termin „utrata mocy obowiązującej" nie może być uważany za w pełni tożsamy ani z uchyleniem określonego przepisu z mocą *ex nunc*, ani też ze stwierdzeniem jego nieważności *ex tunc*. Należy przyjąć, iż – choć niezgodny z Konstytucją – akt normatywny jednak przez pewien czas obowiązywał; utracić moc obowiązującą mogą bowiem tylko przepisy, które wcześniej cechę taką posiadały. Ze sformułowania przepisu art. 190 Konstytucji RP wynika, iż orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzające niezgodność określonego przepisu (przepisów) z Konstytucją wywiera skutki prawne od dnia ogłoszenia w sposób określony w art. 190 ust. 2 Konstytucji RP, a więc na przyszłość. Oznacza to, że zasadniczo nie ma ono mocy wstecznej, czyli nie odnosi się do kwestii obowiązywania tego przepisu w okresie od dnia jego wejścia w życie do dnia ogłoszenia w dzienniku urzędowym wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Nie następuje wsteczna derogacja danego przepisu. Inaczej mówiąc, treść aktu prawnego zostaje zmieniona poprzez uchylenie niekonstytucyjnego przepisu.

Dopiero biorąc pod uwagę art. 190 ust. 4 Konstytucji RP stwierdzić należy, iż orzeczenia w sprawach indywidualnych mimo ich wydania na podstawie obowiązujących przepisów prawa, których niezgodność z Konstytucją stwierdził później Trybunał, podlegać mogą weryfikacji w szczególnych trybach postępowania. Utrata mocy obowiązującej w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego jest więc czymś z założenia innym niż uchylenie aktu normatywnego w wyniku działań organów prawodawczych. Uchylenie przepisu przez ustawodawcę co do zasady nie jest jednoznaczne z likwidacją skutków prawnych, które w okresie swego obowiązywania wywołał uchylony przepis, a także nie powoduje, że przepis ten nie będzie nadal stosowany na mocy norm międzyczasowych. Uchylenie to nie jest zatem całkowitym wyeliminowaniem określonego przepisu z systemu prawnego, ale co do zasady stanowi szczególną sytuację współistnienia „nowej" regulacji z poprzednio obowiązującą.

[15] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2003 r., III CZP 45/03, OSNC 2004/9/136.

Dlatego jeśli chodzi o skutki retroaktywne wyroku stwierdzającego niekonstytucyjność danego przepisu, dotyczące stanów prawnych i związanych z nimi orzeczeń czy decyzji, należy uznać, że chodzi tu przede wszystkim o kwestie możliwości wznowienia postępowania[16] lub ewentualnie odmowy zastosowania przepisu sprzecznego z Konstytucją w sytuacji. Retroaktywność dotyczy więc jedynie kwestii stosowania prawa. Należy tu zaakceptować twierdzenie, że „wznowienie, o którym mowa w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP, ma szerszy sens, bowiem obejmuje sobą wszelkie instrumenty proceduralne stojące do dyspozycji stron i sądów, dzięki których wykorzystaniu możliwe jest przywrócenie stanu konstytucyjności"[17]. Retroaktywność nie dotyczy co do zasady stanów faktycznych, co do których nie wypowiedział się sąd bądź inny organ. Dopiero dowiedzenie w toku innego procesu „bezprawności" działania ustawodawcy w takich sytuacjach uzasadniałoby sankcję odszkodowawczą po stronie Skarbu Państwa"[18], przy czym ta kwestia pozostaje poza przedmiotem niniejszego opracowania.

4. Domniemanie konstytucyjności i jego obalenie

W tym miejscu należy odnieść się do kwestii obalenia domniemania konstytucyjności, które następuje już od daty ogłoszenia wyroku na rozprawie, kiedy ma miejsce oficjalne zadeklarowanie niekonstytucyjności aktu prawnego. Okoliczność ta ma znaczenie przede wszystkim dla sądów. „Jeśli mają one zgodnie z przepisem art. 8 i 176 ust. 1 Konstytucji być podległe Konstytucji, to nie mogą jednocześnie traktować zakwestionowania w skuteczny sposób konstytucyjności aktu, nawet jeśli jeszcze formalnie nie usunięto go z obrotu"[19] i nadal obowiązuje. Przyjmując takie podejście trzeba także ustalić, w jaki sposób winien zachować się sąd bądź organ stosujący prawo w sytuacji powzięcia informacji o skierowaniu do Trybunału wniosku, skargi konstytucyjnej czy

[16] K. Pietrzykowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2000 roku, II CKN 688/98*, Palestra 2001, nr 11–12, s. 219.

[17] K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje w praktyce sądowej*, PiP 2003, nr 9, s. 15–16; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 2004 r., SK 32/01, OTK-A 2002/3/31.

[18] L. Bosek, *Bezprawie legislacyjne*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 33.

[19] K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje...*, s. 34.

pytania prawnego. Należy przyjąć, że „mogą przede wszystkim zawieszać postępowanie bądź odraczać rozprawę, ewentualnie zmienić materialną podstawę rozstrzygnięcia, jeśli pozwala im na to obowiązująca procedura lub przepisy prawa materialnego albo intertemporalnego”[20]. Poza tym należy także przyjąć, że możliwe jest, co wynika przede wszystkim z orzecznictwa sądów administracyjnych, by sąd odmówił stosowania danego przepisu, gdy zachodzi przypadek tzw. wtórnej niekonstytucyjności przepisu ustawy, przepis jest w oczywisty sposób niezgodny z Konstytucją[21] oraz gdy podstawą rozstrzygnięcia jest przepis podustawowy[22]. Co więcej, można wręcz stwierdzić, że „skoro bezpośrednie stosowanie Konstytucji jest zasadą (wyrażoną w art. 8), to wszelkie wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść tej zasady”[23]. Zaraz po wejściu w życie Konstytucji można było spotkać się z poglądami, że sprawowanie kontroli konstytucyjności prawa przez sądy powszechne nie wkracza w kompetencje Trybunału, gdyż sąd „jedynie odmawia zastosowania przepisu prawnego niegodnego jego zdaniem z Konstytucją”[24]; obecnie taki pogląd należy uznać za odrzucony. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sąd orzekający ograniczone jest do oceny, czy mający być zastosowany w procesie orzekania przepis prawny jest zgody z Konstytucją; w sytuacji zaś uzyskania odpowiedzi negatywnej, skierowanie pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego bądź powstrzymanie się z orzekaniem do czasu rozstrzygnięcia przez Trybunał o konstytucyjności tego przepisu. Dopiero wówczas, gdy Trybunał wyda wyrok stwierdzający niezgodność z Konstytucją i domniemanie konstytucyjności danego przepisu zostanie obalone, po stronie organu stosującego prawo aktualizuje się kompeten-

[20] P. Radziewicz, *Przywrócenie mocy obowiązującej przepisu prawnego jako skutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sejmowy 2008, nr 3, s. 32.

[21] Np. jak wskazał to Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 25 stycznia 2007 r., I SA 2626/03, bezpośrednie stosowanie Konstytucji jest dopuszczalne w sytuacji naruszenia przez ustawodawcę reguł dobrej legislacji; ma to na celu zachowanie zasady *ex iniuria non oritur ius*.

[22] R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 52–55; autorzy jednocześnie wskazują, że praktyka taka nie spotyka się z akceptacją Trybunału Konstytucyjnego, np. uzasadnienie wyroku z dnia 10 grudnia 2002 r., P 6/02.

[23] S. Wronkowska, *W sprawie bezpośredniego stosowania Konstytucji*, PiP 2001, nr 9, s. 16.

[24] B. Nita, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji, a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, PiP 2002, nr 9, s. 45.

cja do „stosowania Konstytucji wprost" i odmowy zastosowania normy niezgodnej z Konstytucją.

Trzeba także wskazać, że „w art. 190 Konstytucji RP można dostrzec regulację kwestii intertemporalnej, w postaci zasady stosowania „prawa po derogacji trybunalskiej", nawet gdyby za stosowaniem przepisu przemawiały obowiązujące dla danej gałęzi prawa przepisy intertemporalne; byłaby to „supernorma intertemporalna", z której płynęłaby powinność powstrzymania się od stosowania „normalnych" reguł intertemporalnych, wskazujących na przepisy uznane za niekonstytucyjne"[25]. Można wręcz stwierdzić, że polski system konstytucyjny nie jest oparty na zasadzie stabilności stosunków prawnych ukształtowanych przed wejściem w życie orzeczenia. „Przepis art. 190 ust. 4 Konstytucji RP wyraża konstytucyjne prawo podmiotowe prowadzące do restytucji konstytucyjności, a sens wznowienia postępowania w rozumieniu tego przepisu wyraża się w powinności wszystkich organów władzy sanacji skutków niekonstytucyjności. Wychodząc z tego przepisu można dojść do wniosku, że także czynności prawne, których treści lub skutki zostały zdeterminowane obowiązywaniem przepisu uznanego następnie za niezgodny z Konstytucją, mogą być oceniane z punktu widzenia przepisu art. 58 k.c., może to także uzasadniać zastosowanie art. 189 k.p.c."[26]. Skoro bowiem powyższy przepis jest podstawą wzruszenia prawomocnych orzeczeń, to można by uznać, że spory mające w przyszłości być przedmiotem rozstrzygnięcia sądów winny być oceniane przy uwzględnieniu derogacji niezgodnego z Konstytucją przepisu. Kwestia ta pozostaje jednak poza zakresem niniejszego opracowania.

Reasumując stwierdzić należy, że przepis uchylony na skutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego traci cechę domniemania konstytucyjności, chociażby nadal miał obowiązywać w trybie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP[27]. Orzeczenie przez Trybunał Konstytucyjny o niezgodności aktu normatywnego lub jego części powoduje bezwzględne, bezwarunkowe i bezpośrednie zniesienie (kasację) przepisów (norm) w nim wskazanych. Następuje to niezależnie od działań innych organów państwowych[28]. Zważyć jednocześnie należy, że argu-

[25] K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje...*, s. 15–16.

[26] L. Bosek, *op.cit.*, s. 200–203.

[27] R. Hauser, J. Trzciński, *op.cit.*, s. 43.

[28] Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 marca 2000 r., K. 4/99, OTK 2000/2/65.

mentacja przedstawiona powyżej ulega pewnej modyfikacji w przypadku uznania za niekonstytucyjną normy prawa procesowego, co jednak nie będzie przedmiotem niniejszej artykułu.

5. Odroczenie wejścia w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego

W tym miejscu trzeba także zaprezentować poglądy na kwestie związane z kompetencją Trybunału Konstytucyjnego do odraczania wejścia w życie wyroku. Wspomniałem już, że wejście w życie orzeczenia Trybunału ma charakter *pro futuro*, a więc odroczenie wejścia w życie wyroku prowadzi do tego, że zakwestionowany przepis nadal istnieje. Jednak zważyć należy, że czym innym jest wyeliminowanie niekonstytucyjnego przepisu z porządku prawnego (poprzez utratę domniemania konstytucyjności i odmowę stosowania przez sąd bądź organ). Odroczenie wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego stwierdzającego sprzeczność przepisu ustawy z Konstytucją nie stanowi przeszkody do uznania przez sąd, że przepis ten był sprzeczny z Konstytucją od jego uchwalenia[29]. Nie oznacza to, iż przepis uznany za niezgodny z Konstytucją musi być stosowany do daty wskazanej przez Trybunał. Także w sytuacji odroczenia wejścia w życie orzeczenia Trybunału nie jest tak, że do tego dnia jest on zgodny z Konstytucją, a od tego dnia staje się z nią niezgodny. Teza ta jest konsekwencją utrwalonego w orzecznictwie Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego poglądu, że przepis uznany przez Trybunał Konstytucyjny za sprzeczny z Konstytucją lub innym aktem nadrzędnym był niekonstytucyjny od dnia jego wydania i jako akt niższej rangi nie powinien być stosowany od dnia jego wejścia w życie. Odroczenie wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego nie ma wpływu na ten pogląd Sądu Najwyższego. Odroczenie wejścia w życie orzeczenia ma umożliwić odpowiedniemu organowi stosowną zmianę tego przepisu, tak aby był on zgodny z Konstytucją lub innym aktem nadrzędnym. Podstawowym argumentem przemawiającym za wstecznym oddziaływaniem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stosowania prawa jest jego funkcjonalność. Dysfunkcjonalne byłoby domaganie się stosowania prawa, co do którego Trybunał stwierdził sprzeczność z Konstytucją, po to tylko, aby po utracie jego mocy obowiązującej

[29] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2007 r., III PK 96/06, OSNP 2008/5-6/61.

wznawiać postępowanie na podstawie procedur, o których mowa w art. 190 ust. 4 Konstytucji RP. Do podobnych wniosków prowadzi analiza rozstrzygnięć sądów administracyjnych. Podkreśla się tam, że należy brać pod uwagę przedmiot regulacji objętej niekonstytucyjnym przepisem, przyczyny naruszenia i znaczenie wartości konstytucyjnych naruszonych takim przepisem, powody, dla których Trybunał odroczył termin utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnego przepisu, a także okoliczności rozpoznawanej przez sąd sprawy i konsekwencje stosowania lub odmowy zastosowania niekonstytucyjnego przepisu[30]. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że ważne względy społeczne mają znaczenie dla uwzględniania przez sąd administracyjny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego pomimo odroczenia utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego. Odsyłanie na drogę wznowienia postępowania byłoby sprzeczne z regułami demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, naruszeniem prawa do szybkiego załatwienia sprawy, co stanowi podstawowy standard europejski prawa do dobrej administracji, a na drodze sądowej prawa do szybkiego procesu. Już z momentem publicznego ogłoszenia wyroku (co jest zawsze wcześniejsze niż moment derogacji niekonstytucyjnego przepisu przez promulgację wyroku) następuje uchylenie domniemania konstytucyjności kontrolowanego przepisu. To powoduje, że organy stosujące przepisy uznane za niekonstytucyjne albo w okresie odroczenia wejścia w życie wyroku Trybunału (odroczenia derogacji przepisu), albo z uwagi na zasady intertemporalne, albo np. z uwagi na posiłkowanie się zasadą *tempus regit actum* (co jest charakterystyczne dla sądów administracyjnych), powinny uwzględniać fakt, że chodzi o przepisy pozbawione domniemania konstytucyjności[31].

Co do zasady odmiennie do tej kwestii odnosi się Izba Cywilna Sądu Najwyższego oraz coraz częściej sam Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 20 kwietnia 2006 r. Sąd Najwyższy wskazał, że w razie określenia przez Trybunał Konstytucyjny terminu utraty mocy obowiązującej przepisu uznanego za niezgodny z Konstytucją, sąd stosuje ten przepis do oceny zdarzeń, które nastąpiły przed tym terminem także wówczas, gdy orzeka po utracie mocy obowią-

[30] Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 lutego 2006 r., II OSK 1403/05, Wokanda 2006/5/35.

[31] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 10 czerwca 2009 r., II SA/Rz 146/09, LEX nr 504022.

zującej tego przepisu[32]. W innym judykacie Sąd Najwyższy wskazał, że „odroczenie utraty mocy obowiązującej przepisu przez Trybunał Konstytucyjny wyraża jednocześnie jego stanowisko o prospektywnym działaniu takiego orzeczenia. Przeciwny pogląd podważałby zdaniem Sądu sens odroczenia. Oznacza to, że do czasu upływu okresu utraty mocy obowiązującej przepisu, sądy i inne organy państwowe winny stosować ten przepis. W konsekwencji wyeliminowana jest także możliwość wznowienia postępowania w takich przypadkach. Oznacza to także, że w toku postępowania sądy winny uwzględniać wadliwe normy prawne do oceny zdarzeń, które wystąpiły przed utratą przez tę normę mocy obowiązującej"[33].

Należy tu przytoczyć tezę postanowienia Izby Karnej Sądu Najwyższego, w którym Sąd uznał, że odroczenie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego utraty mocy obowiązującej art. 607t § 1 k.p.k., dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania oznacza, że w tym czasie nie można na podstawie art. 55 ust. 1 Konstytucji RP odmówić wykonywania europejskiego nakazu aresztowania, wydanego przez inne państwo wobec obywatela polskiego[34]. W tym miejscu można przytoczyć trafny pogląd wyrażony w glosie do tego postanowienia[35], dotyczący samego uprawnienia do odraczania wejścia w życie wyroków: „Trybunał Konstytucyjny całkowicie wadliwie, zastosował w sprawie konstytucyjności ENA art. 190 ust. 3 Konstytucji RP. Na podstawie tego przepisu wolno bowiem Trybunałowi określić termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego, nie może on jednak – co usiłował zrobić – zawiesić gwarancji konstytucyjnej. W zamyśle Trybunału, przez 18 miesięcy od daty wydania wyroku, obywatele polscy mieliby być bowiem przekazywani w trybie europejskiego nakazu aresztowania do innych państw UE, zaś po upływie tego terminu już nie".

Trzeba także zasygnalizować, że i w Izbie Cywilnej pojawiają się orzeczenia, zgodnie z którymi mimo orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego stwierdza-

[32] IV CSK 28/06, OSNC 2007/2/31.

[33] Wyrok z dnia 20 kwietnia 2006 r., IV CSK 38/06, LEX nr 398455. Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 3 lipca 2003 r., III CZP 45/03, OSNC 2004/9/130, oraz w uchwale z dnia 23 stycznia 2004 r., III CZP 101/03, OSNC 2005/4/61.

[34] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2005 r., III KK 318/05, OSNKW 2006/4/37.

[35] P. Hofmański, *Glosa do postanowienia SN z dnia 13 grudnia 2005 r., III KK 318/05*, EPS 2006, nr 7, s. 44.

jącego niezgodność przepisu rangi rozporządzenia z ustawą i Konstytucją oraz odroczenia jego mocy obowiązującej, sąd powszechny zachowuje uprawnienie do odmowy zastosowania jego przepisów w rozstrzyganej przez siebie sprawie[36].

Trybunał Konstytucyjny stoi zaś co do zasady na stanowisku, że odroczenie wejścia w życie orzeczenia ma taki skutek, iż przepis niezgodny z Konstytucją nadal obowiązuje, a sądy winny go stosować[37]. W uzasadnieniu wyroku z dnia 27 kwietnia 2005 r.[38] Trybunał Konstytucyjny orzekł, że szczegółowa analiza art. 190 ust. 3 Konstytucji RP pozwala stwierdzić, że przepis ten:

- ustanawia zasadę, zgodnie z którą orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wchodzą w życie z dniem ogłoszenia;
- przyznaje Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencję do określania innego niż wyżej wskazany terminu utraty mocy obowiązującej przez przepis uznany za niezgodny z aktem hierarchicznie wyższym;
- wskazuje granice temporalne, w ramach których Trybunałowi przysługuje swoboda w określaniu długości okresu, na jaki zostaje odroczona utrata mocy obowiązującej przepisu (maksymalnie o 18 miesięcy, gdy chodzi o ustawę, i o 12 miesięcy w przypadku innych aktów normatywnych);
- nie zawęża swobody Trybunału w określaniu terminu utraty mocy obowiązującej wadliwego przepisu jedynie do sytuacji, gdy rozstrzygnięcie jest wynikiem kontroli abstrakcyjnej, tj. umożliwia wykonywanie przez Trybunał omawianej kompetencji także w sprawach zainicjowanych wniesieniem pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej;
- nie wprowadza żadnych wyjątków (ograniczeń) w stosowaniu instytucji odroczenia ze względu na rodzaj lub treść przepisów Konstytucji (ani norm czy wartości dających się na ich podstawie zrekonstruować) stanowiących wzorzec kontroli;
- oprócz konieczności zasięgania opinii Rady Ministrów w przypadku orzeczeń, które wiążą się z nakładami finansowymi nieprzewidzianymi w ustawie budżetowej, nie formułuje żadnych warunków, od których spełnienia bądź ziszczenia się uzależniona byłaby możliwość odrocze-

[36] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2005 r., I CK 457/04, LEX nr 284649.

[37] R. Hauser, J. Trzciński, *op.cit.*, s. 71.

[38] P 1/05, OTK-A 2005/4/42.

nia utraty mocy obowiązującej wadliwych przepisów, nie wskazuje również, że skorzystanie z tej kompetencji może nastąpić w „wyjątkowych przypadkach" lub „szczególnych okolicznościach";

– poza (dającą się wywieść z powyższego obowiązku zasięgania opinii) dbałością o równowagę budżetową państwa, nie wskazuje żadnych kryteriów, którymi Trybunał winien kierować się podejmując decyzję o innym terminie utraty moc obowiązującej, ani co do długości trwania okresu dzielącego ogłoszenie wyroku od utraty mocy obowiązującej.

Moim zdaniem, podstawowym pytaniem, na jakie należy odpowiedzieć w powyższym zakresie, jest przyczyna, dla której Trybunał odracza wejście w życie wyroku. Konstytucja nie daje odpowiedzi na te pytania, a i sam Trybunał często w sposób mało przekonujący uzasadnia takie decyzje. W dwóch orzeczeniach Trybunał nie uzasadnił odroczenia wejścia w życie w ogóle[39]. Niemniej jednak „z orzecznictwa Trybunału wynika, że tak się dzieje, gdy istnieje prawdopodobieństwo:

1) powstania luki prawnej na skutek eliminacji wadliwych (niekonstytucyjnych) aktów normatywnych (przepisów prawa), a więc uniknięcie sprzeczności z zasadą bezpieczeństwa prawnego;
2) niebezpieczeństwa powstania negatywnych skutków stwierdzenia niekonstytucyjności, takich jak np. arbitralność wykładni, rozchwianie materialnej i logicznej spójności ustawy, wytworzenie się takiego układu odniesienia, który prowadziłby do rozmycia się albo zanegowania celu, któremu ustawa ma służyć;
3) powstania patologicznej sytuacji w procesie stosowania prawa;
4) całkowitej destabilizacji istniejących stosunków prawnych;
5) multiplikacji niepewności co do stanu prawnego;
6) powstania poważnych konsekwencji praktycznych związanych z koniecznością wprowadzenia niezbędnych zmian organizacyjnych, porządkujących lub innych"[40].

Wobec braku regulacji ustawowej zawierającej wskazówki w kwestii uzasadniającej skorzystanie przez Trybunał z powyższej możliwości należy uznać ją za uznaniową. Trybunał w wyroku z dnia 24 października 2007 r.[41] wskazał,

[39] M. Florczak, *Skutki prawne odroczenia przez Trybunał Konstytucyjny terminu utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego*, Przegląd Sejmowy 2003, nr 2, s. 47.

[40] Cyt. za: B. Banaszak, *op.cit.*, s. 835 i n.

[41] SK 7/06, OTK-A 2007/9/108.

że Trybunał Konstytucyjny ocenia *a casu ad casum*, czy w danej sprawie zachodzi sytuacja, w której konieczne lub co najmniej celowe jest odroczenie wejścia wyroku w życie. Podstawą odroczenia mogą być m.in. skutki faktyczne, jakie wywołałaby natychmiastowa utrata mocy obowiązującej przez niekonstytucyjny przepis w dniu ogłoszenia wyroku. Przesłanką taką może być w szczególności konieczność ochrony norm, zasad i wartości konstytucyjnych, które byłyby naruszone lub zagrożone, gdyby nie nastąpiło odroczenie wejścia orzeczenia w życie. Trybunał Konstytucyjny wskazywał również, iż odroczenie wejścia jego wyroku w życie może być związane z sytuacją, gdy pełne przywrócenie stanu zgodności prawa z Konstytucją wymaga podjęcia kompleksowych i szerszych niż pojmowany formalnie zakres przedmiotowy orzeczenia działań prawodawczych[42].

W konsekwencji należy stwierdzić, że także, czy przede wszystkim, w sytuacji odroczenia wejścia w życie wyroku Trybunału utrata mocy obowiązującej aktu normatywnego (przepisu) następuje *pro futuro*. Niemniej jednak przy analizie ust. 3 art. 190 Konstytucji RP nie sposób nie odnieść się do normy wyrażonej w przepisie ust. 4 tego artykułu. Wobec dopuszczenia wznowienia postępowania organy stosujące przepisy uznane za niekonstytucyjne powinny uwzględniać to, że chodzi o przepisy pozbawione domniemania konstytucyjności, co w zasadniczy sposób wpływa na swobodę sądów w zakresie dokonywania wykładni tych przepisów[43]. „Z logiką stosowania prawa kłóci się wyraźnie »zmuszanie« sądu do stosowania przepisu, który orzeczeniem Trybunału, ostatecznym i powszechnie obowiązującym, został uznany za niezgodny z Konstytucją, nawet gdy Trybunał odroczył utratę jego mocy obowiązującej”[44]. Podstawowym argumentem przemawiającym za wstecznym oddziaływaniem orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stosowania prawa jest funkcjonalność prawa. Orzekając, Sąd powinien się kierować, jak to wskazał Sąd Najwyższy, dobrocią i słusznością (nic nie straciła na aktualności rzymska paremia *ius est ars boni et aequi*)[45]. Po drugie, władza sądownicza nie jest słabsza od pozostałych władz. Przepis art. 10 ust. 1 Konstytucji RP stanowi bowiem, że ustrój

[42] Wyrok z 15 grudnia 2004 r., K 2/04, OTK-A 2004/11/117.

[43] Wyrok z 13 marca 2007 r., K 8/07, OTK-A 2007/3/26.

[44] A. Wróbel, *Odroczenie przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej przepisu niezgodnego z Konstytucją. Zagadnienia wybrane*, *Księga Jubileuszowa ku czci Profesora J. Trzcińskiego*, wyd. NSA, Warszawa 2007, s. 125.

[45] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2007 r., III PK 96/06, OSNP 2008/5-6/61.

Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej. „Dlatego nie ma logicznych przesłanek uzasadniających zakończenie tego postępowania na podstawie niekonstytucyjnych przepisów, a następnie wznawianie postępowania zakończonego w ten sposób. Obowiązywania aktu nie powinno się utożsamiać z obowiązkiem jego stosowania”[46], a stosowanie przez sąd przepisu, który orzeczeniem Trybunału został uznany za niezgodny z Konstytucją, nawet gdy Trybunał odroczył utratę jego mocy obowiązującej, trudne jest do uzasadnienia. Przyjąć zatem należy obowiązywanie w Konstytucji tzw. supernormy intertemporalnej, o czym była mowa wcześniej, także dla oceny skutków orzeczenia Trybunału stwierdzającego niekonstytucyjność przy odroczeniu jego wejścia w życie. „Zgodnie z nią przepis uznany przez Trybunał za niekonstytucyjny nie powinien być stosowany w przyszłości, nawet jeśli za jego stosowaniem przemawiałyby ogólne reguły prawa międzyczasowego”[47].

Wskazać należy, że powyższe rozważania dotyczą, przede wszystkim kontroli abstrakcyjnej. Trybunał Konstytucyjny natomiast stwierdził, że art. 190 ust. 3 Konstytucji RP nie zawęża swobody Trybunału w określeniu terminu utraty mocy obowiązującej wadliwego przepisu jedynie do sytuacji, gdy rozstrzygnięcie jest wynikiem kontroli abstrakcyjnej, umożliwia bowiem wykonywanie przez Trybunał Konstytucyjny omawianej kompetencji także w sprawach zainicjowanych wniesieniem pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej[48]. W tym kontekście warto zasygnalizować, że sam Trybunał dopuszcza w przypadku orzeczeń wydanych w sprawach zainicjowanych wniesieniem pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej odstępstwa od zasady generalnie ferowanej, głoszącej, że skoro niekonstytucyjny przepis w okresie odroczenia utraty jego mocy nadal obowiązuje, to ma być stosowany. Oznacza to, że dla konkretnej sprawy orzeczenia te mogą „wchodzić w życie” z dniem ogłoszenia. Jest to tzw. przywilej korzyści[49]. W art. 190 ust. 3 nie ma jednak dla niego żadnej podstawy. Nie można jej też znaleźć w innych normach Konstytucji. „Praktyka Try-

[46] J. Trzciński, *Glosa do wyroku TK P 10/07*, ZNSA 2008, nr 1.

