UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI

ZESZYTY NAUKOWE NR 691

# ACTA IURIS STETINENSIS 2

SZCZECIN 2011

**Rada Wydawnicza**
Urszula Chęcińska, Inga Iwasiów, Danuta Kopycińska
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)
prof. zw. 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**
prof. dr hab. Ryszard Kamiński
prof. dr hab. Andrzej Koch
prof. dr hab. Adam Olejniczak
prof. dr hab. Robert Sawuła
prof. dr hab. Marek Zdebel
prof. dr hab. Marek Zirk-Sadowski

**Redaktor naukowy**
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

**Redaktor tematyczny**
Ewa Olszewska

**Redaktor językowy**
Małgorzata Duda

**Korektor**
Renata Bacik

**Skład komputerowy**
Ewa Radzikowska-Król

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2011

Pełna wersja publikacji www.mec.univ.szczecin.pl
Wersja papierowa jest wersją pierwotną

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

**WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO**

Wydanie I. Ark. wyd. 10,0. Ark. druk 11,6. Format B5. Nakład 30 egz.

## SPIS TREŚCI

**Andrés Ollero** – Czy prawa człowieka mają charakter normatywny? ... 5

**Małgorzata Łączkowska** – Ustalanie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji ludzkiej ..... 29

**Lechosław Kociucki** – Przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczące opieki i kurateli po ostatnich nowelizacjach ..... 49

**Anna Zalcewicz** – Wybrane aspekty normatywne funkcjonowania banków spółdzielczych..... 71

**Aneta Wesołowska** – Realizacja zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa w postępowaniu podatkowym na przykładzie wybranego orzecznictwa ..... 87

**Karol Schneider** – Procedury fałszowania sprawozdań finansowych.... 101

**Krystyna Nizioł** – Zasady jawności i przejrzystości finansów publicznych a ograniczanie długu publicznego jednostek samorządu terytorialnego (ujęcie teoretyczne) ..... 113

**Agnieszka Wiktorzak** – Bankowy tytuł egzekucyjny..... 131

**Marek Sochacz** – Podobieństwa i różnice pomiędzy pełnomocnictwem substytucyjnym a upoważnieniem do zastępowania radcy prawnego..... 151

**Krzysztof Wiszniewski** – Glosa do Uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2010 roku (III CZP 91/09)(OSNC 2010/6/85) ..... 167

**Wojciech Sawczyn** – O praktycznych problemach z interpretacją niejasnych przepisów „przejściowych" oraz rozróżnieniem terminów ustawowych „wierzyciel" i „organ egzekucyjny" ..... 175

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*ANDRÉS OLLERO*
Uniwersytet Rey Juan Carlos (MADRYT)

# CZY PRAWA CZŁOWIEKA MAJĄ CHARAKTER NORMATYWNY?[1]

Przede wszystkim powinienem podziękować za otrzymane zaproszenie do przedstawienia w ramach tego spotkania rozważań na temat, który miałem już wcześniej okazję poruszyć pisemnie[2]. Zadane pytanie w dalszym ciągu okazuje się zajmujące. Jeżeli zakwalifikujemy jako mające charakter normatywny wszystko to, co dotyczy prawa, jak w takim razie mogłoby nie być normatywnym coś, co identyfikujemy jako prawa. Jeśli nie miałyby one charakteru normatywnego, należałoby zmienić im nazwę. Moglibyśmy je nazwać np. pobożnymi życzeniami dla ludzkości na przyszłość.

Mimo wszystko stawiane pytanie nie przestaje być logiczne. Wskazuje na nadużywanie pustosłowia, w którym osiadły się rozważania na temat praw człowieka. Z jednej strony stały się one podstawą politycznej poprawności. Nikt nie odważyłby się kwestionować ich znaczenia. Przywódcy polityczni znani z naruszania tych praw walczą o przewodnictwo w organach ONZ odpowiedzialnych za zagwarantowanie ich przestrzegania.

Jednocześnie sugerowanie, że prawa te – których adresatem byłby każdy przez sam fakt bycia człowiekiem, bez konieczności nadania ich przez państwo – mają taki sam charakter normatywny jak te przyznane przez ustawę, oznaczało-

[1] Referat wygłoszony w dniu 20 października 2010 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego w ramach Master in Law and Policies of European Integration: European Constitutional Law and Multilevel Constitutionalism: seminarium międzynarodowe pt. „Spotkanie z teorią prawa". Przekład z j. hiszpańskiego na j. polski M. Rachwał.

[2] W ramach *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

by obronę ostatniej twierdzy prawa naturalnego. To zaś nękane przez przeważającą obecnie filozofię wydaje się być archetypem tego, co naukowo niepoprawne. Dominująca racjonalność pozytywno-naukowa uznaje metafizykę, która w sposób nieunikniony stanowi podstawę prawa naturalnego, za martwą. Dodajmy do tego próbę świeckich kampanii w Europie i skłonność do rozumienia obrony prawa naturalnego w kategoriach nadprzyrodzonych, a zrozumiemy, że iusnaturalizm nie jest u szczytu popularności.

## 1. Prawa przed prawem?

Dobrze znane jest zainteresowanie tym, czy istnieje życie po życiu. Nie jest więc zaskoczeniem, że dochodzimy do zadania pytania nie mniej ezoterycznego. Czy istnieją prawa przed prawem? Próba odpowiedzi w sposób nieunikniony musi skupić się na rozważeniu trzech zasadniczych problemów: stale kontrowersyjnego związku między prawem a moralnością; formułowania w sposób kontrowersyjny zasad i norm tak zwanego prawa pozytywnego i rzekomego trudnego wyboru pomiędzy równolegle usytuowanymi – porządkiem prawnym i prawem naturalnym.

Problem polega na tym, że pozytywizm wymaga zachowania pojęcia prawa całkowicie sprzecznego z tym, co można by przypisać prawom człowieka. Jeżeli za prawo uważać tylko to, co można przedstawić jako prawo ustanowione – raz a dobrze – przez władzę państwową, to w przypadku, gdy taka władza nie zostanie ustanowiona, nikt nie miałby prawa do niczego. O prawach człowieka można by w sposób elegancki mówić w odniesieniu do tego, co powinno przyznać państwo politycznie poprawne. Jeśli by tego nie uczyniło, powinniśmy albo oczekiwać, że uważa te prawa za obowiązujące, albo zachęcić je do ich ustanowienia za pomocą jakiejś organizacji zdolnej do wywarcia na państwo skutecznej presji. Aby prawa człowieka móc uznać za prawa rzeczywiste, musielibyśmy zrezygnować z pozytywistycznej teorii prawa, ale to może się okazać zadaniem zbyt ambitnym.

W odniesieniu do praw czysto podmiotowych, to wewnątrz najczystszej ortodoksji pozytywizmu normatywnego ich podstawa nie może być już bardziej oczywista. Mamy prawo do tego, do czego upoważniają nas przepisy, które nadając nam dane uprawnienie, nakładają na inne podmioty odpowiadające tym uprawnieniom obowiązki. Tylko tak zwane prawo obiektywne (system norm) może być podstawą do takich czy innych praw podmiotowych.

Sprawa się komplikuje, jeżeli prawa podmiotowe uznalibyśmy za prawa podstawowe. Te ostatnie, jak sama nazwa wskazuje, nie stanowiłyby jedynie zwykłego następstwa norm, ale raczej dostarczałyby tym normom podstawy. W rezultacie ich poszanowanie będzie warunkiem ważności każdej normy. Upoważnione do tworzenia norm większości parlamentarne mogłyby tego dokonywać, tylko zachowując esencję (art. 53.1 Konstytucji Hiszpanii – dalej CE) tych przedustawowych praw. To one stanowiłyby warunek ważności norm, przynajmniej w sensie negatywnym: żadna norma je naruszająca nie byłaby obowiązującą. Pozostaje tylko wyjaśnienie tego, w czym swą podstawę znajdowałyby te prawa podstawowe. Odpowiedź na pierwszy rzut oka wydaje się bardzo prosta: w konstytucji, która – koniec końców – jest niczym innym jak ustawą nadrzędną, ustawą ustaw lub normą norm.

W taki sposób wracamy do tego samego problemu. Powszechnie wiadomo, że interpretacja tekstu konstytucji obraca się wokół tego, co stanowiłoby treść (istotną bądź nieistotną) praw podstawowych w nim określonych. Należałoby uznać, że istnieją jakieś wymagania wstępne wobec prawa pozytywnego, z których to musiałoby w tym najwyższym wymiarze czerpać. Jako że się nam nie pozwala tych wymagań uznać za normatywne, nazwiemy je wartościami (nawet nadrzędnymi, zgodnie z art. 1.1 CE) lub zasadami. Ale czy są to wartości bądź zasady o charakterze normatywnym? Czy może nabierają takiego charakteru, gdy się je umieści w tekście prawnym o najwyższej randze? Pozytywista będzie musiał się skłonić ku temu drugiemu; nadać im pierwszeństwo będzie mógł tylko w wymiarze moralnym, ewentualnie może je traktować jako zasady błąkające się w poszukiwaniu normy, która by je objęła swoim zakresem. Ten niski status normatywny, jaki się przypisuje tym prawom, nie dorasta do poziomu retoryki politycznej, w której tymi prawami się zarządza. To wyjaśnia, dlaczego niektórzy znani autorzy, aby wybrnąć z tej niewygodnej sytuacji, sugerują, że nie ma sensu martwić się o podstawę praw podstawowych, skoro wszyscy zdążyli się już zgodzić co do tego, jakie prawa są podstawowymi, wiążąc się takimi dokumentami jak Powszechna Deklaracja Praw Człowieka ONZ[3]. To udokumentowane porozumienie wydaje się przybierać formę prawa pozytywnego, mimo tego, iż chodzi o międzynarodowy dokument, który niełatwo się wpasowuje w najbardziej ortodoksyjne pojęcie pozytywizmu.

[3] N. Bobbio, *Presente y porvenir de los derechos humanos* „Anuario de Derechos Humanos" 1981 (1), s. 10.

Branie wspomnianej deklaracji za pewien rodzaj dokumentu publicznego, który potwierdza porozumienie jego sygnatariuszy co do istnienia określonych praw, które mielibyśmy obowiązek szanować, natrafia na podwójną przeszkodę. Te same podmioty, które zaangażowały się w jego przygotowanie, zaprzeczają, aby takie porozumienie istniało. Podpisanie tekstu deklaracji nastąpiło pod warunkiem niezadawania sobie pytań co do jego właściwej treści. Mieli oni wystarczająco dużo czasu, aby w wyniku szerszego konsensu treść ta była jaśniejsza. Kiedy jednak nadszedł czas konkretyzacji deklaracji w paktach międzynarodowych o praktyczniejszym znaczeniu, okazało się, że porozumienia brak; a raczej, że doszło do pewnego rozdwojenia jego rozumienia. Trzeba było rozdzielić z jednej strony prawa obywatelskie i polityczne służące za hamulec dla działalności władzy publicznej, od praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych stanowiących siłę napędową tej władzy. Podczas gdy te pierwsze mają niejasny przedpaństwowy charakter, te drugie pojawiły się jako hojna próba przekupstwa ze strony państwa.

Tak więc brak było porozumienia, a nawet jego oznak. Podział na ideologiczne bloki wokół dwóch władz hegemonicznych, wewnątrz czysto hipotetycznie istniejącej wspólnoty międzynarodowej, nie pozwolił na więcej. W dalszym ciągu górująca teoria prawa, niezdolna do uznania za prawo czegoś, co nie posiada wsparcia państwa, przekładała *ad calendas graecas* przyznanie autentycznej mocy obowiązującej tym prawom w oczekiwaniu na skonsolidowanie się superpaństwa międzynarodowego. Ponadto próba oparcia już skonsumowanych praw człowieka na porozumieniu, łatwo składającym się tylko z ogólnych założeń, pomniejszała jeden z zasadniczych aspektów tych praw: ich utopijny wymiar. Kiedy na przykład prawa są powoływane w celu położenia kresu dyskryminacji ze względu na płeć, nikt nie odwołuje się do głównego nurtu zawartego w aktualnych poglądach na prawo. Odwołujemy się do funkcji promocyjnej raczej niż do represyjnej prawa i choć nie jest to jeszcze ogólnie przyjęta praktyka, to dzięki niej będzie można zerwać z utrwalonymi stereotypami, przyjmowanymi wcale nie tak rzadko przez same ofiary.

Z tej sytuacji istnieją tylko dwa wyjścia. Można nadal ignorować kwestie podstaw prawa, osiadając wygodnie w dwuznacznych stwierdzeniach: nie ma niczego ważniejszego ani mniej uzasadnionego od praw człowieka. Efektem tego będzie ustanawianie ich w takim zakresie, jaki będzie odpowiadał państwom. Jakakolwiek próba wykroczenia poza te granice, w związku z brakiem uprzed-

niego przyznania danego prawa przez państwo, otworzy drogę „akrobatycznym" sytuacjom. Te same państwa, które przypisują sobie prawo oceniania areny międzynarodowej, twierdząc, który reżim polityczny spełnia wymogi pewnego minimum etycznego, a który należy uznać za osadzony w osi zła, skończą, przenosząc podejrzanych, umieszczając ich poza strefą działania ich własnej władzy demokratycznej albo wywożąc ich, aby mogli być poddani torturom poza granicami państwa. Dla odmiany, nie będzie tak łatwo wyjść z założenia, że istnieją pewne autentyczne prawa, które towarzyszą człowiekowi przez sam fakt bycia nim. Będzie to wymagało przemyślenia samego konceptu prawa oraz przyznania, że państwa są umocowane – w takim stopniu, w jakim są do tego zdolne – do uznania tych praw, które istniały wcześniej niż państwo, szanując oczywiście ich podstawowe treści, których same państwa nie mogą ustanowić. Co za tym idzie, żadna konstytucja nie przyznaje praw człowieka, a jedynie je uznaje, jako że te istniały w rzeczywistości prawnej już wcześniej. Właśnie dlatego, że istnieją, wymagają swego normatywnego wyrażenia. Nie działoby się tak, gdyby chodziło o zwykłe moralne przestrogi. To wszystko ukazuje nam nierozłączność utopijnego charakteru oraz wymogu nadania charakteru pozytywnego prawom człowieka, które tym samym przestają być jedynie proklamacją dobrych intencji.

Oznacza to uznanie tego, iż prawo nie jest tym, co zakładają albo nakładają państwa dzięki możliwości użycia przymusu i zarządzania homologującymi symbolami, które to zapowiadają możliwość wejścia tych praw do gry. Prawo oraz prawa trzeba by utożsamiać przede wszystkim z uporządkowaniem stosunków społecznych. Nie istnieje przy tym żadna państwowa norma, która nie wskazywałaby na ten aspekt sprawiedliwości. Czyniąc to, nie ogranicza się do pozytywistycznego odwoływania się do strategii legitymacji prawnej. Bez sprawiedliwości nigdy nie będzie mowy o istnieniu żadnego prawa, a jedynie o istnieniu nieokrzesanej władzy i to bez względu na to, jak dużą ilością formalizmu byśmy ją oszlifowali. Nie chodzi również o to, żeby każde roszczenie czy każdy kaprys przekształcał się od razu w prawo. Ma się tak dziać jedynie wtedy, gdy mają one za podstawę wolności i poszanowanie równości.

W momencie, gdy w taki czy inny sposób formułuje się tę propozycję, uruchamia się zarazem proces pozytywizacji, bez którego to, co ma charakter normatywny, byłoby iluzoryczne. Ten proces pociąga za sobą zbieg trzech składników: ocen wartości związanych z konkretnym pojęciem, mniej lub bardziej odzwierciedlającym cel sprawiedliwości; stopniowej integracji mechanizmów

formalnych i instytucjonalnych, które służą za punkt odniesienia dla porządku prawnego; oraz przyzwyczajenia, które zmienia to, co było tylko czystą teorią, w społeczne *consuetudo*. Wszystko to wskazuje na niewłaściwość, a wręcz niepokojący charakter użycia terminologii sprzecznej z domniemaniami praw moralnych. Oczywiste jest, iż poszanowanie tych praw, o których mowa, związanych z człowiekiem tak bardzo, że pozbawienie go tych praw jest rzeczą niewyobrażalną, jest zakorzenione w ich nieuniknionym wymiarze moralnym. Należałoby więc uznać za pewnik istnienie obowiązku – raczej moralnego niż prawnego – powstrzymania wszystkiego, co by je mogło naruszyć. Ale prawa moralne nie są normatywnymi dlatego, że mogą stwarzać pewien wymiar moralny, ani dlatego, że nieuchronnie opierają się na koncepcji tego, jak powinien się zachowywać człowiek, aby dojść do doskonałości. Stwarzają one raczej moralny obowiązek przez to, że posiadają charakter normatywny oraz przez to, że są wymagalne, a co za tym idzie – mogą stanowić podstawę współżycia społecznego. Cała reszta moralnych żądań nie będzie mogła stanowić podstawy żadnego prawa, właśnie dlatego, że nie będzie ona miała wpływu na to współżycie. Z drugiej strony samo korzystanie z tych praw nie gwarantuje człowiekowi doskonałości. Ich znaczenie jest raczej negatywne, bez nich nie byłoby podstawy nawet do poszukiwań tej doskonałości. Stanowią one, podobnie jak wszystko co normatywne, pewne minimum etyczne, choć tak jak wszystko inne, co ma taki charakter, będą stanowiły warunek osiągnięcia jakiegokolwiek optimum etycznego.

To wyjaśnia nam, dlaczego prawa człowieka, umieściwszy je w pozytywnym porządku prawnym, ukazują się jako podstawowe, obwołując się rdzeniem tego porządku. Dlatego też chroni się je przed koniunkturalną grą większości parlamentarnych. Ale różnica między nimi a jakimkolwiek innym prawem zawsze będzie ogromna. Z każdej normy prawnej wynika – nawet ogólnie – moralny obowiązek jej poszanowania. Dzieje się tak ze względu na pozytywne znaczenie porządku społecznego, którego utrzymanie nam umożliwia. Każde prawo opiera się – chociażby pośrednio – na podstawie moralnej, chociażby po to, aby oprzeć się na wolnościach osobistych oraz równości. Chociaż nie każdy moralny obowiązek ma znaczenie normatywne, to każda norma normatywnie niewadliwa powinna nabierać moralnego znaczenia. Tak samo prawo oparte na słusznej podstawie, czyli na podstawie moralnej, będzie w sobie miało coś z prawa moralnego, chociażby jego treść wydawała się wyjątkowo anegdotyczna.

## 2. Trzy antropologie jako punkt odniesienia

Wydaje się logiczne, że następnym pytaniem będzie to, w jakim stopniu dysponujemy koncepcją obiektywnej sprawiedliwości, która wydaje się przekształcać w zalążek rzeczywistości prawnej. Jest rzeczą oczywistą, że taka regulacja nie pojawi się przed nami ani w stanie stałym, ani w ciekłym czy też gazowym. Bardziej przydatne byłoby pamiętać o tym, że działalność prawna jest instrumentem kształtowania wymogów praktycznego rozumowania.

Oczywiście ten wymiar sprawiedliwości wydaje się być związany z określoną koncepcją człowieka i tego, w jaki sposób należy postępować, aby współżycie społeczne uczynić możliwym i owocnym. Brak jest takiej koncepcji sprawiedliwości, która nie odpowiadałaby jakiejś określonej antropologii. Debata na temat tego, którą z nich powinno traktować się jako punkt odniesienia, stanowi punkt wyjścia dla debaty prawnej. Różnym koncepcjom antropologicznym odpowiadać będzie różne wartościowanie i rozumienie prawa.

Z indywidualistycznej perspektywy, prawa paradoksalnie występują jednocześnie jako „reszta" i jako hamulec. Mielibyśmy prawo do tego wszystkiego, z czego państwo nie byłoby zmuszone nas wywłaszczyć w celu umożliwienia współżycia społecznego, ale jednocześnie ta faktycznie pozostawiona reszta wolności obraca się przeciwko samemu państwu, które to powinno powstrzymać się od jej odbierania. Mieć prawo oznaczałoby więc posiadanie przestrzeni wyłącznego, a zarazem wykluczającego inne podmioty korzystania z tego prawa, którego inni (a w szczególności państwo) nie powinni naruszać. Tak byłoby w przypadku prawa do życia. Nikt nie zaakceptowałby bowiem państwa, które odmówiłoby zagwarantowania tego prawa, gdyż taka akceptacja oznaczałaby posłuszeństwo w zamian za nic. Podobne znaczenie miałoby prawo do prywatności, które jak sama nazwa wskazuje wyróżnia się swoją odmiennością od tego, co publiczne, i tak dalej. Mamy do czynienia z koncepcją sprawiedliwości, która to dąży bardziej niż rzeczywiste regulacje prawne do bezkonfliktowego połączenia indywidualistycznych orbit, tak by mogły się one spotykać we wspólnej przestrzeni. Będzie ona służyła jako podstawa dla praw człowieka pierwszej generacji lub wolności.

Tej indywidualistycznej antropologii wskazującej na egzystowanie „bez innych", a nawet przed innymi, przeciwstawia się tę, która będzie podkreślała, że indywidualne istnienie będzie jedynie odbiciem struktury społecznej. Mark-

sistowska krytyka formalnych wolności będzie wskazywała na to, jak poprzez nieznajomość krzywdzącej nierówności, na której opiera się społeczeństwo burżuazyjne, zamienią się one w legitymację do wprowadzających nieład stosunków wyzysku. Całkowity brak zaufania do tego, że prawo i prawa mogą służyć czemuś innemu niż tylko makabrycznemu ozdabianiu tego, co nieludzkie, prowadzi Marksa do sformułowania opinii przeciwnej. Nie można sobie wyobrazić innej sprawiedliwości niż ta, która byłaby wynikiem rewolucyjnego zerwania struktury społecznej, która upokarza wykorzystywanego człowieka. Konserwatywne i wrogie rewolucji prawo nie ma żadnej pozytywnej roli do odegrania i wygaśnie – z braku znaczenia – kiedy nie będzie już żadnej eksploatacji, którą by legitymowało.

Od indywidualizmu, który przeciwstawiał człowieka całej reszcie, przechodzi się do kolektywizmu, w którym człowiek w oczekiwaniu równości zbiorowej nie jest już jednostką autonomiczną. „[...] istota człowieka to nie abstrakcja tkwiąca w poszczególnej jednostce. Jest ona w swojej rzeczywistości całokształtem stosunków społecznych" – wskazuje Marks[4]. Z tego punktu widzenia mówić o wolnościach nie jest niczym innym, jak najskuteczniejszym sposobem na zablokowanie wyzwolenia społeczeństwa jako całości, łącznie z jego poszczególnymi atomami. Wszystko to prowokuje raczej do aktywacji procesu rewolucyjnego, który zawiera w sobie istnienie jednostki w stosunku do reszty, niż do utrwalania praw.