[47] K. Gonera, E. Łętowska, *Wieloaspektowość następstw...*, s. 31–32.

[48] Wyrok z dnia 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK-A 2005/4/42.

[49] Wyrok z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK-A 2007/9/108, a także P. Radziewicz, *„Przywilej korzyści” jako skutek prawny orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Legislacyjny 2006, nr 4, s. 9 i n.

bunału budzi więc słusznie zastrzeżenia w nauce prawa"[50]. „Przyjęcie zasady generalnej prospektywności także w zakresie stosowania prawa prowadzi do ewidentnie nierównego traktowania adresatów niekonstytucyjnych regulacji, skoro tylko niektórzy mogliby skorzystać z orzeczenia Trybunału"[51].

Moim zdaniem uchylenie domniemania konstytucyjności przepisu prawnego prowadzi do wniosku, że organy stosujące prawo winny odstąpić od stosowania niekonstytucyjnych przepisów oraz wznowienie postępowania winno być dopuszczalne co do zasady zawsze, bez ograniczeń wynikających z ewentualnego odroczenia wejścia w życie wyroku. Odroczenie wejścia w życie wyroku ma znaczenie jedynie dla ustawodawcy, który w tym okresie winien poczynić starania w zakresie nowelizacji niekonstytucyjnej materii.

6. Uprawnienie Trybunału Konstytucyjnego do oceny kolidujących wartości związanych ze stwierdzeniem niekonstytucyjności

Na zakończenie należy jednocześnie wskazać, że nie jest jednak racjonalne konsekwentne stosowanie wstecznego działania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego np. „w sprawach dotyczących ustroju instytucji państwowych, bowiem konieczne jest uwzględnienie kolidujących wartości i skutków społecznych"[52]. Dla przykładu można tu wymienić orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 2007 r.[53] Trybunał orzekł, że art. 135 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przepis ten traci moc obowiązującą z upływem 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał Konstytucyjny, co należy podkreślić, w sentencji orzeczenia wskazał nadto, że czynności asesorów sądowych, o których mowa w art. 135 § 1 ustawy, nie podlegają wzruszeniu na podstawie art. 190 ust. 4 Konstytucji. Trzeba tu wskazać, że pomimo odroczenia wejścia w życie, wobec uchylenia domniemania

[50] M. Zubik, *Trybunały po dziesięciu latach obowiązywania Konstytucji III RP*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 4, s. 164; R. Hauser, J. Trzciński, *op.cit*., s. 76–79.

[51] M. Safjan, *op.cit.*, s. 16.

[52] L. Bosek, *op.cit.*, s. 207.

[53] SK 7/06, OTK-A 2007/9/108.

konstytucyjności, możliwe byłoby wznowienie poszczególnych postępowań. Nie można bowiem wyłączyć możliwości wznowienia postępowań we wszystkich przypadkach, w których orzeczenie Trybunału dotyczy tzw. niekonstytucyjności ustrojowej. Niemniej wobec wyrażenia przez Trybunał rozstrzygnięcia zawartego w sentencji orzeczenia wyłączającego możliwość wznowienia postępowania Trybunał zamknął tę drogę. Trybunał stwierdził bowiem, że prawomocność orzeczeń jest sama w sobie wartością konstytucyjną. Przywracanie stanu stałości, pewności i bezpieczeństwa prawnego zasługuje na ochronę w ramach zjawisk właściwych dla państwa prawa (w płaszczyźnie generalnej) i jako finalny cel, któremu służy konstytucyjne prawo do sądu – w płaszczyźnie indywidualnej i konkretnej. Dlatego podważenie prawomocności musi każdorazowo być przedmiotem skrupulatnego ważenia wartości. To powoduje, że nie można automatycznie kwestionować doniosłości wyroków wydanych w warunkach, gdy nie kwestionowano konstytucyjności powierzania asesorom czynności sądowych. Dlatego, po pierwsze, Trybunał zdecydował się na odsunięcie w czasie skutków orzeczenia o niekonstytucyjności, co umożliwia w okresie odroczenia kontynuację działalności orzeczniczej asesorów w polskim wymiarze sprawiedliwości. Wskazać trzeba, że Trybunał Konstytucyjny w niniejszym orzeczeniu, podzielając tezę o wyłącznie prospektywnym działaniu orzeczenia w sytuacji odroczenia jego wejścia w życie, odmówił udzielenia skarżącym tzw. przywileju korzyści. Trybunał stwierdził, że w wypadku odroczenia skutków wyroku istnieje możliwość skonstruowania przepisów i wtedy, kiedy ustawodawca wprowadzi nowe przepisy w okresie odroczenia wejścia w życie wyroku Trybunału, brak jest w ogóle warunków do wznowienia postępowań. Zdaniem Trybunału jest rzeczą oczywistą, że w okresie odroczenia nie ma jakichkolwiek podstaw do wznowienia postępowań indywidualnych, ponieważ mimo braku domniemania konstytucyjności (skutek ten następuje w momencie ogłoszenia wyroku na sali sądowej), zakwestionowane normy nadal obowiązują. Aby jednak uniknąć wszelkich wątpliwości, Trybunał Konstytucyjny zdecydował się na umieszczenie w pkt 2 w części II sentencji wyraźnego stwierdzenia o braku podstaw do wzruszania wyroków wydanych przez asesorów. Zaznaczył jednocześnie, że jeżeli w wypadku odroczenia wejścia w życie wyroku Trybunału, w którym stwierdzono niekonstytucyjność, ustawodawca przed okresem odroczenia zmieni niekonstytucyjne przepisy – w ogóle nie powstaje możliwość wznowień. Pomimo że z powyższą argumentacją można się nie zgodzić, rację ma Trybunał, twierdząc, iż poważne względy konstytucyjne (zaufanie do pań-

stwa, jego organów i prawa) przemawiają za nadaniem skutkom orzeczenia o niekonstytucyjności możliwie ograniczonego zakresu. Zważyć przy tym należy, że hipotetycznie w sytuacji braku zmiany przepisów dotyczących podmiotów uprawnionych do orzekania skutków „bezpośrednich" stwierdzenia niekonstytucyjności dla działalności sądów nie udałoby się uniknąć. Chodzi tu o sytuację, gdy asesor wydał orzeczenie przed dniem utraty mocy obowiązującej art. 135 § 1 u.s.p., a środek odwoławczy rozpatrywany by był po tej dacie. „W takim wypadku należałoby przyjąć, że sąd I instancji był nienależycie obsadzony, a sytuacja ta nie byłaby objęta postanowieniem aplikacyjnym, bowiem w art. 190 ust. 4 Konstytucji mowa tylko o prawomocnym orzeczeniu"[54].

W mojej opinii, pomimo takiej oceny Trybunału Konstytucyjnego, co do skutków wyroku z odroczonym wejściem w życie, zasadą jest reguła wstecznego oddziaływania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w zakresie stosowania prawa, od której nie powinno się w zasadzie odstępować. Kwestia ta jednak nadal jest nieoczywista i, jak wskazałem powyższej, także w orzecznictwie prezentowane są niespójne poglądy.

TEMPORAL EFFECTS OF JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT APPLICATION OF THE LAW

Summary

There are many opinions, regarding the effects of judgments of the Constitutional Court. Polish Constitution regulates this issue in a very unclear way. The author of this article finds it incorrect to relate the terminology of judgments' effects *ex tunc* or *ex nunc* to any results of decisions of the Constitutional Court. There is a difference between en entry into force of the Constitutional Court's judgments and interference in a content of a legal act, which is *pro futuro*, and elimination of an unconstitutional norm (because of a fall of a presumption of constitutionality) – an elimination of its applicability. Constitutional Court's judgments, stating that a provision is incompatible with the Constitution must be always taken into account by other courts, and this is

[54] P. Czarny, *Glosa wyroku TK z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06*, Przegląd Sejmowy 2008, nr 2, s. 237.

connected with the fall of a presumption of constitutionality, which takes place at a hearing. A postponement of an entry into force is not relevant for an application of the law. It is not so, that up to this day provision was consistent with the Constitution, and since that day is has not been constitiunal any more.

Translated by Sebastian Otto

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

JURIJ ŻELICHOWSKI
Uniwersytet Warszawski

PRAKTYCZNE KWESTIE ZWIĄZANE Z UMORZENIEM UDZIAŁÓW W SPÓŁCE Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

W związku z dynamicznym rozwojem stosunków gospodarczych w ostatniej dekadzie oraz wzrostem ilości spółek z ograniczoną odpowiedzialnością (sp. z o.o.), problematyka umorzenia udziałów w spółkach z o.o. nabrała praktycznego waloru. Jeszcze kilka lat wstecz zagadnienie umarzania udziałów w spółce z o.o. pozostawało poza obszarem zainteresowań zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. Ze względu na niedoskonałe rozwiązania w tej materii zawarte w Kodeksie handlowym oraz liczne wątpliwości teoretyczne, instytucja ta nie znajdowała praktycznego zastosowania w działalności spółek z o.o.[1]

Umorzenie udziału w spółce z o.o. polega na prawnym unicestwieniu praw udziałowych związanych z udziałem jako ułamkową częścią kapitału zakładowego albo na zmniejszeniu liczby udziałów przy zachowaniu na niezmienionym

[1] M.A. Zaremba, M. Wierzbicki, *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – zagadnienia praktyczne*, Radca Prawny 2007, nr 4, s. 71. Problematyka umorzenia udziałów stanowiła przedmiot dosyć ożywionej dyskusji w literaturze. Umorzenie wobec wielości celów, jakie można osiągnąć przy jego wykorzystaniu, stało się instytucją często stosowaną w praktyce zarówno pod rządami Kodeksu handlowego, jak i KSH. (Zob. szerzej W. Popiołek, *Umorzenie udziałów i akcji w kodeksie spółek handlowych*, Rejent 2001, nr 8–9, nr 7–8, s. 245; C. Wiśniewski, *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, PUG 91, nr 8–9, s. 142 i n.; A. Koch, *Przesłanki i sposoby umorzenia udziałów w spółce z o.o*., Rejent 1995, nr 2, s. 45 i n.).

poziomie kapitału[2]. Z chwilą wpisu do rejestru przedsiębiorców uchwały o umorzeniu udziału – prawo udziałowe przestaje istnieć. Jeżeli wspólnik nie ma ponadto innych praw udziałowych w danej spółce, ustaje również stosunek członkostwa tego wspólnika w spółce[3]. Kodeks spółek handlowych (ksh) podszedł do instytucji umorzenia udziałów odmiennie od Kodeksu handlowego. Uwzględniono w nim postulaty Drugiej Dyrektywy WE z 13 grudnia 1976 r., dotyczącej ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich w zakresie tworzenia spółki akcyjnej i spółki z o.o. oraz utrzymania i zmian kapitału tychże spółek[4]. Zgodnie z brzmieniem art. 199 § 1 i 4 ksh, rozróżniamy trzy rodzaje umorzenia udziałów – **dobrowolne**, **przymusowe** oraz **automatyczne**. Niektórzy autorzy uważają, iż umorzenie automatyczne jest odmianą, a poniekąd nawet rodzajem umorzenia przymusowego[5]. Wynika to, moim zdaniem, z literalnego brzmienia art. 199 § 4 zd. 2 ksh, który stanowi, iż do umorzenia automatycznego stosuje się przepisy o umorzeniu przymusowym[6]. Jednakże przepis ten nie wskazuje, czy przepisy o umorzeniu przymusowym stosuje się wprost czy odpowiednio do umorzenia automatycznego, co może sugerować, że umorzenie automatyczne jest niejako niezależną instytucją istniejącą obok umorzenia przymusowego[7].

Dwiema podstawowymi przesłankami prawnymi umorzenia udziału są **istnienie spółki właściwej** oraz istnienie **wyraźnego postanowienia w umowie spółki**, że w danej spółce jest w ogóle możliwe umorzenie udziałów[8]. Omówmy

---

[2] W. Popiołek, *op.cit.*, s. 246.

[3] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych*, t. II. *Komentarz do artykułów 151–300*, wyd. C.H. Bech 2005, s. 419. W pewnym związku z umorzeniem udziałów pozostaje sytuacja, w której określone podmioty nie istnieją, ale nadal figurują w księdze udziałów i są wpisane do rejestru przedsiębiorców KRS jako wspólnicy. Wówczas zarząd powinien powziąć kroki zmierzające do doprowadzenia do prawidłowego stanu faktycznego i prawnego. Należy również doprowadzić do zgodności struktury kapitału zakładowego i osób wspólników (zob. szerzej uzasadnienie do wyroku sądu apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2005 r., I ACa 683/04).

[4] M.A. Zaremba, *op.cit*., s. 72.

[5] Por. m.in. J. Wiśniewski, *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – część II*, Glosa 2001, nr 12, s. 20.

[6] Nie wszyscy jednak autorzy są tego zdania. Np. S. Sołtysiński wskazuje, iż nieuzasadnione jest utożsamianie umorzenia automatycznego z umorzeniem przymusowym (zob. szerzej S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 425).

[7] Jak dotąd, orzecznictwo Sądu Najwyższego nie sprecyzowało, w jaki sposób przepisy o umorzeniu przymusowym stosują się do umorzenia automatycznego.

[8] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 420.

najpierw drugą przesłankę, gdyż bez jej istnienia, nawet jeżeli mamy do czynienia ze spółką właściwą, nie ma mowy o dokonaniu umorzenia udziału.

W doktrynie sporne było, czy umorzenie udziału może być następstwem jedynie czynności prawnej o charakterze dwustronnym (umowy), czy też może także nastąpić w drodze czynności jednostronnej, za którą uważa się stosowną uchwałę zgromadzenia wspólników (art. 199 § 2 ksh). Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów należy uznać, że każde umorzenie udziału jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy zostało przewidziane – oczywiście za zgodą wszystkich wspólników – w umowie spółki; ma ono więc zawsze charakter umowny. Nie zmienia tego fakt, iż umorzenie przymusowe na przykład może być dokonane bez udziału (zgody) wspólnika albo – jak w przypadku umorzenia automatycznego – przy ziszczeniu się określonego zdarzenia, ponieważ może ono nastąpić tylko wtedy, kiedy umowa spółki dopuszcza taką możliwość[9]. Postanowienie w umowie spółki o możliwości dokonania umorzenia udziału (**klauzula umorzeniowa**) może mieć charakter **generalny bądź szczegółowy**. Jeżeli w umowie spółki nie ma takiej klauzuli, a wspólnicy zdecydują się umorzyć udziały, wówczas niezbędna jest zmiana umowy spółki na podstawie art. 255 § 1 w zw. z art. 246 ksh[10].

Drugą przesłanką dokonania umorzenia udziałów jest istnienie spółki właściwej wpisanej do rejestru (art. 199 § 1 zd. 1 ksh). *A contrario* niedopuszczalne jest zatem umorzenie udziału w spółce w organizacji. *Ratio legis* tego unormowania należy wiązać przede wszystkim z bezpieczeństwem obrotu. W przeciwnym razie mogłoby to prowadzić do niekontrolowanego wycofania części majątku z niezarejestrowanej jeszcze spółki[11]. Przymusowe umorzenie udziałów jest niedopuszczalne także w okresie likwidacji spółki. Celem bowiem postępowania likwidacyjnego jest przede wszystkim zakończenie bieżących interesów spółki, ściągnięcie wierzytelności oraz zaspokojenie lub zabezpieczenie w pierwszej kolejności wierzycieli spółki[12]. Należy dodać, iż mimo umorzenia udziału wspólnik zachowuje prawo do dywidendy wymagalnej w dniu unice-

[9] J. Frąckowiak, A. Kidyba i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LexisNexis 2008, s. 390–391.

[10] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 19.

[11] *Ibidem*, s. 19. Zob. również A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 370.

[12] A. Herbet, *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, Studia Prawnicze 1999, nr 4, s. 74.

stwienia jego praw udziałowych (art. 193 § 1 ksh) oraz jest zobowiązany do spełnienia zaległych już świadczeń na rzecz spółki, w tym świadczeń niepieniężnych (176 ksh)[13].

Dobrowolne umorzenie udziałów

W przypadku umorzenia dobrowolnego klauzula umorzeniowa może ograniczać się do wskazania samej możliwości umorzenia[14]. Ma więc ona wówczas charakter generalny, gdyż nie warunkuje poza wskazaniem samej możliwości umorzenia spełnienia innych przesłanek. Nie ma również wymogu określenia trybu takiego umorzenia[15]. Następuje ono za zgodą wspólnika w drodze nabycia od niego udziału lub udziałów w spółce. Nabywcą jest spółka, która jest upoważniona do zawarcia tego rodzaju umowy o nabycie własnych udziałów przez przepis art. 200 § 1 *in fine* ksh. Dobrowolne umorzenie następuje w wyniku uchwały zgromadzenia wspólników[16]. Należy zaznaczyć, że w razie umorzenia dobrowolnego zarząd nie powinien bez uprzedniej uchwały zgromadzenia wspólników o umorzeniu udziałów nabywać na rzecz spółki udziałów własnych od wspólnika. Pogląd odmienny mógłby prowadzić do tolerowania

[13] I. Knurowska, *Przymusowe umorzenie udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych*, Prawo Spółek 2001, nr 4, s. 2.

[14] M.A. Zaremba, *op.cit*., s. 75.

[15] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 19.

[16] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 422. Uchwała ta na podstawie art. 245 ksh wymaga bezwzględnej większości głosów. Warunkiem koniecznym umorzenia dobrowolnego **jest zgoda wspólnika**, którego udział ma zostać umorzony. Należy również podkreślić, że oddanie głosu za uchwałą umorzeniową nie może być traktowane jako wyrażenie zgody przez wspólnika z art. 199 § 1 ksh. Zgoda taka nie może być udzielona w sposób dorozumiany czy domniemany, co jednak nie wyklucza udzielenia jej w formie ustnej. Niezależnie od powyższego, dla bezpieczeństwa spółki zgoda ta powinna mieć formę pisemną *ad probationem*. (Zob. szerzej J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 20). Należy również dodać, iż w literaturze przedmiotu dyskutowana była kwestia, czy niezbędną przesłanką umorzenia jest zawsze uchwała zgromadzenia wspólników, stwierdzająca, że określone udziały podlegają umorzeniu, czy też decyzję w tej sprawie może podjąć inny organ spółki. Kodeks spółek handlowych przesądza ten spór jednoznacznie, jako że wedle art. 199 § 1 zd. 2 umorzenie udziału wymaga uchwały zgromadzenia wspólników. Przepis ten określa również minimalną treść uchwały o umorzeniu. W przepisach ksh dopuszcza się także możliwość umorzenia bez podejmowania uchwały przez zgromadzenie, ale tylko wówczas, gdy ziści się określone w umowie spółki zdarzenie. W takim przypadku umorzenie następuje wprawdzie automatycznie, ale dla jego realizacji konieczne jest w zasadzie przeprowadzenie obniżenia kapitału zakładowego, na podstawie uchwały zarządu (art. 199 § 4, 5 ksh). (Zob. szerzej W. Popiołek, *op.cit*., s. 253–254).

naruszania zakazu określonego we wspomnianym art. 200 § 1 zd. 1 ksh, gdyż zarząd, nabywając udziały własne, zanim zapadła uchwała o umorzeniu, nie może wiedzieć, czy nabywa udziały własne w celu umorzenia. Dodatkowo należy zauważyć, iż zarząd w spółce z o.o. nie dysponuje uprawnieniem analogicznym do tego, które przewidziano dla zarządu spółki akcyjnej w art. 363 § 4 zd. 2 i 363 § 5 ksh, gdyż art. 200 § 2 dotyczy tylko udziałów nabytych przez spółkę w drodze egzekucji (a nie w celu umorzenia), które nie zostały zbyte, a art. 199 § 5 odnosi się wyłącznie do automatycznego umorzenia udziałów[17]. W wyniku nabycia udziałów przez spółkę (wyjątek zawarty w art. 200 § 1 ksh) dochodzi do skomplikowanej sytuacji prawnej, w której spółka staje się *sui generis* „własnym wspólnikiem". Udział w takim wypadku istnieje nadal i zalicza się do aktywów spółki. Natomiast wygaśnięciu ulegają roszczenia wzajemne (na przykład o dywidendę lub o dopłaty) związane z udziałem, powstałe od momentu jego nabycia przez spółkę aż do chwili zbycia (umorzenia)[18]. Ustawa nie określa obecnie wynagrodzenia za umorzenie udziału dokonane dobrowolnie. Oczywiście nie można przyjmować, że w takim wypadku wynagrodzenie nie przysługuje, skoro art. 199 § 3 ksh generalnie, w przypadku wszystkich sposobów umorzenia, stanowi, iż umorzenie udziału bez wynagrodzenia może nastąpić jedynie za zgodą wspólnika[19]. O sposobie umorzenia, tj. z czystego zysku bądź poprzez obniżenie kapitału zakładowego, będzie mowa niżej.

Umorzenie przymusowe

Przymusowe umorzenie udziału może być dokonane bez zgody wspólnika. Wspólnik przystępujący do spółki, nabywając udziały lub je obejmując, jak to stwierdził swoją uchwałą Sąd Najwyższy, dokonuje aktu akceptacji treści umowy spółki. Jeżeli więc umowa spółki przewiduje umorzenie przymusowe, to wspólnik niejako *in blanco* i na przyszłość godzi się na to, że po spełnieniu określonych w umowie spółki warunków może zostać umorzony i jego udział[20].

[17] M. Rodzynkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 328.

[18] T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Łódź 1999, s. 221 i 223.

[19] R. Pabis, *Nowelizacja kodeksu spółek handlowych (cz. I)*, Prawo Spółek 2004, nr 3, s. 13.

[20] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1999 r. (III CZP 124/95).

Przymusowe umorzenie udziału jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy umowa spółki określa przesłanki i tryb przymusowego umorzenia udziału (art. 199 § 1 *in fine* ksh)[21]. **Klauzula umorzeniowa** w danym rodzaju umorzenia ma więc charakter szczegółowy, gdyż przesłanki umorzenia stanowią szczególny rodzaj blankietowej zgody, która może doprowadzić do usunięcia wspólnika ze spółki bez jego zgody[22]. Przesłanki umorzenia przymusowego nie wynikają z przepisów ksh i muszą zostać sprecyzowane w umowie spółki. W przypadku, gdy umowa spółki ogranicza się do ogólnego stwierdzenia, że udział wspólnika może być przymusowo umorzony, nie wskazując jednocześnie przesłanek umorzenia, realizacja procedury umorzenia nie będzie w spółce możliwa[23]. Jednakże wprowadzenie samego zapisu o możliwości istnienia instytucji przymusowego umorzenia udziału, a więc zamieszczenie w umowie spółki postanowienia nawet o charakterze ogólnym nie oznacza żadnego uszczuplenia praw wspólników[24], a wobec tego do podjęcia uchwały w przedmiocie umorzenia przymusowego udziałów nie ma zastosowania treść art. 246 § 3 ksh, przewidujący wymóg uzyskania indywidualnej zgody wspólnika. O owym uszczupleniu praw udziałowych wspólnika w rozumieniu art. 246 § 3 ksh można mówić jedynie w przypadku prawa przysługującego indywidualnie wspólnikowi w związku z posiadanym udziałem[25].

Przesłankę umorzenia przymusowego może stanowić: podjęcie przez wspólnika działalności konkurencyjnej, przejęcie kontroli nad wspólnikiem, którym jest spółka kapitałowa, nienależyte wykonywanie obowiązków związanych z uczestnictwem w spółce, upadłość wspólnika itp.[26] Na uwadze należy mieć również przypadki, kiedy działaniom spółki zmierzającym do umorzenia udziałów towarzyszy bardziej ogólny cel, np. chęć ograniczenia liczby wspólników, by następnie dokonać przekształcenia spółki w inny rodzaj spółki kapitałowej. Za mało precyzującą natomiast podstawą przymusowego umorzenia udziałów byłaby klauzula przewidująca jego dokonanie z „ważnych powodów", tak jak ma to miejsce w sytuacji tzw. wyłączenia wspólnika na podstawie

[21] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 423.

[22] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 20.

[23] M. Bielecki, *Problematyka przymusowego i automatycznego umorzenia udziałów w spółce z o.o*., Prawo Spółek 2008, nr 9, s. 3.

[24] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2005 r. (I ACa 683/04).

[25] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2008 r. (I ACa 351/08).

[26] M.A. Zaremba, *op.cit*., s. 75.

art. 266 § 1 ksh, gdzie ocena ważności przyczyn, od których zależy zastosowanie wspomnianej instytucji, należy do sądu[27]. Dlatego przyczyna umorzenia przymusowego powinna być określona jak najbardziej precyzyjnie, gdyż uchwała zgromadzenia wspólników o przymusowym umorzeniu udziału powinna zawierać powołanie się właśnie na **określoną w umowie spółki przyczynę** umorzenia przymusowego – poprzez wyraźne wymienienie w treści uchwały podstawy prawnej umorzenia (art. 199 § 2 zd. 1 ksh). Uchwała ta powinna nadto zawierać: wysokość wynagrodzenia przysługującego wspólnikowi za umorzony udział oraz uzasadnienie powzięcia uchwały o umorzeniu udziału (art. 199 § 2 zd. 2 ksh). Wskazane jest także odniesienie się w uzasadnieniu uchwały do ustalonej wysokości wynagrodzenia przyznanego wspólnikowi za umorzony udział[28]. Choć ustawodawca nie wskazuje, jakie elementy musi zawierać treść uzasadnienia powyższej uchwały, niewątpliwie treść uzasadnienia powinna być zwięzła i precyzyjna, gdyż wspólnik, któremu udziały zostały przymusowo umorzone, ma prawo na podstawie art. 249 § 1 ksh zaskarżyć uchwałę zgromadzenia wspólników do sądu, zaś uzasadnienie w trybie art. 249 ksh będzie podlegało ocenie sądowej. Błędem byłoby powoływanie powodów w uchwale, które nie stanowią zapisanej w umowie spółki przesłanki umorzenia czy też nadinterpretowanie określonych stanów faktycznych, celem dokonania ich subsumcji pod określoną przesłankę. Natomiast wskazane jest zaznaczenie, jakie konkretne zdarzenia dotyczące danego wspólnika odzwierciedlają zastosowaną podstawę umorzenia[29].

Umorzenie automatyczne

Umowa spółki może przewidywać, iż udział ulega umorzeniu w razie ziszczenia się określonego w umowie spółki zdarzenia (art. 199 § 4 i 5 ksh). Jest to

[27] I. Knurowska, *op.cit.*, s. 4. W literaturze przedmiotu przedstawia się różny podział przesłanek warunkujących umorzenie przymusowe. Np. przesłanki ogólne, przesłanki dotyczące osoby wspólnika, **przesłanki sankcyjne** oraz przesłanki niezależne od winy wspólnika. (Zob. szerzej M. Bielecki, *op.cit.*, s. 3). W tym miejscu należy wspomnieć o wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2008 r. (I ACa 351/08), który w sentencji stwierdził, iż brak jest argumentów przemawiających za tezą, że na gruncie ksh umorzenie przymusowe udziałów w spółce z o.o. nie może mieć charakteru sankcyjnego (przyczyny zawinione przez wspólnika). Umowa spółki zaś musi w sposób taksatywny i skonkretyzowany określać przesłanki przymusowego umorzenia udziałów.