To odwrócenie uwagi będzie stanowiło podstawę do rozważenia sprawiedliwości jako prawdziwie umocowanej. Podważy się znaczenie wolności jako gwarantującej jakąkolwiek sprawiedliwość. Podkreśli się znaczenie równości dla osiągnięcia tego umocowania, państwo zaś powstanie z ławy oskarżonych, aby zmienić się w odpowiedzialne za dobro ogółu. Tak powstanie wśród tych, którzy ufają temu co normatywne, druga generacja praw człowieka rozumianych obecnie jako świadczenia wymagalne od państwa, stanowiące przede wszystkim służbę zdrowia, dostęp do szkolnictwa czy tak zwane minimum życiowe.

Oczywiście nie rozważywszy różnic między obydwoma generacjami praw, wszystko wskazuje na ich uzupełnianie się. Dla poglądu tego nie zabraknie podstaw antropologicznych, jeżeli przezwyciężyły się byt bez lub w opozycji do innych na korzyść współżycia z resztą społeczeństwa. Sergio Cotta wskazał w swojej *ontofenomentologii* na to współistnienie, które zakłada różne ramy klasycznej

[4] W szóstej z *Thesen über Feuerbach*; en Marx-Engels Werke Institut für Marxismus-Leninismus, Dietz, Berlin 1969, t. 3, s. 6.

propozycji społeczności naturalnej[5]. Jeżeli sprawiedliwość jest dostosowaniem wolności i równości, wydaje się logiczne, aby obie wartości były szanowane.

Archetypem związanym z omawianą problematyką może być dziedzina edukacji. Daleko od zrozumienia problemu wolności nauczania – która z jednej strony gwarantowałaby możliwość wyboru szkoły zgodnie z własnym przekonaniem i hamowałaby próby takiego państwowego planowania szkolnictwa, które by się temu sprzeciwiało, a która z drugiej strony gwarantowałaby dostęp do szkolnictwa na jego obowiązkowych poziomach – musielibyśmy dążyć do ukształtowania takiego systemu, który byłby w stanie zrealizować oba te cele. Podobna będzie sytuacja, w której gwarancja do prywatności będzie szła w parze z efektywnym korzystaniem z nowoczesnego prawa do dysponowania danymi osobowymi, które to zapewnia obywatelowi wyrażenie zgody i kontrolę wykorzystywania tej prywatnej informacji, a które z drugiej strony może prowadzić do dyskryminacji.

W ten sposób zostaje podkreślony racjonalny wymiar tego, co niesie za sobą wszystko to, co posiada charakter normatywny, mając tym samym wpływ na zbiór praw. Kiedy już przezwyciężyliśmy stanowisko poszczególnych właścicieli, na które wpływ miały dawne wolności i kiedy walka klas, dla której prawo jest zwykłą przeszkodą, trafiła już do muzeum, otwiera się przestrzeń dla prawnej regulacji stosunków społecznych.

Z uwagi na historię człowieka, omawianego współistnienia nie można rozważać tylko z czysto synchronicznego punktu widzenia. Nasze decyzje mają wpływ na naszych następców, dlatego też nieodpowiedzialne byłoby, gdybyśmy zignorowali współistnienie diachroniczne oraz wymogi sprawiedliwości, które z niego wynikają. Wymogi te znajdują swe odzwierciedlenie w prawach człowieka trzeciej generacji, których przykładem jest prawo do korzystania ze środowiska naturalnego.

## 3. Prawa, zasady i normy

Wydaje się jednak, że nie brak jest powodów dla sformułowania problemu sprzeczności pomiędzy prawami pierwszej i drugiej generacji. Problem ten uwydatnił się przy opracowywaniu tekstu traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy, a także już wcześniej w przypadku Europejskiej Karty Praw Podsta-

[5] *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho* „Persona y Derecho" 1982 (9), s. 17.

wowych. Rozważania te nie ograniczają się jedynie do problemu niezgodności ideologicznej pomiędzy tradycyjnym indywidualizmem anglosaskim czy kalwińskim a nauką społeczną zakorzenioną w katolicyźmie, która to zasila francuską i niemiecką społeczną gospodarkę rynkową. Normatywizm prawny nakazuje przyznać rację tym pierwszym: jeżeli prawa, to niewiele i na poważnie. Wesołe mnożenie praw o wątpliwej wartości raczej je bagatelizuje. Prawo do wszystkiego może okazać się skuteczniejszą formą nieposiadania prawa do niczego, jeżeli okaże się, że nie istnieje sposób sprostania tylu wymaganiom.

Struktura norm jako wybór wszystkiego lub niczego okazuje się właściwa, aby można ją postrzegać jako narzędzie – ograniczające władzę państwową – właściwe dla pierwszej generacji praw człowieka. *Habeas corpus* przykładowo odmówił władzy wykonawczej prawa do odbierania obywatelom wolności w nieograniczony sposób, bez pozostawienia ich dyspozycji władzy sądowniczej. Jeżeli patrzeć na prawa tylko z tej perspektywy, to logiczne jest, że mówienie o prawie do pracy lub prawie do zdrowia będzie brzmiało jak niebiańska muzyka. Prawa te w tym przypadku nie miałyby charakteru bardziej normatywnego niż np. prawo do nieśmiertelności. Nie będzie możliwe ich zagwarantowanie.

Inaczej będzie się przedstawiać sytuacja, jeżeliby uznać, że porządek prawny nie jest złożony tylko z norm, ale również z zasad, tak samo albo i bardziej normatywnych i znaczących niż normy. Ich już omówione cechy (jako pewne wymogi optymalizujące) zbliżają je do praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, odrzucając pustą retorykę na temat praw, których treść w znacznym stopniu zależeć będzie od środków, które władza publiczna będzie w stanie efektywnie wykorzystać.

Nie chodzi o to, że tylko te pierwsze byłyby prawdziwymi, bezpośrednio obowiązującymi prawami, podczas gdy te drugie stanowiłyby dobre intencje o niepewnej skuteczności.

Chodzi o to, że prawa pierwszej generacji łatwiej wyrazić jest w sposób normatywny, przy czym nie mają służyć niczemu innemu, jak hamowaniu władzy, pozostawiając zwykłej życzliwości moralnej inne zadania. Tak zwane państwo społeczne pozostawałoby w ten sposób normatywnie wyłączone, co oczywiście byłoby niekorzystne z punktu widzenia podmiotów najsłabszych. Odwrotnie, gdy przezwyciężając hemiplegie normatywną, uznaje się rolę normatywną zasad, to ukazuje się nam promocyjny wymiar praw, który jako narzędzia używa działalności pozytywnej lub potwierdzającej.

Kwestia ta wymaga jednak innego ujęcia problemu wartości, zasad i norm[6]. Jeżeli już sama propozycja uznania wolności ograniczonej, która wymaga poszanowania drugiego jak równego sobie, uruchamia proces pozytywizacji prawa, to jego pierwszy praktyczny rezultat przejawi się najpierw w formie zasad, a nie tekstu normatywnego. Jeżeli mówimy na przykład o niedyskryminacji ze względu na płeć, to w praktyce dojdziemy do socjologicznej analizy praktycznego wpływu określonych działań na tę zasadę i nie zadowolimy się jedynie zbadaniem formalnej równości wynikającej z tekstu normatywnego. Całe orzecznictwo dotyczące pośredniej dyskryminacji okazało się być wynikiem zastosowania zasad jeszcze przed ich odzwierciedleniem się w ogromnym zbiorze normatywnym.

Nie można więc rozumieć praw jako zwykłej wypadkowej norm. I to nie tylko dlatego, że prawa podstawowe ukazują się jako uprzednie prawu pozytywnemu i normom, ale również dlatego, że zasady stanowią fundament praw, bez oczekiwania na to, żeby normy je uznały oraz bez decydującego modyfikowania interpretacji tych norm. Bez jakiejkolwiek zmiany normatywnej zastąpienie zasady ochrony kobiety przez ochronę rodzicielstwa zmieni zasadniczo treść tej zasady.

Nie ma więc sensu przyjmować, że prawa ekonomiczne, społeczne i kulturalne mają mniej normatywny charakter niż prawo cywilne czy prawa polityczne. Ideologicznemu tłu nie wydaje się również obca – zawsze tak generalna, jak i sprzeczna – propozycja Dworkina, aby tym drugim prawom nadać etykietę zasad o domniemanej podstawie moralnej, podczas gdy te pierwsze nie byłyby właściwie prawem. Nie łączyłyby się nawet z zasadami prawnymi podlegającymi ochronie. Byłyby one na łasce polityki władzy wykonawczej przy praworządnym wykonywaniu swoich kompetencji, uznającej je za bardziej odpowiednie w odniesieniu do czystych racji wydajności[7]. Zaznacza się tym samym granica wyróżniająca podział władz. Podporządkowuje się władzę wykonawczą odpowiedzialną za politykę sferze działań władzy ustawodawczej, której to rezerwuje się (ponownie w art. 87.3 CE) rozwinięcie tych treści konstytucyjnych, które równocześnie wyłącza się spod obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Nie wydaje się rozsądne mylenie obu tych aspektów.

---

[6] Tak jak miałem okazję to podkreślić w *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999.

[7] R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, Duckworth, London 2005, s. 140 i nn.

Nie wydaje się również właściwe identyfikowanie tych następujących po sobie generacji praw jako prawa do wolności i równości, jako że obie te wartości z samej definicji są wymogiem sprawiedliwości, która zawiera w sobie wszystkie prawa. Wolność, która nie stanowi podstawy szanowania drugiego jak samego siebie, nie może stanowić podstawy dla jakiegokolwiek prawa. Tak samo jest w przypadku kolektywizmu, który to przekreśla całą wolność. Skąd mamy więc wziąć obiektywne kryterium stanowiące podstawę dla jej regulacji?

## 4. Dyskusyjna iusnaturalistyczna podstawa praw fundamentalnych

Insynuowanie, że umocowanie wolności i równości, mogących służyć jako podstawa praw, znajduje się w prawie natury, jest poglądem dyskusyjnym, co z resztą po wszystkim, co zostało wcześniej ustalone, nie może nas dziwić. Oczywiste, że hegemoniczny pozytywizm prawniczy zegnie się pod wpływem tego, co uznaje za oportunistyczną i doktrynalną strategię przetrwania swego odwiecznego wroga. Pomimo wszystko ciekawe jest, że dyskusja ta nie wydaje się wcale mniej ożywiona również w gronie iusnaturalistów. Powyższe nakazuje nam przeanalizowanie poszczególnych etapów historii filozofii.

Iusnaturaliści, głównie nurtu normatywizmu rzymskiego – za przykład może posłużyć Villey – podkreślali historyczny związek teorii prawa z rozdźwiękiem indywidualizmu, ożywionego przez metafizyków franciszkańskich[8], w związku z ich przewagą nad uniwersalizmem dominikanów. Spadkobiercą tego indywidualizmu będzie pozytywizm prawny z Hobbesem na czele. Dlatego też tylko na jego łonie będzie miało sens szkicowanie teorii praw naturalnych identyfikowanych z obecnymi prawami człowieka. Z trzech tomistycznych znaczeń prawa kluczowe byłoby prawo rozumiane jako sprawiedliwość obiektywna lub *cosa justa*, wyrażona na piśmie w ustawie. To z niej wywodzono by prawa podmiotowe.

Dodajmy, że teolodzy scholastyczni jako punkt odniesienia będą traktować ustawę, będą ich obchodziły nie tyle prawa, co oczywiste obowiązki wywodzone z ustawy. Stąd biorą się ich refleksje na temat odwiecznego prawa, tak odległe dla prawników, a także odniesienia do prawa naturalnego, w którym z łatwością łączyłoby się to, co prawne, z tym, co moralne, czyli to, co tak naprawdę obchodzi teologa. Łatwo wyobrazić sobie rezultat: prawo naturalne bez praw naturalnych.

[8] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchretien, Paris 1968, s. 200–210 i 225–238.

Przywiązanie do tradycji ułatwia utrwalenie teoretycznego punktu widzenia, który otwiera drogę iusnaturalizmowi, który jeśli chodzi o normatywizm, a nawet legalizm, nie ma czego zazdrościć pozytywizmowi prawnemu. Zjawisko to będzie jeszcze częstsze wśród jego głosicieli niż wśród klasyków, którzy służą im za punkt odniesienia. Tak jak Kelsen pokonał legalizm pozytywistów, przyznając, że również sędzia tworzy normy prawne, również sam Tomasz z Akwinu nie stworzył legalistycznego punktu widzenia, wskazując, że „wyrok sędziego jest jakby szczególną ustawą w odniesieniu do szczególnej sprawy”[9].

W przypadku najbardziej ortodoksyjnych pozytywistów, prawa traktowane są jako produkt uboczny ustaw. Kontrowersje doktrynalne nie obracają się wokół ustaw, ale wokół prawa niesprawiedliwego. Zagadnienie to z pewnością nie jest nieistotne, w szczególności gdy ma się na uwadze, że to właśnie powojenny konstytucjonalizm europejski z jego odwoływaniem się do praw dokonał znacznych zmian w pozytywizmie prawniczym. Jego wytrwałość w zajmowaniu się prawdziwym prawem, a nie jedynie życzliwymi propozycjami tego, jak powinno być, zderzyła się z jego osobliwą niezdolnością do wyjaśnienia znaczenia tych praw, które nie tylko mają charakter normatywny, ale które są również podstawą całego porządku prawnego.

W dalszym ciągu znamienne jest, że najważniejsza próba rozwiązania tego nowego problemu podjęta w dyspucie prawniczej wskazuje na prawo i prawa naturalne. Znamienne jest również to, że w momencie powiązania praw z umocowaniem charakterystycznym dla sprawiedliwości obiektywnej pojawiają się trudności w wyrażaniu tego zjawiska. Język angielski proponuje nam użycie neologizmu. Tak też w odniesieniu do Tomasza z Akwinu wskazuje się, że „jeśli można by użyć przysłówka »słusznie« (aright) jako rzeczownika, to można by powiedzieć, że ich pierwotnym znaczeniem byłoby słowo »słuszności« (arights), a nie »prawa« (rights)”[10].

Konstytucje wskazują jako podstawę zawartych w nich praw pewien przedni etyczno-moralny kontekst, który to jest w stanie nadać sens odzwierciedlonym w ich tekście treściom zdecydowanie ogólnym. Kontekst, który pomógłby zidentyfikować te podstawowe treści, które ustawy muszą szanować, a których sama konstytucja nie jest w stanie sprecyzować. Nikogo nie dziwi więc, że taki emerytowany sędzia konstytucyjny jak Rubio Llorente wskazuje, że konstytucja stano-

[9] *Summa Teologica* II.II, q.67, art.1; cytuję dwujęzyczne wydanie, BAC, Madrid 1956, t. VIII, s. 520.

[10] J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1999, s. 206.

wi granicę między prawem pozytywnym a naturalnym, albo też że inny niemiecki sędzia – Böckenförde rozumie, iż każda konstytucja opiera się na uprzednich podstawach etycznych, których nie może w sposób wystarczający wytłumaczyć w swoim tekście. Bez odniesienia się do tego, co zwykło się nazywać konstytucją materialną, formalna struktura tekstu konstytucyjnego nie jest w stanie zbyt wiele nam dostarczyć, może natomiast stać się pretekstem dla jej arbitralnej interpretacji lub też dla zwyczajnej dyktatury większości.

Próby rozwiązania tego problemu, odsyłające do podstaw raczej socjologicznych niż metafizycznych, nie cieszyły się powodzeniem. W Stanach Zjednoczonych rolę taką odgrywa odwołanie się do standardu, który zobowiązywałby do wypełniania woli ustawodawcy. W Hiszpanii, pomimo krótszego okres istnienia tekstu konstytucyjnego, potwierdziły się narodziny nowego prawa podstawowego, z trudem pojmowanego przez wyborców. Innym sposobem rozwiązania tego problemu byłoby zestawienie tekstu konstytucyjnego z mentalnością społeczeństwa. Sposób ten został jednak również odrzucony przez Hiszpański Trybunał Konstytucyjny w założeniu, że wymogi konstytucyjne w sprawie równości mężczyzn i kobiet praktycznie nie odpowiadałyby zakorzenionym w społeczeństwie poglądom[11].

Pozbawiony punktu odniesienia tekst konstytucji może przekształcić się w zwykłą grę słów, która zupełnie wypaczałaby jego znaczenie. Tak też w jednym z pierwszych komentarzy do Konstytucji Hiszpanii nie omieszkano wskazać, że „odniesienie się do mężczyzny i kobiety nie oznacza uznania powszechności prawa, a jedynie stanowi aluzję do heteroseksualności małżeństwa, zamykając tym samym drogę dla legalizacji stałych związków homoseksualnych”[12]. Jeżeli byłaby to prawda, to późniejsze żądanie, aby w przesłankach z art. 32.1 CE mieściły się również małżeństwa mężczyzn i kobiet z osobami tej samej płci, byłoby możliwe jedynie w przypadku zmiany konstytucji. Sugerowanie, że byłoby to niepotrzebne i że wystarczyłoby naciągnąć odpowiednio jej interpretację, oznaczałoby zmianę tego tekstu w martwą literę.

Podstawą oporu przed uznaniem tych autentycznych praw podstawowych – a tym samym opartych na mocnych fundamentach – będących istotą człowie-

[11] STC (wyrok Trybunału Konstytucyjnego) 81/1982 z 21 grudnia, F.2.

[12] Luis Prieto Sanchís odwołuje się do art. 32.1 CE w *Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales*, incluido en el libro colectivo editado por. A. Predieri y E. García de Enterría sobre „La Constitución española de 1978”, Civitas, Madrid 1980, s. 338.

czeństwa może być problematyczny charakter ich uznania lub też strach przed tym, by nie zostały narzucone przez podmioty do tego nieuprawnione.

Ta pierwsza przyczyna jest zrozumiała, jeżeli uzna się te prawa za te, które mają dopiero co nadaną treść, której jasność jest przynajmniej wątpliwa. Każde prawo jest jednak procesem interpretacji, w którym to nie tylko utrwalają się cechy charakterystyczne prawa, ale w którym kształtuje się ono na potrzeby konkretnego przypadku i wymogów sprawiedliwości. Na tym polega właśnie proces pozytywizacji prawa. Zarówno prawo naturalne, jak i jego podmiotowe konsekwencje podtrzymują ten proces. Prawo naturalne jest zawsze tak samo zmienne jak prawo pozytywne, bez którego to nie miałoby normatywnego znaczenia. Prawo pozytywne sprzeciwiające się naturze byłoby bez wątpienia najgorszym prawem pozytywnym. Prawo naturalne zaś bez jego pozytywizacji zostałoby zredukowane do zwykłego życzenia.

Tym czasem zajmijmy się drugą z obaw. To jurysprudencja odgrywa główną rolę w procesie pozytywizacji, to właśnie ona jest w stanie nadać normatywny charakter prawom naturalnym. Oczywiście wewnątrz takiego systemu prawa jak hiszpański to do Trybunału Konstytucyjnego będzie należało ostatnie słowo, nie zapominając również o tym, co będzie miał do powiedzenia Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w związku z prawami uznanymi przez Konwencję Rzymską Rady Europy.

Przykładem takiego pojmowania praw podstawowych przez orzecznictwo może być zdanie odrębnie sformułowane przez sędziego hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego w związku z jednym z orzeczeń Trybunału na temat pomocniczego charakteru skargi konstytucyjnej, w której położono zbyt duży nacisk na same zasady. „To, czy wyczerpały się już czy też nie przydatne środki zaskarżenia, a także ustalenie tych środków jest problemem ustawodawstwa zwyczajnego. Sądzę, że nie przestrzegamy zasady legalizmu, do której to stosowania zostaliśmy powołani, jeżeli w celu usprawiedliwienia stosowania nieodpowiednich lub niepoprawnych środków zaskarżenia powołujemy się na prawo do sądu, nadając mu treść, która jest zwyczajnym tworem naszej jurysprudencji nie mającym podstawy w żadnej z konstytucyjnych lub prawnych zasad, wprowadzając tym samym czynnik całkowitej niepewności prawa”[13].

Obawa sędziego jest zrozumiała, tak samo jak wcześniej zrozumiała była obawa Sądu Najwyższego. Mniej zrozumiałe jest natomiast to, jakie i ile z praw podstawowych zawierających konkretne treści nie jest tworem naszej judykatury.

[13] Zdanie odrębne sędziego Vicente Conde a la STC 4/2000 z 17 stycznia.

Bez niej żadne prawo nie stałoby się prawem pozytywnym, nawet gdyby oparte było na solidnych podstawach. Nie istnieje skuteczna ochrona praw bez przedyskutowania ich rzeczywistej treści. Oczywiście nie może być to porównane do wydania czeku *in blanco*, tak aby podmioty odpowiedzialne za jego uzupełnienie wprowadzały do konstytucji to, co arbitralnie uznaje się za stosowne. To właśnie tutaj prawo naturalne – pod warunkiem, że wybaczy się użycie tego wyrażenia – ma wiele do powiedzenia.

Podkreśla to sam Trybunał Konstytucyjny, kiedy porusza problem tego, jak powinno rozumieć się zawarte w art. 53.1 CE odesłanie do poszanowania istoty treści praw podstawowych. Wskazuje on, iż „aby spróbować przybliżyć się w jakikolwiek sposób do idei treści podstawowych, należy trzymać się dwóch dróg. Pierwszą z nich jest próba odniesienia się do tak zwanej natury prawnej albo też sposobu pojmowania lub formowania się każdego prawa. Zgodnie z tą ideą należy spróbować odnaleźć związek pomiędzy językiem normatywnym, a tym, co niektórzy autorzy nazywają metajęzykiem, a co przez prawników, sędziów i specjalistów od prawa nazywane jest ideami lub przekonaniami. Wielokrotnie nazwa i zasięg prawa podmiotowego wyprzedzają moment, w którym takie prawo zostanie sformułowane i uregulowane przez konkretnego ustawodawcę. Abstrakcyjna kategoria prawa wyprzedza pojęciowo moment legislacji i w tym znaczeniu można mówić o rozpoznawalności tej abstrakcyjnej koncepcji konkretnej regulacji. Skutkiem tego treści podstawowe prawa podmiotowego tworzą możliwość działania niezbędnego do tego, by prawo rozpoznawalne było jako przynależne do opisywanej kategorii. Bez tych treści prawo przestawałoby przynależeć do danej kategorii i tym samym musiałoby przynależeć do innej. W przypadku prawa konstytucyjnego wszystko to należy odnieść do konkretnego momentu w historii i do właściwych warunków społeczeństw demokratycznych".

„Drugim możliwym sposobem na określenie istoty prawa jest poszukiwanie tego, co tradycja nazywa interesami prawnie chronionymi, jako swojego rodzaju zalążka i sedna praw podmiotowych. Można wtedy mówić o podstawowych treściach prawa w odniesieniu do tych treści, które są absolutnie konieczne dla interesów prawnie chronionych, które tchną w prawo życie i które okazują się prawdziwie i efektywnie chronione. W przypadku, gdy prawo ograniczane jest w stopniu, który uniemożliwia jego wykonywanie i odziera je z niezbędnej ochrony, mamy do czynienia z przekraczaniem granicy lub zapominaniem podstawowych treści prawa. Obie zaproponowane drogi do zdefiniowania tego, co można rozumieć przez podstawową treść prawa podmiotowego, nie stanowią dla siebie

alternatywy ani nie są dla siebie przeciwstawne. Przeciwnie, należy je uznać za dwa uzupełniające się sposoby”[14].

Po tych obszernych teoretycznych rozważaniach można odetchnąć z ulgą. Nie jest konieczne abstrahowanie od prawa pozytywnego, aby potwierdzić treści podstawowe. Jednak bez powoływania się na prawo naturalne trudno jest wyjaśnić:

- jaki jest charakter prawny wspomnianego prawa i na czym polega jego metajęzyk,
- co wpływa na generalizowanie przez prawników jedynie niektórych przekonań do tego prawa się odnoszących,
- gdzie kryje się ta ciekawa przedegzystencjalna koncepcja, która pozwala na odróżnienie tego, co jest prawem,
- jego możliwości niezbędne do tego, by pozostało nieskażone w – rzecz jasna – warunkach właściwych społecznościom demokratycznym, nieobjętym przez żadnego rodzaju prawo pozytywne.

Nie sądzę, aby nawet najambitniejszy z iusnaturalistów mógł zaproponować coś więcej.

## 5. Nie istnieją prawa nieograniczone

Twierdzenie, iż nie ma praw nieograniczonych, stało się aktualnym problemem w hiszpańskim orzecznictwie konstytucyjnym. Jeżeli powiązanie prawa ze sprawiedliwością obiektywną utożsamiać z ograniczeniem wolności i równości, to powoływanie się na nieograniczoną wolność lub równość nie będzie stanowiło żadnego tytułu prawnego. Każde prawo należy rozumieć jako korzystanie z wolności mierzonej istnieniem wolności przyznanej innym osobom. Żadne zachowanie wykraczające poza te granice nie może być rozumiane jako wykonywanie prawa.

Jest to równie oczywiste jak to, iż niezrozumiałe byłoby zastosowanie określonych ograniczeń do praw już nadanych, odbierając im tym samym część ich treści. Po raz kolejny powodem tych metaforycznych zabiegów jest normatywizm oparty na założeniu, że albo wszystko, albo nic. W dzieciństwie nauczono mnie, że Hiszpanię od północy „ogranicza” Morze Kantabryjskie. Celem tej nauki nie było jednak zakwestionowanie potęgi Hiszpanii. Jeżeli bowiem nie istniałoby

[14] STC 11/1981 z 8 kwietnia, F.8, którego sprawozdawcą był Luis Díez Picazo.

Morze Kantabryjskie, to Hiszpania nie byłaby bardziej rozległa, ale po prostu by nie istniała, no chyba że ograniczałby ją inny punkt odniesienia.

Prawa nie mają określonego zasięgu, który zmuszałby je do wchodzenia w konflikt z innymi prawami, trwający dopóty, dopóki ktoś trzeci nie zaproponowałby rozejmu. Prawa nie zostają nadane raz na zawsze. Ich treści podlegają ograniczeniom w konkretnych stanach faktycznych, w których zarysowują się ograniczenia tak wolności i równości, jak i innych praw związanych z danym prawem. Tym samym w wielu przypadkach nie będzie można manipulować zakresem jednego prawa (np. prawa do informacji czy wolności słowa) bez wywarcia wpływu na zakres drugiego (np. prawa do prywatności). Prawa są zwykle tak formułowane, że obowiązkowa interpretacja zawężająca ich treści będzie zależna w większym stopniu od równoważenia zasad, niż od następującym po niej – powodującym konflikty – zastosowaniu norm. Zasada uwzględniania interesu publicznego w niektórych przypadkach ograniczy zakres prawa do prywatności. Będzie to nam tłumaczyło, dlaczego osoby publiczne prywatnością będą cieszyły się w węższym zakresie niż pozostali obywatele. Jak widać sama zasada uwzględniania interesu publicznego zwiększa możliwości zdobycia informacji na temat wydarzeń wzbudzających zainteresowanie publiczne[15].

Z normatywistycznego punktu widzenia mającego tendencję do wyobrażania sobie praw wyposażonych w wyraźnie określone treści, okazało się niezbędne dodanie wyrażenia „kto wykonuje nadane mu prawo, nie wyrządza nikomu krzywdy". Jego indywidualizm doprowadził do zapomnienia, iż charakter danego prawa nie pozwala na ignorowanie innego. To jurysprudencja musiała wprowadzić instytucję nadużycia prawa, która potem została odzwierciedlona w dużo późniejszej zmianie hiszpańskiego kodeksu cywilnego. Każde prawo ma swoje oparcie w sprawiedliwej podstawie, która z zasady nie może mieć nadmiernego zasięgu. Nikt nie może nadużywać czegoś, czego nie posiada. Jeżeli przykładowo obywatel wyrażałby się w sposób obelżywy, to nie nadużywałby prawa, gdyż jak przypomina hiszpański Trybunał Konstytucyjny – nikt nie ma prawa do znieważania drugiej osoby. Niepotrzebne dręczenie kogoś pozostaje więc poza granicami wolności słowa. Ograniczenie prawa, przez wyjęcie z jego zasięgu pewnych treści, nie jest tym samym co uznanie, że obywatel nie korzysta w rzeczywistości z żadnego prawa.

[15] *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal*, którym to tematem zająłem się w „La Ley" 11 XII 1998 (XIX-4691), s. 1–4; praca włączona później do *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, s. 127–141.

Jak już wskazaliśmy, ograniczenia te spowodują wejście do gry wymogów stawianych przez sprawiedliwość obiektywną. Nie wystarczy traktować innych jak równych sobie, trzeba jeszcze doprecyzować, w jakich warunkach równość tę można by kwestionować. I tak na przykład dzieje się w przypadku konieczności wprowadzenia hierarchii między godnością a autonomią jednostki. Ma to miejsce w przypadku dyskusji nad eutanazją. Mówi się, że godność zabrania odbierania drugiemu człowiekowi życia. Kontrargumentem jest to, że niemożliwość samodzielnej egzystencji odbiera niektórym jednostkom godność. Nie ma konieczności odwoływania się do tak makabrycznych przykładów, wystarczy nawiązać do tradycyjnego powiązania między ochroną prywatności a poszanowaniem godności. Stąd nacisk na te aspekty w dużej mierze namacalne, które uważa się za szczególnie delikatne. Wejście w grę informatyki zmieniło jednak punkt odniesienia.

Konstytucja Hiszpanii wydaje odnosić się jeszcze do klasycznego punktu widzenia, wskazując w ostatnim ustępie art. 18, że „w celu zapewnienia ochrony czci, prywatności życia osobistego i rodzinnego obywateli oraz pełnej realizacji ich praw ustawa określi granice wykorzystania informatyki". Cytowany ustęp przewiduje jedynie konieczność ustalenia granic wykorzystania informatyki w celu zachowania godności w różnych aspektach bycia człowiekiem. Presja wywierana przez informatykę stała się jednak w większym stopniu przyczyną rozważań na temat prywatności niż godności. Jeżeli informacja stałaby się źródłem władzy, to równość pomiędzy obywatelami byłaby naruszana. Przyczyną tego naruszenia byłby brak wyraźnego wskazania, jakimi danymi można rozporządzać, a jakimi nie. Zjawisko to może prowadzić do dyskryminacji i to zarówno w sprawach błahych, jak i tych o większym znaczeniu. W taki oto sposób wyłania się osobliwe prawo do kontroli danych osobowych, które to zabrania dysponowania nimi bez upoważnienia osoby zainteresowanej, i od którego to wyjątki mogą być przewidziane jedynie w konkretnych celach określonych przez ustawę.

Pojawianie się coraz to nowych sytuacji będących przyczyną nierówności implikuje konieczność tworzenia nowych rozwiązań prawnych. „Nasza Konstytucja w odpowiedzi na nowe, konkretne formy zagrożenia godności i praw podmiotowych ustanowiła nowe gwarancje konstytucyjne, tworząc je w sposób nieróżniący się od tego, jak wcześniej powstawały i zostawały ustanawiane prawa podstawowe"[16].

[16] La STC 254/1993 z 18 sierpnia podkreśla narodziny nowego prawa, które to F.7, nazywa „wolnością informatyczną" albo *habeas data*. Zająłem się tym tematem w: *De la protección de la*

## 6. Prawa stojące ponad państwem

W tym momencie wydaje się już jasne, że tak naprawdę nie ma praw wyprzedzających prawo. Tym, co powinno stać się przedmiotem kontroli, jest pojęcie prawa, które traktowane poważnie byłoby dla człowieka czymś w rodzaju dobrodziejstwa inwentarza. Natomiast istnieją i zawsze istniały prawa wyprzedzające państwo. Takie prawa istniały od kiedy istnieje rasa ludzka. Na powstanie tworu zwanego państwem nie trzeba było czekać wielu wieków. Obecnie jednym z trzech wymiarów sprawiedliwości – instytucjonalizacja formalna – zostało niewątpliwie udoskonalone. Stanowi to oczywistą korzyść dla pewności prawa oraz dla racjonalnego zarządzania władzą. Niemniej prawo w dalszym ciągu związane jest ze sprawiedliwością obiektywną i z tradycjami zakorzenionymi w społeczeństwie. Zarówno kształt władzy państwowej, jak i formalny kształt porządku prawnego ułatwiają przezwyciężenie sprawiedliwości subiektywnej. Monopol państwa na władzę umożliwia ukrócenie prawa silniejszych.

Wszystko to ma szczególne znaczenie ze względu na uznaną powszechność praw człowieka. Jeżeli prawo byłoby czystym tworem państwowym, to w każdym z państw istniałyby takie czy inne prawa, których uniwersalnego istnienia na całym świecie nie moglibyśmy domniemywać. Przezwyciężywszy więc ten wymuszony związek prawa z państwem, należałoby odrzucić również próby lekceważenia praw człowieka, tak jakby były one jedynie ideologicznym lub kulturowym tworem. Z tego punktu widzenia ich obecna uniwersalność byłaby zaledwie przejawem etnocentryzmu tak zwanej kultury Zachodu.

Nie miałaby natomiast sensu obrona uniwersalności praw człowieka przy jednoczesnym uzależnieniu ich od samowoli państwa. Nie byłoby również rozsądne ocenianie państw pod względem większego czy mniejszego poszanowania przez nie praw człowieka, jeżeli jednocześnie upieralibyśmy się przy tym, że prawa te nie mają żadnej konkretnej podstawy.

Skuteczna ochrona praw człowieka przekształca się w problem prawa międzynarodowego. Tym samym zagadnienia te przejmują również charakterystyczną dla prawa międzynarodowego zmienność. Według niektórych prawo międzynarodowe w rzeczywistości nie istniałoby dopóty, dopóki nie powstałoby państwo międzynarodowe. Państwo wolne do uchwalenia i wyegzekwowania tego prawa.

---

*intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 2008.

Z tego punktu widzenia nie istniałaby też społeczność międzynarodowa. Przebywając poza granicami państwa, znajdowalibyśmy się nadal „na łonie natury" podporządkowanej woli najsilniejszych. Traktaty i organizacje międzynarodowe służyłyby raczej jako środek oddziaływania najsilniejszych, niż jako efektywny sposób objęcia ich kontrolą. Inni uznają istnienie prawa międzynarodowego. Jednak wskazując na to, że prawo międzynarodowe jest jedynie rezultatem bilateralnych lub multilateralnych traktatów, uznanie to ma według nich jedynie prywatnoprawny charakter.

Z naszego punktu widzenia na prawo międzynarodowe wpływają często jego braki w wymiarze instytucjonalnym. Tak jak problematyka niesprawiedliwości ustaw ujawnia istnienie w porządkach prawnych luk ze względu na sprawiedliwość obiektywną, czy też tak jak *desuetudo* ujawnia takie luki ze względu na aktualność zjawisk społecznych, tak samo ograniczenia prawa międzynarodowego ujawnią jego braki. Ograniczenia te stanowić będą bazę dla nowych kosmopolitycznych propozycji instytucjonalnych udoskonaleń stosunków międzynarodowych, a także dla wprowadzenia kontroli poszanowania praw człowieka w każdym z narodów.

Wydaje się, że w związku z rozwojem wymiaru instytucjonalnego takie braki powinny zniknąć. Przykładem tego mogą być doświadczenia związane z Konwencją Rzymską, za pośrednictwem której państwa Rady Europy uznały jurysdykcję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Na arenie o większym zasięgu geograficznym, w związku z powojennymi doświadczeniami Trybunału Norymberskiego, uciekaliśmy się raczej do powoływania międzynarodowych sądów *ad hoc*. Było tak na przykład w przypadku zbrodni przeciwko ludzkości popełnionych przy okazji konfliktów w Rodezji czy byłej Jugosławii. System ten nabrał z łatwością znaczenia raczej sankcji politycznej, niż sądowej ochrony ofiar. Postęp w tej kwestii stanowiło powołanie Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze.

Bez wątpienia w momencie kiedy kładzie się nacisk na istnienie praw ponadpaństwowych, to właśnie wewnętrzne, karne porządki prawne, w celu uniknięcia sytuacji, w której granice państwa staną się przyczyną bezkarności, odwołują się do zasady sprawiedliwości uniwersalnej. Ochrona uniwersalnych praw człowieka oraz jednoczesna typizacja zbrodni przeciwko ludzkości nie dają się pogodzić z traktowaniem ich jako kwestii wewnętrznego porządku prawnego.

To wyjaśnia, dlaczego według Johna Rawlsa prawa człowieka odgrywają tak szczególną rolę w rozsądnym porządku prawnym, pełniąc trzy zasadnicze

funkcje. Po pierwsze są warunkiem koniecznym dla uznania ustroju państwa i dla przyzwoitości porządku prawnego. Po drugie są wystarczającym środkiem, aby nie dopuścić do interwencji innych narodów. Ustanawiają one granice pluralizmu społecznego, w przypadku przekroczenia których dane naruszenie nie mogłoby być traktowane jako problem wewnętrzny[17]. Ze względu na to, że prawa człowieka są normatywne, ich naruszenie skutkuje obwołaniem danego państwa państwem zbrodniczym, a tym samym usprawiedliwia ingerencję społeczności międzynarodowej. Pluralizm kulturowy mógłby przejść w multikulturalizm zdolny do przekształcenia praw człowieka w doktrynę lokalną zwalniającą niektóre państwa lub ustroje polityczne z konieczności ich poszanowania ze względów kulturowych lub historycznych.

Powyższe rozważania podkreślają niestabilność obecnego języka jako języka wieloznacznego. Wystarczy przypomnieć sobie perypetie zastosowania przez hiszpański Sąd Krajowy zasady sprawiedliwości uniwersalnej. Reforma ustawy organicznej dotyczącej władzy sądowej nie zawiodła oczekiwań w związku z jej polityczną poprawnością, jednak przy okazji prawdopodobnego ludobójstwa w Gwatemali sąd zdecydował się na zwłokę. Sąd Najwyższy zaś był podzielony[18]. Najciekawsze, że ani większość sędziów, ani też ci, którzy zgłosili zdania odrębne, nie opowiedzieli się za ścisłym zastosowaniem ustawy. W obu przypadkach w ten czy inny sposób podporządkowanie się zasadzie sprawiedliwości uniwersalnej uzależniono od istnienia hiszpańskich ofiar bądź też w inny sposób powiązanych z Hiszpanią. Trybunał Konstytucyjny w końcu wyrok ten unieważnił[19].

[17] J. Rawls, *The Law of Peoples: with „The Idea of Public Reason Revisited"* Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1999, s. 80.

[18] Analiza orzeczenia dokonana przez jednego z orzekających, Cándido Conde-Pumpido, w *La justicia universal en la jurisdicción española* „Persona y Derecho" 2004 (51), s. 49–73.

[19] STC 237/2005 z 26 września.

## ARE THE HUMAN RIGHTS NORMATIVE?

**Summary**

The paper points to the validity of the question indicated in its title and concerning the nature of human rights. The issue presented in the paper tries to answer the question concerning the normativity of these rights. For this purpose, the paper raises a number of fundamental problems, such as constantly controversial relationship between law and morality, formulation in a controversial way of rules and standards so-called positive law and the alleged hard choice between the parallel situated – the legal system and the natural law. In addition, also an important topic of coexistence of different anthropological concepts as different points of view on valuation and understanding of the law is emphasized. For this purpose author describes the transition from an individualistic anthropology through collectivism, to anthropology involving the legal regulation of social relations, which is related to the consecutive generations of human rights. Subsequently, the subject of consideration is the legal order. Namely, the author wonders whether it can be considered as composed only of norms or it includes also the rules, the same, or, more normative and significant than the norms. Author also leans over the controversial problem indicating that the empowerment of liberty and equality, which may serve as the basis of rights is in the law of nature, as well as over the lack of existence of unlimited rights, so that he eventually comes to the conclusion that, although there are no right before law, there are laws that overtake the state.

*Translated by Maria Rachwał*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*MAŁGORZATA ŁĄCZKOWSKA*
Instytut Nauk Prawnych PAN
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

# USTALANIE MACIERZYŃSTWA I OJCOSTWA W PRZYPADKU ZABIEGÓW MEDYCZNIE WSPOMAGANEJ PROKREACJI LUDZKIEJ

## Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka ustalania pochodzenia dziecka uregulowana w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym[1] (art. $61^9$ –86 k.r.o.)[2]. Analiza wskazanych przepisów dokonana została jednak w pewnym szczególnym kontekście, a mianowicie w związku z zastosowaniem zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji. Podkreślić należy, że jakkolwiek problematyka wspomnianych zabiegów nie została dotychczas uregulowana w zakresie

[1] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9, poz. 59 ze zm.

[2] Analiza dokonana została na podstawie przepisów wprowadzonych do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2008, nr 220, poz. 1431), które weszły w życie 13 czerwca 2009 r. Tematyka w świetle wcześniejszej regulacji poruszona także w: M. Łączkowska, *Rodzinnoprawne dylematy wspomaganej prokreacji*, w: *Dawanie życia. Problemy wspomagania rozrodu człowieka*, red. J. Gadzinowski, L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2003, s. 87 i nn. oraz M. Łączkowska, *Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Toruń 2008, s. 301 i nn.

dopuszczalności i samych procedur medycznych[3], to pojawiła się konieczność unormowania kwestii pochodzenia dziecka powołanego tą drogą do życia. Wprowadzone w 2009 r.[4] do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nowe przepisy dotyczące zagadnień filiacyjnych w żaden sposób nie decydują o dopuszczalności stosowania medycznie wspomaganej prokreacji, wskazują jedynie, kto jest rodzicami dziecka w przypadku, gdy poprzez wykorzystanie medycznych możliwości doszło do jego urodzenia. Celem obowiązujących przepisów jest zatem uregulowanie skutków prawnych, a nie legalizacja samych zabiegów.

Zaznaczyć w tym miejscu także należy, że zamieszczone w niniejszym tekście uwagi w zasadzie nie dotyczą oceny stosowania metod wspomaganego rozrodu w kontekście etycznym, w tym w świetle obowiązującej zasady dobra dziecka[5]. Rozważania skoncentrowane są bardziej wokół problemów, jakie mogą pojawić się w postępowaniach filiacyjnych dotyczących dzieci urodzonych w wyniku zastosowania możliwych rozwiązań medycznych. Nie sposób jednak zupełnie pominąć skutków regulacji prawnych dla sytuacji dziecka w relacji do przysługujących mu praw, szczególnie w odniesieniu do prawa do poznania swojego pochodzenia (art. 7 ust 1 Konwencji o prawach dziecka[6])[7].

Tytułem wprowadzenia w tematykę należałoby najpierw krótko scharakteryzować stosowane przez lekarzy metody wspomagania rozrodu człowieka.

Pierwszą z metod, starszą i prostszą, jest inseminacja, czyli unasiennienie kobiety. Zabieg ten polega na wprowadzeniu do organizmu kobiety nasienia w celu doprowadzenia do poczęcia dziecka. Do zapłodnienia dochodzi w macicy,

[3] Toczy się obecnie gorąca dyskusja dotycząca sposobu uregulowania kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania zabiegów medycznie wspomaganej prokreacji. Do Sejmu trafiło kilka projektów przewidujących różne rozwiązania w tym zakresie.

[4] Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008, nr 220, poz. 1431.

[5] Na ten temat więcej M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?*, w: *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań, 2005, s. 70, eadem, *Dziecko na zamówienie, czyli wspomagana prokreacja i prenatalne ingerencje genetyczne*, Prawo i medycyna.pl 2008 r., nr 3 (wydawnictwo internetowe) http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=119 (dostęp dnia 18.11.2011).

[6] Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Organizację Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526 ze zm.

[7] Na temat prawa dziecka do poznawania swojego pochodzenia także w kontekście medycznie wspomaganego rozrodu więcej J. Gajda, *Prawo do znajomości oraz ustalenia własnego pochodzenia. Refleksje na tle projektu nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski i in., Toruń, s. 329 i nn.

tam też rozwija się dziecko, aż do urodzenia. W tym przypadku nasienie pochodzić może albo od męża kobiety (ewentualnie jej partnera), mówimy wówczas o inseminacji homologicznej, albo od anonimowego dawcy, wówczas mamy do czynienia z inseminacją heterologiczną.

Druga kategoria dokonywanych zabiegów polega na tym, że pewien etap prowadzący do poczęcia dziecka odbywa się *in vitro*, a zatem poza organizmem matki – stąd nazwa „zapłodnienie pozaustrojowe". W tym przypadku możliwe jest zastosowanie zarówno komórek rozrodczych przyszłych rodziców, czyli kobiety, która urodzi dziecko oraz jej męża, albo komórki jednego z rodziców i dawcy po męskiej lub żeńskiej stronie, a także obu komórek pochodzących od dawców. Wybór zastosowania komórek pochodzących od poszczególnych osób związany jest po pierwsze z tym, jaki jest powód bezpłodności danej pary (czy leży po stronie mężczyzny, czy kobiety) po drugie z tym, w jakim celu stosuje się ten zabieg, np. uzyskanie dziecka o określonej płci.