[28] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 423.

[29] M. Bielecki, *op.cit*., s. 6.

umorzenie automatyczne (warunkowe). W przypadku ziszczenia się tego zdarzenia udział ulega umorzeniu bez konieczności powzięcia w tej sprawie uchwały zgromadzenia wspólników[30]. Zdarzenie to może być zaliczane do zdarzeń przyszłych pewnych bądź niepewnych (na przykład upływ określonego czasu, osiągnięcie przez udział określonej wartości nominalnej, wystąpienie w spółce straty)[31]. Umorzenie automatyczne udziału może być realizowane zarówno w trybie obniżenia kapitału zakładowego, jak i z czystego zysku spółki[32].

Umorzenie udziału z czystego zysku

Przepisy Kodeksu spółek handlowych art. 199 § 6 i 7 wyróżniają dwa tryby dokonania umorzenia udziału, wskazując na źródło, z którego będzie pochodzić ekwiwalent przyznany wspólnikowi w zamian za jego udział: umorzenie z czystego zysku[33] oraz poprzez obniżenie kapitału zakładowego[34].

---

[30] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 424.

[31] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 20.

[32] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 425.

[33] Ustawodawca nie definiuje pojęcia „czysty zysk". W literaturze przedmiotu przyjmuje się jednak, że chodzi tu o zysk z ostatniego roku obrotowego, który może być uzupełniony o zysk z lat ubiegłych, pod warunkiem, że zysk ten został objęty uchwałą zgromadzenia wspólników o podziale. W przypadku bowiem, gdy zysk uzyskano tylko w danym roku obrotowym, zaś wobec strat z lat ubiegłych stan finansowy spółki jest bliższy sytuacji powołanej w art. 233 ksh aniżeli faktycznej „rentowności", finansowanie z zysku mogłoby zostać uznane za naruszenie art. 189 § 2 ksh. Czysty zysk powinien być bowiem traktowany jako czysta nadwyżka nad kapitałem (zob. szerzej M. Bielecki, *op.cit*., s. 7). Niektórzy autorzy (por. m.in. W. Popiołek, *op.cit*., s. 262) dokonują podziału na czysty zysk *sensu stricto* i *sensu largo*. Czysty zysk *sensu stricto* oznacza zysk za ubiegły rok obrachunkowy, który jest przedmiotem rozporządzenia przez zgromadzenie wspólników. Czysty zysk *sensu largo* to zysk w sensie ścisłym, pierwotnie przeznaczony na fundusze spółki, takie jak kapitał rezerwowy, kapitał zapasowy, który następnie stanowi źródło finansowania umorzenia, oczywiście o ile umowa spółki zezwala na umorzenie (zob. szerzej W. Popiołek, *op.cit*., s. 262). Należy dodać, iż umorzenie z czystego zysku prowadzi do sytuacji, w której iloczyn liczby udziałów pozostałych po umorzeniu i ich wartości nominalnej daje kwotę mniejszą niż niezmieniona wysokość kapitału zakładowego, który nie został obniżony, mimo unicestwienia pewnej liczby udziałów umorzonych. Jak zaznaczył Sąd Najwyższy uchwałą z dnia 9 kwietnia 1997 r. (III CZP 15/97, OSNC 1997, nr 6–7, poz. 74), sytuacja taka jest prawidłowa i może być trwała, jednakże jest wówczas dopuszczalne dokonanie zmiany umowy spółki w celu dostosowania wartości nominalnej pozostałych nieumorzonych udziałów do niezmienionej wysokości kapitału zakładowego. *A contrario* w razie umorzenia z czystego zysku nie jest konieczne dokonywanie owej zmiany umowy spółki. (Zob. szerzej M. Rodzynkiewicz, *op.cit*., s. 331; S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 421).

[34] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 20.

Według dosyć jednolitego poglądu doktryny, ukształtowanego pod rządami Kodeksu handlowego, przez czysty zysk umożliwiający sfinansowanie umorzenia należało rozumieć nie tylko zysk bieżący, wynikający ze zweryfikowanego i zatwierdzonego przez zgromadzenie wspólników sprawozdania finansowego za ubiegły rok obrotowy, przeznaczony uchwałą zgromadzenia na umorzenie, ale także zysk z lat ubiegłych „zmagazynowany" w funduszach, takich jak kapitał zapasowy i kapitały rezerwowe[35]. Umorzenia udziału z czystego zysku można dokonać jedynie z wykazanego w sprawozdaniu finansowym (w bilansie oraz rachunku wyników) zysku spółki, a zatem ze środków własnych spółki, stanowiących „czystą" nadwyżkę nad kapitałem zakładowym spółki. Nie jest więc możliwe umorzenie udziału ze środków uzyskanych np. z pożyczki lub kredytu bankowego. W razie umorzenia udziału z czystego zysku nie następuje obniżenie kapitału zakładowego, nie dochodzi również do zmiany umowy spółki. Nie ma konieczności stosowania formy aktu notarialnego dla uchwały zgromadzenia wspólników o umorzeniu udziałów[36]. Przyjąć należy, że pod rządami ksh umorzenie może być finansowane z kapitałów zapasowego i rezerwowych, mimo że przepisy art. 199 § 5 i 6 operują tylko pojęciem „czysty zysk" jako źródłem finansowania umorzenia, podobnie jak to miało miejsce pod rządami Kodeksu handlowego[37]. W takim przypadku po umorzeniu udziału i wypłacie przysługującej wspólnikowi kwoty pieniężnej dana osoba przestaje być wspólnikiem (chyba że ma inne jeszcze udziały w spółce), natomiast suma wartości nominalnej udziałów wszystkich pozostałych wspólników jest niższa od kwoty kapitału zakładowego[38].

Umorzenie poprzez obniżenie kapitału zakładowego

Umorzenie połączone z obniżeniem kapitału zakładowego określane jest mianem „umorzenia zupełnego"[39]. W przypadku umorzenia poprzez obniżenie

[35] W. Popiołek, *op.cit*., s. 256.

[36] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 428.

[37] W. Popiołek, *op.cit*., s. 262.

[38] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 428. Szerzej na temat finansowania umorzenia udziałów z czystego zysku zob. A. Nowacki, *Finansowanie umorzenia udziałów*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 1, s. 29–31.

[39] M.A. Zaremba, *op.cit*., s. 73.

kapitału zakładowego konieczna będzie, poza uchwałą o umorzeniu, uchwała o zmianie umowy spółki, polegająca na obniżeniu jej kapitału zakładowego o łączną wartość nominalną umarzanych udziałów (art. 255 § 1 ksh), jak też przeprowadzenie postępowania konwokacyjnego (art. 264 § 1 ksh)[40]. Kapitał nie może być jednak obniżony poniżej poziomu wynikającego z art. 154 § 1 ksh. W przypadku, gdy umorzenie mogłoby skutkować naruszeniem art. 154 § 1 ksh, wspólnicy mogą rozważyć odpowiednie zastosowanie możliwości z art. 264 § 2 ksh, tj. jednocześnie podwyższyć kapitał[41]. Słusznie podnosi się, że przy finansowaniu umorzenia poprzez obniżenie kapitału zwykle suma uzyskana z obniżenia kapitału o nominalną wartość udziałów umarzanych nie wystarczy na zapłatę za te udziały, skoro art. 199 § 2 ksh wymaga zapłaty według wartości bilansowej. Z tych względów spółka powinna być przygotowana na finansowanie mieszane, tj. poprzez obniżenie kapitału zakładowego i z czystego zysku, choć nie można wykluczyć przypadków, kiedy wartość bilansowa będzie niższa od wartości nominalnej[42]. Należy również dodać, iż w razie umorzenia udziałów w trybie art. 199 § 4 i 5 ksh połączonego z obniżeniem kapitału zakładowego spółki zarząd, zgłaszając do sądu rejestrowego wniosek o wpis zmiany umowy spółki do rejestru, zamiast uchwały zgromadzenia wspólników przekazuje „oświadczenie wszystkich członków zarządu, w formie aktu notarialnego, o spełnieniu wszystkich warunków obniżenia kapitału zakładowego przewidzianych w ustawie i umowie spółki oraz w uchwale o obniżeniu kapitału zakładowego”[43].

Wynagrodzenie za umorzenie udziału

Przed nowelizacją ksh sprzed 2003 r. spłata dokonywana na rzecz wspólnika nie mogła być niższa od wartości księgowej udziału. Dzisiejsze brzmienie art. 199 § 2 zd. 2 ksh stanowi, że spłata nie może być niższa od wartości przypadających na udział aktywów netto, wykazanych w sprawozdaniu finansowym

[40] Instytucja obniżenia kapitału zakładowego uregulowana została w tytule III, dziale I, rozdziale IV ksh. Szerzej na temat całej procedury patrz J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 20; S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 727 i n.

[41] M. Bielecki, *op.cit*., s. 8.

[42] *Ibidem*.

[43] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 430.

za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do podziału między wspólników. Sprecyzowano, że odnosi się to wyłącznie do umorzenia przymusowego. Skoro wysokość spłaty w przypadku umorzenia dobrowolnego stanowi wynik porozumienia między wspólnikiem a spółką, stosowanie w tym zakresie art. 199 § 2 zd. 2 ksh jest zbędne[44]. Jest to tzw. minimalna wysokość wynagrodzenia za przymusowe umorzenie udziałów.

Ekonomicznie rzecz biorąc, wskutek umorzenia udziału zwrotowi podlega przede wszystkim kwota wpłaty na udział (wartość wkładu do spółki w celu pokrycia objętego udziału bądź cena nabytych udziałów) i jest ona wolna od podatku. Nie ma tu znaczenia, czy wpłaty dokonano w drodze wniesienia wkładu pieniężnego, czy niepieniężnego (aportu). Zwykle jest to suma odpowiadająca wartości nominalnej objętego udziału. Ponadto wspólnik zwykle otrzymuje różnicę między wartością bilansową i wartością nominalną umorzonego udziału. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1995 r.[45], „W przypadku gdy umowa spółki z o.o. przewiduje możliwość umorzenia udziałów, a nie zawiera postanowień co do odpłatności umorzenia, byłemu wspólnikowi przysługuje roszczenie o zapłatę ekwiwalentu według wartości bilansowej udziału także wówczas, gdy nie zaskarżył on uchwały zgromadzenia wspólników o umorzeniu udziałów i wypłacie ekwiwalentu według wartości nominalnej udziału”[46].

Otóż art. 199 § 2 zd. 2 ksh zawiera cały algorytm związany z obliczaniem wynagrodzenia za umorzony udział wspólnika. Ważnym elementem tej kwestii jest określenie chwili miarodajnej dla obliczenia wartości bilansowej: jest to koniec ostatniego roku obrotowego. Operacja pomniejszenia wartości przypadających na udział aktywów netto o kwotę przeznaczoną do podziału między wspólników stanowi konsekwencję przyjęcia za podstawę obliczania minimum spłaty umorzeniowej sytuacji z końca ostatniego roku obrotowego. Zapobiega ona dwukrotnemu otrzymaniu przez wspólnika dywidendy[47]. Należy pamiętać, że niedopuszczalne jest różnicowanie w uchwale zgromadzenia wspólników wartości wypłat dla poszczególnych wspólników (art. 20 ksh)[48].

---

[44] A. Opalski, *Umorzenie i nabycie własnych praw udziałowych*, Prawo Spółek 2004, nr 10, s. 11.

[45] III CZP 124/95, OSN 1996, nr 1, poz. 10.

[46] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 427.

[47] A. Opalski, *op.cit*., s. 12.

[48] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 24.

Wyjątek od zasady odpłatności za umarzane udziały stanowi art. 199 § 3 ksh, dopuszczający możliwość nieodpłatnego umorzenia udziału za zgodą wspólnika. W doktrynie słusznie przyjmuje się również, analogicznie do tego unormowania, możliwość ustalenia wynagrodzenia za umarzane udziały w wysokości niższej niż wartość bilansowa – jednak tylko wtedy, kiedy wspólnik wyrazi zgodę na takie rozwiązanie (*volenti non fit iniura*). W takich przypadkach środki, które miały być przeznaczone na wypłatę, pozostają w dyspozycji spółki[49].

Uwagi *de lege ferenda*

Wskutek umorzenia, jak było powiedziane wyżej, następuje prawne unicestwienie udziału. Prawo udziałowe wygasa i udział przestaje istnieć. Jeżeli wspólnik, którego udział umorzono, nie ma jeszcze innych udziałów w spółce, przestaje być wspólnikiem danej spółki[50]. W tym miejscu należy wskazać na zagadnienie praktyczne dla stosunków między wspólnikiem a spółką, mianowicie na moment umorzenia udziału. Kwestia ta nie ma większego znaczenia w przypadku umorzenia dobrowolnego (spółka umarza wtedy udziały własne) i automatycznego (w razie ziszczenia się warunku). Może ona jednak, wobec kategorycznego brzmienia art. 199 § 7 ksh, budzić pewne wątpliwości przy umorzeniu przymusowym. Najprostszym dopuszczalnym rozwiązaniem w tej materii jest uregulowanie momentu umorzenia *expressis verbis* już w samej umowie spółki, oczywiście z zastrzeżeniem wyjątku z art. 199 § 7 ksh. Jeżeli umowa spółki nie zawiera żadnych postanowień w tej kwestii, należy zastosować w tej sytuacji art. 61 kc. Przepis ten stanowi, że oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do innej osoby w taki sposób, że mogła ona zapoznać się z jego treścią[51].

Na koniec trzeba zaznaczyć, iż zgodnie z art. 188 § 3 ksh, po każdym wpisaniu do prowadzonej w spółce księgi udziałów zmian dotyczących osób wspólników oraz przysługujących im udziałów, zarząd spółki składa sądowi rejestro-

[49] *Ibidem*.

[50] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 423; M.A. Zaremba, *op.cit*., s. 71.

[51] J. Wiśniewski, *op.cit*., s. 25.

wemu podpisaną przez wszystkich członków zarządu nową listę wspólników, z wymienieniem liczby i wartości nominalnej udziałów każdego wspólnika[52].

THE PRACTICAL ASPECTS CONCERNING THE REDEMPTION OF SHARES IN THE PRIVATE LIABILITY COMPANY

Summary

The paper examines the grounds and the types of the redemption of shares in the private liability company under the Code of Commerce Companies of Poland. There are two main types of the redemption of shares: voluntary (gratuitous) and compulsory redemption and one sub-type – automatic redemption. The legal grounds of the application of the institution of redemption of shares are prescribed in art. 199 of the Code of Commerce Entities.

In particular, there are also two possibilities of the performance of the redemption of shares – the redemption by net profit and by the reducing of the share (nominal) capital of the Ltd. Author of the paper also elaborates about the aspect of the compensation for the redemption of shares.

Translated by Jurij Żelichowski

[52] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *op.cit*., s. 433.

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

MARTA BLOK
Uniwersytet Wrocławski

OŚWIADCZENIE O WSZCZĘCIU POSTĘPOWANIA NAPRAWCZEGO

Ustawą z dnia 28 lutego 2004 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 60, poz. 535 z późn. zm.) o postępowaniu upadłościowym i naprawczym[1] do prawa polskiego wprowadzone zostało postępowanie naprawcze. W kształcie, jaki nadała mu ta ustawa, jest to mało znane rozwiązanie w prawie polskim[2].

Postępowanie naprawcze charakteryzuje się tym, że ma je realizować sam przedsiębiorca jedynie przy udziale sądu i nadzorcy sądowego. W sporej części winno toczyć się poza sądem[3]. Poszczególne elementy tego postępowania musiały zatem zostać skonstruowane w taki sposób, aby zainteresowany przedsiębiorca sam mógł sobie poradzić z ich prawidłowym przeprowadzeniem.

Jednym z głównych założeń omawianego postępowania jest przywrócenie konkurencyjności na rynku przedsiębiorstwa, w którym jest ono przeprowadzane. Zdaniem D. Czajki, „zdolność konkurowania na rynku jest możliwa w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo ma trwałą zdolność płatniczą, procesy gospodarcze są rentowne, a wierzyciele mają zaufanie do kontrahenta, gdyż gwarantuje on

[1] Powoływana w dalszej części artykułu jako ustawa.

[2] Por. R. Adamus, *Postępowanie naprawcze – zagadnienia wybrane*, Gazeta Sądowa 2005, nr 12, s. 18; tak też M. Kuźniak, w: *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006, s. 25.

[3] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 1074 i n.; T. Hutor, *Nowe prawo upadłościowe i naprawcze. Poradnik praktyczny dla dłużników z wzorami pism procesowych*, Gdańsk 2004, s. 14 i n.

spłatę ich należności[4]". Za pomocą tego postępowania powinien zatem zostać osiągnięty zupełnie inny, szerszy cel aniżeli przy użyciu wcześniej znanych postępowań przeznaczonych dla przedsiębiorców borykających się z problemami finansowymi. W dotychczas znanych kształtach postępowań założeniem była albo likwidacja nierentownego przedsiębiorstwa, w przypadku postępowania upadłościowego, albo wyeliminowanie stanu zadłużenia, w przypadku postępowania układowego.

Powyższe kryteria, tak dalece odmienne od znanych nam rozwiązań, sprawiły, że postępowanie naprawcze jest bardzo specyficzną procedurą, na którą składają się lub też mają wpływ elementy z pozoru podobne do znanych nam z innych postępowań, a w istocie zupełnie od nich różne[5].

Zgodnie z art. 494 ust. 1 ustawy, przedsiębiorca zagrożony niewypłacalnością może złożyć w sądzie oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego, które powinno zawierać odpowiednio: imię i nazwisko przedsiębiorcy, jego nazwę albo firmę, miejsce zamieszkania lub siedzibę, a gdy przedsiębiorcą składającym oświadczenie jest spółka osobowa lub osoba prawna – reprezentantów spółki bądź osoby prawnej i likwidatorów – jeżeli są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania wspólników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczeń. Następnie należy oznaczyć miejsce, w którym znajduje się przedsiębiorstwo lub inny majątek przedsiębiorcy oraz wskazać okoliczności, które uzasadniają złożenie oświadczenia i je uprawdopodobnić. Wraz ze złożeniem w sądzie powyższego oświadczenia przedsiębiorca zobligowany jest do przedłożenia szeregu załączników (art. 23 ust. 1 ustawy)[6].

Powyższe oświadczenie jest instrumentem dość specyficznym w porównaniu z pozostałymi uregulowaniami w systemie prawa cywilnego. Jego wyjątkowość i niepowtarzalność pojawiają się począwszy od nazewnictwa, poprzez charakter prawny i treść, a zakończywszy na specyficznych możliwościach kontroli przez sąd. Jego wadą jest nadmierny formalizm, którego niedopełnienie skutkuje surową sankcją w postaci zwrotu oświadczenia bez wzywania do uzupełnienia braków. Poza tym należy dołączyć do niego szereg załączników. Spo-

[4] D. Czajka, *Postępowanie naprawcze*, Warszawa 2004, s. 39.

[5] M. Blok, *Układ w postępowaniu naprawczym*, Radca Prawny 2010, nr 2, s. 32.

[6] Załączniki te zostaną szerzej omówione w części dotyczącej treści oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego.

rządzenie niektórych z nich jest skomplikowane, czasochłonne i nierzadko kosztowne[7], co w sytuacji stanu „zagrożenia niewypłacalnością" i do tego w „niedługim czasie" skutecznie zniechęca do próby przeprowadzenia procedury naprawczej w potrzebującym tego przedsiębiorstwie.

Po siedmiu latach obowiązywania ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. „Postępowanie upadłościowe i naprawcze"[8] można stwierdzić, iż stosowanie regulacji prawnych dotyczących składania oświadczeń woli oraz kontrolowania ich przez sąd wzbudzało i nadal wzbudza wiele kontrowersji i wątpliwości. Dlatego też warto poddać gruntownej analizie problem tworzenia i składania oświadczeń o wszczęciu postępowania naprawczego.

Wszczęcie postępowania naprawczego – uwagi ogólne

Tylko przedsiębiorca ma prawo wszcząć postępowanie naprawcze. Może to zrobić osobiście lub przez pełnomocnika. Wszczęcie postępowania naprawczego jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem przedsiębiorcy[9], tak jak ma to miejsce w przypadku ustawowego obowiązku wszczęcia postępowania upadłościowego (art. 21 ust. 1 ustawy). Nie ma tutaj zatem żadnych sankcji związanych z brakiem reakcji na zaistnienie stanu zagrożenia niewypłacalnością. Reprezentant przedsiębiorcy nie musi obawiać się wdrożenia postępowania w sprawie orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, jak to się dzieje w przypadku spóźnienia się ze złożeniem w sądzie wniosku o ogłoszenie upadłości. Brak reakcji na pojawienie się stanu zagrożenia niewypłacalnością nie rodzi również odpowiedzialności karnej (por. art. 586 k.s.h.)[10]. R. Adamus wyraził pogląd, że nie można jednak wykluczyć tutaj odpowiedzialności cywilnej i porządkowej z tytułu niewszczęcia postępowania naprawczego. Ewentualne roszczenia przedsiębiorcy będącego osobą prawną wobec członka jej zarządu lub roszczenia wierzyciela wprawdzie są iluzoryczne z uwagi na trudności dowodowe, ale nie można ich wykluczyć. Zaniechanie zaś przeprowadzenia takie-

[7] M. Blok, *Bariery efektywności postępowania naprawczego*, Państwo i Prawo 2008, nr 11, s. 100–101.

[8] Dz.U. z 2009 r., nr 175 ust. 1361 – dalej powoływana jako ustawa.

[9] R. Adamus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, Warszawa 2010, s. 877.

[10] *Ibidem*, s. 878.

go postępowania, pomimo istnienia ku temu odpowiednich warunków, mogłoby być podstawą odwołania z pełnienia funkcji w zarządzie, w przypadku przedsiębiorców będących osobami prawnymi (np. może to stanowić ważny powód w rozumieniu art. 203 § 2 k.s.h.)[11].

Uprawnienie do złożenia w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego jest znacznie bardziej ograniczone niż w przypadku możliwości zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Skorzystać może z niego bowiem tylko zainteresowany przedsiębiorca. Nie ma takiej możliwości, jak to ma miejsce w postępowaniu upadłościowym, wierzyciel. Omawianego oświadczenia nie może złożyć za przedsiębiorcę prokurator, sąd (zarówno postępowanie naprawcze, jak i upadłościowe mogą zostać wszczęte jedynie na wniosek – sąd nie ma tutaj możliwości działania z urzędu). Brak uprawnień do złożenia oświadczenia odnosi się również do akcjonariuszy, udziałowców, organu założycielskiego itp.[12] Uprawnień takich nie przyznano też ministrowi właściwemu do spraw Skarbu Państwa w stosunku do jednoosobowej spółki Skarbu Państwa (por. art. 20 ust. 3 pkt 3 i 4 ustawy)[13]. Nie może również złożyć takiego oświadczenia osoba prowadząca cudze sprawy bez zlecenia[14]. Tylko zainteresowany przedsiębiorca, spodziewając się trudności finansowych jest uprawniony do skierowania do sądu oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego. W przypadku przedsiębiorców będących osobami prawnymi i jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej do wszczęcia postępowania naprawczego wymagane jest złożenie oświadczenia przez osoby uprawnione do reprezentacji tego przedsiębiorcy. Tym samym nie jest dopuszczalne wyjątkowe działanie w tym zakresie wbrew obowiązującym zasadom reprezentacji, np. przy dwuosobowej reprezentacji spółki złożenie oświadczenia tylko przez jednego z reprezentantów[15]. Nie znajduje tutaj bowiem odpowiedniego zastosowania art. 21 ust. 2 ustawy, na mocy którego obowiązek złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego spoczywa na każdym, kto ma prawo reprezentować dłużnika sam lub łącznie z innymi osobami. W postępowaniu upadłościowym obowiązek ten ciąży zatem na każdym z reprezentantów indy-

[11] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze...*, s. 72.

[12] D. Czajka, *op.cit.*, s. 105.

[13] S. Gurgul, *op.cit.*, s. 1079.

[14] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze w świetle ustawy – prawo upadłościowe i naprawcze*, Bydgoszcz–Katowice 2005, s. 72.

[15] *Ibidem*, s. 71; *idem*, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 878.

widualnie, niezależnie od sposobu reprezentacji (np. w przypadku tzw. reprezentacji łącznej)[16].

Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego obligatoryjnie winno zostać sporządzone w formie pisemnej. Choć złożenie w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego jest jedną z niezbędnych przesłanek dla zainicjowania omawianego postępowania, to nie jest to czynność procesowa porównywalna ze złożeniem pozwu w przypadku postępowania procesowego czy też wniosku w postępowaniu nieprocesowym. Sąd na skutek złożenia tego oświadczenia nie wydaje postanowienia o wszczęciu postępowania[17], nie odrzuca oświadczenia ani też nie oddala go. Sąd ma możliwość jedynie wydania postanowienia zakazującego wszczęcia postępowania naprawczego. Rozwiązanie to wynika z normy art. 494 ust. 3 ustawy. Jest to konstrukcja specyficzna, niemieszcząca się w systemie polskiego postępowania cywilnego[18].

Wszczęcie postępowania naprawczego składa się z dwóch etapów: pierwszy polega na złożeniu w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego i kontroli tego oświadczenia przez sąd (art. 494 ustawy), drugi etap to ogłoszenie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego w Monitorze Sądowym i Gospodarczym[19]. Niniejsze opracowanie skupia się głównie na kwestiach związanych z oświadczeniem o wszczęciu postępowania naprawczego. Pozostałe zagadnienia, jakkolwiek bardzo istotne dla przebiegu procedury naprawczej, znacznie wykraczają swoją tematyką poza ramy niniejszej pracy i dlatego zostaną jedynie zasygnalizowane w ujęciu ich bezpośredniego powiązania z omawianym oświadczeniem.

Charakter prawny oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego

Pismo inicjujące postępowanie naprawcze na mocy art. 494 ust. 1 ustawy zostało nazwane „oświadczeniem o wszczęciu postępowania naprawczego". Nie nazwano go wnioskiem, gdyż zgodnie z pierwotnym zamierzeniem ustawodaw-

[16] A. Jakubecki, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 67.

[17] K. Kohutek, *Wszczęcie postępowania naprawczego*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 1, s. 16.

[18] J. Sawiłow, *Postępowanie naprawcze jako nowa, sui genesis instytucja prawa upadłościowego. Wybrane zagadnienia*, Prawo Spółek 2004, nr 1, s. 53.

[19] F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, Warszawa 2009, s. 233.

cy to sam przedsiębiorca miał wszczynać i prowadzić postępowanie naprawcze. Oświadczenie to miało być jednostronnym oświadczeniem woli o wszczęciu postępowania naprawczego. Skutki prawne wszczęcia postępowania naprawczego miały nastąpić dopiero od daty publikacji oświadczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. W przyjętej ostatecznie wersji ustawy o postępowaniu upadłościowym i naprawczym wprowadzono wstępną kontrolę sądu. Nie zmieniło to jednak głównego założenia, iż omawiane postępowanie w zasadniczej mierze ma się odbywać poza sądem[20]. W świetle wspomnianych wyżej konsekwencji związanych ze złożeniem w sądzie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego pojawia się pytanie o charakter prawny tego oświadczenia. Czy jest to czynność materialna, formalna, czy też nieznana do tej pory konstrukcja, zawierająca w sobie zarówno elementy materialne jak i formalne? Problem ten jest o tyle istotny, że ma niebanalne znaczenie dla ustawowego czternastodniowego terminu do zakazania przez sąd wszczęcia postępowania naprawczego (art. 494 ust. 3 ustawy).

Zagadnienie związane ze składaniem oświadczeń woli zostało uregulowane w przepisach ogólnych Kodeksu cywilnego. Zgodnie z treścią art. 60 k.c., „Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)". Oświadczenie woli jest procesem, który zachodzi w psychice osoby składającej je[21]. Decyzja, będąca aktem woli, musi zostać uzewnętrzniona, aby można było mówić o oświadczeniu woli. Oświadczenie woli jest zatem przejawem woli, który wyraża zamiar wywołania skutku prawnego w postaci powstania, zmiany lub ustania stosunku cywilnoprawnego[22]. Oświadczenie woli jest procesem, na który składa się przede wszystkim akt woli i jego uzewnętrznienie. Z oświadczeniami woli mamy do czynienia na co dzień i większość z nich pozostaje poza zainteresowaniami prawa. W takim razie, aby wola miała znaczenie prawne, musi zo-

[20] I. Dukiel, J. Pałys, *Postępowanie naprawcze w razie zagrożenia niewypłacalnością. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 44 oraz powołany tam druk sejmowy nr 809 z dnia 28.08.2002 r.

[21] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 256.

[22] M. Niedośpiał, *Testament w polskim prawie cywilnym, zagadnienia ogólne*, Bielsko-Biała 1999, s. 31.

stać ujawniona z zamiarem wywołania określonych skutków prawnych[23]. Oświadczenie woli pozostające w kręgu zainteresowania prawnego nie ogranicza się jedynie do zakomunikowania drugiej osobie tego, do czego się dąży lub czego się chce. Jest to konstrukcja normatywna, stanowiąca nieodzowny element nadania waloru prawnego aktowi woli. Istotną jego cechą jest zawsze chęć wywołania skutku prawnego, powołania do życia stosunku prawnego. W literaturze odnajdujemy oświadczenie woli zdefiniowane jako akt prawny konstrukcyjnie zawsze różniący się od woli wewnętrznej, ponieważ tkwi w nim niejako immanentnie element prawotwórczy[24]. Oświadczeniem woli jest zatem każde zachowanie się podmiotu prawa cywilnego, które ujawnia w sposób dostateczny wolę tego podmiotu wywołania skutków w sferze prawa cywilnego[25], tj. ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku cywilnoprawnego[26].

Nie ma znaczenia forma uzewnętrznienia woli, byle była zrozumiała dla adresata. Może się to zatem odbyć ustnie, pisemnie lub elektronicznie (z zastrzeżeniem możliwości identyfikacji i autoryzacji oświadczenia złożonego w formie elektronicznej). Ujawnienie woli może nastąpić także w sposób dorozumiany przez jakiekolwiek zachowanie się, uzewnętrzniające tę wolę w sposób umożliwiający zrozumienie jej, a więc albo wyraźnie, albo dorozumianie przez jakiekolwiek zachowanie się (z użyciem słów lub bez – potakiwaniem, mimiką, gestami, czynem), które w okolicznościach towarzyszących w sposób dostatecznie zrozumiały wyraża wolę wywołania skutków prawnych objętych treścią czynności prawnej[27]. Może się jednak zdarzyć, że w odniesieniu do czynności prawnych przepisy szczególne z różnych względów wprowadzają formę specjalną.

Sposób wyrażania woli określony w art. 60 k.c. jest bardzo ogólny, by miał zastosowanie w jak największej ilości przypadków. Jednakże, jeżeli ustawa

---

[23] Por. A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1972, s. 232.

[24] B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1973, s. 14 oraz powołana tam literatura.

[25] M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2006, s. 32.

[26] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit.*, s. 256.

[27] Tak SN w uzasadnieniu wyroku z 28 września 1993 r., I CRN 74/93, OSNCP 7-8/94, poz. 162. W zakresie formy ujawniania oświadczeń woli Sąd Najwyższy wypowiadał się m.in. w orzeczeniach: z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/2005, Biul. SN nr 2, 2000 r.; z dnia 15 maja 1980 r.; II CR 110/80, OSNCP nr 11, poz. 222, 1980 r., z dnia 5 lutego 1998 r., III CZP, 71/97, OSNC nr 9, poz. 131, 1998 r.; z dnia 28 lutego 1998 r., III CKN 531/97, OSNC nr 1, poz. 13, 1999 r.

przewiduje określoną formę wyrażenia oświadczenia woli danej czynności prawnej, to przepis ten nie jest wystarczający. Jeżeli zatem przedsiębiorca, podczas rozmowy biznesowej, powiadomi swoich kontrahentów o tym, że zamierza wdrożyć w swoim przedsiębiorstwie postępowanie naprawcze i jednocześnie nie złoży stosownego pisma we właściwym sądzie, to postępowanie takie nie zostanie wszczęte. Ujawnienie woli w inny sposób, np. pisemne powiadomienie o tym fakcie innych przedsiębiorców, będzie niewystarczające i jako takie nie wywoła skutków prawnych. Zgodnie z treścią art. 61 § 1 k.c. zdanie pierwsze, „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią".

Rozważając istotę oświadczenia woli trzeba zaznaczyć, że czym innym jest owo oświadczenie, a czym innym czynność prawna[28]. Oświadczenie woli czy też jego forma są częściami czynności prawnej i (poza nielicznymi wyjątkami, np. testamentu holograficznego lub ustnego) nie można pomiędzy nimi stawiać znaku równości[29]. Choć w literaturze pojawiały się zdania przeciwne[30], to jednak znakomita większość doktryny prawniczej opowiada się za rozgraniczeniem pojęć „oświadczenie woli" i „czynność prawna"[31]. Powołać się tutaj również należy chociażby na racjonalność ustawodawcy, który nie używa różnych terminów dla oznaczenia tego samego desygnatu. Oświadczenie woli jest podstawowym elementem czynności prawnej, jednak czynnością prawną samą w sobie nie jest. Czynnością prawną jest stan faktyczny, „w skład którego wchodzi co najmniej jedno oświadczenie woli, stanowiące uzewnętrznioną decyzję podmiotu prawa cywilnego wywołania określonych skutków cywilnoprawnych, z którym to stanem faktycznym ustawa wiąże skutki wyrażone w tym oświadczeniu, a także skutki prawne oświadczeniem woli objęte, lecz wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów.

[28] K. Osajda, *Testamenty wspólne*, Warszawa 2005, s. 66.

[29] M. Gutowski, *op.cit.*, s. 26.

[30] A. Szpunar, *Uwagi o pojęciu czynności prawnej*, PiP 1974, nr 12, s. 9 i n.; por. także R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 16.

[31] Por. S. Grzybowski, w: *System prawa cywilnego*, t. I. *Część ogólna*, Wrocław 1985, s. 479 i n.; A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 73 i n.; Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. II. *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 32; K. Osajda, *op.cit.*, s. 66 i n.; A. Wolter, *Problematyka ogólna czynności prawnych w kodeksie cywilnym*, PiP 1964, nr 11, s. 670.

(...) Czynność prawna[32] to takie zdarzenie prawne, które polega na świadomym zachowaniu się osoby fizycznej (organu osoby prawnej), w którym przejawia się dążenie do osiągnięcia określonych skutków cywilnoprawnych"[33]. Czynność prawna jest zdarzeniem powodującym powstanie, zmianę lub wygaśnięcie stosunków prawnych[34]. Aby zatem konkretna czynność prawna doszła do skutku, muszą być zrealizowane wszystkie elementy, które przewiduje dla niej norma prawna. Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego winno więc zawierać oświadczenie woli wszczęcia postępowania naprawczego w celu sanacji przedsiębiorstwa. Jednakże oprócz oświadczenia woli przedsiębiorca musi także spełnić warunki przewidziane w art. 492 ust. 1 ustawy. Nie mogą w stosunku do niego wystąpić przesłanki negatywne wymienione w art. 492 ust. 3 pkt 1–5 ustawy. Jeżeli oświadczeniodawca dodatkowo przedstawi plan naprawczy, z którego będzie wynikało, iż restrukturyzacja jest zasadna, a sąd nie zakaże wszczęcia postępowania naprawczego, to będzie można opublikować oświadczenie w MSiG, co wreszcie będzie skutkować wszczęciem postępowania naprawczego.

Samo oświadczenie woli oraz czynności poczynione przez przedsiębiorcę nie są wystarczające do wszczęcia postępowania naprawczego. Do skutecznego zainicjowania tej procedury wymagana jest bowiem kontrola sądu[35]. Jakkolwiek wolą ustawodawcy było maksymalne uproszczenie postępowania naprawczego – dlatego jego znaczna część odbywać się ma poza sądem – to jednak oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego kieruje się do sądu, a nie do poszczególnych wierzycieli. Z tego też względu oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego jest również czynnością procesową. Na gruncie prawa procesowego odpowiednikiem czynności prawnych w prawie materialnym są czynności procesowe[36].

---

[32] Więcej na temat czynności prawnej m.in. w: A. Szpunar, *O konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, Państwo i Prawo 1986, nr 5; D. Szostek, *Czynność prawna a środki komunikacji elektronicznej*, Kraków 2004; M. Gutowski, *op.cit.*; M. Niedośpiał, *Swoboda czynności prawnych*, Bielsko-Biała 2004.

[33] A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit.*, s. 253 oraz powołana tam literatura.

[34] S. Grzybowski, w: *System prawa cywilnego...*, s. 484.

[35] Więcej na ten temat: M. Blok, *Sądowa kontrola oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego*, Państwo i Prawo 2010, nr 9, s. 93–105.

[36] Por. Z. Świeboda, *Czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1990, s. 37; *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2008, s. 11 i n.

Kodeks postępowania cywilnego wielokrotnie posługuje się pojęciem czynności procesowej, jednakże w żadnym z jego przepisów nie została zawarta definicja tej czynności[37]. Dlatego też w literaturze przedmiotu podejmowano liczne próby zdefiniowania czynności procesowej[38]. Z. Świeboda, szeroko przedstawiając poglądy dotyczące „istoty czynności procesowej"[39], ostatecznie dochodzi do wniosku, iż „w pojęciu czynności procesowej powinno się uwzględniać działania podmiotów biorących udział w procesie, odnoszące według obowiązujących przepisów procesowych skutek prawny dla procesu cywilnego. Naturalnie te działania (czynności) powinny być dokonane w prawem przewidzianej formie"[40]. Również J. Mokry sformułował definicję czynności procesowej, zgodnie z którą „czynnościami procesowymi są uświadomione i celowe zachowania się podmiotów postępowania cywilnego podejmowane na podstawie przewidzianych przez obowiązującą ustawę procesową uprawnień lub w wypełnianiu obowiązków procesowych, w formie procesowej i dla wywołania określonych skutków prawnych również przez ustawę unormowanych"[41]. Autor ten kładzie nacisk na uświadomione i dowolne zachowanie, stanowiące przejaw nieskrępowanej woli podmiotu dokonującego czynności prawnej. Wola nie może jednak stanowić samodzielnego elementu definicji czynności procesowej, gdyż w postępowaniu cywilnym – oprócz oświadczeń woli – na czynności procesowe składają się również oświadczenia wiedzy[42].

Czynności procesowe są podstawowymi elementami całego postępowania cywilnego. Czynności postępowania dzielą się na czynności procesowe i czynności egzekucyjne. Istotne znaczenie dla czynności postępowania ma forma ich dokonania. Obowiązująca w postępowaniu cywilnym zasada formalizmu nakłada na uczestników tego postępowania obowiązek dokonywania czynności w przewidzianej przez prawo formie. Jeżeli podmiot postępowania wykona

[37] E. Rudkowska-Ząbczyk, *Pisemne czynności procesowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2008, s. 13 i n.

[38] J. Mokry, *Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 1993, s. 53.

[39] Z. Świeboda, *op.cit.*, s. 7–25 oraz powołana tam literatura.

[40] *Ibidem*, s. 23.

[41] J. Mokry, *op.cit.*, s. 55.

[42] *Ibidem*, s. 55–56.

czynność, uchybiając przepisanej dla tej czynności formie, to nie będzie to czynność procesowa[43].

Czynności procesowe[44] dzielą się na czynności organów procesowych i czynności uczestników postępowania[45]. Zainteresowany przedsiębiorca musi mieć zatem wolę zainicjowania postępowania naprawczego, dzięki czemu stanie się uczestnikiem postępowania. Wszczęcie postępowania naprawczego zaś umożliwi mu skorzystanie z uprawnień zawartych w postępowaniu naprawczym.

Reasumując powyższe rozważania, oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego jest czynnością prawną[46], której elementem jest oświadczenie woli przedsiębiorcy, z tą jednak różnicą, że dniem otwarcia tego postępowania jest data ogłoszenia obwieszczenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym[47]. Warunkiem prawnej skuteczności ogłoszonego oświadczenia jest jego dokonanie po upływie terminu, w którym sąd ma prawo wydać postanowienie o zakazie wszczęcia tego postępowania (art. 495 ust. 2 ustawy)[48]. Jednakże, aby oświadczenie to odniosło skutki prawne, wymagane jest równoległe zaistnienie również innych przesłanek, takich jak posiadanie zdolności naprawczej, tzn. zainteresowany podmiot musi być przedsiębiorcą (osobą fizyczną lub prawną prowadzącą działalność gospodarczą) zagrożonym stanem niewypłacalności[49]. Zdolność naprawcza przedsiębiorcy zakłada uprzednie istnienie jego zdolności prawnej jako podmiotu prawa cywilnego. Podmiot ten musiał mieć bowiem najpierw zdolność do zaciągania zobowiązań. Może on zawrzeć układ naprawczy z wierzycielami, obejmujący tylko jego własne długi ze stosunku zobowiązaniowego, którego jest stroną (niekiedy także z powodu własnego stosunku

[43] W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 77.

[44] Więcej na temat problematyki czynności procesowej m.in. w: S. Dalka, *Czynności procesowe stron w procesie cywilnym*, Palestra 1975, nr 9; J. Mokry, *Odwołalność czynności procesowych w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1973; *idem*, *Wykładnia procesowych oświadczeń w sądowym postepowaniu cywilnym*, Studia Cywilistyczne 1975, t. XXV–XXVI; *idem*, *Czynności procesowe podmiotów dochodzących ochrony praw w postępowaniu cywilnym*, Wrocław 1993; W. Siedlecki, *Czynności procesowe*, Państwo i Prawo 1951, nr 11.

[45] W. Broniewicz, *op.cit.*, s. 76 i n.

[46] J. Sawiłow, *op.cit.*, s. 52.

[47] D. Czajka, *op.cit.*, s. 105.

[48] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 682.

[49] *Ibidem*, s. 20.

odpowiedzialności, jeżeli za cudze długi odpowiada się swoim majątkiem)[50]. Nie mogą także wystąpić przesłanki negatywne, o których mowa w art. 492 ust. 3 ustawy. Podmiot, któremu przysługuje atrybut zdolności naprawczej, powinien posiadać też zdolność sądową (tj. zdolność do występowania przed sądem w charakterze strony lub uczestnika postępowania)[51]. Jest to niezbędne, gdyż do wszczęcia postępowania naprawczego wymagane jest również wystąpienie przesłanek formalnoprawnych, czyli prawidłowe złożenie wszystkich wymaganych ustawą oświadczeń i załączników. Z tych też względów należy przychylić się do stanowiska J. Sawiłow, iż omawiane oświadczenie ma mieszaną konstrukcję prawną, z tym, że w zasadzie pierwszeństwo trzeba przyznać cechom materialnoprawnym, jako budującym jego istotę, natomiast kwestie formalnoprawne mają postać pomocniczą[52]. Specyfika tej konstrukcji powoduje też niespotykane do tej pory w postępowaniu cywilnym konsekwencje proceduralne związane z kontrolą sądu.

Właściwość sądu

Zgodnie z art. 493 ustawy, w zakresie nieuregulowanym w części dotyczącej postępowania naprawczego stosuje się odpowiednio tytułu drugiego części pierwszej, tj. przepisy w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Tam też, tj. w art. 18 i 19 ustawy, należy szukać odpowiedzi na pytanie o właściwość sądu do rozpoznania oświadczenia. Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego należy złożyć do sądu rejonowego – sądu gospodarczego, który jest właściwy do rozpoznania sprawy o ogłoszenie jego upadłości[53]. Sąd rozpoznaje sprawę w składzie trzech sędziów zawodowych (art. 18 ustawy). Zbyt ogólne odesłanie do odpowiedniego stosowania wyżej wymienionego tytułu regulującego przepisy dotyczące postępowania upadłościowego sprawiło,

[50] R. Adamus, *Prawo naprawcze przedsiębiorcy*, Warszawa 2009, s. 142.

[51] Pojęcie zdolności sądowej nie ogranicza się tylko do procesu cywilnego, ale odnosi się także do innych postępowań, w tym postępowania nieprocesowego – por. Ł. Błaszczak, *Podmiotowość procesowa jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi oraz innych struktur organizacyjnych z perspektywy art. 64 k.p.c.*, Acta Universitatis Wratislaviensis, No 3048, Wrocław 2008, s. 11.

[52] J. Sawiłow, *op.cit.*, s. 51; R. Adamus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 878.

[53] F. Zedler, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 1156.

że trzyosobowy skład sędziów zawodowych prowadzi sprawy naprawcze od samego początku, łącznie z czynnościami wstępnymi, co spotkało się z uzasadnioną krytyką, gdyż niepotrzebnie może prowadzić do nadmiernego obciążenia sędziów i przedłużania całego postępowania[54].

Do rozpoznania spraw o wszczęcie postępowania naprawczego właściwy jest sąd upadłościowy właściwy dla zakładu głównego przedsiębiorstwa. W przypadku, gdy przedsiębiorca ma zakłady w obszarach właściwości różnych sądów i trudno ustalić, który z nich jest zakładem głównym, przyjmuje się, iż właściwy jest każdy z tych sądów. Jeżeli zaś przedsiębiorca nie ma przedsiębiorstwa w Rzeczypospolitej Polskiej, właściwy jest sąd miejsca zamieszkania lub siedziby przedsiębiorcy. Jeżeli zainteresowany wszczęciem postępowania naprawczego nie ma ani miejsca zamieszkania, ani siedziby w Rzeczypospolitej Polskiej, to właściwy jest sąd, w którego obszarze znajduje się majątek przedsiębiorcy. Artykuł 19 ust. 1 i 3 ustawy reguluje właściwość miejscową sądu w zakresie rozpoznawania spraw o ogłoszenie upadłości, a przez odpowiednie zastosowania również o wszczęcie postępowania naprawczego. Właściwość w tej materii uregulowana jest normą o charakterze bezwzględnie obowiązującym[55]. Oznacza to, że zawierając umowę, strony nie mogą uzgodnić, iż w przypadku wszczęcia postępowania naprawczego sądem właściwym będzie sąd inny, aniżeli zostało to wskazane w ustawie. Takie uzgodnienia z mocy prawa są nieważne. Dopiero brak jednego z powyższych warunków skutkuje tutaj zastosowaniem innego[56]. Gdyby na podstawie tych kryteriów nie można było ustalić właściwości miejscowej w przedmiocie wszczęcia i przeprowadzenia postępowania naprawczego, wówczas – na wniosek przedsiębiorcy – Sąd Najwyższy oznaczy sąd, do którego należy złożyć oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego. Tak określona właściwość miejscowa sądu jest właściwością wyłączną, co oznacza, że przedsiębiorca nie może umówić się z wierzycielami, iż złoży oświadczenie do innego sądu[57]. W postępowaniu naprawczym szczególnie istotne jest prawidłowe ustalenie sądu właściwego. Dla zainteresowanego podmiotu wszczęciem takiego postępowania prawidłowe określenie sądu ma znaczenie z uwagi na czas i jego „stan zagrożenia niewypłacalnością". Przeka-

[54] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 54.

[55] S. Ociessa, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 65.

[56] Tak też A. Jakubecki, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 56.

[57] Z. Świeboda, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 46.

zywanie oświadczenia pomiędzy sądami, na skutek błędnego wskazania sądu, może się bowiem okazać długotrwałe i niejako „przyczynić się" do powstania niewypłacalności, gdyż zainteresowany składałby w kolejnych sądach to samo oświadczenie, zamiast szybko i skutecznie przeprowadzać procedurę sanacyjną. Sam sąd, badając oświadczenie, musi skoncentrować się na ustalaniu właściwości z uwagi na prekluzyjny czternastodniowy termin do wydania ewentualnego postanowienia o zakazie wszczęcia postępowania naprawczego (art. 494 ust. 3 ustawy).

Termin skontrolowania oświadczenia

W świetle powyższych rozważań należy zastanowić się nad problemem złożenia oświadczenia w sądzie niewłaściwym, w kontekście czternastodniowego terminu dla zakazania wszczęcia postępowania naprawczego. Biorąc pod uwagę brzmienie przepisu art. 494 ust. 3 ustawy, należy dojść do wniosku, że po upływie wyżej wskazanego terminu sąd nie może wydać postanowienia zakazującego wszczęcie postępowania naprawczego. Jeżeli takie postanowienie zostałoby wydane, to powinno zostać uchylone w drodze postępowania zażaleniowego[58]. Zdaniem S. Gurgula, postanowienie wydane po upływie tego terminu należy traktować jako postanowienie dotknięte nieważnością, które sąd drugiej instancji powinien uwzględnić z urzędu[59]. Wydanie postanowienia zakazującego wszczęcia postępowania naprawczego po upływie prekluzyjnego czternastodniowego terminu nie będzie miało wpływu na bieg tego postępowania[60]. Jeżeli zaś sąd wyda w terminie postanowienie zakazujące wszczęcia postępowania naprawczego, to przedsiębiorcy będzie przysługiwało zażalenie (art. 494 ust. 3 ustawy)[61].

Część autorów zasugerowała, aby czternastodniowy bieg terminu rozpoczynał się z chwilą złożenia oświadczenia do sądu właściwego bądź aby sąd niewłaściwy dokonywał wszelkich czynności sprawdzających, a także wydał

[58] S. Minkus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 806 i n.

[59] S. Gurgul, *op.cit.*, s. 1080.

[60] F. Zedler, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 1157.

[61] Więcej na ten temat: R. Adamus, *Prawo naprawcze przedsiębiorcy*, s. 256 i n. oraz powołana tam literatura; M. Blok, *Postępowanie naprawcze w świetle ustawy o prawie upadłościowym i naprawczym, a praktyczna jego realizacja*, Radca Prawny 2006, nr 5, s. 67 i n.

ewentualne orzeczenie w przedmiocie zakazania wszczęcia postępowania naprawczego (art. 200 § 3 k.p.c.) i dopiero po stwierdzeniu braku podstaw do orzeczenia zakazu oraz po upływie ustawowego terminu stwierdzałby swoją niewłaściwość i przekazywałby sprawę do sądu właściwego[62]. Pierwsze rozwiązanie byłoby zgodne z teorią materialnoprawnego charakteru oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego jako oświadczenia woli przedsiębiorcy. W rozpatrywanym przypadku, mając na uwadze normę art. 61 § 1 k.c., czternastodniowy termin powinien być liczony od daty wpłynięcia oświadczenia do sądu właściwego[63]. Teoretycznie zatem art. 200 § 3 k.p.c. nie powinien mieć tutaj zastosowania, nie byłoby bowiem potrzeby, aby sąd niewłaściwy podejmował jakiekolwiek czynności poza przekazaniem sprawy według właściwości. Tak dalekiej interpretacji nie zaaprobował jednak Sąd Najwyższy, który stwierdził, iż przepis art. 35 w zw. z art. 493 prawa upadłościowego i naprawczego nie wyłącza stosowania art. 200 § 3 k.p.c.[64] W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Najwyższy postawił tezę, iż termin czternastodniowy, o którym mowa w art. 494 ust. 3 ustawy, powinien być liczony od daty wpływu do sądu właściwego. Jednocześnie wykluczył odpowiednie stosowanie w takim przypadku art. 165 § 2 i 3 k.p.c.[65] Na poparcie swojego stanowiska Sąd Najwyższy przytoczył siedem argumentów. Po pierwsze, przepisy art. 165 § 2 i 3 k.p.c. pozwalają stronie na wykorzystanie całego terminu zastrzeżonego do skutecznego dokonania przez nią czynności. W związku z tym unormowaniem adresatem owej regulacji jest strona, a nie sąd. Wspomniane przepisy nie dotyczą terminu dochowania czynności przewidzianych dla sądu. Po drugie, konstrukcja omawianego przepisu oznacza, że termin do dokonania czynności przez strony jest zastrzeżony na korzyść strony. Natomiast w wypadku składania przez stronę oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego taka sytuacja nie zachodzi, skuteczne złożenie bowiem wspomnianego wyżej oświadczenia nie jest uzależnione od zachowania jakiegoś terminu. Po trzecie, termin czternastodniowy wskazany dla sądu w art. 494 ust. 3 ustawy powinien pozwolić na me-

---

[62] Tak R. Adamus, *Postępowanie...*, s. 73; I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 46.

[63] J. Sawiłow wysunął jeszcze dalej idące wnioski, powołując się bowiem na tzw. teorię zapoznania się wskazał, że do skutecznego złożenia oświadczenia woli wymagane jest, aby adresat – tutaj sąd pełniący funkcje kontrolne – faktycznie zapoznał się z treścią oświadczenia. Zatem nie data zarejestrowania w sądzie oświadczenia, ale data zapoznania się przez sędziego z treścią oświadczenia byłaby datą wszczynającą bieg terminu do zakazu wszczęcia postępowania. Tak dalekie stanowisko nie zyskało aprobaty w doktrynie.

[64] Uchwała Sądu Najwyższego z 23 października 2007 r., sygn. akt III CZP 89/2007, OSNC 2008, nr 11, poz. 123.

[65] Inaczej S. Gurgul, *op.cit.*, s. 1018.

rytoryczną ocenę oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego w terminie określonym w ustawie. Przedstawienie innego poglądu mogłoby doprowadzić do zróżnicowania rzeczywistego okresu badania oświadczenia przez sąd w zależności od tego, czy oświadczenie byłoby składane w biurze podawczym sądu, czy przesyłane pocztą. W sytuacji nadania pisma na poczcie, w skrajnych przypadkach w momencie wpływu do sądu przesyłki zawierającej oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego sąd byłby już pozbawiony możliwości jego kontroli. Po czwarte, Sąd Najwyższy wskazał, że w procedurze cywilnej można odnaleźć szereg przepisów przewidujących znacznie krótsze terminy dokonywania określonych czynności przez sądy, np. trzydniowy (rozpoznanie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności – art. 781^1 k.p.c.), siedmiodniowy (tydzień na uzasadnienie postanowienia – art. 357 § 3 i rozpoznanie wniosku o udzielenie zabezpieczenia – art. 737 k.p.c.). W tego rodzaju wypadkach wysoce wątpliwe byłoby zachowanie terminu dokonania przez sąd takich czynności na podstawie pisma przesłanego pocztą, gdyby termin należało liczyć od daty nadania takiego pisma w urzędzie pocztowym. Powołując piąty argument, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż przy określaniu biegu terminu dla dokonania czynności przez sąd ustawodawca posługuje się zarówno zwrotem o biegu terminu od „złożenia" wniosku (art. 781^1 k.p.c.), jak i jego „wpływu" do sądu (art. 737, 767^2 § 2 k.p.c.). W ocenie Sądu Najwyższego określenia te używane są zamiennie i chodzi tutaj o zastrzeżenie na potrzeby orzekania przez sąd całego terminu określonego w ustawie. Po szóste, potrzeba zapewnienia sądowi czternastodniowego okresu na „merytoryczną i rzeczową ocenę oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego" wynika z daleko idących skutków wiążących się ze wszczęciem postępowania naprawczego, takich jak: zawieszenie spłaty zobowiązań, zawieszenie toczących się postępowań egzekucyjnych oraz zakaz wszczynania nowych postępowań egzekucyjnych i zabezpieczających (art. 498 ust. 1 ustawy). Po siódme, istotny jest argument z wykładni językowej art. 493 ust. 3 ustawy, który opiera się na użytym w tym przepisie stwierdzeniu o „złożeniu oświadczenia w sądzie". W ocenie Sądu Najwyższego uwypuklenie, że chodzi o oświadczenie złożone w sądzie, wskazuje w większym stopniu na moment dotarcia tego oświadczenia do sądu, co zbliża w pewnym sensie konstrukcję art. 493 ust. 3 ustawy do regulacji z art. 61 § 1 k.c.[66] Powołując ten argument, Sąd Najwyższy przychylił się do istniejącej w piśmiennictwie teorii o złożonym charakterze czynności prawnej, jaką jest oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego.