Zabieg *in vitro* polegać może na umieszczeniu komórek jajowych w nasieniu i doprowadzeniu w ten sposób do połączenia się komórek rozrodczych na zasadzie przypadkowej. Może także polegać na precyzyjnym połączeniu przez lekarza dwóch konkretnie dobranych komórek (docytoplazmatyczna iniekcja plemników).

W obu przypadkach po zapłodnieniu zarodki trafiają do specjalnej „szafy" na 48 do 72 godzin, po czym dokonuje się ich transferu do macicy. W zależności od przyjętych rozwiązań tworzy się tylko tyle zarodków, ile wykorzystywanych jest do jednego zabiegu, albo też spośród wielu zarodków dokonuje się wyboru tych do transferu, pozostałe natomiast podlegają zamrożeniu lub zniszczeniu. W związku z istniejącym na świecie poważnym problemem tzw. nadliczbowych embrionów proponuje się, aby były one przekazywane do adopcji innym parom lub służyły do prowadzenia badań naukowych. Pojawia się jednak pytanie, kto jest podmiotem mającym kompetencje do podjęcia decyzji dotyczącej zamrożonych ludzkich zarodków – osoby na zlecenie, których dokonano zapłodnienia, dawcy komórek czy też personel medyczny placówki, w której znajdują się zarodki.

Możliwość wykorzystania zabiegu medycznego w celu powołania do życia i urodzenia dziecka spowodowała, że konieczne stało się precyzyjniejsze uregulowanie kwestii ustalania pochodzenia dziecka od rodziców. Konieczność jednoznacznej ingerencji prawa w tym zakresie łączy się z oderwaniem rodzicielstwa od faktu czysto biologicznego, jakim jest akt seksualny mężczyzny i kobiety.

Przepisy filiacyjne odgrywają bowiem szczególną rolę wówczas, gdy dziecko nie pochodzi genetycznie od osób, na których życzenie doszło do jego poczęcia, a które w świetle prawa chciałyby uzyskać status rodziców. Po pierwsze, poszukując właściwych rozwiązań prawnych, w takim wypadku należy wziąć pod uwagę interesy wszystkich osób w jakiś sposób zaangażowanych w zaistniałą sytuację (rodziców, dawców, a przede wszystkim dziecka). Po drugie, należy zapobiegać możliwym nadużyciom i negatywnym skutkom przyjętej regulacji oraz ewentualnym lukom prawnym. Przede wszystkim jednak trzeba mieć na względzie cel, któremu służyć powinno prawo, a mianowicie tworzenie i porządkowanie relacji międzyludzkich z poszanowaniem zasady *ius est ars boni et aequi*.

## I. Macierzyństwo

Ze względu na kluczowe znaczenie macierzyństwa w ustalaniu pochodzenia dziecka, wypada zacząć od przyjrzenia się regulacji właśnie tego stosunku prawnego. Podkreślając rangę macierzyństwa, należy zwrócić uwagę, że jest to relacja prawna determinująca pokrewieństwo pomiędzy dzieckiem a pozostałymi krewnymi – ojcem, rodzeństwem czy dziadkami.

Macierzyństwo w polskim prawie opierało się na niepisanej, ale oczywistej zasadzie, że matką jest kobieta, która dziecko urodziła (*mater semper certa est*). Od 13 czerwca 2009 zasada ta uzyskała rangę definicji legalnej wyrażonej w art. 61[9] KRO. W ten sposób kwestie macierzyństwa reguluje większość systemów prawnych, a szczególne jej znaczenie znajduje wyraz w Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1975 r.[8], która w art. 2 wyraźnie stanowi, że pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu urodzenia.

Zgodzić należy się z tezą, że macierzyństwo określonej kobiety, w większości przypadków, nie wywołuje wątpliwości[9]. Z reguły bowiem kobiety rodzą dzieci pochodzące od nich genetycznie, poczęte w efekcie aktu seksualnego. Biorąc jednak pod uwagę możliwości współczesnej medycyny, należy mieć świadomość, że w powołanie do życia jednego dziecka w praktyce zaangażowane mogą być trzy kobiety: kobieta, która chce dziecka, kobieta, która zdecydowała

[8] Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1975 r., Dz.U. 1999, nr 79, poz. 888.

[9] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz,* red. H. Dolecki, T. Sokołowski, 2010, s. 463.

się je urodzić (tzw. surogatka czy matka zastępcza) oraz dawczyni komórki jajowej. Z tego względu konieczne stało się wyraźne określenie, na jakiej podstawie kształtuje się stosunek macierzyństwa.

Prawo jednoznacznie przyznaje prymat macierzyństwu biologicznemu wynikającemu z faktu urodzenia dziecka, a nie macierzyństwu genetycznemu. Wyklucza także możliwość kształtowania stosunku prawnego rodzicielstwa między dzieckiem a tzw. matką socjologiczną[10], czyli kobietą, która zawarła umowę o macierzyństwo zastępcze z surogatką (matką nosicielką). Można jednak podać w wątpliwość zgodność tak ustalonego macierzyństwa z dobrem dziecka. Pojawia się bowiem pytanie, czy w ogóle celowo wywoływana rozbieżność pomiędzy macierzyństwem genetycznym a biologicznym sprzyja prawidłowemu budowaniu poczucia własnej tożsamości i jest wyrazem poszanowania godności mającego urodzić się dziecka. Więź z matką biologiczną w okresie prenatalnym ma niezwykle istotny wpływ na prawidłowy rozwój, także emocjonalny dziecka[11]. Jednak związki genetyczne z rodziną również stanowią istotny element tożsamości każdej osoby ludzkiej i jako takie powinny podlegać ochronie prawnej[12].

Wątpliwość wywołuje także kwestia, czy dziecko powołane do życia z użyciem komórek anonimowych dawców powinno dowiedzieć się o tym fakcie i mieć prawo uzyskania informacji na temat osób, od których genetycznie pochodzi[13].

---

[10] M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, w: *Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego*, vol. VI. „Należy jednakże podkreślić, iż w obcej literaturze, jak również aktach prawnych tych państw, które w pewnym zakresie uregulowały problematykę prawną dotyczącą macierzyństwa zastępczego bądź czynią takie właśnie próby, spotyka się różną terminologię". http://www.europeistyka.uj.edu.plupload119_cc97_031-068_fras.pdf (dostęp 18.11.2011).

[11] W ostatnim czasie rozwija się szczególna dziedzina nauki, nazywana psychologią prenatalną, która bada rozwój człowieka w okresie przed jego urodzeniem. Za pioniera w tej dziedzinie psychologii uważa się szwajcarskiego psychologa i psychoanalityka Gustawa Hansa Grabera. Na temat psychologicznego rozwoju człowieka w okresie prenatalnym D. Kornas-Biela, w: *Psychologia rozwoju człowieka*, t. 2, 2011, wyd. 3, red. B. Harwas-Napierała, J. Trempała. Autorka w rozdziale pierwszym, poświęconym właśnie okresowi prenatalnemu, zwraca uwagę na kształtowanie się w tym czasie więzi między rodzicami a dzieckiem.

[12] Więź genetyczna łącząca członków rodziny ma znaczenie nie tylko ze względu na poczucie więzi i tożsamości rodzinnej, ale także w kontekście medycznym. Znajomość ewentualnych obciążeń genetycznych jest bowiem niezbędna dla podjęcia odpowiednich działań profilaktycznych. Ponadto pokrewieństwo genetyczne umożliwia także ratowanie zdrowia i życia poprzez transfuzję krwi, dawstwo szpiku czy nerki.

[13] Na ten temat T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, w: *Prawne, medyczne*..., s. 131 i nn. Autor wskazuje, że stosowane techniki wspomaganego rozrodu z użyciem komórek dawców „stawiają zarówno lekarzy, jak i prawników w obliczu konieczności przyzwolenia na naruszenie wspo-

Macierzyństwo z punktu widzenia prawa, zgodnie z art. $61^9$ k.r.o., jest zatem stosunkiem pokrewieństwa łączącym dziecko z kobietą, która je urodziła. Konsekwencją przyjęcia regulacji prawnej samego pojęcia macierzyństwa jest wprowadzenie przepisów pozwalających na określenie pochodzenia dziecka po stronie matki w drodze specjalnego postępowania o zaprzeczenie i ustalenie tego stosunku prawnego.

Jedynym dowodem na wykazanie ustalonego pochodzenia jest akt urodzenia dziecka, a jego niezgodność z rzeczywistością podważyć można tylko w postępowaniu przed sądem (art. 4 pr. a.s.c.)[14]. Mimo że macierzyństwo jest efektem samego urodzenia, a akt urodzenia jedynie ten fakt potwierdza, z praktycznego punktu widzenia istotne znaczenie ma treść dokumentu sporządzonego przez kierownika urzędu stanu cywilnego[15].

Do 2009 r., ze względu na brak jakiejkolwiek szczególnej regulacji dotyczącej macierzyństwa, postępowania w kwestii ustalenia bądź zaprzeczenia istnienia tego stosunku prawnego odbywały się przede wszystkim na podstawie art. 189 k.p.c., który pozwala na ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku prawnego[16]. Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadziła odrębną procedurę zaprzeczania oraz ustalania macierzyństwa, precyzyjnie normując zarówno krąg osób uprawnionych do wytoczenia powództwa, jak i terminy na jego wniesienie.

## 1. Zaprzeczenie macierzyństwa

Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, a fakt ten znajduje potwierdzenie w sporządzonym przez kierownika urzędu stanu cywilnego akcie urodzenia. Jeżeli akt ten nie odzwierciedla prawidłowego stanu prawnego, a zatem kobieta wpisana w akcie urodzenia nie jest matką dziecka, ponieważ go nie urodziła, możliwe jest przeprowadzenie postępowania o zaprzeczenie macierzyństwa (art. $61^{12}$ k.r.o.).

mnianego prawa dziecka (prawa do poznania swojego pochodzenia M.Ł.)" s. 136. Zagadnienie to porusza także J. Gajda, *Prawo do znajomości oraz ustalenia własnego pochodzenia*..., s. 329 i nn.

[14] Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. 1986, nr 36 poz. 180 ze zm. (dalej: pr. a.s.c.).

[15] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, 2010 r., s. 636.

[16] Inne przepisy dające podstawę ustalenia macierzyństwa na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów wskazuje K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 637.

Celem postępowania jest w tym wypadku ustalenie, że kobieta wpisana w akcie urodzenia:

- w ogóle nie przeszła porodu w terminie narodzin dziecka, którego pochodzenie ustalamy,
- urodziła inne dziecko niż to, w którego akcie urodzenia została wpisana, np. w przypadku zamiany dzieci.

W toku postępowania dopuszczalne są wszelkie dowody na wykazanie wspomnianych okoliczności, w praktyce jednak kluczowym dowodem używanym obecnie w postępowaniach filiacyjnych jest dowód z badań DNA. Trzeba mieć jednak świadomość, że przy możliwościach współczesnej medycyny przeprowadzenie tych badań może nie dawać wyników zgodnych z prawdą. Z postępowania o zaprzeczenie macierzyństwa na podstawie dowodu z DNA może bowiem próbować skorzystać kobieta będąca dawczynią komórki, która zawarła umowę o urodzenie dziecka z tzw. matką zastępczą (matką nosicielką, surogatką). Na podstawie samego dowodu z badań DNA będzie miała możliwość skutecznego przeprowadzenia postępowania zaprzeczającego macierzyństwu matki zastępczej i ustalenia swojego macierzyństwa. Posłużenie się zatem jedynie dowodem z badań DNA może otworzyć drogę do legalizacji skutków macierzyństwa zastępczego. Konieczne jest zatem wykorzystanie innych dowodów, np. dokumentacji medycznej dotyczącej przeprowadzonego zabiegu wspomaganej prokreacji oraz przebiegu porodu, dla ustalenia faktu urodzenia dziecka.

W literaturze problem niezgodności pomiędzy rzeczywistością a aktem urodzenia ogranicza się do wyjątkowych sytuacji, które dotyczą np. dzieci urodzonych poza szpitalem „ponieważ istnieje wówczas możliwość podania jako swoje dziecka urodzonego przez inną kobietę, na przykład przez córkę albo siostrę zgłaszającej, z zamiarem ukrycia faktu urodzenia dziecka przez kobietę niezamężną”[17]. Ponadto wskazuje się przypadki wzięcia na wychowanie dziecka nieznanych rodziców i podanie własnych danych jako danych rodziców, a także przypadek zamiany dzieci[18]. Warto jednak zwrócić uwagę także na proceder posługiwania się przez kobiety rodzące cudzymi dokumentami tożsamości w kontaktach z personelem medycznym, czy to w szpitalu, czy też przy porodach domowych. Jeżeli dawczyni komórki jajowej udostępni swoje dokumenty matce zastępczej i na tej podstawie sporządzony zostanie akt urodzenia dziecka, badanie DNA potwierdzi stan prawny ustalony niezgodnie z prawdą biologicz-

[17] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 466–467.

[18] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, 2010, s. 642.

ną. Pewnym rozwiązaniem w takiej sytuacji byłoby stosowanie biometrycznych dokumentów uwzględniających indywidualne cechy charakteryzujące konkretną osobę i w rzeczywistości wykazujące związek pomiędzy dokumentem a jego posiadaczem[19].

Podkreślić zatem należy, że możliwość urodzenia przez kobietę dziecka obcego jej genetycznie w istotny sposób podważa znaczenie dowodu z badań DNA w postępowaniu o ustalenie pochodzenia dziecka.

Istotnym problemem, który może pojawić się w związku z zastosowaniem zabiegu medycznie wspomaganego rozrodu, jest możliwość zastosowania przez lekarza nie tej metody, na którą kobieta wyraziła zgodę, np. celowe lub przypadkowe użycie obcego genetycznie zarodka, gdy kobieta godziła się wyłącznie na zastosowanie własnej komórki jajowej, albo komórek rozrodczych jej i jej męża. W takiej sytuacji dla ustalenia macierzyństwa decydujące znaczenie będzie miał i tak fakt urodzenia dziecka, a w doktrynie macierzyństwo takie nazwano przymusowym[20]. W praktyce jednak postępowanie w takiej sprawie może nie być takie oczywiste. Jeżeli dojdzie do wykrycia różnicy genetycznej między matką a dzieckiem, matka może nie mieć pewności, czy sytuacja ta jest konsekwencją błędu lekarza przeprowadzającego zabieg, czy też zamiany dzieci w szpitalu. Niepewność dotyczyłaby zatem przesłanki macierzyństwa, jaką jest urodzenie dziecka. Powództwo o zaprzeczenie macierzyństwa w takiej sytuacji, po upływie krótkiego terminu dla matki, mógłby wnieść jej mąż, jeżeli nie wyraził zgody na użycie komórek dawców, albo dziecko. Postępowanie dowodowe w tej kwestii, przy braku obowiązku ujawnienia pochodzenia dziecka z *in vitro* i konieczności prowadzenia, zabezpieczania i ujawniania odpowiedniej dokumentacji, może być szczególnie utrudnione, a nawet niemożliwe do przeprowadzenia w przypadku, gdy od daty dokonania zabiegu do momentu ustalenia braku więzi genetycznej minie dłuższy okres.

Legitymacja procesowa do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa przysługuje: pełnoletniemu dziecku, kobiecie wpisanej w akcie urodzenia jako jego matka, matce niewpisanej w akcie urodzenia, mężowi kobiety wpisanej w akcie urodzenia dziecka jako matka, mężczyźnie, który uznał ojcostwo względem dziecka kobiety wpisanej do aktu urodzenia jako matka,

[19] Problem wprowadzenia dowodów biometrycznych budzi jednak poważne wątpliwości w kontekście ochrony praw człowieka, szczególnie prawa do prywatności. Na ten temat A. Bodnar, J. Michalski, *Dokument biometryczny a prawa człowieka* http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/tekst_bodnar_adam.pdf (dostęp 18.11.2011).

[20] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 468.

mężczyźnie, którego ojcostwo ustalono sądownie na tej podstawie, że obcował w okresie koncepcyjnym z kobietą wpisaną w akcie urodzenia jako matka, oraz prokuratorowi.

Zwrócić należy uwagę na brak kompetencji do zaprzeczania macierzyństwa po stronie biologicznego ojca dziecka, którego ojcostwo zależy od ustalenia macierzyństwa kobiety, która dziecko urodziła. Rozwiązanie to może budzić wątpliwości, podobnie jak brak legitymacji biologicznego ojca w przypadku ustalania macierzyństwa (uwagi na ten temat zamieszczone zostały poniżej). W przypadku gdyby ustalenie macierzyństwa miało nastąpić niezgodnie z prawdą, w związku z realizacją tzw. umowy o macierzyństwo zastępcze, mężczyzna, którego ojcostwo związane jest z macierzyństwem surogatki, może jednak poinformować o tym fakcie prokuratora.

Zaprzeczenie macierzyństwa pociąga za sobą ustanie domniemania ojcostwa związanego z macierzyństwem danej kobiety[21]. Mężczyzna, którego ojcostwo ustalono w związku z macierzyństwem konkretnej kobiety, może zatem wraz z zaprzeczeniem macierzyństwa żądać ustalenia, że nie jest ojcem[22]. Należy mieć na uwadze, że samo wykazanie, że dana kobieta nie jest matką, ma wpływ jedynie na sposoby ustalania ojcostwa prawnego, wynikającego z obowiązujących w polskim prawie domniemań. Nie musi to wcale oznaczać, że mężczyzna w rzeczywistości nie jest biologicznym ojcem dziecka. Bezpłodna kobieta mogła bowiem zdecydować się na „macierzyństwo" w stosunku do pozamałżeńskiego dziecka swojego męża. W literaturze zgłoszono postulat, aby w związku z tym konieczne było wytoczenie przez mężczyznę osobnego powództwa przeciwko dziecku o zaprzeczenie ojcostwa[23]. Wydaje się jednak, że jest to wniosek zbyt daleko idący. Zaprzeczyć można ojcostwu, które zostało ustalone zgodnie z prawem, w oparciu o domniemanie wynikające z faktu pozostawania matki dziecka w związku małżeńskim (art. 62 k.r.o.), albo z faktu współżycia z matką dziecka w okresie koncepcyjnym (art. 85 k.r.o.). Jeżeli odpadnie jeden z elementów przesłanki domniemania, polegający na tym, że ani żona, ani kobieta, z którą współżył mężczyzna, nie jest matką, nie ma podstaw do zaprzeczania ojcostwa,

[21] Za automatycznym ustaniem ojcostwa wynikającego z domniemań prawnych opowiada się K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*..., s. 649.

[22] J. Gwiazdomorski, w: *System prawa rodzinnego*, red. J.S. Piątowski, 1985, s. 629, orz. SN z 26.05.1956 r. I CR 672/55, OSN 1957, nr 1, poz. 23, T. Smyczyński, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, 2010, s. 15–16.

[23] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 469.

którego de facto nie ma[24]. Wydaje się, iż przypadku zaprzeczenia macierzyństwa, które skutkuje także w sferze dotychczasowego ojcostwa, niezbędne będzie ustalenie macierzyństwa, a dopiero później ojcostwa, także w sytuacji, gdyby ojcem okazał się mąż kobiety, której macierzyństwu zaprzeczono. W doktrynie panuje zgodność, że macierzyństwo ma kluczowe znaczenie dla ustalania pozostałych relacji rodzinnoprawnych. Ewentualna decyzja ustawodawcy o „oderwaniu" ojcostwa od macierzyństwa musiałaby zostać przeprowadzona systemowo, co oznaczałoby przede wszystkim konieczność wprowadzenia nowych zasad ustalania więzi łączącej mężczyznę z jego dzieckiem[25].

## 2. Ustalenie macierzyństwa

Drugim postępowaniem dotyczącym prawnego stosunku macierzyństwa, przewidzianym w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, jest ustalenie macierzyństwa (art. $61^{10}$ i nn. k.r.o.). Jest ono możliwe w dwóch przypadkach. Po pierwsze, dziecka nieznanych rodziców, gdy w sporządzonym na podstawie art. 52 pr. a.s.c. akcie urodzenia w miejsce matki wpisana została fikcyjna osoba, której imię i nazwisko określił sąd. Po drugie, gdy skutecznie zaprzeczono macierzyństwu kobiety wpisanej w akcie urodzenia.

Ustalenie macierzyństwa dotyczy dziecka już urodzonego, nie jest zatem możliwe przeprowadzenie tego postępowania jeszcze w okresie prenatalnym. Przesłanką powstania relacji między kobietą a dzieckiem jest bowiem moment urodzenia[26].

Celem postępowania dowodowego w tym wypadku jest ustalenie, że dana kobieta w określonym czasie urodziła dziecko i tym dzieckiem jest to, którego pochodzenie jest ustalane. Istotne znaczenie dla udowodnienia powyższych faktów może mieć i w większości przypadków ma przeprowadzenie badań DNA, chociaż samo genetyczne pochodzenie dziecka od konkretnej kobiety nie jest

[24] Sytuacja wygląda podobnie w przypadku stwierdzenia nieistnienia małżeństwa, konsekwencją takiego wyroku jest uznanie, że dzieci zrodzone w związku danej kobiety i danego mężczyzny są dziećmi pozamałżeńskimi i konieczne jest ustalenie ich ojcostwa.

[25] K. Pietrzykowski podkreśla, że „Pogląd (...) dopuszczający istnienie stosunku prawnego ojcostwa bez stosunku prawnego macierzyństwa pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 85 § 1 k.r.o.". K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 649.

[26] K. Pietrzykowski, *op.cit*., s. 637.

jeszcze dowodem macierzyństwa[27]. Wyniki takich badań muszą być zatem brane pod uwagę wraz z pozostałym materiałem dowodowym, który ma wskazywać na fakt urodzenia dziecka. W tym kontekście warto wskazać na zgłoszoną w literaturze koncepcję domniemanego macierzyństwa „urodzeniowego" matki genetycznej[28].

Ponownie należy jednak zwrócić uwagę, że rozwój medycyny w zakresie ingerencji w ludzką prokreację może prowadzić do nieprawidłowych ustaleń. W przypadku zastosowania metody opartej na użyciu komórek rozrodczych dawczyni, niezgodność DNA kobiety, która dziecko urodziła, i DNA urodzonego dziecka nie stanowi podstawy do uznania, że kobieta ta dziecka nie urodziła. I odwrotnie fakt zgodności DNA dziecka i jakiejś kobiety nie musi potwierdzać faktu urodzenia przez nią dziecka. Mogła ona bowiem jedynie oddać komórkę jajową, którą wykorzystano do zabiegu *in vitro*. Kluczowe znaczenie ma zatem przeprowadzenie dowodów potwierdzających fakt urodzenia, a badanie DNA może, ale nie musi potwierdzać tego zdarzenia.

Legitymację do wystąpienia z powództwem o ustalenie macierzyństwa ma matka dziecka, dziecko oraz prokurator. Z powództwem o ustalenie macierzyństwa nie może wystąpić natomiast mężczyzna, którego ojcostwo wynikałoby z macierzyństwa danej kobiety, np. jej mąż[29]. W uzasadnieniu do projektu, jako argument przemawiający za słusznością tego rozwiązania, wskazano, że „ukształtowanie tej szczególnie osobistej i intymnej sfery życia kobiety w relacji matka–dziecko należy do jej wyłącznej decyzji. W przeciwnym razie mężczyzna miałby możliwość kształtowania prawnego stosunku między matką a dzieckiem wbrew woli domniemanej matki, a zatem w sferze niedotyczącej jego osoby"[30]. Trudno bez jakichkolwiek wątpliwości zaakceptować to stanowisko. Bez ustalenia macierzyństwa mężczyzna nie ma możliwości ustalenia swojego ojcostwa względem dziecka. Przyznanie ojcu legitymacji do wystąpienia z powództwem o ustalenie macierzyństwa powinno być jednak połączone z automatycznym ustalaniem ojcostwa tego mężczyzny, aby uniknąć sytuacji, gdy mężczyzna będzie ustalał pochodzenie dziecka od matki bez uregulowania własnej relacji ro-

[27] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 465.

[28] *Ibidem*.

[29] „Nawet mąż matki, która urodziła dziecko w czasie trwania małżeństwa, nie ma legitymacji czynnej w tej sprawie, lecz powinien być o niej zawiadomiony (doręczenie odpisu pozwu), aby mógł wziąć w niej udział w charakterze interwenienta ubocznego". Druk Sejmowy nr 1166.

[30] Druk Sejmowy nr 1166.

dzicielskiej. Zaskakujące jest przyjęte w obecnej regulacji nierówne traktowanie sytuacji prawnej rodziców w zakresie możliwości dochodzenia ustalenia pochodzenia ich dziecka. W analogicznej sytuacji matka dziecka może ustalić zarówno swoje macierzyństwo, jak i ojcostwo, które będzie wynikało z domniemania pochodzenia dziecka od jej męża. Matka może w tym celu skorzystać także z powództwa o zaprzeczenie ojcostwa swojego męża i powództwa o ustalenie ojcostwa innego mężczyzny. Przyznać należy, że w tym samym zakresie jej działanie ingeruje w sferę życia osobistego mężczyzny i w ten sam sposób dochodzi do ustalenia lub zmiany stosunku prawnego między ojcem a dzieckiem wbrew woli domniemanego ojca, a zatem w sferze niedotyczącej osoby matki.

Przepisy regulujące ustalenie macierzyństwa nie przewidują terminu na wniesienie powództwa przez dziecko. Zgodnie natomiast z ogólnie przyjętą zasadą, że zmian pochodzenia dziecka pełnoletniego może dokonać tylko ono, matka traci legitymację do wytoczenia wspomnianego powództwa z chwilą osiągnięcia przez dziecko pełnoletności. Z powództwem o ustalenie macierzyństwa może wystąpić także prokurator i to nawet, jako jedyny, po śmierci dziecka.

## II. Ojcostwo

Ustalenie macierzyństwa otwiera drogę dla wskazania pozostałych więzi pokrewieństwa, wśród których szczególne znaczenie ma ojcostwo.

Prawny stosunek ojcostwa ustala się na podstawie zastosowania domniemań, wyprowadzając konsekwencje prawne z faktu zaistnienia pewnych określonych prawem okoliczności. W tym wypadku bowiem trudno wskazać tak ewidentne zdarzenie, jakim jest poród w przypadku matki dziecka.

W doktrynie zwrócono uwagę, że ojcostwo, w przeciwieństwie do macierzyństwa, ma, co do zasady, charakter genetyczny[31]. Powstanie tego stosunku prawnego łączy się bowiem, w większości przypadków, z faktem fizycznego obcowania z matką dziecka, czy to w ramach pożycia małżeńskiego, czy też w związku z utrzymywaniem pozamałżeńskich relacji seksualnych.

[31] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 475.

## 1. Ojcostwo męża matki

Ojcostwo dziecka urodzonego w czasie trwania małżeństwa opiera się na domniemaniu pochodzenia dziecka od męża matki (art. 62 § 1 k.r.o.). Przyjęcie takiego rozwiązania łączy się z wysokim prawdopodobieństwem ojcostwa biologicznego męża matki[32]. Małżonkowie z chwilą zawarcia małżeństwa uzyskują bowiem prawo i obowiązek wspólnego pożycia, obejmującego także sferę ich życia seksualnego (art. 23 k.r.o.). Kodeks rodzinny i opiekuńczy nakłada na nich ponadto obowiązek wierności, który odgrywa szczególne znaczenie właśnie w tej sferze życia małżeńskiego[33]. Biorąc pod uwagę realizację wskazanych obowiązków, ustawodawca słusznie zakłada, że pojawiające się w małżeństwie dziecko pochodzi od małżonków.

Domniemanie ojcostwa męża matki można jednak obalić w postępowaniu o zaprzeczenie ojcostwa (art. 62 § 3 k.r.o.) na podstawie powództwa wytoczonego w ustawowo wskazanym terminie. Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r. ujednoliciła podstawę, na której opiera się obalenie domniemania, a jest nią wykazanie, że mąż matki nie jest ojcem dziecka. Przyjęcie tego rozwiązania, jak podkreślono w uzasadnieniu, wiąże się z dostępnością badań genetycznych, które pozwalają na jednoznaczne zaprzeczenie ojcostwa.

Uwzględniając przypadki stosowania zabiegów wspomaganej medycznie prokreacji, wprowadzono, w art. 68 k.r.o., zakaz zaprzeczania ojcostwa w przypadku, gdy dziecko zostało poczęte w wyniku zabiegu, na który mąż matki wyraził zgodę. Na gruncie poprzednich przepisów brak było wyraźnej regulacji w tej kwestii. Pewien kierunek wyznaczała jednak uchwała z dnia 27 października 1983 r. III CZP 35/83[34], w której Sąd Najwyższy uznał, że „żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa co do dziecka poczętego w wyniku dokonanego za zgodą tego męża sztucznego zapłodnienia nasieniem innego mężczyzny może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego". W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że o sprzeczności z zasadami współżycia społecznego można mówić tylko w odniesieniu do konkretnej sytuacji.

Regulacja wprowadzona w art. 68 k.r.o. przewiduje zakaz zaprzeczania ojcostwa męża matki nie tylko z inicjatywy ojca, ale także pozostałych osób posiadających legitymację do wystąpienia z tym powództwem (a zatem matki

[32] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 670.

[33] T. Smyczyński, w: *System*..., t. 12, s. 94.

[34] OSNC 1984 r., nr 6, poz. 86.

i dziecka)[35]. Ojcostwo w tym wypadku oparte zostało nie tylko na domniemaniu pochodzenia dziecka z małżeństwa, ale dodatkowo wzmocnione, wbrew prawdzie biologicznej, faktem wyrażenia zgody (woli zostania ojcem). Zgoda ta uznana została za oświadczenie woli i jednostronną czynność upoważniającą[36]. Mąż matki akceptuje w ten sposób przeprowadzenie konkretnego zabiegu w stosunku do jego żony oraz przyjmuje na siebie rolę ojca poczętego tą drogą dziecka.

Z art. 68 k.r.o. wynika kilka przesłanek, których wystąpienie przesądza o zakazie zaprzeczania ojcostwa. Wśród nich wymienić należy istnienie małżeństwa, które musi łączyć małżonków zarówno w chwili wyrażania zgody na zabieg, w momencie dokonania zabiegu, jak i w chwili urodzenia dziecka. Kolejną przesłanką jest dokonanie zabiegu określonego rodzaju, a efektem tego zabiegu musi być poczęcie dziecka. Wyrażenie zgody przez męża obejmuje bowiem poczęcie dziecka wyłącznie z zastosowaniem technik medycznych, a nie w jakikolwiek sposób[37]. W praktyce może zatem pojawić się pytanie, czy art. 68 k.r.o. obejmuje także przypadki samodzielnej inseminacji dokonanej przez kobietę nasieniem innego mężczyzny za zgodą jej męża.

Uznać należy, że zgoda męża musi obejmować nie jakiś zabieg dokonany w przyszłości, lecz konkretnie określony rodzaj zabiegu. Mąż powinien zostać zatem w tej kwestii odpowiednio poinformowany. Jeżeli chodzi o skutek wyrażonej przez męża zgody, to należy podkreślić, że będzie on obejmował wszystkie dzieci, które zostały poczęte i urodzą się w wyniku zastosowania jednego ze sposobów medycznego wspomagania rozrodu. Ma to istotne znaczenie, ponieważ w przypadku zastosowania metody *in vitro* zazwyczaj występują ciąże mnogie. Lekarze wprowadzają bowiem do organizmu kobiety kilka embrionów w celu zwiększenia prawdopodobieństwa, że któryś z nich się zagnieździ.

Innym problemem, jaki może pojawić się w praktyce, w związku ze stosowaniem medycznie wspomaganego rozrodu, jest kwestia, czy mąż matki zastępczej, która jest w ciąży w wyniku implantacji obcego jej genetycznie zarodka, może zaprzeczyć swojemu ojcostwu. Zgodzić należy się ze stanowiskiem, że nie, jeżeli wyraził zgodę na zabieg w stosunku do swojej żony[38].

Obowiązek udowodnienia, że dziecko pochodzi z zabiegu medycznego, obciąża tego, kto powołuje się na tę okoliczność w procesie o zaprzeczenie oj-

[35] J. Gajda, *Prawo do znajomości*..., s. 338.

[36] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 717.

[37] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny*..., s. 490–491.

[38] T. Smyczyński, w: *System*..., t. 12, s. 114.

costwa. W literaturze zwrócono jednak uwagę, że udowodnienie związku przyczynowego między zabiegiem a poczęciem dziecka może okazać się niezwykle trudne i wymaga takiej procedury przeprowadzania zabiegu, która będzie gwarantowała dostęp do odpowiednich dokumentów[39].

Powództwo o zaprzeczenie ojcostwa zostanie oddalone także wówczas, gdy dziecko zostało poczęte w drodze inseminacji z użyciem nasienia męża matki. W takiej sytuacji bowiem mąż matki jest zarazem biologicznym ojcem dziecka[40]. Mogą co prawda pojawić się wątpliwości co do słuszności takiego rozwiązania w przypadku, gdy do zabiegu użyte zostało nasienie męża oddane przez niego wyłącznie do badania, a on sam nie wyraził zgody na zabieg wobec żony. Dobro dziecka w takim wypadku będzie jednak odgrywało rolę pierwszoplanową, wykluczając ewentualne negatywne konsekwencje prawne braku lojalności żony w zakresie ustalania pochodzenia dziecka.

## 2. Ojcostwo dziecka pozamałżeńskiego

Dziećmi pozamałżeńskimi są dzieci urodzone przez kobiety niepozostające w związku małżeńskim oraz dzieci, wobec których skutecznie zaprzeczono ojcostwu męża matki. W przypadku takich dzieci ojcostwo ustala się na podstawie domniemania pochodzenia dziecka od mężczyzny, z którym matka dziecka współżyła w okresie koncepcyjnym (art. 85 §1 k.r.o.). W takiej sytuacji ustalenie ojcostwa następuje albo w drodze uznania ojcostwa (art. 73 k.r.o.), albo w wyniku postępowania sądowego (art. 84 k.r.o.). W obu przypadkach ojcostwo prawne jest tożsame z ojcostwem biologicznym (genetycznym).

### 2.1. Uznanie ojcostwa

Uznanie ojcostwa polega na złożeniu przez mężczyznę, będącego ojcem dziecka, odpowiedniego oświadczenia przed kompetentnym organem oraz na potwierdzeniu tego faktu przez matkę dziecka (art. 72 k.r.o.). Oświadczenie ojca ma być wyrazem jego wiedzy o tym, że dziecko pochodzi od niego w związku z zaistnieniem faktu obcowania z matką dziecka w okresie koncepcyjnym, na którym przepisy prawa opierają ojcostwo. W związku z tym pojawia się pytanie,

[39] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 491.

[40] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny…*, s. 717, T. Smyczyński, w: *System...*, t. 12, s. 114.

czy możliwe jest uznanie ojcostwa wobec dziecka powołanego do życia w wyniku zabiegu medycznego. W doktrynie znaleźć można różne opinie na ten temat, w zależności od tego, o jaki przypadek zabiegu chodzi. Po pierwsze, zwolenników uznania ojcostwa przez mężczyznę, który przyznaje, że dziecko pochodzi z inseminacji matki jego nasieniem lub z zabiegu *in vitro* z użyciem jego komórek rozrodczych[41]. Po drugie, pojawia się stwierdzenie niedopuszczalności uznania ojcostwa przez konkubenta w stosunku do dziecka pochodzącego z zabiegu z użyciem nasienia innego dawcy, ze względu na fakt, iż konkubent nie jest biologicznym ojcem dziecka[42]. Po trzecie, odmawia się możliwości uznania ojcostwa przez dawcę, ze względu na brak fizycznego obcowania z matką dziecka[43]. Poszukując rozwiązania tej kwestii, należałoby sięgnąć do reguły ustalania ojcostwa, wskazanej w art. 85 § 1 k.r.o.. Fizyczne obcowanie z matką dziecka w okresie koncepcyjnym jest bowiem wspólną przesłanką domniemania ojcostwa, niezależnie od sposobu, w jaki będzie ono ustalane. Wydaje się zatem, że niemożliwe jest uznanie ojcostwa wobec dziecka pochodzącego z zabiegu nawet wówczas, gdy uznającym miałby być dawca nasienia. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby, że dopuszczalne jest ustalenie ojcostwa w drodze uznania w sytuacji, gdy byłoby to niemożliwe w postępowaniu przed sądem i to nawet z inicjatywy mężczyzny będącego dawcą.

W literaturze pojawiła się jednak także koncepcja, że dla zaistnienia ojcostwa „nie jest konieczny fakt współżycia mężczyzny z matką dziecka, rozumiany jako akt o »przyrodniczym«, naturalnym charakterze, ale fakt pochodzenia materiału genetycznego od określonego mężczyzny”[44]. W tym kontekście dopuszczalne byłoby ustalenie ojcostwa dawcy nasienia, który oddał swój materiał genetyczny do banku.

### 2.2. Sądowe ustalenie ojcostwa

Sądowe ustalenie ojcostwa polega na stwierdzeniu istnienia szczególnej relacji prawnej łączącej mężczyznę z pochodzącym od niego dzieckiem. Przedmiotem postępowania dowodowego będzie wykazanie, że mężczyzna współżył

[41] H. Haak, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz do art. 61[7]-91*, Toruń 2009, s. 94, T. Sokołowski, w: *Kodeks...*, s. 503.

[42] T. Smyczyński, w: *System...*, t. 12, s. 225.

[43] T. Smyczyński, w: *System...*, t. 12, s. 225.

[44] T. Sokołowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 482–483.

w okresie koncepcyjnym z matką dziecka (art. 85 § 1 k.r.o.). Fakt, na którym opiera się domniemanie ojcostwa, wcale nie jest łatwy do udowodnienia. W tym zakresie dopuszczalne są różne środki dowodowe. Szczególne znaczenie odgrywa wśród nich badanie DNA. Należy mieć jednak świadomość, że nie zawsze wynik tych badań będzie potwierdzał przesłankę domniemania, jaką jest współżycie.

Osoby, które twierdzą, że mężczyzna nie jest ojcem, będą miały za zadanie udowodnić w czasie postępowania, że ten mężczyzna nie współżył z matką dziecka w okresie koncepcyjnym, albo mimo tego, że współżył, nie jest ojcem.

W doktrynie przeważa stanowisko, że niemożliwe jest sądowe ustalenie ojcostwa dawcy nasienia, ponieważ w takim przypadku nie została spełniona przesłanka fizycznego obcowania z matką dziecka[45]. Pewne problemy przy ustalaniu ojcostwa mogą pojawić się w odniesieniu do mężczyzny, który jest zarówno anonimowym dawcą nasienia, jak i osobą prowadzącą aktywne życie seksualne. Sąd może bowiem zostać postawiony przed koniecznością oceny wiarygodności zeznań stron: kobiety udowadniającej fakt współżycia, mężczyzny wykazującego, że jest dawcą nasienia, a kobietę, która pozwała go do sądu, widzi pierwszy raz w życiu.

Należy także podkreślić, że zbyt literalne potraktowanie art. 85 k.r.o. może również prowadzić do nieprawdziwych wniosków. Gdyby bowiem bezpłodna kobieta współżyła z wieloma mężczyznami, a równocześnie poddała się zabiegowi wspomaganej prokreacji, ojcem jej dziecka mógłby zostać ustalony wskazany przez nią jeden z wielu partnerów. Przy zbyt restrykcyjnej interpretacji art. 85 § 2 k.r.o., nie mógłby on podnieść zarzutu plurium concubentium, gdyż w tym wypadku, ze względu na bezpłodność kobiety, ojcostwo żadnego z mężczyzn nie byłoby bardziej prawdopodobne. Zgodzić należy się zatem ze stanowiskiem, że dla obalenia domniemania z art. 85 k.r.o. wystarczy wykazać, że mężczyzna nie jest biologicznym ojcem dziecka[46].

[45] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 807. Autor zwraca jednak uwagę na różne okoliczności, które należy uwzględnić w tej kwestii, T. Smyczyński, w: *System...*, t. 12, s. 227, J. Gajda, *Prawo do znajomości...*, s. 330.

[46] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny...*, s. 809.

## Zakończenie

Podsumowując, należy podkreślić, że zabiegi medycznie wspomaganej prokreacji stanowią poważne wyzwanie w świetle przepisów filiacyjnych i w większości przypadków prowadzą do sprzeczności z obowiązującą zasadą prawdy obiektywnej (biologicznej) w tym zakresie. W świetle obowiązujących przepisów wskazać można cztery podstawy, na których opiera się ustalenie stosunku rodzicielstwa:

- fakt biologiczny – urodzenie dziecka,
- domniemanie prawne – ojcostwo męża matki,
- domniemanie prawne – współżycie fizyczne w okresie koncepcyjnym,
- zgoda męża na zabieg żony.

Pamiętać także należy, że stosowanie komórek dawców do powołania na świat dziecka podaje w wątpliwość dotychczasowe znaczenie badań DNA w procedurach filiacyjnych i wymaga szczególnie wnikliwej analizy materiału dowodowego. Z tego względu w postępowaniach dotyczących ustalania pochodzenia dziecka istotne znaczenie odgrywać powinno także ustalenie, czy dziecko nie zostało powołane do życia w drodze zabiegu medycznego. Ważna jest zatem świadomość po stronie sędziego, że zabiegi takie mają wpływ na podejmowane przez niego rozstrzygnięcie.

Najistotniejsze znaczenie w całej procedurze dotyczącej ustalania pochodzenia powinno jednak odgrywać dobro dziecka i poszanowanie godności osoby ludzkiej, która została powołana do życia. To kryterium wymaga jednak poważnej weryfikacji dopuszczalności samych metod medycznych.

## ESTABLISHING MOTHERHOOD AND FATHERHOOD IN THE CASE OF MEDICALLY ASSISTED PROCREATION PROCEDURES

### (Summary)

The article features the issue of establishing who is the father and the mother of a child born of an assisted procreation procedure. Recently, there has been made an important amendment to the Polish Family and Custody Code (with the Act of 6 November 2008). The new solutions introduced by the Legislator deal in part with the issues pertaining to medically assisted procreation (e.g. artificial insemination, in vitro fertilization).

First, it has been definitely settled that the mother is the woman who gives birth to a child (Art. $61^9$ of the Family and Custody Code). Second, the father of a child conceived as a result of a medical procedure is the mother's husband who gave his consent for the procedure (Art. 68 of the Family and Custody Code). In view of the Polish family law, therefore, parenthood is established based on:

– a biological fact, i.e. giving birth to a child;
– legal presumptions concerning fatherhood of the mother's husband and a man who has had sexual relations with the child's mother before the child's birth, during the conception period;
– the husband's consent to the medical procedure his wife was treated with.

Please note however that the medically assisted procreation is a serious challenge for legislators who intend to create legal solutions which take into account the ex aequo et bono principle.

*Translated by Małgorzata Ratajczak*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*LECHOSŁAW KOCIUCKI*
Centrum Prawa Rodzinnego i Praw Dziecka
Instytutu Nauk Prawnych PAN

# PRZEPISY KODEKSU RODZINNEGO I OPIEKUŃCZEGO DOTYCZĄCE OPIEKI I KURATELI PO OSTATNICH NOWELIZACJACH

## 1. Wprowadzenie

Przepisy tytułu III kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o opiece i kurateli regulują szereg różnych instytucji prawnych, służących różnym celom i rozwijających się różnymi drogami i w różnym tempie. Tytuł ten był nowelizowany już sześciokrotnie. Trzy wcześniejsze zmiany miały ograniczony zakres, i polegały na:

a) wprowadzeniu możliwości sprawowania opieki przez małżonków oraz potwierdzeniu możliwości sprawowania opieki przez rodziców zastępczych (art. 146 i 149 § 4 k.r.o.[1]);
b) skreśleniu fragmentu art. 165 § 1 k.r.o.[2], stanowiącego, że „przy wykonywaniu tego nadzoru [nad sprawowaniem opieki] sąd opiekuńczy może korzystać z pomocy społecznego organu pomocniczego w sprawach opiekuńczych”**.** Zmiana ta odzwierciedlała zmiany w ustroju or-

[1] Ustawa z dnia 19 grudnia 1975 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1975, nr 45, poz. 234).

[2] Ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2000, nr 122, poz. 1322).

ganów pomocniczych sądu opiekuńczego, jakie nastąpiły równocześnie z tamtą nowelizacją k.r.o.;

c) zastąpieniu w art. 183 k.r.o.[3] dotyczącym kurateli nad osobą niepełnosprawną, określenia „osoba ułomna" terminem „osoba niepełnosprawna", oraz na wyraźnym potwierdzeniu dopuszczalności ustanowienia takiej kurateli „do załatwienia poszczególnej sprawy" (k.r.o. we wcześniejszym brzmieniu wspominał o kurateli „do prowadzenia wszelkich spraw albo spraw określonego rodzaju").

Natomiast trzy ostatnie nowelizacje – pierwsza weszła w życie 13 czerwca 2009 r.[4], druga 1 sierpnia 2010 r.[5], trzecia – 1 stycznia 2012 r.[6] – miały nieco szerszy zakres i nimi właśnie zajmiemy się w niniejszym artykule.