[66] Uchwała Sądu Najwyższego z 23 października 2007 r. wraz z uzasadnieniem, sygn. akt III CZP 89/2007, LexPolonica nr 1639585.

W świetle powyższych rozważań należy dojść do wniosku, iż termin skontrolowania oświadczenia i wydania ewentualnego zakazu wszczęcia postępowania naprawczego rozpoczyna się po otrzymaniu go przez sąd właściwy, który jako adresat pisma ma uprawnienia do jego merytorycznej oceny. Sąd niewłaściwy ma zatem uprawnienie jedynie do przekazania oświadczenia według właściwości, wyłączając merytoryczne rozpoznanie sprawy[67]. Stanowisko to jest uzasadnione z uwagi na możliwość zaskarżenia postanowienia o przekazaniu sprawy sądowi równorzędnemu lub niższemu (art. 394 § 1 pkt. 1 k.p.c.). Rozpoznanie zażalenia, jak również fizyczne przekazanie akt znacznie wydłuża okres od złożenia wniosku do jego rozpoznania. Stosowanie zatem ogólnych reguł procesowych w praktyce uniemożliwiłoby prowadzenie postępowania wyjaśniającego i jednocześnie stanowiłoby sposobność do nadużyć przez nieuczciwych przedsiębiorców[68].

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego jest złożoną czynnością prawną, na którą składają się zarówno elementy materialno-prawne, jak i formalnoprawne. Dodatkowo taka specyfika tej czynności pozwala stwierdzić, że wymaga ona stosowania nowych rozwiązań prawnych, gdyż nie mieści się w ramach dotychczasowych rozwiązań proceduralnych.

Treść oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego

Artykuł 494 ust. 1 daje zainteresowanemu przedsiębiorcy możliwość złożenia oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego. Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego obligatoryjnie musi być sporządzone na piśmie[69], przy czym pismo to musi mieć formę pisma procesowego[70]. Nie ma zatem możliwości złożenia go ustnie do protokołu. Przepisy nie przewidują możliwości złożenia go za pomocą faksu lub przez Internet. Byłoby to w zasadzie niemożliwe z uwagi na wymóg szczególnej formy jednego z załączników, tj. oświadczenia o prawdziwości danych i oświadczenia (art. 494 ust. 2 ustaw), które winno być złożone z podpisem notarialnie poświadczonym[71].

---

[67] *Ibidem.*

[68] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 46.

[69] F. Zedler, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 1156.

[70] M. Majewska-Jurys, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Vademecum dla przedsiębiorców*, Bydgoszcz–Koszalin 2004, s. 207.

[71] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze…*, s. 74.

Omawiane oświadczenie jest pismem inicjującym, gdyż celem złożenia go w sądzie jest wszczęcie postępowania naprawczego. Swoją treścią obejmuje wnioski i twierdzenia złożone przez zainteresowanego przedsiębiorcę[72]. Ma ono również postać pisma kwalifikowanego, ponieważ ustawa stawia szczególne wymagania, co do jego treści[73]. Pisma procesowe w swej treści winny zawierać wnioski i oświadczenia stron, składane poza posiedzeniem, dotyczące przedmiotu sprawy[74]. Pisma procesowe składane w sądach powszechnych czy w Sądzie Najwyższym powinny być sporządzone w języku polskim[75]. Obowiązek sporządzania pism procesowych w języku polskim jest powszechny i nie przewidziano tutaj żadnych wyjątków. Jednakże, gdy przed sądem ma stawać i zeznawać osoba niewystarczająco władająca językiem polskim, wówczas ma ona możliwość bezpłatnego korzystania z pomocy tłumacza[76] (art. 5 § 2 ustawy prawo ustroju sądów powszechnych[77]).

Celem pisma nazwanego „oświadczeniem o wszczęciu postępowania naprawczego" jest między innymi zainicjowanie postępowania w przedmiocie wszczęcia postępowania naprawczego, ale właściwego postępowania nie rozpoczyna, gdyż jego początkiem jest dopiero ogłoszenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oświadczenia o wszczęciu tego postępowania[78]. Samo postępowanie naprawcze w głównej mierze ma charakter postępowania pozasądowego, mimo to jest ono poddane kontroli sądu, stąd też wymóg jego formalnego wszczęcia.

---

[72] W. Broniewicz, *op.cit.*, s. 80 i n.; J. Minkus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. D. Zienkiewicz, Warszawa 2004, s. 805 i n.

[73] A. Zieliński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. A. Zieliński, Warszawa 2006, s. 383 i n.

[74] W. Broniewicz, *op.cit.*, s. 80; M. Uliasz, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, t. I, Warszawa 2007, s. 258.

[75] Wynika to z art. 27 Konstytucji RP, zgodnie z którym językiem urzędowym jest język polski. Ponadto art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 7.10.1999 r. o języku polskim (Dz.U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.) stanowi, że język polski jest językiem urzędowym konstytucyjnych organów państwa. Z kolei przepis art. 5 § 1 ustawy z dnia 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.) stanowi, iż językiem urzędowym przed sądami jest język polski.

[76] Tak też A. Zieliński, w: *Kodeks postępowania cywilnego...*, s. 284.

[77] Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r., o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2001 r., nr 98, poz. 1070 z późn. zm.

[78] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 46.

Wymogi formalne tego pisma są jednym z „najbardziej rozbudowanych pod względem formalnym pism wszczynających postępowanie cywilne znanych polskiemu prawu”[79]. Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego musi zawierać dane wymienione w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 i ust. 2 ustawy oraz oświadczenie, iż nie zachodzi żadna z okoliczności wymienionych w art. 492 ust. 3 ustawy (art. 494 ustawy). Odpowiednio, stosując przepis art. 21 ust. 1 pkt 1 ustawy należy wskazać, iż w oświadczeniu o wszczęciu postępowania naprawczego powinno się zamieścić imię i nazwisko przedsiębiorcy zagrożonego niewypłacalnością, jego nazwę albo firmę, miejsce zamieszkania bądź siedzibę, a gdy takim przedsiębiorcą jest spółka osobowa lub osoba prawna – reprezentantów spółki lub osoby prawnej i likwidatorów, jeżeli są ustanowieni, a ponadto w przypadku spółki imiona i nazwiska oraz miejsce zamieszkania wspólników odpowiadających za zobowiązania spółki bez ograniczenia. Ponadto, jeżeli przedsiębiorca korzysta z pomocy prawidłowo umocowanego pełnomocnika, to podaje się również jego imię i nazwisko. Dane te powinny być wskazane po dokładnym określeniu zainteresowanego przedsiębiorcy, gdyż Kodeks postępowania cywilnego nie przewiduje możliwości oznaczenia strony jedynie przez wskazanie pełnomocnika[80]. Uprawnienie do złożenia oświadczenia o wszczęciu omawianego postępowania w imieniu zainteresowanego przedsiębiorcy ma także likwidator (jeżeli jest ustanowiony), zarządca przymusowy, kurator osoby prawnej wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego, jak również zarządca komisaryczny przedsiębiorstwa państwowego[81]. W przypadku ustanowienia kuratora, przejęcia zarządu przez zarządcę przymusowego bądź też wszczęcia procedury likwidacyjnej, musi to zostać wyraźnie odnotowane w złożonym oświadczeniu, trzeba zatem wskazać imię i nazwisko oraz funkcję składającego w imieniu przedsiębiorcy oświadczenie oraz adres zameldowania lub siedziby – jeżeli nie jest on tożsamy z adresem przedsiębiorcy.

Ponadto art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy nakłada na przedsiębiorcę obowiązek oznaczenia miejsca, w którym znajduje się przedsiębiorstwo lub jego inny majątek. Dokładne wskazanie tych danych ma znaczenie dla określenia właściwości miejscowej sądu, jak również jest przydatne nadzorcy sądowemu, który

[79] P. Zimmerman, *op.cit.*, s. 678.

[80] Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22.11.1974 r., sygn. akt I CR 548/74, OSP 1974, nr 10, poz. 179.

[81] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit*., s. 45.

sprawując nadzór nad postępowaniem musi wiedzieć wszystko o składnikach majątku przedsiębiorcy[82].

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy nakłada na przedsiębiorcę obowiązek wskazania okoliczności, które uzasadniają złożenie oświadczenia i ich uprawdopodobnienia. Przepis ten jest bezpośrednim odniesieniem do art. 126 § 1 ust. 3 k.p.c. Osnową (art. 126 k.p.c.) oświadczenia jest żądanie wszczęcia postępowania naprawczego. W uzasadnieniu przedsiębiorca powinien wskazać, iż spełnia przesłanki wszczęcia postępowania naprawczego, tj. wykazać, iż posiada zdolność naprawczą, jest zagrożony niewypłacalnością oraz że nie dotyczą go żadne negatywne przesłanki wszczęcia omawianego postępowania wymienione w art. 492 ust. 3 pkt 1–4 ustawy, czyli w przeszłości nie prowadził postępowania naprawczego, a jeżeli tak było, to od jego umorzenia upłynęło już więcej niż dwa lata, nie był także objęty układem zawartym w postępowaniu naprawczym albo upadłościowym, a jeżeli miało to miejsce, to od wykonania układu nie upłynęło pięć lat. Ponadto przedsiębiorca musi wykazać, iż nie przeprowadzano przeciwko niemu postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku albo w którym przyjęto układ likwidacyjny. Jeżeli taka sytuacja miała miejsce, to od prawomocnego zakończenia postępowania upłynęło więcej niż pięć lat. Zainteresowany podmiot nie będzie mógł wszcząć postępowania naprawczego, jeżeli w stosunku do niego oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości albo umorzono postępowanie upadłościowe z braku majątku na zaspokojenie kosztów postępowania, jeżeli od uprawomocnienia się postępowania nie upłynęło pięć lat.

Informacje o spełnianiu przez przedsiębiorcę warunków wystąpienia do sądu z oświadczeniem muszą zostać uprawdopodobnione. Podmiot wnoszący do sądu pismo ma obowiązek wskazania okoliczności uprawdopodobniających prawdziwość przytoczonych przez niego okoliczności. W przypadku przytaczania dowodów należy dokładnie określić, na jakie okoliczności są one powoływane.

Jak w każdym piśmie procesowym w oświadczeniu musi być dokładnie wskazany sąd, do którego jest ono kierowane. Oznaczenie sądu powinno nastąpić nie tylko przez wskazanie rodzaju sądu, ale także wydziału tego sądu, w którym ma być rozpatrywana sprawa, czyli np. sąd rejonowy wydział do spraw upadłościowych i naprawczych. Określając sąd, należy podać jego sie-

[82] A. Jakubecki, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 73 i n.

dzibę, a w przypadku, gdy adres wydziału różni się od adresu sądu, należy również podać siedzibę wydziału, w którym sprawa ma być rozpatrywana.

Oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego jest pismem wszczynającym postępowanie naprawcze i dlatego winno zawierać prawidłowe oznaczenie. Jeżeli jednak wnoszący je użyje określenia „wniosek o wszczęcie postępowania naprawczego" lub też „pozew", to mając na uwadze art. 130 § 1 zd. 2 k.p.c. należy rozpoznać to pismo w takim trybie, który „w najpewniejszym stopniu czyni możliwym uczynienie zadość zamierzonemu wnioskowi strony"[83]. O dalszym zakwalifikowaniu pisma nie decyduje zatem jego nazwa, ale treść. Przy czym mylne oznaczenie przez przedsiębiorcę pisma procesowego obejmuje nie tylko mylne oznaczenie nazwy[84], lecz także mylne zredagowanie treści pisma[85].

Koniecznym warunkiem formalnym jest umieszczenie podpisu w oświadczeniu osoby, która je składa[86] (art. 126 § 1 pkt 4 k.p.c.). Podpis ten musi być złożony własnoręcznie, gdyż „odtworzony mechanicznie na piśmie procesowym wzór podpisu nie czyni zadość wymogowi, przewidzianemu w art. 126 § 1 pkt 4 k.p.c."[87]. W przypadku, gdy osoba wnosząca oświadczenie nie może się podpisać, oświadczenie podpisuje osoba upoważniona przez wnoszącego pismo, przy czym należy wymienić przyczynę, dla której wnoszący oświadczenie sam się nie podpisał (art. 126 § 4 k.p.c.).

W oświadczeniu powinny być ponadto wymienione wszystkie dołączone do niego załączniki (art. 126 § 1 pkt 6 k.p.c.). Złożenie załączników do oświadczenia jest bardzo ważnym wymogiem warunkującym wszczęcie postępowania naprawczego. Przedsiębiorca zobowiązany jest bowiem dostarczyć sądowi aktualny wykaz majątku z szacunkową wyceną jego składników[88] oraz bilans

---

[83] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12.12.1965 r., sygn. akt III PR 64/65, niepublikowane, LexPolonica 322983.

[84] A. Zieliński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, s. 406.

[85] Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 23.09.1964 r., sygn. akt II PZ 46/64, Nowe Prawo 1966, nr 5, s. 560.

[86] W. Broniewicz, *op.cit.*, s. 80.

[87] A. Zieliński, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, s. 389 wraz z powołanym tam orzeczeniem.

[88] A. Jakubecki, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, A. Jakubecki, F. Zedler, Kraków 2003, s. 77.

sporządzony dla celów postępowania[89], na dzień nie późniejszy niż trzydzieści dni przed dniem złożenia wniosku. Ponadto wymagany jest spis wierzycieli z podaniem ich adresów i wysokości wierzytelności każdego z nich oraz terminów zapłaty, a także lista zabezpieczeń dokonanych przez wierzycieli na jego majątku wraz z datami ich ustanowienia. Należy dołączyć także oświadczenie o spłatach wierzytelności lub innych długów dokonanych w terminie sześciu miesięcy przed dniem złożenia wniosku, jak również spis podmiotów zobowiązanych majątkowo wobec niego wraz z adresami, z określeniem wierzytelności, daty ich powstania i terminów zapłaty. Składający powyższe oświadczenie winien też sporządzić wykaz tytułów egzekucyjnych oraz tytułów wykonawczych wydanych przeciwko niemu[90]. Dodatkowo przedsiębiorca musi przedłożyć sądowi informację o postępowaniach dotyczących ustanowienia na jego majątku hipotek, zastawów, zastawów rejestrowych i zastawów skarbowych oraz innych obciążeń podlegających wpisowi w księdze wieczystej lub w rejestrach, jak również poinformować sąd o prowadzonych innych postępowaniach sądowych lub administracyjnych dotyczących jego majątku, a także przedłożyć informację o miejscu zamieszkania reprezentantów spółki lub osoby prawnej i likwidatorów, jeżeli są ustanowieni. Ponadto przedsiębiorca zobowiązany jest do załączenia planu naprawczego wraz z uzasadnieniem. Nie ma wątpliwości co do tego, że plan naprawczy jest najważniejszym załącznikiem do omawianego oświadczenia. Jego przemyślane skonstruowanie ma bowiem dać podstawę do skutecznej restrukturyzacji zagrożonego niewypłacalnością przedsiębiorstwa i umożliwi przywrócenie przedsiębiorcy zdolności do konkurowania na rynku. Plan naprawczy składa się ze wskazania sposobu naprawy przedsiębiorstwa i z uzasadnienia[91]. Sposób naprawy przedsiębiorstwa powinien określać restruk-

[89] Obowiązku regularnego sporządzania bilansu nie ma bodaj najbardziej liczna rzesza przedsiębiorców w Polsce, tj. osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą. Nakazanie tym podmiotom jednorazowego sporządzania bilansu wiąże się często z dodatkowymi kosztami. W sytuacji zaistnienia stanu zagrożenia niewypłacalnością może się to okazać sporą przeszkodą wszczęcia postępowania naprawczego. Dużo bardziej uzasadnione byłoby nałożenie na te podmioty obowiązku przedłożenia rocznych i okresowych deklaracji podatkowych, co umożliwi sądowi faktyczne ustalenie efektywności zarządzania i tworzenia wyniku finansowego w przeszłości. (Takie stanowisko podzielają również I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 49).

[90] Z oczywistych względów, podany w art. 23 ust. 1 pkt 6 ustawy, wymóg dołączenia tytułów egzekucyjnych lub tytułów wykonawczych wydanych przeciwko przedsiębiorcy jest tutaj bezprzedmiotowy. Istnienie takich tytułów praktycznie podważa zasadność wszczynania postępowania naprawczego, gdyż przedsiębiorca winien być dopiero zagrożony niewypłacalnością i spłacać wszystkie swoje zobowiązania na bieżąco.

[91] F. Zedler, *op.cit.*, s. 235.

turyzację: zobowiązań (tutaj odpowiednio stosuje się przepisy o propozycjach restrukturyzacji zobowiązań w drodze układu zawieranego w postępowaniu upadłościowym art. 503 ust. 2 ustawy), majątku (poprzez wskazanie, jaka część majątku zostanie zbyta, wydzierżawiona lub wynajęta oraz określenie sposobów zbycia i wyjaśnienie na co zostaną przeznaczone uzyskane w ten sposób środki – art. 503 ust. 3 ustawy) oraz zatrudnienia (w tym miejscu należy podać ogólną liczbę zatrudnienia, liczbę pracowników zwalnianych oraz zasady tych zwolnień, jak również liczbę pracowników zatrudnianych oraz zasady zatrudnienia i konsekwencje finansowe tych zmian – art. 503 ust. 4 ustawy). Sposoby restrukturyzacji zostały też szczegółowo uregulowane. Warto wspomnieć, że przedsiębiorca może się ograniczyć do restrukturyzacji zobowiązań, jednakże musi dodatkowo wyjaśnić, dlaczego pominął restrukturyzację majątku i zatrudnienia (nawet jeżeli z przedstawionych dokumentów wynika, że nie ma majątku, bo np. pracuje na wydzierżawionym sprzęcie, oraz że nie zatrudnia żadnych pracowników).

Do zbudowania uzasadnienia ma zastosowanie art. 280 ustawy. Winny się w nim zatem znaleźć: opis stanu przedsiębiorstwa ze szczególnym określeniem jego sytuacji ekonomiczno-finansowej, prawnej oraz organizacyjnej; analiza sektora rynku, na którym przedsiębiorstwo upadłego działa, z uwzględnieniem pozycji rynkowej konkurencji; metody i źródła finansowania wykonania układu, z uwzględnieniem przewidywanych wpływów i wydatków w czasie wykonywania układu; analiza poziomu i struktury ryzyka. Należy wskazać osoby odpowiedzialne za wykonanie układu poprzez podanie ich imion i nazwisk[92]. Przedsiębiorca musi także wskazać ocenę alternatywnego sposobu restrukturyzacji zobowiązań oraz system zabezpieczenia praw i interesów wierzycieli na czas wykonania układu. W postępowaniu naprawczym wszystkie wymienione części uzasadnienia planu naprawczego są obligatoryjne. Nie ma tutaj bowiem odpowiedniego zastosowania art. 280 ust. 2 ustawy o możliwości ograniczenia uzasadnienia, gdyż plan musi zostać złożony na samym początku postępowania[93]. Ponadto w postępowaniu naprawczym nie ma sędziego-komisarza, a nadzorca sądowy nie posiada w tym zakresie stosownych uprawnień[94].

---

[92] Nie musi to być sam przedsiębiorca czy też członkowie zarządu. Mogą to być osoby trzecie, np. pracownicy przedsiębiorcy. Jak się wydaje, imienne wskazanie osób odpowiedzialnych za wykonanie układu ma ułatwić wierzycielom uzyskiwanie informacji o etapach jego realizacji.

[93] S. Minkus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 821 i n.

[94] S. Gurgul, *op.cit.*, s. 1094.

Rozbudowana formuła planu naprawczego, składająca się z kilku części, wymaga włożenia wysiłku i czasu, którego zagrożony niewypłacalnością przedsiębiorca po prostu nie ma. Sporządzenie chociażby analizy sektora rynku, w którym działa przedsiębiorca, jeszcze ze wskazaniem procentowego udziału przedsiębiorstwa w tym rynku (jak tego chcą niektórzy przedstawiciele literatury[95]), wymaga fachowej wiedzy. Jeżeli taką wiedzą nie dysponuje sam przedsiębiorca, to zmuszony jest skorzystać z odpłatnej pomocy innego fachowca. Pomnażanie dodatkowych kosztów w sytuacji zagrożenia niewypłacalnością jest wysoce niepożądane[96]. W tych warunkach warto byłoby się zastanowić nad odformalizowaniem oświadczenia i wymaganych do niego załączników. Nie wszystkie z nich są niezbędne na wstępnym etapie postępowania naprawczego. Rozłożenie tego obowiązku w czasie mogłoby znacznie ułatwić jego realizację zainteresowanym podmiotom.

Dodatkowo, jeżeli przedsiębiorca jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego, to winien również dołączyć odpis z tego rejestru. Wreszcie musi on złożyć oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym[97] o prawdziwości danych zawartych w oświadczeniu o wszczęciu postępowania naprawczego oraz załączonych dokumentów[98].

Jeżeli składający oświadczenie nie może dołączyć do wniosku wyżej wymienionych dokumentów, powinien podać przyczyny ich niedołączenia oraz je uprawdopodobnić[99]. W przeciwnym razie narazi się na to, że sąd zwróci mu oświadczenie bez wzywania go do uzupełnienia braków.

---

[95] Tak F. Zedler, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, s. 710.

[96] Podobnie sytuacja ma się z analizą poziomu i struktury ryzyka oraz oceną alternatywnego sposobu restrukturyzacji zobowiązań. W tym drugim przypadku nie wiadomo, kto takiej oceny miałby dokonać, aby była ona wiarygodna, wszak przedsiębiorca będzie starał się przedstawić swoje propozycje w jak najlepszym świetle, niezależnie od faktycznych możliwości ich realizacji.

[97] W przypadku działania przez pełnomocnika oświadczenie to winno jednak być złożone osobiście przez przedsiębiorcę, tak J. Minkus, w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. D. Zienkiewicz, Warszawa 2004, s. 806.

[98] Warto zaznaczyć, iż rygor wynikający z art. 494 ust. 2 ustawy ma zastosowanie li tylko do oświadczenia w postępowaniu naprawczym. Analogiczne oświadczenie złożone przez dłużnika, który wnosi o ogłoszenie upadłości, tj. o prawdziwości przedstawionych danych, w myśl art. 25 ust. 1 ustawy, winno być w formie pisemnej. Przepis ten jest zbyt rygorystyczny, a sankcje za jego niedopełnienie są niewspółmiernie wysokie, gdyż złożenie oświadczenia w innej formie jest wadą nieusuwalną i sąd musi zwrócić oświadczenie bez wzywania do jego poprawienia.

[99] Postanowienie SN z dnia 20.07.2005 r., sygn. akt III CZP 45/2005 – wraz z uzasadnieniem, LexPolonica 382926.

Rozpatrując problem w aspekcie przesłanki „zagrożenia niewypłacalnością" i to w „niedługim czasie", należy dojść do wniosku, iż sankcja zwrotu oświadczenia za niedopełnienie braków formalnych jest zbyt surowa, gdyż obrót dokumentami pomiędzy sądem a oświadczeniodawcą zazwyczaj jest długotrwały. Istnieje realna obawa, że w tym właśnie czasie przedsiębiorca utraci zdolność naprawczą, gdyż popadnie w stan niewypłacalności. To automatycznie zamknie drogę do wdrożenia zmian restrukturyzacyjnych w trybie postępowania naprawczego. Umożliwienie odpowiedniego zastosowania przepisu art. 130 k.p.c.[100] w postępowaniu naprawczym, ewentualnie wprowadzenie adekwatnego unormowania bezpośrednio do przepisów regulujących przeprowadzenie omawianego postępowania, na pewno uatrakcyjniłoby jego formułę.

Ustawa prawo upadłościowe i naprawcze w ogóle nie reguluje kwestii możliwości cofnięcia wniosku w postępowaniu upadłościowym czy też oświadczenia w postępowaniu naprawczym. Inaczej było w uchylonym prawie układowym, gdzie art. 23 § 1 stanowił, że dłużnik może cofnąć podanie o otwarcie postępowania układowego aż do chwili przyjęcia układu przez wierzycieli. W tej sytuacji odpowiednie zastosowanie będą miały przepisy ogólne k.p.c. Sięgnąć należy do art. 203 § 1 i art. 332 § 2 k.p.c.[101]

W piśmiennictwie pojawił się pogląd, iż możliwość skutecznego cofnięcia oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego jest uzależniona od tego, w jakiej fazie tego postępowania czynność ta zostanie dokonana. Przyjmuje się, że w fazie pierwszej, to jest w toku postępowania w przedmiocie wszczęcia postępowania naprawczego, przedsiębiorca może cofnąć swoje oświadczenie aż do upływu terminu złożenia zażalenia na postanowienie zakazujące wszczęcia postępowania naprawczego[102]. W przypadku dojścia postępowania naprawczego do etapu właściwego postępowania, cofnięcie oświadczenia będzie możliwe do czasu poprzedzającego umorzenie postępowania z mocy prawa w razie niezawarcia układu[103]. Gdyby zawarto układ, cofnięcie oświadczenia jest dopusz-

[100] Art. 130 k.p.c. ma tutaj zastosowanie jedynie w zakresie rozpatrywania oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego jako pisma procesowego. Wszelkie inne wymagania wynikające z ustawy prawo upadłościowe i naprawcze nie mogą być uzupełniane bądź zmieniane w tym trybie. Braki formalne, których się nie uzupełnia, to takie, które dotyczą dokumentów wymienionych w art. 494 ust. 1 i 2 ustawy – por. M. Blok, *Sądowa kontrola...*, s. 95 i n.

[101] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 69.

[102] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze…*, s. 77.

[103] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 69.

czalne do czasu poprzedzającego złożenie zarzutów przeciwko układowi lub zaskarżenia postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia układu. Jeżeli nie wniesiono by zarzutów lub zażaleń, dokonanie tej czynności jest możliwe do czasu uprawomocnienia się postanowienia w przedmiocie zawarcia układu[104]. Skuteczne cofnięcie oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego sprawia, że zostaną zniweczone wszystkie skutki związane ze złożeniem tego oświadczenia. Co za tym idzie, brak będzie przeszkód do ponownego złożenia oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego[105].

Podsumowanie

Wprowadzając do polskiego porządku prawnego postępowanie naprawcze, ustawodawca chciał dać przedsiębiorcom instrumenty za pomocą których w sytuacjach kryzysowych mieliby możliwość odzyskania konkurencyjności na rynku (art. 502 ustawy). Po wieloletnim obowiązywaniu prawa układowego, kojarzącego się głównie ze skuteczną ucieczką od płacenia długów, miała to być instytucja godna zaufania wśród przedsiębiorców. Nowa ustawa o postępowaniu upadłościowym i naprawczym została napisana w taki sposób, że reguluje dwie różne procedury, które są od siebie całkowicie niezależne. Z punktu widzenia ekonomicznego procedura naprawcza winna poprzedzać postępowanie upadłościowe, gdyż kierowana jest do przedsiębiorców dopiero zagrożonych niewypłacalnością. Tymczasem praktyka wskazuje na to, że o ile z roku na rok przybywa postępowań upadłościowych, o tyle postępowanie naprawcze jest niemal martwe. Stan ten nie jest spowodowany brakiem zapotrzebowania na tego typu uregulowania. Wywołane jest to nadmiernym formalizmem i niewspółmiernie wysokimi sankcjami za jego niedopełnienie. Z takimi też okolicznościami mamy do czynienia przy budowaniu oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego, od którego przecież wszystko ma się zacząć. Zawiłość i wielość dokumentów, których się wymaga od zainteresowanego wszczęciem procedury naprawczej, już na samym wstępie często zniechęca, gdyż wiąże się z dodatkowymi kosztami. Wymagania te są zdecydowanie zbyt wysokie dla

[104] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze*..., s. 78.

[105] I. Dukiel, J. Pałys, *op.cit.*, s. 69; R. Adamus, *Postępowanie naprawcze*..., s. 78; S. Gurgul, *op.cit.*, s. 1082.

przedsiębiorców, którzy nie mają fachowej wiedzy, a niejednokrotnie także nie współpracują na stałe z prawnikiem[106]. Konstrukcja samego oświadczenia o wszczęciu postępowania naprawczego, jakkolwiek niezwykle interesująca dla teoretyków, niestety nie sprawdza się w praktyce. Dlatego też należałoby postulować uproszczenie jego formy. Skoro postępowanie naprawcze ma być przeprowadzane przez samych zainteresowanych przedsiębiorców praktycznie poza sądem[107], to należy stworzyć im do tego warunki, łącznie ze sformułowaniem takich przepisów prawa, którym będą w stanie samodzielnie sprostać.

STATEMENT ON OPENING RECOVERY PROCEEDINGS

Summary

Recovery procedure became a part of the framework of the Polish law by virtue of Bankruptcy and Recovery Law Act dated 28 February 2003. Recovery proceedings may be instituted solely by the interested entrepreneur who is at risk of insolvency. Instituting recovery proceedings comprises two stages: firstly, lodging a statement on institution of recovery proceedings with the competent court for its examination. Secondly, publishing a statement on institution of recovery proceedings in Monitor Sądowy i Gospodarczy, hereinafter referred to as MSiG.

An entrepreneur who intends to institute recovery proceedings lodges an appropriate statement with the competent district court in the commercial division. This document should obligatorily include several enclosures. In practice, completion of the said statement together with all enclosures is time-consuming and expensive, which discourages parties potentially interested in instituting recovery proceedings.

The court examines the statement's form and content. Failing to comply with the requirements, including formal conditions, such as errors in the filed documents, or lack of any of the required enclosures, results in rigorous sanctions of returning the application without summoning to rectify the defects. This punishment is frequently incommensurate with the offence since lack of opportunity to enclose missing documents causes that the case is left unexamined in prescribed time, which in consequence may result in the entrepreneur's insolvency, i.e. make it impossible for him to initiate recovery proceedings. The court is obliged to examine the files within fourteen days.

[106] M. Blok, *Postępowanie naprawcze...*, s. 60 i n.

[107] R. Adamus, *Postępowanie naprawcze...*, s. 19.

The deadline is statutorily time-barred, which means that any possible delay shall result in making it possible for the entrepreneur to publish the statement on institution of recovery proceedings in MSiG. The date of publication is the factual date of instituting recovery proceedings.

The Legislator assumed that recovery proceedings shall be out-of-court proceedings, i.e. carried out by an entrepreneur under the court's supervision. Seven years of its being in force show, however, that this legislative solution is not particularly popular. It relates to very complicated regulations concerning recovery proceedings and incommensurate sanctions for failing to comply with them. The motion to simplify the requirements for entrepreneurs at the stage of preparing and completing a statement on institution of recovery proceedings is justified and its acceptance may make the discussed procedure more attractive.

Translated by Marta Blok

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

MICHAŁ PENO
Uniwersytet Szczeciński

OGÓLNOEUROPEJSKIE PRAWO KARNE – PRZECENIANY KIERUNEK ROZWOJU?

1. Wprowadzenie

Jak stwierdził Karl Mannheim, utopia to stan umysłu, wyrażający się jego niespójnością z rzeczywistością, która go otacza. Utopijność myślenia polega zasadniczo na tym, że przekracza się rzeczywistość[1]. Poniższe rozważania wpisują się w ten rodzaj myślenia, choć należy pamiętać, że to, co obecnie jest kreśleniem jedynie urojonych wizji, jutro może stać się rzeczywistością, z której wyzwaniami nauka prawa karnego będzie musiała się zmierzyć. Pewnym kierunkiem przemian, które zmierzają do odebrania państwu przywileju wyłączności w dziedzinie prawa karnego, jest zachodzący w ramach Unii Europejskiej proces europeizacji prawa karnego. Przy czym proces ten przebiega w kierunku niezbędnego zbliżania do siebie (*approximation*) ustawodawstwa karnego państw członkowskich, w celu zapewnienia lepszej współpracy tychże państw w zakresie przeciwdziałania najbardziej groźnym przestępstwom o charakterze trangranicznym, a zatem przybiera postać harmonizacji[2]. Jakkolwiek harmoni-

[1] Zob. K. Mannheim, *Ideology and Utopia*, Londyn 1968, s. 173; E. Wnuk-Lipiński, *Świat międzyepoki*, Kraków 2005, s. 195.

[2] Zob. A. Adamski, w: A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 429 i n.

zacja uważana jest za pewien etap w drodze do europeizacji prawa, to znaczy jego unifikacji, na gruncie regulacji prawnokarnych realizacja tak daleko idących programów jest, wobec przeszkód natury prawnej oraz politycznej, trudna do wyobrażenia[3].

Wskazując na ogólne tendencje rozwojowe prawa karnego, nie można przeceniać roli procesu jego „europeizacji". Zjawisko to należy oceniać przede wszystkim w kontekście rosnącej roli procedur. Jak pisze A. Lach, materialne prawo karne jest dziedziną mniej objętą działaniem prawa europejskiego niż prawo procesowe[4]. Właśnie do instytucji procesowych odnoszą się głównie inicjatywy dotyczące harmonizacji prawa karnego[5]. Wspólny dla wszystkich Europejczyków kodeks karny nie powstanie, tak jak nie ma szans na powstanie kodeksu karnego o charakterze ogólnoludzkim[6]. Podobnie L. Tyszkiewicz wskazuje, iż nie należy się łudzić, że powstanie chociażby częściowy, lecz ogólnoświatowy system prawa karnego[7]. Trzeba podkreślić, mimo że to truizm, iż europeizacja jest tylko jednym z możliwych kierunków rozwoju prawa karnego, gdyż kierunki te wyznaczane są przez różnorakie, często przeciwstawne, tendencje oraz procesy zachodzące we współczesnym świecie. Powstanie oraz funkcje Unii Europejskiej łączą się z procesem globalizacji, z kolei odpowiedzią na globalizację jest glokalizacja (regionalizacja), przejawiająca się w dążności różnych grup etnicznych i innych wspólnot terytorialnych do uzyskania możliwie szerokiej autonomii regionalnej[8]. Dużo bardziej prawdopodobna jest rozbudowa mechanizmów porozumiewania się i rozstrzygania konfliktów, zwłaszcza wobec rzeczywistości pluralistycznych społeczeństw późnej nowo-

[3] Szerzej na ten temat zob. np. C. Mik, *Europeizacja prawa karnego gospodarczego*, w: *Przestępczość gospodarcza z perspektywy Polski i Unii Europejskiej*, red. A. Adamski, Toruń 2003, s. 77 i n.

[4] A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008, s. 45.

[5] Zob. A. Adamski, w: A. Adamski i in., *op.cit.*, s. 441, 447.

[6] Zob. L. Tyszkiewicz, *Globalizacja a problem uniwersalnych wartości*, w: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006, s. 996; A. Lach, *op.cit.*, s. 13.

[7] L. Tyszkiewicz, *op.cit.*, s. 995–996.

[8] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 66.

czesności. Kooperacja oparta na konsensusie jest możliwa, mimo różnorodności funkcjonujących równolegle etyk materialnych[9].

Powyższe uwagi służą zakreśleniu kontekstu dla dalszych rozważań, w których szczególne miejsce zajmują te zjawiska zachodzące we współczesnym świecie, które sprzyjają albo, przeciwnie, stoją na drodze realizacji idei ogólnoeuropejskiego prawa karnego, a w każdym razie projektowi temu towarzyszą.

Odwołania do idei wspólnej Europy stanowią stały punkt rozważań w każdej niemal dziedzinie życia społecznego. Zauważalny tu wątek komunitariański, wynoszący wartości związane ze wspólnotą opartą na konsensualnej kooperacji ponad modernistyczny liberalizm, zbliża apologetów wspólnej Europy do myśli reformatorów nowoczesności, a nawet postmodernistów.

Nauka prawa karnego, rozumiana szeroko, stoi przed poważnymi wyzwaniami, a jak wskazuje G. Kaiser, jeżeli chodzi o nauki penalne, zwłaszcza ich stronę socjotechniczną (tj. „polityki"), to wszystko, co niegdyś wydawało się racjonalne, już użyto i zużyto, co wskazuje jednoznacznie na kryzys i degenerację[10]. Stąd też idea systemu europejskiego prawa karnego ucieleśniona w formie jednego, wspólnego dla wszystkich Europejczyków kodeksu karnego, stanowi pewną wizję, która nawet jeżeli nie jest możliwa do realizacji (utopijna), to przynajmniej daje pewną nadzieję na lepsze jutro, będące marzeniem nie tylko większości postmodernistów, ale też wszystkich obywateli współczesnego świata. Jak bowiem pisze Z. Bauman, waga wszelkich dokonań jest z góry przekreślona przez to, co nadejdzie jutro, jest „mętną intuicją" tego, co nastąpi i będzie bliższe ideału, ku któremu nowoczesny świat wędruje[11]. Takim ideałem jest Europa, zbudowana na wspólnocie wartości, dziedzictwa, a także prawa. Z kolei „mętną intuicją", w odniesieniu do prawa karnego, są próby wzbogacenia metody prawnokarnej o komponent kompensacyjny, podejmowane przez protagonistów sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*). W ujęciu tym zasadniczą cechą nowoczesnego systemu prawa karnego jest tranzytywność (czyli prze-

[9] *Ibidem*, s. 166. Zob. szerzej na ten temat: W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 331.

[10] Poglądy G. Kaisera przedstawiono szeroko w: O. Górniok, *Pytania o prawo karne w tzw. erze globalizacji*, w: *Prawo w XXI wieku...*, s. 222.

[11] Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000, s. 114.

chodniość, zmienność i zależność od kontekstu społecznego)[12]. Zwłaszcza abolicjonizm kontestował nowoczesne prawo karne. Początek abolicjonizmu wiąże się z nurtem kryminologii radykalnej[13], stopniowo stającym się ruchem filozoficzno-politycznym negacji klasycznego systemu prawa karnego.

Atmosfera intelektualna oraz poglądy na prawo w późnym okresie drugiej połowy XX wieku stanowiły podatny grunt dla krytycznych ujęć prawa karnego. Postępująca społeczna i funkcjonalna dyferencjacja systemów społecznych zmienia i osłabia pozycję państwa względem autonomicznych podsystemów, które nie są podatne na narzucane im z góry decyzje aparatu władzy. Jakkolwiek państwo zachowuje wyłączność do stosowania środków przymusu, w zasadzie nie posiada ani wystarczającej wiedzy, ani odpowiednich środków, aby móc funkcje sterujące wykonywać[14].

W kontekście tym należy oceniać postępującą dysfunkcję nowoczesnego systemu karnego, który przyznał sobie prawo nawet do tego, aby decydować o tym, co jest dobre dla stron konfliktu[15]. Czy ogólnoeuropejskie prawo karne może być odpowiedzią na kryzys regulacyjny tej dziedziny prawa?

2. Słabosilne państwa w systemie globalnym

Według Jeffreya Murphy'ego, we współczesnych społeczeństwach po prostu brakuje legitymizmu moralnego dla karania[16]. Sceptycyzm co do uzasadnienia kary zakorzeniony jest w przemianach, których zachodzenie obserwuje się w społeczeństwach późnej nowoczesności. Za punkt wyjścia uznać należy kon-

[12] Skąd bowiem prawo karne, które jest niehumanitarne oraz nieskuteczne, czerpie społeczną akceptację, jeżeli nie z ideologii? Wystarczy wykazać fałszywość świadomości prawnej, jak tego chcieli przedstawiciele CLS (*Critical Legal Studies* – krytyczna szkoła prawa), aby państwo utraciło legitymację do tego, by karać. Na temat CLS zob. szerzej R. Sarkowicz, w: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 182.

[13] Zob. M. Płatek, *Ruch Abolicjonistyczny w Skandynawii – teraźniejszość czy wizja przyszłości*, Studia Iuridica 1991, nr XX, s. 83–95, a także L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 72–76, 176–192.

[14] L. Morawski, *op.cit.*, s. 129.

[15] M. Królikowski, *Sprawiedliwość retrybutywna wobec sprawiedliwości naprawczej*, Ius et Lex 2006, nr 1, s. 114.

[16] Obszernie o myśli Jeffreya Murphy'ego w: M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retrybutywne uzasadnienie kary kryminalnej*, Studia Iuridica 2004, nr XLIII, s. 36.

statację R. Rorty'ego, iż „słownik oświeceniowego racjonalizmu, choć niezbędny był dla powstania demokracji liberalnej, stał się obecnie przeszkodą w zachowaniu i rozwoju społeczeństw". Jak twierdzi R. Rorty, zasadnicze pojęcia tego słownika, takie jak obowiązek moralny, państwo narodowe, suwerenność, nie są na ogół przydatne w warunkach współczesnych społeczeństw[17]. Wiara w moc prawa oraz zasady współżycia społecznego, praworządność i demokrację w jej XIX- i XX-wiecznym rozumieniu (jako formę sprawowania rządów przez społeczeństwo państwa narodowego) nie pasuje do współczesnego świata[18].

Przede wszystkim należy odczarować wyobrażenia oraz kategorie, którymi operujemy w odniesieniu do wspólnej Europy, tak jak na fali oświeceniowego racjonalizmu odrzucony został czar myślenia tradycjonalistycznego, co zauważył M. Weber. Pozytywistyczne prawo, wsparte na oświeceniowej idei równości, okazuje się ślepe na problemy mniejszości[19], a to jest nie do pogodzenia z realiami multikulturowych społeczeństw, złożonych z jednostek, by użyć słów M. Walzera, o kreskowanej tożsamości. Jak pisze M. Keating, w Europie w pewnym sensie wszyscy jesteśmy mniejszościami[20]. Ponadto, mimo oświeceniowego uprzywilejowania wolności wśród innych wartości[21], jak trafnie zauważa E. Levinas, ludzie zmuszeni są żyć w labiryncie niepewności oraz pozorów, „obsesji ideologii, za pomocą której ludzie wykorzystują się i są wykorzystywani"[22]. Ideologie te przybierają także postać „ideologii prawnych", fałszywych przekonań społecznych dotyczących prawa.

Kryzys wielkich ideologii (narracji) modernizmu, to znaczy komunizmu i programu państwa dobrobytu, zarazem przyczynił się do kryzysu regulacyjnego prawa oraz państwa[23]. N. Christie zauważa, iż zmierzch, mających ideologiczne podłoże, podziałów cywilizowanego świata (tj. zimnej wojny) jest po-

---

[17] Zob. R. Rorty, *Przygodność, ironia i solidarność*, Warszawa 2009, s. 82. Pogląd ten trudno bez zastrzeżeń podzielić, jest to jednak stanowisko dla postmodernistycznego obrazu świata charakterystyczne.

[18] Por. J. Ortega y Gasset, *Bunt mas*, Warszawa 2008, s. 15.

[19] L. Morawski, *op.cit.*, s. 69.

[20] *Ibidem*, s. 67.

[21] R. Rorty, *op.cit.*, s. 84 i n.

[22] E. Levinas, *Bóg, śmierć i czas*, Kraków 2008, s. 200.

[23] L. Morawski, *op.cit.*, s. 77.

ważną stratą dla państw, tkwiących wciąż w modelu modernistycznym[24]. Jest również ważną przyczyną kryzysu tożsamości. Niewątpliwie kryzys państwa narodowego – westfalskiego sprzyja procesowi europeizacji prawa karnego, odbywającemu się przecież w systemie globalnym, ale ma też swoją drugą stronę. Zagrożeniem dla państw, a także jednostek, są rosnące w siłę korporacje, podsystemy społeczne, wobec których nawet dość silna organizacja ponadpaństwowa (czy nawet globalna) jest bezsilna, jako że podsystemy te nie poddają się sterowaniu z zewnątrz, co wykazała przecież teoria systemów autopoietycznych Teubnera i Luhmanna[25].

W opinii Maxa Webera, państwo jest podmiotem roszczącym sobie słuszne „prawa do monopolu na stosowanie przymusu na terenie suwerennego terytorium oraz do posiadania służących do tego środków"[26]. Państwo epoki nowoczesnej występowało w roli inżyniera społeczeństwa, a to rzutowało na zakres jego funkcji. Przemiany, których zachodzenie obserwuje się od lat sześćdziesiątych czy siedemdziesiątych XX wieku, a opisane przez Z. Baumana za pomocą pojęcia globalizacji, które to oznacza „nieokreślony, kapryśny i autonomiczny charakter świata i jego spraw, brak centrum, brak pulpitu operatora"[27], sprawiły, iż państwu pozostała j e d y n i e władza dająca możliwość stosowania represji[28]. Aczkolwiek także w tym zakresie państwa są ograniczone licznymi standardami, za których przestrzeganie odpowiadają przed społecznością międzynarodową (choćby rozumianą jako opinia publiczna). Władza państw narodowych, stwierdza N. Christie, uległa osłabieniu. Współcześnie państwo jest *słabosilne*[29]. Według Z. Baumana, „słabe niby-państwa łatwo dają się sprowadzić do pożytecznej funkcji okręgów policyjnych, zapewniających odrobinę porząd-

[24] N. Christie, *Granice cierpienia*, Warszawa 1991, s. 44.

[25] Przeniesiona w latach siedemdziesiątych na grunt nauk społecznych przez ucznia T. Parsonsa, N. Luhmana oraz G. Teubnera i H. Wilke teoria systemów autopoietycznych (pomyślna przez H. Maturanę i F. Varelę jako teoria funkcjonowania żywych organizmów) zaowocowała koncepcją prawa autopoietycznego (systemowym ujęciem prawa). Szerzej na ten temat zob. w: K. Dybowski, *Autopoiesis prawa*, w: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 49; L. Morawski, *op.cit.*, s. 122–123; R. Sarkowicz, w: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *op.cit.*, s. 158.

[26] Szeroko na temat M. Webera koncepcji państwa: Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2002, s. 45.

[27] *Ibidem*, s. 80.

[28] *Ibidem*, s. 80 i n.

[29] N. Christie, *op.cit.*, s. 44–45.

ku"[30]. Podsystemy nie poddają się ingerencji państwa, jest ona dla nich raczej szkodliwa. Refleksja ta odpowiada spostrzeżeniom dokonanym na gruncie teorii systemów autopoietycznych.

Jak już wspomniano, państwo nie jest dziś jedynym decydentem w sprawach społecznych, musi liczyć się z organizacjami, zrzeszeniami, korporacjami, dążącymi do uczestnictwa w procesie decyzyjnym, w kwestiach, które ich dotyczą[31]. Jakkolwiek państwo zachowuje wyłączność na stosowanie środków przymusu, jak pisze L. Morawski, zasadniczo nie dysponuje wystarczającym zakresem wiedzy oraz odpowiednimi środkami, aby efektywnie sprawować kontrolę nad współczesnymi społeczeństwami[32]. Trafna jest powszechnie znana konstatacja, że państwa są zbyt duże, by zajmować się sprawami małymi, a za małe, by rozwiązywać duże problemy (m.in. dotyczące gospodarki czy przestępczości międzynarodowej). Rzecz jasna, ponadpaństwowy organizm dysponuje większym potencjałem, który może ułatwić realizację zamierzonych stanów rzeczy. Jednakże prawidłowości społeczne, jeżeli faktycznie występują, jak chcą tego naturaliści, nie są takie jak prawidłowości przyrodnicze, zatem możliwości kontrolne, instrumentalne państwa są mocno ograniczone.

Antycypując nieco dalsze rozważania warto wskazać ponadto, że nawet na gruncie relatywnie jednolitych społeczeństw państw narodowych trudno w drodze dyskursu uzyskać społeczną akceptację dla całości stanowionych w tym państwie norm prawnokarnych. Z całą pewnością na obecnym etapie rozwoju wspólnota społeczeństw Europy nie jest zdolna do wypracowania konsensusu w kluczowych kwestiach moralnych czy społecznych. Wobec tego jedynym decydentem w kwestiach moralnych być musi „ekspert" – prawodawca i sędzia, podmiot pozbawiony legitymacji politycznej – demokratycznej do udzielania odpowiedzi na pytania o kwestie moralne w imieniu członków społeczności. Zresztą na problem ten zwracał uwagę sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki A. Scalia[33]. Zwiększający się stale zakres wolności i praw obywatelskich oraz rosnąca autonomia jednostek ludzkich i podsystemów sprawia, iż sam przymus i siła przestają być argumentem przemawiającym za prze-

[30] Z. Bauman, *Globalizacja*..., s. 81–82.

[31] L. Morawski, *op.cit.*, s. 165.

[32] *Ibidem*, s. 128–129.

[33] A. Scalia, *Mułłowie Zachodu – sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009, s. 26 i n.

strzeganiem prawa[34]. Co więcej, „idea prawa, którego wyłącznym dysponentem jest suwerenne państwo, jest dziś podważana od góry, jak i od dołu”[35].

3. Europejczyk w stanie oblężenia

Współcześnie obserwuje się zjawisko przechodzenia społeczeństw od etyk heteronomicznych, w których kluczową rolę odgrywa zewnętrzny autorytet, do etyk autonomicznych, charakteryzujących się tym, iż każdy uczestnik stosunków społecznych wybiera dla siebie takie normy moralności, którymi chce się kierować. Moralność, wedle Z. Baumana, jest obecnie kwestią indywidualnego wyboru. Nie występuje jeden, operujący ustalonymi raz na zawsze zasadami, kodeks etyczny (*morality without ethical code*)[36]. Przy tym, jak pisze N. Luhmann, normy moralne są za mało precyzyjne i określone, aby skutecznie regulować procesy w podsystemach społecznych[37]. M. Oakeshott pisze, iż „moralność nie jest ani systemem ogólnych zasad, ani kodeksem reguł, lecz potocznym językiem”[38]. Według Oakeshotta i Sellersa, moralność jest sprawą „my--intencji”. Czyn zły moralnie (niemoralny) oznacza postępek, którego m y nie robimy. Dopuszczają się go jedynie „inni”: ludzie z innych rodzin, kultur, warstw społecznych, a jeżeli dopuszcza się czynu niemoralnego jeden z n a s, to przestaje być jednym z nas. Moralność, w tym ujęciu, jest zbiorem pewnych „naszych” praktyk[39]. Trafnie konstatuje L. Morawski, iż nie istnieje żaden wspólny fundament etyczny, do którego można by odwołać się uzasadniając porządek prawny[40].

Podstawowym sposobem reakcji na „innych”, od wieków, jest oddzielenie przestrzenne[41]. Na gruncie prawa karnego jest to prizonizacja[42]. Jak zauważa

[34] L. Morawski, *op.cit.*, s. 76.

[35] *Ibidem*, s. 165. Autorem tego sformułowania jest amerykański filozof M. Sandel.

[36] Na temat Baumanowskiej „etyki bez kodeksów” szerzej w: *ibidem*, s. 71.

[37] *Ibidem*, s. 71.

[38] M. Oakeshott, *Of Human Conduct*, Oxford 1975, s. 78–79, cyt. za: R. Rorty, *op.cit.*, s. 102.

[39] R. Rorty, *op.cit.*, s. 103–104.

[40] L. Morawski, *op.cit.*, s. 164.

[41] Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 125.

[42] Chodzi tu o umieszczanie jednostek w więzieniu.

N. Christie, w ramach struktur opartych na relacjach osobistych, zatem w stosunku do „nas", kategorie prawa karnego są zbyteczne[43]. Współcześnie, jak wskazuje Z. Bauman, „fizyczne zagęszczenie ludności przewyższa znacznie jej zwartość moralną, przekracza tym samym (...) zasięg struktur opartych na relacjach osobistych"[44]. Przemiany stojące za tym zjawiskiem powodują, iż narasta społeczne poczucie niepewności oraz zagrożenia, a także narażenia na ryzyko, które towarzyszy współczesnym społeczeństwom. Przestępczość jest odmianą ryzyka, z którą styka się społeczeństwo późnej nowoczesności. Kontrola ryzyka, pisze A. Giddens, jest obecnie podstawowym zadaniem państwa. Jest to zadanie, któremu państwa nie są w stanie sprostać[45]. Właśnie ogólnoeuropejskie prawo karne wyznacza kierunek poszukiwań skutecznych instrumentów służących ograniczaniu ryzyka.

Zmniejszanie ryzyka, poszukiwanie bezpieczeństwa stanowi motywowany żądaniami społecznymi cel działań elit rządzących, którego realizacja wiążę się z aktualnymi odczuciami opinii publicznej. Częstokroć zabiegi te przybierają zatem formę bezładnych i pozbawionych demokratycznej kontroli działań, których wpływ na rzeczywistość społeczną jest trudny, czy wręcz niemożliwy do przewidzenia. Skutkuje to powstaniem nowych zagrożeń, szczególnie dla słabszych grup społecznych (owych „innych"), dla których to właśnie działanie państwa i prawa jest źródłem ryzyka, na które starają się odpowiedzieć (przykładem mogą tu służyć niedawne wypadki mające miejsce na ulicach francuskich metropolii). Współczesne społeczeństwa są zatem zasadniczo nieobliczalne i niebezpieczne. Charakterystycznym współcześnie zjawiskiem jest kryzys tożsamości, co rzecz jasna znajduje swoje niekorzystne z punktu widzenia prawnokarnego odzwierciedlenie w motywacjach oraz wyborach jednostek. Reakcją na powszechny lęk społeczeństwa przed przestępczością, wobec bezradności regulacyjnej państwa, są postulaty zwiększania represyjności prawa karnego oraz próby zmniejszania ryzyka poprzez fizyczne wykluczenie tych, którzy to nie stosują się do oakeshottowskich „naszych" praktyk moralności, z pewnych obszarów przestrzeni publicznej. Wiąże się to również z tzw. polityką resentymentu, u podłoża której leży instrumentalne wykorzystywanie strachu

[43] Prezentacja fragmentów niepublikowanego artykułu N. Christie pt. *Civility and State* w: Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 124.

[44] Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 126.

[45] A. Giddens, *Socjologia*, Warszawa 2007, s. 242.

przed przestępczością w warunkach państwa liberalno-demokratycznego, a polegającą na wzbudzaniu oraz podtrzymywaniu społecznego poczucia zagrożenia i gniewu wobec pewnych osób, w celu uzyskania poparcia opinii publicznej przez reprezentujące większość parlamentarną rządy – w myśl słów A. von Hirsha: „Wy nie lubicie tych ludzi. My też nie. Spójrzcie, co my zamierzamy im zrobić”[46].