## 2. Dostosowanie terminologii art. 148 k.r.o. (negatywnych przesłanek ustanowienia opiekunem) do treści Kodeksu karnego z 1997 r.[7]

1. Obowiązujący obecnie Kodeks karny[8] stanowi w art. 51, że „sąd, uznając za celowe orzeczenie pozbawienia lub ograniczenia praw rodzicielskich lub opiekuńczych w razie popełnienia przestępstwa na szkodę małoletniego lub we współdziałaniu z nim, zawiadamia o tym właściwy sąd rodzinny". Katalog środków karnych (art. 39 k.k. z 1997 r.) nie przewiduje natomiast środka karnego w postaci pozbawienia praw rodzicielskich lub praw opiekuńczych, które było jedną z kar dodatkowych przewidzianych w art. 38 pkt 2 dawnego Kodeksu karnego[9].

[3] Ustawa z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2007, nr 121, poz. 831).

[4] Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 220, poz. 1431), przywoływana dalej jako ustawa nowelizacyjna z 2008 r.

[5] Ustawa o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw z dnia 10 czerwca 2010 r. (Dz.U. nr 125, poz. 842).

[6] Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Dz.U. nr 149, poz. 887, przywoływana dalej jako ustawa o systemie pieczy zastępczej.

[7] Art. 1 pkt 30 ustawy nowelizującej.

[8] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. nr 88, poz. 553, z późn. zm.), która weszła w życie dnia 1 września 1998 r. (art. 18 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r.) – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 554, z późn. zm.).

[9] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r.; Dz.U. 1974, nr 13, poz. 94, z późn. zm.

Ustawodawca przyjął, że orzeczenie niektórych środków karnych powinno bezwzględnie dyskwalifikować jako kandydata na opiekuna osobę, wobec której został orzeczony dany środek. Należy także wyłączyć z kręgu potencjalnych kandydatów na opiekunów małoletnich osoby, które dopuściły się przestępstwa na szkodę małoletniego, zwłaszcza przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności lub przestępstwa z użyciem przemocy albo zostały pozbawione lub są pozbawione władzy rodzicielskiej.

Aby powyższe urzeczywistnić, ustawodawca postanowił w art. 148 § 1, że „nie może być ustanowiona opiekunem osoba, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych albo została pozbawiona praw publicznych". Dodał też § 1a w brzmieniu:

> „§ 1a. Opiekunem małoletniego nie może być ustanowiona także osoba, **która została pozbawiona władzy rodzicielskiej** albo skazana za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności, albo za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy wobec osoby lub przestępstwo popełnione na szkodę małoletniego lub we współdziałaniu z nim, albo osoba, wobec której orzeczono zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowywaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub opieką nad nimi, lub obowiązek powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu".

Ponieważ nie można było wykluczyć, że pozbawienie praw rodzicielskich lub opiekuńczych orzeczone na podstawie przepisów k.k. z 1969 r. w stosunku do pewnych osób nadal obowiązuje, celowe było pozostawienie – w przepisach intertemporalnych ustawy nowelizującej – niedopuszczalności ustanowienia opiekunem osoby pozbawionej praw rodzicielskich lub praw opiekuńczych[10]. Należy zwrócić uwagę, że przepisy intertemporalne mówią w nawiązaniu do k.k. z 1969 r. – o niedopuszczalności ustanowienia opiekunem osoby pozbawionej *praw* rodzicielskich, zaś nowy art. 148 § 1a k.r.o. zakazuje powierzenia opieki osobie pozbawionej na mocy k.k. z 1997 r. – *władzy* rodzicielskiej. Pozbawienie praw rodzicielskich wywierało skutek także w odniesieniu do dzieci osoby pozbawionej tych praw, które rodziły po orzeczeniu kary dodatkowej, w okresie jej trwania, natomiast pozbawienia władzy rodzicielskiej wywiera swój skutek tylko w odniesieniu do dzieci wskazanych w orzeczeniu sądu opiekuńczego.

[10] Art. 8 ustawy nowelizującej, uzasadnienie rządowego projektu ustawy, druk sejmowy nr 629 Sejmu VI kadencji.

Znowelizowane przepisy przekładają się na dodatkowe obowiązki sądu opiekuńczego, który będzie musiał uporać się z należytym udokumentowaniem niespełnienia przez opiekuna nowych przesłanek negatywnych. Kandydat na opiekuna będzie więc musiał przedstawić zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego. Trudniejsza sytuacja będzie w przypadku orzeczeń o pozbawieniu władzy rodzicielskiej. Jeżeli bowiem sąd opiekuńczy nie będzie miał informacji o takim orzeczeniu z urzędu lub od jednostek, konieczny będzie – moim zdaniem – wywiad środowiskowy[11].

2. Przed omawianą nowelizacją k.r.o. praktyka radziła sobie, odwołując się do klauzuli generalnej art. 148 § 2, w myśl której „nie może być ustanowiony opiekunem ten, w stosunku do kogo zachodzi prawdopodobieństwo, że nie wywiąże się należycie z obowiązków opiekuna”[12]. Po nowelizacji klauzula generalna została zastąpiona i uzupełniona postanowieniem bardzo konkretnym.

Nasuwa się w związku z tym pytanie: na ile trafne jest dążenie do uszczegółowienia negatywnych przesłanek ustanowienia opiekunem i do ograniczenia zastosowania klauzuli generalnej w tym zakresie? Przed odpowiedzią na to pytanie warto porównać rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę z rozwiązaniami niektórych innych krajów.

Analizując rozwiązania obce, można wyróżnić trzy grupy rozwiązań: w jednej przeszkoda opiekuńcza wyrażona jest tylko za pomocą klauzuli (klauzul) generalnych, w drugiej negatywne przesłanki ustanowienia opiekunem wyrażone są „dwutorowo”: i za pomocą klauzuli generalnej, i za pomocą przepisów szczegółowych, w trzeciej – przesłanki te wyrażane są tylko za pomocą postanowień szczegółowych.

Do pierwszej grupy zalicza się niemiecki kodeks cywilny. Określając kryteria doboru opiekuna, wskazuje on, że opieka winna być powierzona osobie, która ze względu na swe właściwości osobiste i sytuację majątkową, jak również inne okoliczności, jest zdatna (*geeignet ist*) do sprawowania opieki[13]. Interpretując ten przepis, wskazuje się m.in., że ten, kto zawiódł przy wychowywaniu

[11] § 249 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19.11.1987 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. nr 38, poz. 218 ze zm.).

[12] J. Słyk, *Ingerencja sądu w zakres sprawowania władzy rodzicielskiej w świetle przepisów prawa rodzinnego i prawa karnego – analiza zmian wprowadzonych w kodeksie karnym z 1997 r.*, PS 2005, nr 5, s. 104 i nn.

[13] W przypadku opieki nad małoletnimi – § 1779 ust. 2 BGB, w przypadku opieki nad dorosłymi – § 1897 ust. BGB.

własnych dzieci, jest niezdatny do wykonywania funkcji opiekuna[14]. Klauzulami generalnymi operuje też prawo litewskie, które przy wyborze opiekuna nakazuje uwzględniać „właściwości moralne i inne właściwości kandydata, jego zdolność do wykonywania funkcji opiekuna, stosunki z podopiecznym, preferencje kandydata i inne relewantne okoliczności"[15]. Do pierwszej grupy zaliczyć można też przesłanki ustanowienia opiekuna i kuratora osób dorosłych, które nie mogą prowadzić swych spraw. W świetle francuskiego k.c.[16] opiekunem winien być wyznaczony krewny, powinowaty lub osoba zamieszkująca z podopiecznym lub utrzymującą z nią bliskie i stabilne więzi.

Sąd bierze pod uwagę uczucia wyrażone przez podopiecznego, jego relacje z bliskim, interes w tym zakresie oraz także niewyrażone expressis verbis, ale przypuszczalne zalecenia rodziców i powinowatych, jak również jego otoczenia.

Prawo szwajcarskie jako przeszkodę w ustanowieniu opiekuna wskazuje dwie okoliczności: pozbawienie praw obywatelskich oraz klauzulę generalną – prowadzenie niehonorowego trybu życia[17]. Do klauzuli generalnej i zwrotu niedookreślonego odwołuje się również prawo austriackie: w jego świetle opieki nad małoletnim[18] i nad osobą niemającą pełnej zdolności do czynności prawnych[19] nie można powierzyć osobie, od której nie można oczekiwać wykonywania opieki w sposób zgodny z dobrem dziecka, w szczególności ze względu na stwierdzone orzeczeniem karnym skłonności lub właściwości danego kandydata.

Do trzeciej grupy zalicza się łotewski kodeks cywilny[20], który szczegółowo określa przeszkody opiekuńcze (osoby pozbawione władzy rodzicielskiej, usunięte uprzednio z funkcji opiekuna, osoby w odniesieniu do których ogłoszo-

[14] H. Holzhauer, w: W. Erman, *Handkommentar zum BGB*, Münster 1993, t. II, s. 1403, D. Coestner-Waltjen, w: D. Coestner-Waltjen, J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, Monachium 1994, s. 1162–1163 i powołane tam orzecznictwo.

[15] Art. 3.242 litewskiego kodeksu cywilnego z 2000 r., http://www3.lrs.lt/pls/inter2/dokpaieska.showdoc_e?p_id=404614 (dostęp dnia 11 października 2011 r.).

[16] Art. 448 i nn. k.c. Przepisy te zostały znowelizowane ustawą nr 2007-308 z dnia 5 marca 2007 r., a obowiązują od 1 stycznia 2009 r.

[17] Art. 384 pkt 2 ZGB.

[18] § 188 ust. 2 ABGB.

[19] § 273 ust. 2 pkt 2 ABGB.

[20] Art. 242 łotewskiego kodeksu cywilnego z 1938 r., przywróconego do obowiązywania w 1992 r.

no upadłość oraz osoby, których interesy pozostają w sprzeczności z interesami podopiecznego. Również francuskie przepisy dotyczące opieki nad małoletnim określają przeszkody opiekuńcze wyłącznie szczegółowymi postanowieniami: opiekunami małoletnich nie mogą być osoby pozbawione władzy rodzicielskiej i osoby, którym wykonywanie obowiązków opiekuna zostało zakazane na mocy art. 131-26 francuskiego kodeksu karnego[21].

Mając na względzie powyższy wyrywkowy przegląd, można zaryzykować stwierdzenie, że nie sposób sformułować kompletnego katalogu szczegółowych negatywnych przesłanek ustanowienia opiekunem. W odniesieniu do polskiego art. 148 § 1 a można np. sformułować pytanie, czy nie powinno się w nim znaleźć ogłoszenie upadłości kandydata na opiekuna (z wprowadzeniem przepisów o postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej znaczenie tej okoliczności może wzrosnąć). Powstaje też szereg szczegółowych problemów interpretacyjnych, w tym czy możliwe jest „zatarcie" orzeczenia o pozbawieniu władzy rodzicielskiej (analogiczne do zatarcia skazania za przestępstwo), a jeżeli tak, to kiedy. Nie jest bowiem wykluczone, że osoba, którą pozbawiono władzy rodzicielskiej w wieku lat dwudziestu, po upływie lat dziesięciu czy dwudziestu zmieni się na tyle, że będzie dobrym kandydatem na opiekuna. Kolejne pytanie w tej dziedzinie dotyczy sposobu traktowania osób skazanych za przestępstwa niewymienione enumeratywnie w art. 148 §1 a k.r.o. Enumeratywny charakter wyliczenia przemawiałby za tym, że skazanie za inne przestępstwo nie jest negatywną przesłanką ustanowienia opieki; jednak w niektórych przypadkach (np. liczne skazania nawet za drobne przestępstwa) wykładnia ta może być uznana za co najmniej wątpliwą.

Te i inne wątpliwości w ostatecznym rachunku będą musiały być rozstrzygane przez sąd opiekuńczy przez odwołanie się klauzuli generalnej zawartej w art. 148 § 2 k.r.o. Prowadzi to do wniosku, że wprowadzenie szczegółowych regulacji, motywowane np. chęcią ułatwienia sądowi opiekuńczemu jego zadań, rozwiązując jedne problemy może bowiem stworzyć nowe, niekiedy poważniejsze.

[21] Art. 395 pkt 3 i 4 francuskiego kodeksu cywilnego.

## 3. Tryb postępowania sądu w razie braku kandydatów na opiekuna

Tryb postępowania sądu w razie braku kandydatów na opiekuna uregulowany jest w art. 149 § 3 k.r.o., który na mocy ustawy nowelizującej z 2008 r. otrzymał brzmienie:

> „§ 3. W braku takich osób [kandydatów na opiekuna], sąd opiekuńczy zwraca się o wskazanie osoby, której opieka mogłaby być powierzona, do właściwej **jednostki organizacyjnej pomocy społecznej** albo do organizacji społecznej, do której należy piecza nad małoletnimi, a jeżeli pozostający pod opieką przebywa w **placówce opiekuńczo-wychowawczej albo innej podobnej placówce, w zakładzie poprawczym lub w schronisku dla nieletnich** sąd może się zwrócić także do tej placówki albo do tego zakładu lub schroniska".

Zmiana brzmienia art. 149 § 3 k.r.o. miała na celu dostosowanie terminologii ustawowej w nim stosowanej do terminologii używanej zarówno w samym k.r.o., jak i w obowiązujących unormowaniach pozakodeksowych (w szczególności termin „jednostka organizacyjna pomocy społecznej" jest definiowany w art. 6 pkt 5 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej[22]). Do kategorii jednostek organizacyjnych pomocy społecznej wymieniony przepis ustawy o pomocy społecznej zalicza:

- regionalny ośrodek polityki społecznej,
- powiatowe centrum pomocy rodzinie,
- ośrodek pomocy społecznej,
- dom pomocy społecznej,
- placówkę specjalistycznego poradnictwa, w tym rodzinnego,
- ośrodek wsparcia,
- ośrodek interwencji kryzysowej,
- placówkę opiekuńczo-wychowawczą oraz ośrodek adopcyjno-opiekuńczy.

Od 1 stycznia 2012 r. z katalogu zawartego w powołanym przepisie na mocy art. 218 pkt 1 ustawy o systemie pieczy zastępczej wypadną placówka opiekuńczo-wychowawcza oraz ośrodek adopcyjno-opiekuńczy. Powstaje w związku z tym pytanie, czy sąd opiekuńczy powinien się zwracać do takiej placówki względnie do takiego ośrodka, jeżeli małoletni potrzebujący opieki w nich przebywa. Odpowiedź moim zdaniem powinna być pozytywna. Sąd opiekuńczy nie powinien

[22] Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, tekst jednolity z dnia 2 października 2009 r. (Dz.U. nr 175, poz. 1362 ze zm.), dalej przywoływana jako ustawa o pomocy społecznej.

bowiem być związany definicją zawartą w ustawie o pomocy społecznej, która to definicja może być zmieniana – jak to było w tym wypadku – w związku ze zmianami organizacyjnymi w publicznoprawnym systemie pieczy zastępczej. Sąd opiekuńczy ma, a przynajmniej powinien mieć upoważnienie i obowiązek zwracania się do wszystkich podmiotów (placówek, osób organizacji itd.), u których małoletni przebywa, o wskazanie osoby, której opieka mogłaby być powierzona, jeżeli tylko odpowiada to dobru podopiecznego.

Do właściwości organów gminy przeszło zatem jako zadanie zlecone wskazywanie kandydata na opiekuna prawnego (art. 3 pkt 5j ustawy z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw; Dz.U. nr 34, poz. 198, z późn. zm.). Według art. 112 ust. 10 o pomocy społecznej, w brzmieniu obecnie obowiązującym, kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie współpracuje z sądem w sprawach dotyczących opieki i wychowania dzieci pozbawionych całkowicie lub częściowo opieki rodzicielskiej.

Ponadto użyty w dalszej części art. 149 § 3 k.r.o. termin „zakład wychowawczy" zastąpiony został określeniami „zakład poprawczy" i „schronisko dla nieletnich"[23], adekwatnymi do terminologii stosowanej w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich.

## 4. Uchylenie przepisów dotyczących „opieki zakładowej" i określenie preferencji doboru opiekuna nad małoletnim umieszczonym w pieczy zastępczej

Najistotniejszą bodaj zmianą wśród tu omawianych jest uchylenie przepisu art. 150 k.r.o.[24], jakie nastąpiło na mocy art. 1 pkt 32 ustawy nowelizującej z 2008

[23] Por. ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tj. Dz.U. 2002, nr 11, poz. 109, z późn. zm.) i rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2001 r. w sprawie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich (Dz.U. nr 124, poz. 1359).

[24] Przed uchyleniem przepis ten brzmiał:

„Art. 150. § 1. Minister Sprawiedliwości może w drodze rozporządzenia wydanego w porozumieniu z zainteresowanymi ministrami określić zasady i tryb powierzania opieki zakładom wychowawczym lub innym instytucjom i organizacjom społecznym oraz sposób wykonywania przez nie opieki.

§ 2. W razie powierzenia opieki zakładowi wychowawczemu lub innej instytucji albo organizacji społecznej sąd opiekuńczy może wyłączyć z zakresu obowiązków opiekuna zarząd majątkiem pozostającego pod opieką i powierzyć ten zarząd ustanowionemu przez siebie kuratorowi".

r. oraz uzupełnienie treści art. 149 § 4 oraz § 5 k.r.o.[25], dotyczące doboru opiekuna dla małoletnich znajdujących się w pieczy zastępczej.

Uchylenie art. 150 k.r.o. jest wyrazem formalnej rezygnacji z tzw. opieki zakładowej nad małoletnim. Rezygnacja faktyczna nastąpiła już dawno: jak wskazano w uzasadnieniu ustawy nowelizującej[26], nie bez powodu nie zostało wydane rozporządzenie, o którym mowa w art. 150 k.r.o. Rozwiązanie to było krytykowane w piśmiennictwie jako sprzeczne z dobrem małoletniego, a z drugiej strony wadliwe jurydycznie[27]. Anachroniczna koncepcja opieki zakładowej nie odpowiada wymaganiom i postulatom nowoczesnej pedagogiki. Chodzi w szczególności o należyte i obiektywne kontrolowanie warunków pobytu małoletniego w placówce. Koncepcja opieki zakładowej w dosłownym znaczeniu tego określenia (powierzonej placówkom opiekuńczym lub organizacjom społecznym) została uznana nie tylko za niekorzystną dla małoletniego, lecz także za wadliwą jurydycznie ze względu na charakter podmiotu wykonującego (jednostka organizacyjna, w szczególności – osoba prawna). Jak wskazano w uzasadnieniu ustawy nowelizującej, także wtedy, gdy dziecko przebywa w placówce opiekuńczo-wychowawczej, zakładzie poprawczym albo schronisku dla nieletnich, opieka nad nim powinna być powierzona osobom fizycznym, i to wywodzącym się spoza grona pracowników placówki opiekuńczej.

Materię doboru opiekuna dla małoletnich znajdujących się w pieczy zastępczej od 1 stycznia 2012 r. normować będą art. 149 § 4 i § 4 k.r.o. Zgodnie z art. 149 § 4, w razie potrzeby ustanowienia opieki dla małoletniego umieszczonego w pieczy zastępczej, sąd powierza sprawowanie opieki przede wszystkim:

„1) w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej – rodzicom zastępczym,
2) w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinnym domu dziecka – osobom prowadzącym ten dom,
3) w przypadku umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego – osobom prowadzącym tę placówkę,
4) w przypadku umieszczenia dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej: socjalizacyjnej, specjalistyczno-terapeutycznej, interwencyj-

[25] Przepisy te obowiązują od 1 stycznia 2012 r. – art. 201 pkt 10 ustawy o systemie pieczy zastępczej.

[26] Za uzasadnieniem rządowego projektu ustawy, druk sejmowy nr 629 Sejmu VI kadencji.

[27] T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 1995, s. 242, L. Kociucki, *Opieka nad małoletnim*, Warszawa 1993, s. 95–96.

nej lub regionalnej placówce opiekuńczo-terapeutycznej – osobom bliskim dziecka
– w terminie 7 dni od uprawomocnienia się postanowienia o pozbawieniu władzy rodzicielskiej".

Nowością jest określenie priorytetów doboru opiekuna w przypadku umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej niebędącej rodziną zastępczą oraz zakreślenie sądowi terminu (oczywiście instrukcyjnego) ustanowienia opieki nad wszystkimi małoletnimi znajdującymi się w pieczy zastępczej. Przepis ten jest niewątpliwie potrzebnym uzupełnieniem dotychczasowego art. 149 § 4 k.r.o., i stanowi łącznik pomiędzy publiczno- i prywatnoprawnymi przepisami o pieczy zastępczej.

Kryteria wskazane w tym przepisie nie wiążą bezwzględnie sądu, na co wskazuje użyty w przepisie zwrot „przede wszystkim". Należy to ocenić pozytywnie, nie można bowiem wykluczyć, że pracownik placówki będzie ustanowiony opiekunem, choćby z braku innych kandydatów, lub w sytuacji, gdy charakter obowiązków opiekuna w danym wypadku pozwala stwierdzić, że ryzyko konfliktu interesów na linii opiekun – podopieczny jest minimalne.

Dopełnieniem znowelizowanego art. 149 § 4 jest nowo wprowadzony[28] do art. 149 § 5, precyzujący kryteria doboru opiekuna dla małoletniego, wobec którego rodzice naturalni wyrazili tzw. blankietową zgodę na przysposobienie (art. $119^1$ k.r.o.). W takim wypadku nie stosuje się przepisów art. 149 § 1, 2 i 4 pkt 4. Oznacza to, że w odniesieniu do opieki nad takimi małoletnimi nie stosuje preferencji dla kandydatów wskazanych przez ojca lub matkę, dla krewnych lub innych osób bliskich pozostającego pod opieką albo jego rodziców, oraz dla osób bliskich dziecka.

Jedyne zastrzeżenie, jakie można zgłosić do znowelizowanych przepisów art. 149 § 4 i § 5 k.r.o., jest takie, że nie zostały one wprowadzone jednocześnie z uchyleniem art. 150 k.r.o.

[28] Na mocy art. 201 pkt 10 ustawy o systemie pieczy zastępczej.

## 5. Wprowadzenie partycypacji rodziców naturalnych w sprawowaniu opieki nad ich dzieckiem

Po nowelizacji z 2008 r. art. 158[29] otrzymał brzmienie:

„Art. 158. O decyzjach w ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego opiekun powinien informować jego rodziców, którzy uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu".

Poprzednia treść art. 158 mogła zostać z przepisu usunięta, ponieważ do sprawowania opieki będą nadal stosowane odpowiednio przepisy o władzy rodzicielskiej (art. 155 § 2 k.r.o.), a więc także projektowany art. 95 § 4 („Rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia").