W zjawisku tym można dostrzegać pewną „szansę” dla idei ogólnoeuropejskiego prawa karnego, bowiem zasadniczo jednostki będą skłonne zaakceptować te rozwiązania, które zapewnią im choćby złudzenie bezpieczeństwa. Strach, „poczucie oblężenia”, dotyka „nas” Europejczyków, pracujących, płacących podatki. Przy czym „inni” są łatwi do zidentyfikowania. Należy jednak podkreślić, iż chodzi tu raczej o przygotowanie opinii publicznej przez decydentów do przyjęcia regulacji zakazującej czynów określonego typu niż o konsensualną kooperację. Nacisk położony jest na kategorie instrumentalne (np. takie jak rozpowszechnienie czynu danego rodzaju, stopień szkodliwości czynu dla społeczeństwa, przewidywana skuteczność reakcji karnoprawnej wobec nieefektywności innych niekarnoprawnych metod)[47].

Jak trafnie zauważył A. von Bogdandy, na tle podstawowych zasad UE, zwłaszcza odnoszących się do relacji między jednostką a Unią Europejską, zarysowują się tendencje polityczne, które budzą poważne wątpliwości. Po pierwsze, koncepcja równej wolności ludzi może uzasadniać naruszenie autonomii jednostki w każdej takiej sytuacji, w której sędzia lub prawodawca stwierdzi stan nierówności czy zależności społecznej. Co więcej, w takim ujęciu wszelkie podziały wewnątrzspołeczne, zatem podsystemy, są zasadniczo podejrzane, jako że częstokroć podmioty przynależne do danego systemu nie występują we wzajemnych relacjach z jednostkami przynależnymi do innego systemu na zasadzie równości. Po drugie, konstruowanie przepisów prawnych z wykorzystaniem pojęć nieostrych (klauzul generalnych), takich jak „uznane zasady etyczne”, jest przejawem dążeń paternalistycznych, skoro to prawodawcy i sędziowie

[46] Poglądy neoklasyka A. von Hirsha przedstawiono w: A. Gaberle, *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego. O kryzysie prawa karnego*, Państwo i Prawo 2001, nr 5, s. 25.

[47] I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 58.

mają rozstrzygać o znaczeniu tych pojęć[48]. Wiążą się z tym działania redukcjonistyczne – ukierunkowane na zwalczanie nierówności (niekiedy domniemanych) i odmienności, które z całą pewnością najłatwiej przeprowadzić na podstawie instrumentalnego zastosowania norm prawnokarnych, przy czym chodzi tu o prostotę metody prawnokarnej, stanowiącej przykład sterowania behawioralnego, a nie o skuteczność regulacji.

Realizacja idei ogólnoeuropejskiego prawa karnego, wmontowanego w ramy Unii Europejskiej, związana jest z ryzykiem „niebezpiecznego państwa", dostrzegalnym zwłaszcza z pozycji antypaternalistycznych oraz liberalnych. Konstatacja ta odnosi się także do systemu Rady Europy, skoro Europejski Trybunał Praw Człowieka poza dyskursem[49] i demokratyczną kontrolą rozstrzyga, czym jest poszanowanie dla życia prywatnego albo co jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na ochronę zdrowia i moralności, orzekając w imieniu wszystkich członków wspólnoty, której przecież te normy dotyczą[50].

4. Świecka pokuta. O redukcjonistycznym działaniu prawa karnego

Jak zauważa L. Morawski, różnorodności systemów, instytucji społecznych powinna towarzyszyć różnorodność metod oraz technik regulacji, prawa zaś nie sposób sprowadzać do jakiegoś uniwersalnego „racjonalnego" modelu[51]. Wyzwaniu temu odpowiadają koncepcje kontestacyjne wobec prawa karnego, np. idea *restorative justice*. Z drugiej strony państwo nie może być biernym obserwatorem procesów autonomizacji i dyferencjacji, lecz powinno ograniczać te tendencje tam, gdzie mogą zagrażać podstawowym wartościom moralnym oraz naczelnym prawom jednostek[52]. W tym kontekście należy rozpatrywać refleksję Z. Baumana, iż kategorie zdefiniowane przez prawo służą ogranicza-

[48] Por. A. von Bogdandy, *Podstawowe zasady prawa UE – teoria i doktryna (cz. III)*, Europejski Przegląd Sądowy 2009, nr 10, s. 6–7.

[49] Jest to przejaw regulacji dyskursu. Procedura wykluczenia oparta na zakazie skierowanym do większości oraz uprzywilejowaniu czy przyznaniu wyłącznego prawa danemu podmiotowi („ekspertowi") uniemożliwia konsensualną kooperację członków wspólnoty. Zob. szerzej w: M. Foucault, *Porządek dyskursu*, Gdańsk 2002, s. 7 i n.

[50] A. Scalia, *op.cit.*, s. 30.

[51] Zob. L. Morawski, *op.cit.*, s. 164.

[52] *Ibidem*, s. 142.

niu różnorodności, a działanie redukcjonistyczne przejawia zwłaszcza prawo karne[53]. Nasuwa się na tym tle pytanie, czy takie „ładotwórcze" działania przy użyciu metod karnoprawnych powinny być prowadzone na skalę ogólnoeuropejską.

Aby społeczność, jakakolwiek – katolików, Europejczyków etc. mogła przetrwać wobec wielości postaw moralnych, konieczne jest osiągnięcie pewnego stopnia zgodności w tym zakresie. H.L.A. Hart uznaje za dopuszczalne twierdzenie, iż dla istnienia jakiegokolwiek społeczeństwa, jakaś wspólna moralność czy etyka jest konieczna[54]. Chodzi tu o jakiś wspólny system podstawowych reguł lub wartości[55]. Czy jednak, w myśl sformułowanego przez P. Devlina[56] argumentu z prawa społeczeństwa do obrony swojego istnienia, o wyraźnie komuniatriańskim charakterze, społeczeństwo może wymuszać taką zgodność na jednostkach?[57] Czy prawo karne, w imię dobra społecznego, może karać za zachowania, które w odczuciu społecznym czy politycznym są niemoralne?[58]

R. Dworkin zauważa, iż „ustawodawcy muszą nieuchronnie podejmować pewne decyzje w kwestiach moralności. Muszą decydować, czy instytucje, które wydają się zagrożone, są wystarczająco wartościowe, by chronić je za cenę ludzkiej wolności. Muszą decydować, czy praktyki, które tym instytucją zagrażają, są niemoralne"[59]. Sama niemoralność jakiegoś postępowania nie wystarcza, aby je kryminalizować, lecz niekiedy kryminalizacja jakiegoś niemoralnego czynu jest konieczna[60]. J. Rawls twierdzi, iż „celem prawa karnego jest stać na straży podstawowych obowiązków naturalnych, tych, które zabraniają nam nastawać na życie i zdrowie innych ludzi albo pozbawiać ich własności"[61]. We-

[53] Por. Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 126.

[54] Pogląd H.L.A. Harta przytaczam za: J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 478.

[55] Zob. L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro wspólne (Liberalizm versus komunitaryzm)*, Państwo i Prawo 1998, nr 11, s. 38.

[56] Jeżeli chodzi o poglądy P. Devlina, por. szerzej w: *idem*, *The Enforcement of Morals*, Londyn 1965.

[57] R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 434 i n.

[58] Zob. L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro wspólne...*, s. 28; R. Dworkin, *op.cit.*, s. 434 i n.

[59] R. Dworkin, *op.cit.*, s. 441.

[60] *Ibidem.*

[61] J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 432.

dług W. Sadurskiego, prawo karne w znacznie większym stopniu niż inne dziedziny prawa wyraża poglądy moralne społeczeństwa, dotyczące dozwolonego i zabronionego zachowania[62].

W sytuacji, gdy dana sfera życia społecznego normowana jest zarówno systemem etycznym, jak i prawnym, co wobec „ekspansji prawa na inne systemy normatywne"[63] jest zjawiskiem cokolwiek częstym, na gruncie prawa karnego unormowania te przeważnie mają zbieżną treść, to znaczy podobnie określają zakazy, nakazy oraz dozwolenia[64].

Trafnie pisze J. Andenaes, iż w tradycyjnym ujęciu kara jest środkiem wyrażenia społecznej dezaprobaty czynu, wiąże się z naganą moralną. Tradycyjne przestępstwa kryminalne niosą za sobą wyraźne moralne potępienie sprawcy[65]. Rzecz jasna, w niektórych sytuacjach, z którymi należy się liczyć w warunkach multikulturowych społeczeństw późnej nowoczesności, sprawca czynu przestępnego może uchodzić za człowieka moralnego, a mimo braku kolizji zachowania z normą prawnokarną można być człowiekiem niemoralnym[66]. Wbrew temu, co wynika z twierdzeń Devlina, prawo karne nie jest wprost wywiedzione z publicznej moralności[67].

Moralność danej wspólnoty może być wyznacznikiem prawa karnego, lecz tylko wówczas, gdy istnieje konsensus co do podstawowych kwestii moralnych, osiągnięty w wyniku pewnego dyskursu[68]. Przy czym, o ile należy podzielić sceptyczne przekonanie co do możności uzasadnienia uniwersalnego kodeksu etycznego, o tyle wydaje się możliwe stworzenie etyki proceduralnej, która, opierając się na akceptowanych sposobach porozumiewania się oraz rozstrzygania konfliktów, ległaby u podstaw *ordo iuris*[69]. Zaznaczmy, że frankfurcki filozof modernista J. Habermas w swych wcześniejszych pracach stał na stanowisku, iż zasadniczo prawo karne przynależy do światów życia, opartych na

---

[62] W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, s. 257.

[63] Zob. S. Ehrlich, *Wiążące wzory zachowania*, Warszawa 1995, s. 220.

[64] H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 267.

[65] J. Andenaes, *Przyszłość prawa karnego (skandynawskie perspektywy)*, Państwo i Prawo 1974, nr 1, s. 52–53.

[66] J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 82.

[67] R. Dworkin, *op.cit.*, s. 443.

[68] *Ibidem*, s. 453 i n.; B. Wojciechowski, *op.cit.*, s. 331.

[69] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 166.

racjonalności komunikacyjnej[70]. Warto temu zagadnieniu poświęcić trochę więcej uwagi, mając na względzie pytanie o uniwersalne uzasadnienie dla karania w warunkach multikulturowej Europy.

5. System prawa karnego jako Habermasowski „świat życia"

Dominacja działań celowo racjonalnych stała się podstawą krytyki społeczeństw industrialnych[71]. J. Habermas, rozróżniwszy działania celowo racjonalne, które podporządkowane są kryterium skutecznej kontroli rzeczywistości (zatem odpowiadają racjonalności instrumentalnej), od ukierunkowanych na wolną od przymusu komunikację w stosunkach społecznych działań komunikacyjnych, które umożliwiają rozwiązywanie konfliktów społecznych poprzez porozumienie, wysunął tezę o kolonizacji światów życia przez systemy. Światy życia – *Lebenswelt* przynależą działaniom komunikacyjnym. Systemy są związane z działaniami celowo racjonalnymi.

Organy państwa to przykład systemu, z którym należy wiązać koncepcję prawa jako medium – podporządkowanego racjonalności instrumentalnej (np. prawo administracyjne). Z kolei m.in. społeczeństwo przynależy do świata życia, któremu odpowiada koncepcja prawa jako instytucji podległej racjonalności komunikacyjnej (działaniom komunikacyjnym)[72]. Kolonizacja światów życia to zjawisko niekorzystne, prowadzi do komercjalizacji kultury, podporządkowania społeczeństw oraz jego instytucji potrzebom rynku i rządu. Jak zauważa Z. Bauman, „budowanie nowych więzień, uchwalanie nowych praw, które zwiększają liczbę czynów karanych więzieniem i wydłużają czas kary – wszystko to sprawa, że popularność rządu wzrasta"[73]. Ponadto prawo karne dostosowywane jest do potrzeb ochrony inwestycji prowadzonych przez wielkie koncerny[74] lub organizacje ponadnarodowe (również Wspólnotę Europejską).

---

[70] Pogląd taki autor wyrażał np. w wydanej w 1981 r. *Theorie des kommunikativen Handelns* (Teoria działania komunikacyjnego).

[71] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 142–143.

[72] *Ibidem*, s. 144.

[73] Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 140.

[74] *Ibidem*, s. 121 i n.

Według poglądu wyrażanego we wcześniejszych pracach J. Habermasa, prawo karne zalicza się do instytucji[75]. L. Morawski upatruje istoty prawa jako instytucji w teorii dyskursu. M. Zirk-Sadowski określił dyskurs jako mowę regulowaną pewnymi wymogami moralnymi[76]. Uczestnicy dyskursu powinni, twierdzi Habermas, dążyć do rozwiązania danego problemu w wyniku porozumienia. Jak wskazuje K.-O. Apel, wszyscy potencjalni uczestnicy dyskursu mają równe prawa, zarazem wspólnie ponoszą odpowiedzialność za różnego rodzaju problemy stojące przed wspólnotą komunikacyjną oraz za rozwiązywanie ich w drodze, by użyć słów J. Habermasa, „przymusu lepszego argumentu"[77]. Dla wynikłej stąd normy uzasadnienia należy szukać we wspólnym wszystkim ludziom systemie norm moralnych (teza o możliwości uzasadniania uniwersalnego).

Zdaniem Habermasa, „ważne są te normy działania, na które mogliby się zgodzić wszyscy, których mogą one dotyczyć, jako uczestnicy racjonalnych dyskursów"[78]. Słuszne interesy każdego zainteresowanego, z moralnego punktu widzenia, muszą zostać tu uwzględnione[79]. Prawo, w tym ujęciu, powinno być stosowane oraz tworzone przy udziale samych adresatów[80]. Aczkolwiek sam J. Habermas dostrzega pewne trudności, jakie rodzą się na tym tle. Trafny jest zarzut, iż uczestnicy takiego dyskursu to przeważnie ludzie najlepiej poinformowani, którzy „skłonni są raczej szukać wzajem u siebie potwierdzenia dla swoich poglądów"[81]. K. Baynes konstatuje, iż należy rozważyć stworzenie takich instytucji, które umożliwią poszerzenie sposobności i różnorodności dyskursów w sferze publicznej, także na płaszczyźnie moralno-praktycznej[82]. Przy czym instytucje te nie mogą zawłaszczyć dyskursu, poddawać go reglamentacji i uzurpować sobie przywileju bycia ostateczną instancją w kluczowych kwe-

---

[75] Zob. szerzej na temat Habermasa koncepcji prawa w: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 154.

[76] M. Zirk-Sadowski, *Dyskurs jako mowa regulowana wymogami moralnymi*, w: *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska, Kraków 1992, s. 39, 41.

[77] Zob. B. Wojciechowski, *op.cit.*, s. 162.

[78] J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 123.

[79] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 151.

[80] *Ibidem*, s. 152.

[81] J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*, Warszawa 2008, s. 386.

[82] Zob. K. Baynes, *Spór liberalno-komunitarystyczny a etyka dyskursywn*a, w: *Idea etyczności globalnej*, red. J. Sekuła, Siedlce 1999, s. 169.

stiach społecznych. Pozycja w dyskursie wiąże się bowiem z władzą, jak zauważył M. Foucault, a ta z represją[83].

Nasuwa się pytanie o to, czy stworzenie warunków, o których mówi K. Baynes, jest możliwe w skali ogólnoeuropejskiej. *Prima facie* nie. Informacja jest bowiem dobrem dla wielu nieosiągalnym, a w takiej sytuacji trudno o równość stron. Teoria instytucji przyjmuje za punkt odniesienia, opartą na komunikacji oraz konsensualnej kooperacji, wspólnotę. Podkreślenia wymaga także, iż racjonalność komunikacyjna ma przede wszystkim charakter proceduralny[84]. W związku z tym najbliższe koncepcjom opartym na dyskursie są założenia sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*), zorientowanej przecież na mediacje, pojednanie i rozmowę. Jednakże wśród warunków działania mechanizmów *restorative justice* J. Braithwaite wymienia istnienie komunitariańskiej wspólnoty[85]. Z całą pewnością Europejczycy takiej wspólnoty nie stanowią, o czym będzie szerzej mowa. Wypracowanie mechanizmów konsensualnej kooperacji jest kluczowe dla istnienia wspólnoty, konieczna jest bowiem zgoda członków wspólnoty co do elementarnych kwestii społecznych i sposobów rozstrzygania konfliktów. W tym kontekście warto przyjrzeć się polemice zwolenników programu liberalnego z komunitarystami.

6. Prawo karne wspólnoty globalnej i lokalnej

Podstawą ograniczenia wolności, według M.D. Baylesa, może być zasada krzywdy, zasada prawnego moralizmu (wzgląd na przekonania etyczne) oraz zasada paternalizmu (wzgląd na dobro obywateli). Z punktu widzenia liberałów podstawą prawnych zakazów i nakazów może być jedynie zasada krzywdy[86]. Natomiast z pozycji komunitarystów państwo może zabraniać czynów ze względu na ochronę pewnych wartości bądź też dla dobra obywateli. Państwo może zatem zabronić rozpowszechniania pornografii, eutanazji, usunięcia ciąży,

[83] M. Foucault, *op.cit*., s. 8.

[84] B. Wojciechowski, *op.cit*., s. 174.

[85] W zasadzie są to właśnie dwa warunki: współzależność oraz komunitarianizm, które się wzajemnie przenikają, zob. W. Zalewski, *op.cit.*, 182.

[86] Zob. szerzej w: M.D. Bayles, *Criminal Paternalism*, w: *The Limits of Law*, red. J. Pennock, J. Chapman, New York 1974, a także w: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 173.

posiadania narkotyków, co znajduje swoje oparcie w komunitariańskiej wizji świata[87]. Komunitaryzm jest ruchem bardzo zróżnicowanym.

Poglądy umiarkowanych, tolerancyjnych komunitarystów (takich jak m.in. M. Sandel)[88], odwołujących się do perswazji jako metody wdrażania wartości wspólnoty, ogniskują się na krytyce modelu społeczeństwa liberalnego doby późnej nowoczesności[89]. Anonimowość oraz bezosobowość więzi ludzkich, zanik poczucia wspólnoty i niesformalizowanych struktur opartych na więzi osobistej[90], izolacja i samotność[91], to cechy współczesnych społeczeństw. Jak konstatuje Z. Bauman, wypieranie w liberalnych społeczeństwach coraz większych mas ludzi poza wspólnotę prowadzi do tego, iż „teren miasta staje się polem nieustannej wojny o przetrwanie, która czasami zmienia się w publiczny spektakl w postaci zamieszek w śródmieściu, rytualnych potyczek z policją, bijatyk kibiców piłkarskich..."[92].

Jak wskazuje L. Morawski, jakkolwiek komunitaryzm nie jest w stanie podważyć zasad ustroju demokratyczno-liberalnego, to w wersji umiarkowanej może stanowić jego ważne uzupełnienie. Idea kompromisu między liberalizmem a komunitaryzmem staje się współcześnie koniecznością[93]. Próbą realizacji tej idei jest, zaczerpnięta ze społecznej nauki Kościoła, zasada subsydiarności. Zasada ta sprowadza się do twierdzenia, iż państwo, czy też organizacja ponadnarodowa (w systemie globalnym), nie może ingerować tam, gdzie jednostki niższego rzędu mogą wykonywać swe obowiązki oraz kompetencje samodzielnie, lecz ma obowiązek pomagać w realizacji tych zadań, których jednostki niższego rzędu wykonać samodzielnie nie mogą[94]. W tym kontekście warto przytoczyć refleksję O. Górniok, iż inicjatywy oddolne w przeciwdziałaniu zwłaszcza drobnej i średniej przestępczości (w których szczególną rolę od-

---

[87] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 181.

[88] Istnieje również komunitaryzm w wersji radykalnej – represyjnej, zmierzający do narzucenia powszechnego odczucia moralnego mniejszości oraz akceptujący najdalej idące działania państwa w tym kierunku, reprezentowany przez lorda Devlina, którego poglądy zostały już omówione wyżej, zob. ibidem, s. 184 i n.

[89] L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*, s. 178 i n.

[90] *Ibidem*, s. 178.

[91] E. Fromm, *Ucieczka od wolności*, Warszawa 1993, s. 243 i n.

[92] Z. Bauman, *Globalizacja*, s. 29.

[93] L. Morawski, *Prawa jednostki a dobro wspólne...*, s. 38–39.

[94] *Ibidem*, s. 192.

grywają procesy odszkodowawcze), realizowane przez organizacje pozarządowe, mogą wskazywać na to, iż państwo traci monopol na prowadzenie tych działań, które tradycyjnie określa się mianem „polityki kryminalnej”[95].

Czy można odnieść zasadę subsydiarności do prawa karnego w ten sposób, że najgroźniejsze przestępstwa będą zwalczane za pomocą instrumentów scentralizowanych o ponadpaństwowej proweniencji, a drobne przez lokalne wspólnoty na podstawie zasady sprawiedliwości naprawczej? Czy realizacja tej zasady jest możliwa w skali ogólnoeuropejskiej?

7. Ogólnoeuropejskie prawo karne – węzłowe problemy

Podstawy nowoczesnego prawa karnego, wywodzone z myśli kantowskiej[96], wspierają się przede wszystkim na takich pojęciach jak pewność oraz bezpieczeństwo[97]. Jak zauważa Lon Fuller, wymóg, aby przepisy prawne były wyrażane w terminach jasnych, maksymalnie określonych, odzwierciedlony, w mających gwarancyjny charakter zasadach podstawowych dla odpowiedzialności karnej, w postaci formuły *nullum crimen sine lege certa*[98], jest tylko pozornie obojętny etycznie. Gdy ustawodawca wymierza prawo przeciwko domniemanemu złu, które nie daje się dokładnie określić, to musi być oczywiste, iż przepisy nie będą jasno sformułowane[99]. Zbyteczne jest opowiadanie komunałów o tym, że niejasne przepisy dają pole do nadużyć na etapie stosowania prawa. Uważam, że jest to problem niemożliwy do przezwyciężenia – po pierwsze dlatego, że w skali ogólnoeuropejskiej naturalną koniecznością jest zachowanie znacznego stopnia ogólności w formułowaniu oraz interpretacji przepi-

[95] Zob. O. Górniok, *op.cit.*, s. 223.

[96] Pod wpływem I. Kanta zanikła praktyka identyfikacji prawa i moralności; wedle Kanta rolą prawa jest zapewniać bezpieczeństwo społeczeństwu. Por. E. Kaczyńska, *Człowiek przed sądem*, Warszawa 1994, s. 31.

[97] Por. B. Wojciechowski, *op.cit.*, s. 328; M. Bojarski, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 24; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 14–15; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 24.

[98] Zob. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978. Na temat zasad prawa karnego zob. szerzej w: P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *op.cit*., s. 18; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 14–15.

[99] L. Fuller, *op.cit.*, s. 215.

sów prawnych, po drugie, wobec słabych mechanizmów kontroli demokratycznej prawo karne pozostałoby w wyłącznej dyspozycji sądów ponadpaństwowych, co jest niedopuszczalne, jeżeli tylko zechcemy pamiętać o płaszczyźnie aksjologicznej tej dziedziny prawa.

8. Kilka uwag o charakterze podsumowania

Częstokroć postulaty kierowane pod adresem prawa karnego wychodzą z pozycji podejścia konsensualnego, komunikacyjnego, jednocześnie stwierdzając kryzys jego dotychczasowego, nowoczesnego modelu (zarówno prospektywnego jak retrospektywnego)[100]. Jak trafnie zauważa H. Bianchi, ukształtowany pod wpływem doktryn teologicznych oraz oświeceniowych idei nowoczesny system prawa karnego, który jest nieskuteczny, niesprawiedliwy i okrutny, należy zastąpić modelem konsensualnym[101]. Aczkolwiek błędem byłoby mówić o generalnej tendencji do ograniczania stosowania tradycyjnych metod prawnokarnych w krajach kręgu kultury zachodniej, mimo że trudno odmówić racji autorom takim jak H. Bianchi. Prawo karne jest bowiem użyteczne politycznie, służąc każdej ideologii, która operuje uproszczoną wizją świata opartą na odróżnieniu pomiędzy „my" i „oni" – grupą własną i grupą obcą oraz rozbudzaniu antagonistycznej relacji między tymi biegunami[102]. W takich warunkach realizacja idei *restorative justice* nie jest możliwa, a z punktu widzenia prawodawcy (czyli elit rządzących) – zbyteczna.

Prawo karne, zdaniem czołowego filozofa-penalisty G. Radbrucha, w swym rozwoju powinno dążyć do tego, by stać się nie lepszym prawem karnym, lecz prawem dającym poprawę i bezpieczeństwo, będącym bardziej rozumnym i ludzkim niż prawo karne było[103]. Nie jest jednak pewne, jak bliskie tego ideału są koncepcje ogólnoeuropejskiego prawa karnego. Pozostaje podzielić pogląd, iż właściwym kierunkiem przemian prawa karnego jest jego stop-

[100] Zob. np. W. Zalewski, *op.cit.*, s. 331.

[101] *Ibidem*, s. 177–178.

[102] Zob. Z. Bauman, *Socjologia*, Warszawa 1996, s. 48; J. Utrat Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 292–293; N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2004, s. 41 i n.

[103] J. Zajadło, *Gustav Radbruch jako prawnik-karnista*, w: *Prawo w XXI wieku...*, s. 1119.

niowa europeizacja, a przede wszystkim przybliżanie ideałów sprawiedliwości naprawczej, czyli wariant konsensualny.

EUROPEISATION OF SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW: IS IT A STEP IN THE RIGHT DIRECTION?

Summary

The author focuses particulary on the appraisal of Europeisation of substantive criminal law. The article also discusses some theoretical problems connected with evolution of substantive criminal law. First, the implications of the fact, that the modern state no longer seems to be the exclusive guarantor of order and social security. Next, the concept of restorative justice.

One of the problems discussed is also the crisis of modern criminal law. Criminal law has proved to be ineffective. Europeisation of criminal law can be regarded as a response to the crisis of substantive criminal law. However, the creation of one European legal regulation, especially in the field of penal law is, not an easy task. Europeisation stays in conflict with traditional, local manner of the creation of criminal law and its ethical dimension.

However, ideas of European criminal law should be taken seriously. The reform should take into consideration the possibility of creating european penal code. Also, basing on the principles of restorative justice, a revision of substantive criminal law should be done. In conclusion, Europeanisation can be a step in the right direction.

Translated by Michał Peno

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 649 ACTA IURIS STETINENSIS 1 2010

MACIEJ WRZEŚNIEWSKI
Uniwersytet Szczeciński

KILKA REFLEKSJI NA TEMAT WARUNKOWEGO ZAWIESZENIA WYKONANIA KARY ŁĄCZNEJ

Rozważania na temat warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej trzeba zacząć od ogólnego[1] zarysowania tej instytucji w polskim prawie karnym. Związana jest z realnym zbiegiem przestępstw, określonym w art. 85 aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego[2]. Zachodzi on wówczas, gdy sprawca popełnił dwa lub więcej czynów, zanim co do któregokolwiek z nich zapadł, chociażby nieprawomocny, wyrok, a orzeczono za nie kary tego samego rodzaju albo inne, podlegające łączeniu[3].

[1] Ze względu na ograniczone ramy niniejszej publikacji, a także znaczną liczbę opracowań dotyczących kary łącznej, rozważanie całości problematyki tego zagadnienia nie jest w tym miejscu konieczne.