Natomiast nowe brzmienie art. 158 zostało dostosowane do projektowanego art. 96 § 2 k.r.o. Stanowi on, że rodzice, którzy mają ograniczoną zdolność do czynności prawnych, uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i jego wychowaniu. Opiekun o decyzjach w ważniejszych sprawach, które dotyczą osoby lub majątku małoletniego, powinien więc informować jego rodziców, którzy uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i jego wychowaniu.

Warto tu zaznaczyć, że Rekomendacja 1999 (4) – odnosząca się do pieczy nad dorosłymi – zaleca dokonywanie przez podmiot ustanawiający bądź wykonujący pieczę konsultacji wśród podmiotów zainteresowanych pieczą i dobrem podopiecznego, o ile jest rozsądne i wykonalne[30].

Na tle nowego art. 158 może powstać pytanie, jacy rodzice są adresatami informacji udzielanych na jego podstawie („rodzice, którzy uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu"). Z całą pewnością taką kategorią rodziców są małoletnie matki, mające bezpośredni kontakt z dzieckiem. Odpowiadając na postawione pytanie, należy uwzględnić, że celem przepisu nie powinna być odmowa udzielania informacji o decyzjach dotyczą-

[29] Przed nowelizacją przepis ten brzmiał:

„Art. 158. Opiekun powinien przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach wysłuchać pozostającego pod opieką, jeżeli pozwala na to jego rozwój umysłowy i stan zdrowia, oraz uwzględniać w miarę możności jego rozsądne życzenia".

[30] Uzasadnienie (Explanatory memorandum) Rekomendacji 1999 (4), teza 50.

cych dziecka jakiemukolwiek rodzicowi naturalnemu, który rokuje nadzieję na reintegrację rodziny (np. rodzice, którzy wyjechali do pracy za granicą). Istotną przesłanką winno tu być również życzenie dziecka. Należy tu mieć na względzie art. 70 ust. 1 pkt 4 ustawy o pomocy społecznej, w myśl którego „rodzinie mającej trudności w wypełnianiu swoich zadań oraz dziecku z tej rodziny udziela się pomocy, w szczególności w formie [...] zapewnienia dzieciom opieki i wychowania poza rodziną", oraz art. 70 ust. 3 pkt 3 ustawy o pomocy społecznej, w myśl którego „udzielając pomocy należy mieć na względzie podmiotowość dziecka i rodziny oraz prawo dziecka do utrzymywania osobistych kontaktów z rodziną".

Zmianę dokonaną w art. 158 k.r.o. krytycznie oceniła S. Kalus[31]. Autorka ta wyraża m.in. wątpliwość, czy pominięcie w znowelizowanym przepisie wyraźnie zaznaczonego obowiązku „wysłuchania osoby pozostającej pod opieką" wystarczy dla dalszego istnienia takiego obowiązku. Przychylić należy się do poglądu[32], że dla istnienia takiego obowiązku wystarczy samo tylko odesłanie art. 95 § 4 k.r.o., via art. 155 § 2 k.r.o. Na mocy tego drugiego przepisu przepisy o władzy rodzicielskiej – w tym art. 95 § 4 – stosuje się do opieki odpowiednio, a więc z uwzględnieniem w szczególności faktu, że rodzice są najbliższymi krewnymi dziecka, co sprawia, że ze stosunku władzy rodzicielskiej wypływają także ich prawa, chroniące ich „własny" interes; natomiast o ochronie interesu opiekunów może być mowa tylko w sytuacjach wyraźnie wskazanych w przepisach prawa. Skoro więc rodzice naturalni mają obowiązek wysłuchiwać dziecka, tym bardzie obowiązek taki mają – na podstawie art. 155 § 2 w zw. z art. 95 § 4 k.r.o. – opiekunowie prawni. Okoliczność, że rodzice naturalni pozbawieni władzy rodzicielskiej „uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu nie powoduje uchylenia obowiązku opiekuna wysłuchiwania małoletniego pozostającego pod opieką".

Podzielić należy pogląd, że w określonych sytuacjach naruszenie przez opiekuna znowelizowanego art. 158 k.r.o. może stanowić podstawę do zwolnienia opiekuna (art. 169 § 2)[33]. Miałoby to miejsce w wypadkach rażącego i stałego naruszania obowiązku informowania rodziców. Dotyczyć to może zwłaszcza sy-

[31] *Komentarz do k.r.o.*, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 1062 i nn.

[32] J. Strzebińczyk, w: T. Smyczyński: *System prawa prywatnego, Tom XII – prawo rodzinne*, Warszawa 2011, s. 858.

[33] J. Ignatowicz, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2009, komentarz do art. 158, teza 5.

tuacji, w której rodzice nieposiadający pełnej zdolności do czynności prawnych uczestniczyli w sprawowaniu pieczy i wychowywaniu dziecka z pełnym zaangażowaniem oraz zgodnie z dobrem dziecka.

## 6. Odstąpienie od zasady bezpłatności opieki i kurateli

Problem odpłatności lub nieodpłatności opieki jest jedną z materii budzących największe zainteresowanie ustawodawców i judykatury w europejskich ustawodawstwach opiekuńczych. W klasycznych kodyfikacjach XIX-wiecznych opieka była co do zasady funkcją honorową i bezpłatną, której objęcie było obowiązkowe. Uprawnienia opiekuna ograniczone były w nich w zasadzie do zwrotu nakładów i wydatków poniesionych w trakcie sprawowania opieki. Wynagrodzenie mogło być przyznane jedynie wyjątkowo – jeżeli małoletni miał wystarczające środki majątkowe[34]. Wątpliwości co do tej zasady pojawiły się m.in. na tle prawa niemieckiego. Tamtejszy Trybunał Konstytucyjny uznał w 1980 r. sytuację, w której czynności pieczy podjęte dla małoletniego posiadającego odpowiedni majątek są wynagradzane, a dla małoletniego takiego majątku nieposiadającego – nie są wynagradzane, za „wątpliwą", gdyż z jednej strony należy uwzględniać kontekst społeczny obowiązku objęcia opieki przez daną osobę, z drugiej jednak strony – ustanowienie i nadzorowanie opieki jest jednym z najważniejszych zadań socjalnych państwa[35]. Należy nadmienić, że przedmiotem uwagi niemieckiego trybunału była szczególna sytuacja: jeden opiekun sprawował mianowicie opiekę (względnie kuratelę) nad dwustu pięćdziesięcioma podopiecznymi. W tym szczególnym przypadku trybunał uznał zasadę nieodpłatności opieki za niemożliwą do pogodzenia z postanowieniami niemieckiej ustawy zasadniczej. Skoro bowiem państwo żąda od obywatela (na mocy przepisów o obowiązku objęcia opieki) należytego sprawowania opieki nad tyloma podopiecznymi – w wymiarze de facto profesjonalnym, zasada ta winna doznać wyjątku. Ustawodawca niemiecki dostosował do tego orzeczenia treść §1836 BGB, zgodnie z którym opieka jest co do zasady bezpłatna i honorowa, jednak sąd może przyznać wynagrodzenie, jeżeli stwierdzi, że opiekun prowadzi opiekę zawodowo. Szczegóły uregulowane zostały w specjalnej ustawie (Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz), która precyzyjnie reguluje sposób ustalania wynagrodzenia.

[34] § i 1835 i 1836 niemieckiego BGB.

[35] D. Coestner-Waltjen, w: D. Coestner-Waltjen, J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, Monachium 1994, s. 1183 i nn.

Zasada odpłatności opieki przyjęta została – pod określonymi warunkami – w prawie austriackim (§ 267 ust. 1 i 276 ust. 1 ABGB).

Bezpłatność opieki jest uważana za niemal „genetyczną" zasadę współczesnego polskiego prawa opiekuńczego[36]. Do wejścia w życie ustawy nowelizującej z 2008 r. opieka była w zasadzie funkcją honorową, bo sprawowaną bezpłatnie[37]. Już wtedy sąd opiekuńczy mógł jednak, na mocy art. 162 przyznać opiekunowi – na jego żądanie – stosowne wynagrodzenie okresowe lub jednorazowe.

Sytuacja ta zmieniła się od wejścia w życie nowelizacji z 2008 r. Znowelizowany art. 162 k.r.o. otrzymał brzmienie[38]:

> „Art. 162. § 1. Sąd opiekuńczy przyzna opiekunowi za sprawowanie opieki na jego żądanie stosowne wynagrodzenie okresowe albo wynagrodzenie jednorazowe w dniu ustania opieki lub zwolnienia go od niej.
>
> § 2. Wynagrodzenia nie przyznaje się, jeżeli nakład pracy opiekuna jest nieznaczny lub gdy sprawowanie opieki jest związane z pełnieniem funkcji rodziny zastępczej albo czyni zadość zasadom współżycia społecznego.
>
> § 3. Wynagrodzenie pokrywa się z dochodów lub z majątku osoby, dla której opieka została ustanowiona, a jeżeli osoba ta nie ma odpowiednich dochodów lub majątku, wynagrodzenie jest pokrywane ze środków publicznych na podstawie przepisów o pomocy społecznej".

Na mocy art. 1 pkt 36) ustawy nowelizującej w art. 163[39] po § 2 dodaje się § 3 w brzmieniu:

> „§ 3. Przepis art. 162 § 3 stosuje się odpowiednio".

---

[36] Historię polskich przepisów regulujących to zagadnienie przedstawia E. Jaworska, *W sprawie odpłatności opieki (uwagi de lege ferenda)*, PS 2008, nr 7–8, s. 127–128.

[37] T. Smyczyński, w: *System prawa prywatnego, Tom XII – prawo rodzinne*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2011, s. 867–868.

[38] Przed nowelizacją przepis ten brzmiał:

„Art. 162. § 1. Opiekun sprawuje opiekę bezpłatnie.

§ 2. Jeżeli z opieką związany jest zarząd majątkiem wymagający znacznego nakładu pracy, sąd opiekuńczy może na żądanie opiekuna przyznać mu stosowne wynagrodzenie okresowe albo wynagrodzenie jednorazowe w dniu ustania opieki lub zwolnienia go od niej".

[39] Przed nowelizacją przepis ten brzmiał:

„Art. 163. § 1. Opiekun może żądać od pozostającego pod opieką zwrotu nakładów i wydatków związanych ze sprawowaniem opieki. Do roszczeń z tego tytułu stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu.

§ 2. Roszczenia powyższe przedawniają się z upływem lat trzech od ustania opieki lub zwolnienia opiekuna".

Na mocy art. 1 pkt 37) ustawy nowelizującej art. 179[40] § 1 otrzymał brzmienie:

> „§ 1. Organ państwowy, który ustanowił kuratora, przyzna mu na jego żądanie stosowne wynagrodzenie za sprawowanie kurateli. Wynagrodzenie pokrywa się **z dochodów** lub z majątku osoby, dla której kurator jest ustanowiony, a jeżeli osoba ta nie ma odpowiednich dochodów lub majątku, wynagrodzenie pokrywa ten, kto żądał ustanowienia kuratora".

Na wprowadzenie w nowelizacji przepisów określających zasady wynagradzania opiekuna rzutowała niechęć potencjalnych kandydatów do podejmowania obowiązków opiekuna (w szczególności – wobec osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej), powodowana zarówno obawami przed niepodołaniem obowiązkom sprawowania pieczy i zarządu sprawami majątkowymi podopiecznego, jak i obawą przed poniesieniem kosztów sprawowania objętej funkcji, mimo ustawowej regulacji dochodzenia zwrotu poniesionych nakładów i wydatków (art. 163 k.r.o.) oraz czasochłonnością funkcji opiekuna lub kuratora. Zasada sprawowania opieki (uznanej za obywatelską powinność) bez wynagrodzenia, z wyjątkiem dotyczącym znacznego nakładu pracy na zarząd majątkiem pupila (art. 162 § 2 k.r.o.), była kwestionowana[41]. Także bowiem osobiste starania o osobę podopiecznego i piecza nad nim wymagają często znacznego poświęcenia własnego czasu kosztem pracy zarobkowej lub odpoczynku.

Coraz częściej zdarzały się przypadki całkowitej bezskuteczności żądań sądów rodzinnych kierowanych na podstawie art. 149 § 3 k.r.o. do gminnych lub miejskich ośrodków pomocy społecznej w celu wskazania osób, którym sąd mógłby powierzyć opiekę nad osobami całkowicie ubezwłasnowolnionymi i kuratelę nad osobami częściowo ubezwłasnowolnionymi. Obowiązujące obecnie przepisy k.r.o. nakładają na każdego, kto zostanie ustanowiony przez sąd opiekuńczy opiekunem, obowiązek objęcia opieki i dopuszczają zwolnienie od tego obowiązku z ważnych powodów (art. 152 k.r.o.). Zasada, o której mowa, odnosi się zarówno do opieki nad małoletnim, opieki nad całkowicie ubezwłasnowolnio-

[40] Przed nowelizacją przepis ten brzmiał:

„Art. 179. § 1. Organ państwowy, który ustanowił kuratora, przyzna mu na jego żądanie stosowne wynagrodzenie za sprawowanie kurateli. Wynagrodzenie pokrywa się z majątku osoby, dla której kurator jest ustanowiony, a jeżeli osoba ta nie ma majątku, wynagrodzenie pokrywa ten, na czyje żądanie kurator został ustanowiony.

§ 2. Wynagrodzenia nie przyznaje się, jeżeli nakład pracy kuratora jest nieznaczny, a sprawowanie kurateli czyni zadość zasadom współżycia społecznego".

[41] E. Jaworska, *W sprawie odpłatności opieki (uwagi de lege ferenda)*, PS 2008, nr 7–8, s. 127 i nn., L. Kociucki, *ibidem*, s. 165–172.

nym (art. 152 w zw. z art. 175 k.r.o.), jak i do kurateli dla częściowo ubezwłasnowolnionych (art. 152 w zw. z art. 178 § 2 k.r.o.). Sąd opiekuńczy może wymierzyć grzywnę osobie, która uchyla się od objęcia opieki (art. 598 § 1 k.p.c.). Objęcie opieki stanowi więc nie tylko obowiązek honorowy i obywatelski, lecz jest także powinnością prawną. W zasadzie jednak nie ma możliwości skutecznego wyegzekwowania objęcia opieki. Grzywna w celu przymuszenia do spełnienia powinności objęcia opieki nie musi spowodować objęcia opieki przez złożenie przyrzeczenia przed sądem opiekuńczym (art. 153 k.r.o.). Osoba przymuszana grzywną do objęcia opieki z reguły nie wywiąże się należycie z obowiązków opiekuna, a prawdopodobieństwo takiego zachowania powinno wykluczyć ustanowienie jej opiekunem (art. 148 k.r.o.).

Pewien wpływ na wprowadzenie wynagrodzenia dla opiekuna miał też zapewne fakt, że nie jest obecnie rzadkością posiadanie przez dziecko znaczniejszego majątku; źródłem tego majątku jest w przypadku dzieci pozostających pod opieką najczęściej dziedziczenie, rzadziej – darowizna, a sporadycznie – realizacja roszczeń odszkodowawczych i wygrane w grach losowych. Majątek ten może być źródłem wypłaty wynagrodzenia; w razie braku majątku źródłem tym powinny być fundusze pomocy społecznej.

Skądinąd nowelizacja stworzyła – w interesie dziecka – podstawę formułowania przez sąd adresowanego do obojga rodziców – oraz via art. 155 § 2 do opiekunów – nakazu sporządzenia inwentarza majątku dziecka i informowania o ważniejszych zmianach w majątku dziecka. W celu zaś ułatwienia wykonywania zarządu majątkiem dziecka, zwłaszcza o znacznej wartości oraz zróżnicowanym składzie i zarazem w celu zabezpieczenia majątku przed nieuzasadnionym jego uszczupleniem w dłuższym okresie przez drobne nawet czynności zwykłego zarządu, należy zaproponować przyznanie sądowi opiekuńczemu kompetencji do określenia rocznego limitu rozporządzeń dotyczących ruchomości, pieniędzy i papierów wartościowych (zob. projektowane brzmienie art. 104 k.r.o.), z uwzględnieniem powinności odnośnie do dysponowania czystym dochodem z majątku dziecka w sposób określony w ustawie (art. 103 k.r.o.).

Trafne jest zatem wprowadzenie możliwości odpłatności za sprawowanie opieki (na żądanie ustanowionego opiekuna) – zarówno w zakresie zarządu majątkiem pupila, jak i pieczy nad jego osobą, z zastrzeżeniem odmowy przyznania wynagrodzenia, jeżeli nakład pracy opiekuna byłby nieznaczny lub gdy sprawowanie opieki czyniłoby zadość zasadom współżycia społecznego. Analogicznie zostałaby określona odpłatność usług kuratora, przy czym nadal obowiązywała-

by zasada pokrywania wynagrodzenia kuratora przez osobę, na której wniosek kurator został ustanowiony.

Znowelizowany przepis art. 162 § 1 k.r.o. pozwala na przyznanie wynagrodzenia nie tylko za zarząd majątkiem, lecz za „sprawowanie opieki", a więc również za wszystkie czynności inne niż zarząd majątkiem.

Wysokość wynagrodzenia pochodzącego z dochodów lub z majątku osoby, dla której opieka została ustanowiona nie została określona w ustawie. Nadal aktualny jest więc pogląd, że na wysokość tego wynagrodzenia powinny wpływać nakład pracy opiekuna, wielkość majątku podopiecznego, wysokość dochodów z tego majątku oraz wpływ starań opiekuna na wysokość uzyskiwanych z tego majątku dochodów, a także czy dochody te są stałe, czy też sporadyczne[42].

Wysokość wynagrodzenia pochodzącego ze środków pomocy społecznej określa nowy art. 53a ustawy o pomocy społecznej[43], zgodnie z którym „Wynagrodzenie za sprawowanie opieki wypłaca się w wysokości ustalonej przez sąd. Wynagrodzenie to obliczone w stosunku miesięcznym nie może przekraczać **1/10 przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, bez wypłat nagród z zysku**, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za okres poprzedzający dzień przyznania wynagrodzenia".

Powstaje pytanie, jaki to wskaźnik? Czy będzie to wskaźnik ogłaszany specjalnie na potrzeby wynagradzania opiekunów, czy będzie to któryś z już funkcjonujących wskaźników (a jeżeli tak, to jaki? – za poprzedni rok, za poprzedni kwartał?). Wyniknie też zapewne problem uaktualniania wysokości wynagrodzenia – czy możliwe jest określenie go w postanowieniu sądu jako określonej części ustawowego limitu. Jak się wydaje, jest to dopuszczalne; jednak w takich wypadkach sąd opiekuńczy, z urzędu lub na wniosek opiekuna, winien co jakiś czas skonfrontować wysokość automatycznie uaktualnianego wynagrodzenia z rzeczywistym nakładem pracy opiekuna czy kuratora, ustalanym m.in. na podstawie sprawozdań opiekuna czy kuratora.

Treść postanowienia o przyznaniu opiekunowi wynagrodzenia określa znowelizowany art. 597 k.p.c.[44] W postanowieniu tym sąd decyduje, czy opiekun będzie pobierał swe wynagrodzenie z dochodów lub z majątku podopiecznego, czy też wynagrodzenie to będzie pochodziło ze środków pomocy społecznej. Tak

[42] S. Kalus, w: *Komentarz do k.r.o.*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 967.

[43] Wprowadzony na mocy art. 6 pkt 2 i 3 ustawy nowelizującej z 2008 r.

[44] Na mocy art. 2 pkt 23 ustawy nowelizującej z 2008 r.

jak przed nowelizacją postanowienie o przyznaniu opiekunowi wynagrodzenia staje się wykonalne dopiero po jego uprawomocnieniu się.

W art. 18 ust. 1 ustawy o pomocy społecznej dodano pkt 9, wskazujący, kto jest zobowiązany do wypłacania wynagrodzenia za sprawowanie opieki w sytuacji, gdy źródłem środków nie jest majątek podopiecznego. Podmiotem tym jest jednostka samorządu terytorialnego. Koszty obsługi zadania wynoszą 1,5% otrzymanej dotacji celowej na wypłacanie wynagrodzeń za sprawowanie opieki. Przyznane przez sąd na podstawie art. 162 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wynagrodzenie opiekuna za sprawowanie opieki może być odpisane od podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób fizycznych[45].

## 7. Ocena zmian i podsumowanie

Oceniając przedstawione zmiany przepisów dotyczących opieki, należy uwzględnić kontekst systemowy, a mianowicie miejsce opieki w systemie pieczy nad dzieckiem; jak również miejsce opieki i kurateli w systemie ochrony prawnej osób dorosłych niemogących samodzielnie prowadzić swych spraw. Warto również przedstawić tendencje rozwoju tych instytucji w ustawodawstwach obcych.

1. Większość omawianych zmian dotyczyła instytucji opieki nad małoletnim; instytucje opieki nad osobami ubezwłasnowolnionymi całkowicie i kurateli nad ubezwłasnowolnionymi częściowo nie uległy większym zmianom od momentu wejścia w życie k.c. i k.r.o. (pomijam tu nowelizację przepisów k.p.c. regulujących procedurę ubezwłasnowolnienia[46]).

Tło społeczne instytucji opieki nad małoletnimi, zarówno za granicą, jak i w Polsce, jest co do zasady stabilne. Opieka nad małoletnimi została dostosowana do zmieniających się warunków społecznych i do standardów ochrony praw człowieka już wcześniej, począwszy od lat 60. ubiegłego wieku. Dostosowanie to polegało na zrównaniu statusu dzieci małżeńskich z pozamałżeńskimi, obniżeniu wieku pełnoletniości do – najczęściej – 18 lat, zaakcentowaniu pierwszeństwa dobra małoletniego (w tym osobistego aspektu tego dobra) przed interesem rodziny podopiecznego, dostosowaniu niekiedy bardzo rozbudowanych przepisów o zarządzie majątkiem małoletniego do rzeczywistych potrzeb w tym zakresie

[45] Dodany art. 21 pkt 79a ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, tj. Dz.U. 2000, nr 14, poz. 176 z późn. zm.

[46] Ustawa z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U.2007.121.831.

itd. Standardy ochrony praw człowieka na gruncie opieki nad małoletnim zostały sformułowane (przede wszystkim w Konwencji o Prawach Dziecka)[47] i co do zasady zaakceptowane w ustawodawstwie polskim; problemem może być jedynie ich należyte wdrożenie.

Także w ustawodawstwach obcych opieka nad małoletnimi jawi się jako instytucja względnie ustabilizowana. W chwili obecnej mamy też do czynienia z potrzebą dostosowania opieki nad małoletnim do szczególnych, niekiedy bardzo dotkliwych społecznie zjawisk, np. wynikających z potrzeby uregulowania przedstawicielstwa ustawowego dla „eurosierot".