[2] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), którą w dalszej części opracowania będę określał skrótem k.k.

[3] Możliwe jest zarówno łączenie kar jednorodzajowych (np. kilku kar pozbawienia wolności), jak i różnorodzajowych (np. kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności), z warunkowym zawieszeniem wykonania kary oraz bez takiego zawieszenia. Nie podlega łączeniu z tymi karami kara grzywny – niezależnie od tego, czy jej wykonanie zostało przez sąd warunkowo zawieszone. Łączeniu nie podlegają także kary orzeczone jako samoistne z karami zastępczymi – wykonywane są one kolejno po sobie.

Należy wyróżnić dwie sytuacje, w których zaistnieje konieczność wymierzenia kary łącznej:

1) wszystkie przestępstwa pozostające w zbiegu objęte są jednym postępowaniem sądowym,
2) wszystkie lub niektóre przestępstwa zostały osądzone w osobnych postępowaniach, zakończonych prawomocnymi rozstrzygnięciami.

Nie stanowi przeszkody do wydania wyroku łącznego sytuacja, w której orzeczone kary zostały już w części lub w całości wykonane[4]. W obu sytuacjach dla konstrukcji tej nie ma również znaczenia, jaka jest kwalifikacja prawna poszczególnych czynów, wyróżniamy bowiem rzeczywisty zbieg przestępstw jednorodzajowy (gdy sprawca dopuścił się dwóch lub więcej czynów tego samego rodzaju – np. kilku rozbojów) oraz rzeczywisty zbieg przestępstw wielorodzajowy (gdy popełnione czyny są różnego rodzaju – np. rozbój, zgwałcenie, zabójstwo).

Jeżeli wszystkie przesłanki dotyczące zastosowania kary łącznej zostaną spełnione, jej orzeczenie jest obligatoryjne. Wynika to z brzmienia art. 85 k.k.: „Jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregokolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną, biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa". Wyrażenie „(...) sąd orzeka karę łączną (...)" nie pozostawia możliwości wyboru w kwestii zastosowania tej instytucji[5]. O obligatoryjności łączenia kar wymierzonych za przestępstwa pozostające w realnym zbiegu stanowi także Kodeks postępowania karnego (art. 570: „Wyrok łączny sąd wydaje z urzędu lub na wniosek skazanego albo prokuratora")[6]. Co prawda art. 572 k.p.k. przewiduje możliwość umorzenia postępowania w przedmiocie wniosku o wydanie wyroku łącznego, ale jedynie w przypadku, gdy brak jest warunków do jego wydania. Przez brak warunków koniecznych do wydania wyroku łącznego należy rozumieć niespełnienie przesłanek wynikających z re-

[4] Por. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 336. Autor ten wyraża jednak pogląd, że bezprzedmiotowe jest wydanie wyroku łącznego w sytuacji faktycznego wykonania wszystkich orzeczonych kar za poszczególne przestępstwa pozostające w zbiegu.

[5] Por. Teza 1 do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2008 r., sygn. III KK 82/08, LEX 424889.

[6] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89 z 4 sierpnia 1997 r., poz. 555 ze zm., którą w dalszej części opracowania będę określał skrótem k.p.k.

gulacji art. 85 k.k.[7] Tym samym sąd może odmówić wydania wyroku łącznego i umorzyć postępowanie w tym zakresie, jeżeli: sprawca nie popełnił więcej niż jednego przestępstwa, popełnił co najmniej dwa przestępstwa, ale nie pozostają one faktycznie w realnym zbiegu albo wymierzono za nie kary niepodlegające łączeniu. W związku z powyższymi uwagami nie sposób na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów uznać, że orzeczenie kary łącznej lub wydanie wyroku łącznego jest fakultatywne czy uzależnione od charakteru orzeczonych kar, pomimo że można spotkać głosy temu przeciwne[8].

Zagadnieniem szczególnie interesującym jest możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej. Instytucja ta nie była znana poprzednio obowiązującym polskim kodeksom karnym. W związku z brakiem ustawowych regulacji zrodziło się wówczas wokół tego zagadnienia wiele kontrowersji. Sporną pozostawała kwestia, czy możliwe jest połączenie kar bezwzględnych i orzeczonych z warunkowym zawieszeniem wykonania. Odpowiedź na to pytanie była w większości negatywna[9], jednak w judykaturze kilkukrotnie dopuszczano taką możliwość[10]. Ustawodawca, konstruując aktualnie obowiązujący Kodeks karny, wprowadził do niego art. 89 §1, mający niejako rozwiać po-

---

[7] Por. P. Kardas, w: G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116*, red. A. Zoll, Kraków 2008, s. 988.

[8] Jak wskazuje M. Gajewski, przepis art. 89 §1 dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy co najmniej jedna z łączonych kar została orzeczona z warunkowym zawieszeniem wykonania, a co najmniej jedna jest karą bezwzględną, w związku z czym obecny stan prawny w ogóle nie dopuszcza łączenia kar jednostkowych orzeczonych tylko z warunkowym zawieszeniem ich wykonania albo tylko kar bezwzględnych. Sąd Najwyższy natomiast niejednokrotnie wskazywał, że połączenie kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania oraz bez niego jest możliwe tylko wtedy, kiedy sąd orzekający w przedmiocie wydania kary łącznej zdecyduje się na warunkowe zawieszenie jej wykonania – a gdy nie stwierdzi ku temu przesłanek, jest to równoznaczne z brakiem możliwości połączenia tych kar. Podobny pogląd SN wyraził w innym orzeczeniu, w którym wskazuje, że wydanie wyroku łącznego nie może powodować pogorszenia sytuacji skazanego, jaka wynika z wykonywania poszczególnych kar. W przeciwnym wypadku należy odrzucić wniosek o wydanie wyroku łącznego. (Por. M. Gajewski, *Orzeczenie warunkowego zawieszenia kary w wyroku łącznym – glosa*, Monitor Prawniczy 2001, nr 18, s. 940–943; Teza 2 do wyroku SN z dnia 11 lipca 2008 r., sygn. III KK 82/08, LEX 424889; Postanowienie SN z dnia 4 maja 2005 r., sygn. II Akz 142/05, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2005, nr 5, poz. 38).

[9] Por. wyrok SN z dnia 15 sierpnia 1972 r., sygn. V KRN 307/72, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – zbiór Prokuratury Generalnej 1972, z. 12, poz. 192; wyrok SN z dnia 13 sierpnia 1977 r., sygn. VI KRN 187/77, OSNPG 1978, z. 1, poz. 5; wyrok SN z dnia 8 października 1980 r., sygn. V KRN 276/80, OSNPG 1981, z. 2, poz. 24.

[10] Por. wyrok SN z dnia 20 maja 1988 r., sygn. V KRN 94/88, OSNPG 1988, z. 12, poz. 128; wyrok SN z dnia 4 stycznia 1994 r., sygn. II KRN 358/93, z krytyczną glosą S. Zabłockiego, Przegląd Sądowy 1994, z. 6, s. 85.

wstałe wątpliwości[11]. Jego brzmienie jest następujące: „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69"[12]. Należy w tym miejscu podkreślić, że art. 89 k.k. nie modyfikuje w żaden sposób zasad warunkowego zawieszenia kary, wynikających z art. 69 k.k., ponieważ nie zawiera w sobie żadnych regulacji na ten temat[13]. Za trafne trzeba uznać stwierdzenie, że przepis ten należy traktować jako dyrektywę interpretacyjną, wprowadzoną przez ustawodawcę w celu rozwiania wątpliwości co do możliwości zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej w tej konkretnie sytuacji[14]. W związku z powyższym możliwość skorzystania z tego środka probacyjnego jest uzależniona od wypełnienia przesłanek zawartych w art. 69 k.k. Wynika zaś z niego, że sąd może (fakultatywnie) zawiesić wykonanie orzeczonej kary: a) pozbawienia wolności nieprzekraczającej 2 lat, b) ograniczenia wolności, c) grzywny samoistnej, jeżeli występuje tzw. pozytywna prognoza kryminologiczna względem osoby sprawcy (tzn. jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec niego celów kary, a w szczególności zapobiegnie powrotowi do przestępstwa). Przepis ten w swej treści nie zawiera ograniczeń, które wyłączałyby możliwość zastosowania go względem warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej[15].

---

[11] Por. *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 166 i n.

[12] Rozwiązanie to miało także na celu pewną racjonalizację stanu prawnego i eliminację sytuacji, w których – gdyby kar takich nie można było połączyć – sprawca, przykładowo, najpierw zostałby poddany próbie, a następnie, po pomyślnym jej zakończeniu, odbywałby karę bezwzględną.

[13] Por. P. Kardas, *op.cit.*, s. 974 i n. Autor ten wskazuje na niefortunność stanowiska wyrażonego przez SN (por. uzasadnienie uchwały SN z 2 marca 2001 r., I KZP 2/01, OSNKW 2001, z. 5–6, poz. 41, s. 7), iż art. 89 §1 stanowi podstawę do orzeczenia kary łącznej, gdy za zbiegające się przestępstwa wymierzono kary z warunkowym zawieszeniem wykonania kary oraz bez niego.

[14] *Ibidem*, s. 974. P. Kardas zaznacza, iż art. 89 §1 „(...) w żadnym wypadku nie stanowi podstawy wymierzenia kary łącznej, stanowiąc jedynie ustawową dyrektywę interpretacyjną wskazującą na możliwość łączenia na zasadach określonych w art. 85 i n. k.k. kar wymierzonych z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania i tym samym przesądzającą wątpliwości interpretacyjne co do możliwości łączenia takich kar".

[15] Por. wyrok SN z dnia 4 października 2004 r., sygn. IV KK 232/04, Prokuratura i Prawo 2005, nr 4, Dodatek orzecznictwo, s. 7.

Niejednolite stanowisko w doktrynie i orzecznictwie dostrzec można co do oceny sytuacji, gdy za niektóre przestępstwa pozostające w realnym zbiegu wymierzono kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Jak czytamy w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2000 r., „(…) Przepis art. 89 §1 k.k. w sposób wyraźny dopuszcza taki układ procesowy, kiedy wyrokiem łącznym zostają objęte kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny orzeczone z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia (...). Orzekając karę łączną w taki sposób sąd może jej wykonanie warunkowo zawiesić. Jeśli jednak z tej możliwości (...) nie korzysta, to *a contrario* może orzec karę łączną bez warunkowego jej zawieszenia[16]". Natomiast w uchwale z 27 marca 2001 r. (a więc chronologicznie późniejszej) SN orzekł, iż „(...) zakres regulacji zawartej w tym przepisie (art. 89 §1 – M.W.) jest taki, że nie pozwala ustalić innej funkcji kary łącznej w polskim systemie prawnym, niż racjonalizacja odpowiedzialności karnej. Z tego wynika, że łączenie kar nie może doprowadzić do skutków mniej korzystnych dla skazanego niż te, które wynikałyby z wykonania kar jednostkowych. (...) Gdyby ustawodawca dla układu określonego w art. 89 §1 k.k. dopuszczał możliwość wymierzenia kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, to przepis ten musiałby mieć inne brzmienie, a mianowicie »sąd może orzec karę łączną bez warunkowego zawieszenia albo zawiesić jej wykonanie, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69«"[17].

Oponenci tego stanowiska słusznie zauważają, że art. 89 §1 nie wyklucza możliwości orzeczenia kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, ale również takiego zawieszenia nie nakazuje. Wskazuje na to słowo „mo-

[16] Uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., sygn. I KZP 28/2000, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2000, z. 11–12, poz. 91.

[17] Na temat niedopuszczalności wymierzenia w opisywanej sytuacji kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania wypowiadali się również niektórzy przedstawiciele doktryny prawa karnego. Według G. Rejman, byłoby to znacznym pogorszeniem sytuacji skazanego (por. G. Rejman, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 139 i n.). Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Postulowany tutaj zakaz orzekania kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania prowadziłby do sytuacji, w której sąd byłby zobowiązany do obligatoryjnego jej zawieszenia, ku czemu brak jest przesłanek ustawowych. Ponadto powstaje wątpliwość, czy w związku z tym należałoby w każdej sytuacji wymierzyć sprawcy taką karę, aby w myśl postanowień art. 69 k.k. istniała prawna możliwość jej warunkowego zawieszenia, czy też kara niespełniająca tych wymogów również musiałaby zostać warunkowo zawieszona. Żadna z tych opcji nie może być zaakceptowana, gdyż godzi w swobodę orzekania sądu oraz zasady sądowego wymiaru kary, a także narusza regulacje ustawowe, byłoby to więc działanie *contra legem.*

że", użyte w tym przepisie, które określa fakultatywny charakter zastosowania tej instytucji[18]. Na obligatoryjność orzeczenia warunkowego zawieszenia wykonania kary w jakiejkolwiek sytuacji nie wskazuje także żaden inny przepis rozdziału IX k.k. (czy też art. 60 k.p.k.), w związku z czym należy przyjąć, że ustawodawca pozostawił decyzję w tym przedmiocie sądowi, który o możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary powinien orzec, kierując się wytycznymi z art. 69 k.k.[19]

W związku z przytoczonymi powyżej sporami, wynikłymi na gruncie art. 89 §1 k.k. wielokrotnie postulowano dokonanie jego nowelizacji. Odzwierciedleniem tych starań były projektowane zmiany legislacyjne z 2007[20] i 2008[21] r. W pierwszym z projektów przewidziano, że do dotychczasowego brzmienia art. 89 dodany zostanie zapis o treści: „Nie podlega łączeniu kara pozbawienia wolności, której wykonanie jest warunkowo zawieszone, w razie jednoczesnego skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności możliwe jest warunkowe zawieszenie wykonania tylko kary łącznej". Projekt ten nie uzyskał akceptacji, mimo że niewątpliwie zakończyłby spór w tym przedmiocie.

Ostatecznie w 2009 r. uchwalono ustawę modyfikującą brzmienie tego przepisu, która weszła w życie z dniem 8 czerwca 2010 r. Nie wprowadzono nią jednak żadnych zmian, które mogłyby położyć kres tej dyskusji. Nowelizacja ta przewiduje natomiast uregulowanie sytuacji, gdy za wszystkie zbiegające się przestępstwa wymierzono kary wyłącznie z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Dotychczas zdania co do możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej w powyższym układzie procesowym były podzielone. Część autorów dopuszcza taką możliwość – pogląd taki wyrażają T. Bojarski[22],

[18] Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 217.

[19] Por. P. Kardas, *op.cit.*, s. 987. Autor wskazuje, że idąc trybem rozumowania SN, gdyby ustawodawca chciał, aby pozytywne rozstrzygnięcie sądu co do warunkowego zawieszenia kary było obligatoryjne, przepis art. 89 §1 miałby brzmienie: „sąd warunkowo zawiesza wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą warunki określone w art. 69 k.k."

[20] Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, w: *Kodeks karny – projekt nowelizacji*, druk sejmowy nr 1756, lipiec 2007 r.

[21] Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 18 sierpnia 2008 r. (druk sejmowy nr 1394).

[22] Za nieznajdujący odzwierciedlenia w k.k. należy uznać pogląd tego autora, że choć z formalnego punktu widzenia rozwiązanie przyjęte w art. 89 §1 zezwala na warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej w przypadku zbiegu przestępstw z orzeczonymi karami warunkowo zawieszonymi i bezwzględnymi, to jest ono wadliwe, a warunkowe zawieszenie wykonania kary

L. Tyszkiewicz[23], A. Marek[24], J. Warylewski[25], aprobatę wygłosił także Sąd Najwyższy, stwierdzając: „unormowanie zawarte w art. 89 §1 k.k. nie daje podstaw do orzeczenia wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji, gdy łączeniu podlegają wyłącznie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania"[26]; nie brakuje jednak głosów przeciwnych. W celu rozwiania wątpliwości, do art. 89 k.k. ustawodawca dodał nowy §1a w brzmieniu: „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania". Należy zauważyć, że także ten przepis, podobnie jak §1, nie modyfikuje z żaden sposób brzmienia art. 69 k.k., lecz stanowi jedynie dyrektywę interpretacyjną, wskazującą, że orzeczenie kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania jest w tej sytuacji dopuszczalne. Nowelizacja ta, w mojej ocenie, nie była zabiegiem koniecznym, gdyż, jak to już zostało powiedziane, orzeczenie kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub bez niego wynika z brzmienia art. 69 i na gruncie dotychczasowych przepisów było w pełni możliwe.

Wprowadzenie art. 89 §1a może za to zapoczątkować inny istotny spór. Ustawodawca przewidział w tym przepisie możliwość wymierzenia kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania co do kary łącznej pozbawienia wolności. Powstaje pytanie, jak sąd winien postąpić, gdy wśród kar podle-

---

łącznej powinno być orzeczone tylko wówczas, gdy wszystkie kary cząstkowe zostały orzeczone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania (por. T. Bojarski, A. Michalska-Warios, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 2008, s. 158).

[23] Por. L. Tyszkiewicz, w: D. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I. Art. 1–116*, Gdańsk 2005, komentarz do art. 89. Autor ten zauważa ponadto, że przepis art. 89 §1 nie wspomina nic o łączeniu kar, których wykonanie zostało warunkowo zawieszone, jednak z brzmienia art. 86 §1 oraz sformułowania art. 89 §3 wynika, iż zabieg taki jest przez kodeks dopuszczalny.

[24] Jak nadmienia A. Marek, „Zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 89 §1 sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary, jeżeli **chociażby jedna** z kar jednostkowych, podlegających połączeniu, orzeczona została z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Jest oczywiste, że tym bardziej można zawiesić wykonywanie kary łącznej w sytuacji, gdy wszystkie kary podlegające łączeniu zostały orzeczone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania" (por. A. Marek, *op.cit.*, s. 217 i n.)

[25] Por. J. Warylewski, *op.cit.*, s. 335.

[26] Uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., sygn. I KZP 28/2000, OSNIKW 2000, z. 11–12, poz. 91.

gających łączeniu znajdują się kary np. ograniczenia wolności z orzeczonym warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Wydaje się, że skoro art. 89 k.k. nie modyfikuje ustawowych zasad wymiaru kary oraz zawartości normatywnej art. 69 k.k., możliwość orzeczenia kary łącznej ograniczenia wolności (czy też kary grzywny) bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w takiej sytuacji wynika nadal z dyspozycji art. 69 – przez co zbędne jest wyszczególnienie we wskazanym przepisie rodzaju kary, którego dotyczy. Gdyby ustawodawca chciał wykluczyć możliwość orzeczenia kary bezwzględnej ograniczenia wolności lub grzywny, powinien w sposób wyraźny uczynić to w ustawie.

Również z brzmienia art. 69 k.k. wynika możliwość wymierzenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania albo bez niego, gdy za zbiegające się przestępstwa orzeczono tylko kary bezwzględne[27]. Sporną natomiast pozostaje racjonalność zawieszenia wykonana kary łącznej w takim przypadku. Trafny jest pogląd, iż działanie takie byłoby niecelowe, czy wręcz absurdalne, ponieważ w sytuacji, gdy sprawca popełnił wiele przestępstw, a prognoza kryminologiczna, stopień jego winy oraz społecznej szkodliwości czynów przemawiały za tym, aby za każde z nich wymierzyć karę bezwzględną, warunkowe zawieszenie kary łącznej byłoby posunięciem nazbyt pobłażliwym[28]. Ostateczna, swobodna ocena co do tego winna pozostać jednak w gestii sądu.

Z powodu braku ustawowej regulacji, na gruncie k.k. z 1969 r. dyskusyjną była kwestia, czy warunkowe zawieszenie wykonania kary jest dopuszczalne w odniesieniu do kar wymierzonych za każde ze zbiegających się przestępstw, czy też warunkowo zawiesić można tylko wykonanie kary łącznej[29]. Zarówno w orzecznictwie Sądu Najwyższego[30], jak i w piśmiennictwie przychylano się do tego drugiego rozwiązania. Uzasadniano to możliwością dokładniejszego

[27] Z przytoczonych już przeze mnie powodów niesłuszny jest pogląd Sądu Apelacyjnego w Lublinie, że art. 89 §1 k.k. nie zezwala na warunkowe zawieszenie kary łącznej w opisywanej sytuacji, ponieważ z jego brzmienia wynika, iż co najmniej jedna z kar za zbiegające się przestępstwa powinna być orzeczona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 9 listopada 2000 r., sygn. II Aka 213/00, Prokuratura i Prawo 2001, z. 2, poz. 23, s. 13; A. Marek, *op.cit*., s. 217).

[28] Por. T. Bojarski, A. Michalska-Warios, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *op.cit*., s. 158.

[29] Por. M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym – rozważania na tle doktryny i orzecznictwa sądowego*, Kraków 1981, s. 45.

[30] Por. Uchwała Sądu Najwyższego z 14 VIII 1958 r., Nowe Prawo 1959, nr 4, s. 501.

poznania przez sąd całości bezprawia, jakiego dopuścił się skazany, realizując popełnione w zbiegu przestępstwa, bez czego niemożliwe byłoby wymierzenie adekwatnej kary[31]. Problem ten, z oczywistych względów, nie dotyczył sytuacji, gdy orzeczenia za poszczególne przestępstwa zapadały przed różnymi sądami w różnym czasie, niezależnie od wydanego później wyroku łącznego.

Wejście w życie art. 89 §1 k.k. nie rozwiało przytoczonych powyżej wątpliwości. Według niektórych poglądów, art. 89 §1 k.k. ogranicza się do warunkowego zawieszenia kary łącznej, a nie do łączonych w jej ramach kar jednostkowych[32]. Wynika to z faktu, że ten środek probacyjny może być zastosowany jedynie co do kar podlegających wykonaniu, natomiast kary jednostkowe, wymierzane podczas postępowania zwieńczonego wydaniem kary łącznej, w rzeczywistości wykonaniu nie podlegają. Pojawiają się także głosy wskazujące, że gdyby w toku jednego postępowania sąd osobno orzekał w przedmiocie warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej, a osobno co do zawieszenia wykonania kar jednostkowych, w rzeczywistości wielokrotnie musiałby analizować zarówno prognozy kryminologiczne, jak i orzekać co do okresu próby oraz obowiązków nakładanych na sprawcę, co należałoby uznać za niecelowe[33].

Pogląd taki zasługuje na krytykę z kilku powodów. Po pierwsze, o czym była już mowa, art. 89 k.k. nie wyłącza obowiązywania innych przepisów k.k., a w szczególności art. 53 i 69. Tym samym podczas wymierzania kar za poszczególne przestępstwa sąd jest zobowiązany do kierowania się ustawowymi dyrektywami wymiaru kary. Jeżeli, zgodnie z brzmieniem art. 53 k.k., ze względu na stopień społecznej szkodliwości czynu oraz winę sprawcy wykonanie kary (według oceny sądu) powinno być warunkowo zawieszone, to o takim warunkowym zawieszeniu jej wykonania należy orzec każdorazowo, gdy są ku temu odpowiednie przesłanki. Po drugie, wyrok w przedmiocie wydania kary łącznej może zostać uchylony. W takiej sytuacji wykonaniu podlegać będą kary jednostkowe, co doprowadzi do tego, że sprawca, wobec którego sąd uznał za niecelowe orzekanie kary bez warunkowego zawieszenia wykonania, będzie

---

[31] Por. M. Szewczyk, *op.cit.*, s. 45.

[32] Por. Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 21 listopada 2001 r., I KZP 14/01, OSNIKW 2002, z. 1–2, poz. 1. SN stwierdził, że „Przepis art. 89 § 1 k.k. dotyczy orzekania o karze łącznej w ramach wyroku łącznego. Nie dotyczy on zatem orzekania o karze łącznej w razie jednoczesnego sądzenia sprawcy kilku przestępstw pozostających w zbiegu realnym (...)"; tak też A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Warszawa 1998, s. 565.

[33] Por. P. Kardas, *op.cit.*, s. 979.

zmuszony poddać się karze bezwzględnej. Jest to z punktu widzenia zarówno racjonalności kary, jak i jej humanitaryzmu rozwiązanie trudne do zaakceptowania. Po trzecie wreszcie, wskazuje się, że przepis art. 89 k.k. nie ogranicza zastosowania tej instytucji wyłącznie do wypadku orzekania kary łącznej w ramach wyroku łącznego, ponieważ „(...) odmienna interpretacja (...), chociaż motywowana względami praktycznymi, nie może być zaaprobowana, gdyż nie ma oparcia w ustawie (ilekroć ustawodawca ogranicza regulację do orzekania wyrokiem łącznym, czyni to wyraźnie – zob. art. 91 §2 i art. 92) (...)”[34].

Powyższe wątpliwości przeciął sam ustawodawca, dokonując nowelizacji art. 89 §1. Przepis ten uzyskał brzmienie: „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd może w wyroku łącznym [podkreślenie autora] warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69”. Tym samym jasno wyraził stanowisko, że dyrektywa wyrażona w tym przepisie znajdzie zastosowanie wyłącznie co do procedury wydania wyroku łącznego – a tym samym nie ma przeszkód, aby sąd, rozpatrując pozostające w realnym zbiegu przestępstwa w jednym postępowaniu, wymierzał za nie kary z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, niezależnie od tego, czy zdecyduje się na warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej.

Podsumowując powyższe rozważania, należy uznać, że zabiegi ustawodawcy w przedmiocie wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych, dotyczących warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej, nie są w pełni trafne. Dla całkowitej przejrzystości stanu prawnego należałoby albo szczegółowo uregulować zastosowanie tej instytucji w każdym możliwym przypadku, albo też całkowicie pominąć regulacje na temat. Bogaty zasób sprzecznych opracowań oraz orzecznictwa w tym przedmiocie wskazuje jednak, że skłonić należałoby się ku pierwszemu z proponowanych rozwiązań, co położy kres dalszym wątpliwościom i sporom interpretacyjnym.

[34] Por. A. Marek, *op.cit*., s. 217.

EIN PAAR BEMERKUNGEN ZUM THEMA STRAFFAUSSETZUNG ZUR BEWÄHRUNG BEZÜGLICH DER GESAMTSTRAFE

Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag versucht der Verfasser die Meinungen in Lehre des Strafrechts bezüglich der Straffaussetzung /in Bezug auf Gesamtstrafe/ zur Bewährung zu vergleichen, die im polnischen Strafrecht vertreten sind. Der Begriff ist mit der wirklichen Tatmehrheit verbunden. Es ist der Fall, wenn vom Verbrecher zwei oder mehrere Straftaten begangen werden, bevor kein Urteil (sogar nicht rechtskräftig) in zwei oder mehreren Fällen gefallen ist. Das Gericht erkennt dann die Gesamtstrafe, indem die Grundlage der Strafe die einzeln verhängten Strafen bedeuten.

Wir unterscheiden 3 Fälle, in denen sich der Täter befinden kann: wenn alle verhängten Strafen bei der Tatmehrheit unter der Berücksichtigung der Strafaussetzung gefällt wurden, nur Manche von den Urteilen unter der Berücksichtigung der Strafaussetzung gefällt wurden, oder aber, wenn keine Strafe unter der Berücksichtigung der Strafaussetzung gefällt wurde. In der Literatur bestehen wesentliche Differenzen bezüglich dessen, ob das Gericht die Strafaussetzung /in Bezug auf Gesamtstrafe/ zur Bewährung in jedem von den Fällen einsetzen kann.

Der Verfasser trägt diese Streitfrage aus und wird dabei versuchen, die These zu beweisen, dass die Strafaussetzung /Gesamtstrafe/ zur Bewährung in jedem von den Fällen zulässig sei.

Übersetzt von Mieczysław Sokołowski