Należy jednak podkreślić, że szybko rozwijały się instytucje pieczy zastępczej koncentrujące się na faktycznej pieczy nad małoletnim (rodzina zastępcza) uzupełniając, a w pewnym zakresie zastępując ukształtowaną w klasycznych kodyfikacjach opiekę „prawną", koncentrującą się tylko na przedstawicielstwie ustawowym. Opieka nad małoletnim zwykle współistnieje z jakąś instytucją pieczy bieżącej (przede wszystkim z rodziną zastępczą). Podobnie jak te instytucje, opieka nad małoletnim powinna służyć powrotowi dziecka do jego rodziny naturalnej (reintegracji rodziny) we wszystkich przypadkach, w których jest to możliwe.

Możliwe jest wspólne sprawowanie opieki „prawnej" przez małżonków (art. 146 k.r.o.). Nadal aktualny jest pogląd SN[48], że opieka sprawowana przez małżonków wykazuje z reguły wyższość nad opieką sprawowaną przez jedną osobę, poza środowiskiem rodziny zastępczej, gdyż zapewnia dziecku naturalne warunki rozwoju. Dlatego też sąd opiekuńczy powinien dążyć do powierzenia opieki obojgu małżonkom. Z mocy wyraźnego uregulowania (art. 149 § 4 k.r.o.) możliwa jest i pożądana „unia personalna" instytucji opieki i rodziny zastępczej. Ustanowienie opieki jednoosobowej powinno mieć miejsce wtedy, gdy ze względu na szczególne okoliczności konkretnego wypadku jest to bardziej pożądane, np. gdy sprawowania opieki chce się podjąć samotna osoba, związana uczuciowo – najczęściej ze względu na pokrewieństwo – z małoletnim. Przyczyną ustanowienia opieki jednoosobowej mogą być także trudności, jakie napotyka powierzenie jej małżonkom.

---

[47] Przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989, Dz.U. 1991.120.526 ze zm.

[48] Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r. III CZP 46/75 OSNCP 1976/9 poz. 184 – „Zalecenia kierunkowe w sprawie wzmożenia ochrony rodziny", pkt XIV. 2.

Należy zaznaczyć, że w znowelizowanych przepisach wyrażona została zasada tymczasowości sprawowania pieczy zastępczej. W takim postrzeganiu pieczy zastępczej mieści się założenie o obowiązku ochrony więzów uczuciowych łączących dziecko z jego rodzicami (jako tymi, do których ma ono powrócić) i innymi osobami bliskimi (zob. unormowania k.r.o. dotyczące kontaktów z dzieckiem, a zwłaszcza art. $113^1$ § 2). Zasada ta i, szerzej rzecz ujmując, zasady pomocniczości i proporcjonalności winny też być uwzględniane przy interpretacji i stosowaniu przepisów o opiece nad małoletnim. Podobnie jak umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej, ustanowienie opieki nad małoletnim nie powinno być traktowane jak instrument izolowania go od rodziny naturalnej, lecz jak forma pomocy udzielonej dziecku i rodzinie. Oznacza to, że instytucja opieki ma służyć dobru dziecka, jeżeli to możliwe jego reintegracji do rodziny naturalnej, lub też jako etap na drodze do przysposobienia dziecka. Zasada powszechności opieki winna być rozumiana raczej jako jej dostępność dla każdego małoletniego, który jej potrzebuje, niż obowiązek ustanawiania jej w każdej sytuacji.

2. Instytucje opieki nad osobami dorosłymi rozwijają się w ostatnich latach w ustawodawstwach wielu krajów europejskich szczególnie szybko i intensywnie. Przyczyny tego zjawiska są różnorodne. Wskutek zmian demograficznych, zmian w stylu życia i funkcjonowaniu rodziny (polegających na oddzieleniu wielu osób od ich rodzin, które nie zawsze są w stanie lub chcą troszczyć się o swych bliskich) oraz postępów medycyny zwiększyła się liczba osób dorosłych, w odniesieniu do których rozważane może być ograniczenie lub pozbawienie zdolności do czynności prawnych[49]. Następują również zmiany w postawach społecznych wobec zdolności do czynności prawnych. Jej posiadanie staje się dobrem świadomie docenianym, jej pozbawienie (u osoby dorosłej) jawi się jako dotkliwa ingerencja w sferę osobistą człowieka. Co więcej, formułowane są standardy ochrony praw człowieka odnoszące się do uregulowań ochrony cywilnoprawnej dorosłych niemogących samodzielnie prowadzić swych spraw[50].

[49] W Niemczech liczba osób pozostających pod opieką (prawo niemieckie zna tylko jedną instytucję pieczy nad dorosłymi) wynosiła w roku 1998 – 797 642, a w roku 2008 – 1 273 265; oznaczało to, że w roku 2008 opiekę ustanowiono dla ok. 1,55% ogółu ludności. W roku 2008 ustanowiono nową opiekę nad 238 467 osobami. Natomiast w Anglii i Walii liczba nowo ustanowionych różnych form opieki nad dorosłymi w roku 2008 wyniosła 16 407.

[50] Zob. przede wszystkim Rekomendacja nr 1999 (4) Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących prawnej ochrony dorosłych niemogących samodzielnie prowadzić swych spraw, przyjęta na 660. posiedzeniu Komitetu Ministrów w dn. 23 lutego 1999 r.

Zmiany w ustawodawstwach[51], jakie następują w wyniku tych czynników, zmierzają do pełniejszej ochrony praw osób dorosłych poddanych opiece (m.in. ograniczenia lub likwidacji instytucji ubezwłasnowolnienia), a w konsekwencji zasadniczej zmiany form opieki nad osobami dorosłymi.

Instytucja kurateli pozostaje nieco na uboczu zainteresowania ustawodawców obcych, należy jednak odnotować, że kuratela dla osób ułomnych w niektórych ustawodawstwach bywa łączona z instytucją pieczy nad osobami dorosłymi – w tych wypadkach, gdy możliwe jest ustanowienie takiej pieczy bez ingerencji w zdolność do czynności prawnych podopiecznego[52].

Wymienione zjawiska występują, niekiedy z opóźnieniem, także w Polsce: rośnie liczba osób potrzebujących opieki[53], zwiększa się liczba osób starszych w społeczeństwie[54], w orzecznictwie sądów[55] pojawiają się sugestie wskazujące na niezgodność obecnego kształtu instytucji ubezwłasnowolnienia z międzynarodowymi standardami praw człowieka. Zmiany przepisów o opiece i kurateli nad osobami dorosłymi wydają się zatem nieuniknione, muszą jednak one być skoordynowane ze zmianami w przepisach o zdolności do czynności prawnych.

[51] W Anglii i Walii uchwalono Mental Capacity Act 2005, zmieniony przez Mental Health Act 2007. W Niemczech uchwalono ustawę o reformie prawa o opiece i kurateli (Betreuungsgesetz) z 12 grudnia 1990 r., reforma weszła w życie 1 stycznia 1992. W Estonii kwestie zdolności do czynności prawnych i opieki nad dorosłymi reguluje nowa ustawa z 27 marca 2002 r. – część ogólna kodeksu cywilnego (weszła w życie 1 lipca 2002 r.). We Francji przepisy kodeksu cywilnego o różnych formach opieki nad dorosłymi (art. 415 i nn.) zmieniono ustawą nr 2007-308 z 5 marca 2007 r. – weszła w życie 1 stycznia 2009 r. W Austrii wprowadzono nową ustawę – Sachwalterschaft-Aenderungsgesetz, z 23 czerwca 2007, obowiązuje od 1 lipca 2007 r.

[52] Np. § 1896 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego.

[53] Liczba osób ubezwłasnowolnionych całkowicie – co jest równoznaczne z ustanowieniem opieki – wynosiła w roku 1998 – 27 207, a w roku 2008 – 50 487. Kuratelą dla osób ubezwłasnowolnionych częściowo objęte były w 1998 r. 7183 osoby, a w roku 2008 – 10 392 osoby (dane uzyskane dzięki uprzejmości Ministerstwa Sprawiedliwości).

[54] W roku 2007 odsetek osób w wieku powyżej 65 lat wyniósł 13,5%, w roku 2020 ma wynieść 18,4%, a w roku 2035 – 23,2%. Zob. Prognoza ludności na lata 2008–2035, Główny Urząd Statystyczny – Departament Badań Demograficznych, Warszawa 2009 (publikacja na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego), s. 164–165, i tabl. A7.

[55] Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r. III CZP 37/2004, OSNC 2005/3 poz. 42, pkt 5; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2007 r., K. 28/2005, OTK ZU 2007/3A poz. 24, pkt III. 6.

# DIE VORSCHRIFTEN DES FAMILIEN- UND VORMUNDSCHAFTSGESETZBUCHES IN BEZUG AUF DIE VORMUNDSCHAFT UND DIE PFLEGSCHAFT NACH DEN LETZTEN ÄNDERUNGEN

## Zusammenfassung

Der Artikel befasst sich mit den letzten drei Änderungen Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches in Bezug auf Vormundschaft und die Pflegschaft, die in Jahren 2009 und 2010 in Kraft getreten haben oder erst am 1. Januar 2012 in Kraft treten werden. Von dem Inkrafttreten des Familie- und Vormundschaftsgesetzbuches im Jahre 1965 haben sich die Vorschriften wenig geändert.

Es hat sich dagegen das System und der soziale Kontext dieser Vorschriften geändert, insbesondere haben sich öffentlich- und privatrechtliche Vorschriften über die Ersatzsorge für Minderjährige entwickelt. Besonders wesentliche Änderungen gab es im sozialen Umfeld der Vorschriften über die Betreuung und Vormundschaft von Erwachsenen, die nicht voll geschäftsfähig sind. Es geht vor allem um demografische Änderungen, medizinischen Fortschritt, veränderte gesellschaftliche Einstellungen und menschenrechtliche Standards in Bezug auf den Schutz der Erwachsenen, die nicht in der Lage sind, selbständig ihren Geschäften nachgehen.

Die präsentierten Änderungen haben erlaubt, die Übereinstimmung der Vorschriften über die Betreuung von Minderjährigen mit den Vorschriften über die Ersatzsorge zu behalten. Es werden dagegen weitere, umfassende Änderungen der Vorschriften über die Pflege und Betreuung von Erwachsenen benötigt, sie müssen aber mit den Veränderungen in den Vorschriften über die Rechtsfähigkeit koordiniert werden.

*Übersetzung von Dorota Kociucki*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*ANNA ZALCEWICZ*
Uniwersytet Szczeciński

# WYBRANE ASPEKTY NORMATYWNE FUNKCJONOWANIA BANKÓW SPÓŁDZIELCZYCH

## Zagadnienia wstępne

Pojęcie „funkcjonowania" banków jest pojęciem ustawowym, choć w stosunku do banków jako takich prawodawca posługuje się nim wyjątkowo[1]. Natomiast w przypadku banków spółdzielczych ich działalność została uregulowana ustawą o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających[2]. Wskazywałoby to, że na gruncie obowiązujących regulacji prawnych to właśnie zakres pojęcia „funkcjonowanie" będzie wyznaczał obszar ich aktywności. Taka konkluzja skłania do refleksji nad normatywną treścią tego terminu. Konieczne staje się także postawienie pytania, jaką koncepcję realizuje prawodawca, wprowadzając szczególny sposób regulacji zasad organizacji i działalności banków spółdzielczych. Czy wynika ona z przyjęcia określonej

[1] Jedynie w art. 26a ustawy – Prawo bankowe (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, tj. Dz.U. 2002, nr 72, poz. 665 z późn. zm. przywoływana dalej jako pr.b. bądź ustawa – Prawo bankowe), zgodnie z którym Komisja Nadzoru Finansowego może cofnąć zezwolenie, o którym mowa w art. 25 ust. 1–3 i 8 pr.b., jeżeli wpływ osoby, która pośrednio lub bezpośrednio objęła lub nabyła akcje banku, może okazać się niekorzystny dla ostrożnego lub stabilnego zarządzania bankiem (...) albo gdy osoba ta nie dotrzymała zobowiązań dotyczących funkcjonowania banku (...).

[2] Ustawa z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających, Dz.U. nr 119, poz. 1252 z późn. zm. przywoływana dalej jako u.f.b.s. bądź ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych.

formuły dla tworzenia i funkcjonowania banku spółdzielczego, a wprowadzone odmienne rozwiązania prawne w stosunku do banków spółdzielczych uwzględniają ich szczególną rolę, misję społeczną i lokalny charakter? Czy jest ona dostosowana do zmienionych warunków społeczno-gospodarczych oraz oczekiwań społecznych? Czy też istniejące różnice wynikają z innych przyczyn i nie tyle są przejawem przyjęcia określonej koncepcji, co raczej powodowane są uwarunkowaniami historycznymi, sytuacją gospodarczą, koniecznością implementacji aktów wspólnotowych, itp. Pojawiają się także pytania o pożądane kierunki zmian legislacyjnych oraz wpływ już dokonanych zmian na działalność banków spółdzielczych. Ze względu na obszerną materię poruszonych zagadnień konieczne stało się ograniczenie na wstępie prowadzonych rozważań do niektórych tylko aspektów normatywnych funkcjonowania banków spółdzielczych.

Przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu stały się regulacje prawne, które pozwoliłyby na zweryfikowanie tezy, że prawodawca ewolucyjnie dokonał zmiany treści oraz istoty pojęcia funkcjonowania banku spółdzielczego. Wydaje się przy tym, że nie wynika ona z jednoznacznej koncepcji i precyzyjnie określonego celu regulacji prawnej, a jest po części rezultatem wprowadzania doraźnych modyfikacji w różnych obszarach prawa. Należy bowiem mieć na uwadze, że zarówno obecne brzmienie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, jak i innych aktów prawnych regulujących szeroko pojętą działalność banków spółdzielczych (wśród których najważniejsze to: ustawa Prawo bankowe oraz Prawo spółdzielcze[3]), jest efektem zmian wprowadzonych w ich treści na skutek kolejnych nowelizacji.

## Zakres pojęcia „funkcjonowanie"

Znaczenie terminu „funkcjonowanie" nie zostało doprecyzowane na gruncie obowiązujących przepisów. Brak jest jego definicji legalnej, także analiza regulacji ustawowych nie daje w tym względzie jednoznacznej odpowiedzi. Mając jednocześnie na uwadze, że na gruncie języka polskiego jest to pojęcie zarówno nieostre, jak i wieloznaczne[4], to ustalając jego znaczenie normatywne, konieczne

[3] Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze, tj. z 2003 r., nr 188, poz. 1848 z późn. zm. (przywoływana dalej jako ustawa Prawo spółdzielcze bądź pr.sp.).

[4] „Funkcjonowanie" oznacza najczęściej działanie, spełnianie czynności, a także pracowanie (por. *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. 1, s. 954; J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1952, t. I, s. 783; *Słownik*

jest uwzględnienie kontekstu, w którym zostało użyte, oraz dokonanie wyboru między różnymi możliwymi interpretacjami językowymi tego zwrotu[5].

Pojęciem „funkcjonowanie" posługuje się prawodawca jedynie w tytule ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, co dodatkowo komplikuje odtworzenie intencji prawodawcy w tym zakresie. Dążąc zatem do ustalenia jego treści na gruncie obowiązujących przepisów, należy w pierwszej kolejności zestawić tytuł tejże ustawy z jej artykułem pierwszym. Zgodnie z tym artykułem ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych określa zasady organizacji, działalności oraz zrzeszania się banków spółdzielczych. Można byłoby w związku z tym przyjąć, że pod pojęciem funkcjonowania prawodawca rozumie zarówno organizację, jak i działalność banków spółdzielczych, natomiast poza jego zakresem pozostaje zrzeszanie się banków spółdzielczych. Jednak już sama materia ustawowa nie pozwala na tak jednoznaczne zakreślenie granic między pojęciem funkcjonowania i zrzeszania banków spółdzielczych. Zarówno organizacja, działalność, jak i zrzeszanie tych banków są uregulowane wspólnie, w jednym rozdziale pt. banki spółdzielcze. Wynika to z faktu, że zarówno na organizację, jak i działanie banku spółdzielczego duży wpływ ma przynależność do zrzeszenia. Z drugiej strony wskazać należy, że uregulowana w ustawie o funkcjonowaniu banków spółdzielczych materia jest jednak węższa niż faktyczny obszar regulacji prawnej zagadnień organizacji i działalności banku spółdzielczego. Stanowi ona bowiem jedynie uzupełnienie innych przepisów w tym zakresie. Mając to na uwadze, należy uznać, że funkcjonowanie na gruncie u.f.b.s. niewątpliwie oznacza działalność banków spółdzielczych, a także w pewnym zakresie organizację, z zastrzeżeniem jednak, że zagadnienia te nie są w niej normowane wyczerpująco[6]. Tym samym zakres pojęcia, wyznaczany w sposób pośredni przez

*języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1965, t. II, s. 995; *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1978, t. I, s. 619). Podobnie wyrazy i zwroty te używane są jako synonimy słowa „funkcjonować" (zob. B. Gajewska, M. Pawlus, *Słownik synonimów i antonimów*, Bielsko-Biała 2003, s. 59; *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, red. S. Skorupka, Warszawa 1982, s. 45; A. Latusek, P. Pilarski, *Wielki słownik wyrazów bliskoznacznych*, Kraków 2008, s. 148; *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, red. H. Zgółkowa, Poznań 1997, t. XII, s. 68), choć wskazuje się także na inne znaczenia tego terminu, jak np. 'być w mocy, obowiązywać, być ogólnie znanym, powszechnie uznawanym' (A. Latusek, P. Pilarski, *Wielki słownik wyrazów bliskoznacznych*, Kraków 2008, s. 148; *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. I, s. 955.)

[5] Por. A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2008, s. 29.

[6] Struktura źródeł regulacji działalności banków spółdzielczych jest o wiele bardziej złożona i nie ogranicza się do wskazanej ustawy. Ramy prowadzonej przez banki spółdzielcze działalności

prawodawcę, nie jest zupełny. W konsekwencji taka regulacja nie pozwala na jednoznaczne określenie znaczenia, jakie nadaje temu terminowi prawodawca. Wydaje się zatem słuszne, by ustaloną w ten sposób treść pojęcia „funkcjonowanie" traktować pomocniczo, raczej jako wskazówkę interpretacyjną.

Starając się wyznaczyć zakres omawianego pojęcia, można przeanalizować także inne akty prawne, poszukując znaczenia, jakie ma ono na gruncie prawa. W obszarze regulacji odnoszących się do rynku finansowego jedynym aktem, w którym się ono pojawia, jest ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych[7]. Jednakże i tu prawodawca go nie definiuje. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, dokonując zestawienia treści art. 1 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych z jej tytułem, można podjąć próbę określenia zakresu pojęcia „funkcjonowanie". Przepis ten stanowi, że określa ona zasady tworzenia i działania funduszy emerytalnych. Stąd można wnosić, że pojęcie to oznaczałoby działanie, zaś tworzenie – organizację[8].

W literaturze przedmiotu pojęcie „funkcjonowanie", choć stosowane powszechnie, również nie jest definiowane[9]. O tym, jaki jest jego zakres, można

bankowej wyznaczają także inne normy prawne zaliczane do publicznego prawa bankowego, a po części regulacje odnoszące się do formy prawno-organizacyjnej jaką jest spółdzielnia. Dodatkowo obok aktów takich jak ustawa Prawo bankowe, ustawa z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, tj. Dz.U. 2009, nr 84, poz. 714 z późn. zm. czy ustawa Prawo spółdzielcze, działalność banków spółdzielczych w pewnym zakresie regulują inne akty prawne, jak np. ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. nr 60, poz. 535 z późn. zm. Wszystkie te akty, w określonym stopniu, regulują zasady tworzenia banków spółdzielczych, organizacji, kontroli, nadzoru, zarządzania, prowadzenia gospodarki finansowej, likwidacji i upadłości banków, a także ich odpowiedzialności za powierzone depozyty. Ze względu na konieczność ochrony deponentów oraz bezpieczeństwa całego sytemu, powiązania obecnych rynków finansowych, regulacja jest rozbudowana, szczegółowa, a wpływ na nią mają także wymogi wynikające z ponadnarodowych norm prawnych czy reguł międzynarodowych. Regulacje te uzupełniają także akty wydawane przez organ nadzoru bankowego, jakim jest Komisja Nadzoru Finansowego oraz dla każdego banku spółdzielczego – jego statut.

[7] Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, tj. Dz.U. 2004, nr 159, poz. 1667 z późn. zm.

[8] Samo pojęcie „organizacja" jest także terminem wieloznacznym i na gruncie prawa jest ono używane jako synonim terminu „tworzenie" (np. w ustawie z dnia 15 września 2000 r. kodeks spółek handlowych, Dz.U. nr 94, poz. 1037 z późn. zm.) spółka w organizacji oznacza spółkę będącą w trakcie tworzenia. W literaturze przedmiotu również wskazuje się, że pojęcie „organizacja" oznacza działania zmierzające do spełnienia warunków ustawowych pozwalających na utworzenie podmiotu, a w przypadku banku także działania zmierzające do uzyskania zezwolenia na rozpoczęcie działalności, np. C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999, s. 130–132.

[9] Wyjątkowo E. Fojcik-Mastalska, *Prawo bankowe jako dział prawa o charakterze kompleksowym*, w: *Prawo bankowe w zarysie*, red. E. Fojcik-Mastalska, Wrocław 2006, s. 9 wskazuje,

wnioskować w sposób pośredni z treści poszczególnych publikacji stanowiących dorobek doktryny. Dokonując pewnej systematyki w poglądach prezentowanych w literaturze przedmiotu, można wskazać, że w jego zakres w przypadku banków wchodzi najczęściej ich gospodarka finansowa, łączenie, zrzeszanie, zakończenie działalności[10].

Uwzględniając rozumienie językowe, kontekst stosowania tego terminu w aktach prawnych oraz znaczenie przypisywane temu pojęciu w literaturze przedmiotu, można przyjąć, że termin: „funkcjonowanie" w odniesieniu do banków spółdzielczych obejmuje szeroko pojęte działanie banku, rozumiane jako prowadzenie działalności przez bank, wykonywania właściwych mu czynności w określonych warunkach prawnych, z uwzględnieniem pewnych współzależności czynników wewnętrznych i zewnętrznych wpływających na tę działalność[11].

## Działalność banku spółdzielczego

Na ukształtowanie zakresu działalności banków spółdzielczych miały w pierwszej kolejności wpływ czynniki, które złożyły się na ich powstanie i rozwój. Jak wynika z genezy spółdzielni o charakterze finansowym, miały być one bowiem ze swej istoty organizacjami realizującymi ideę samopomocy, które prowadząc działalność gospodarczą nie będą nastawione na maksymalizację zysku, ale wyraźnie zorientowane na cele społeczne. W związku z tym, że podmioty te miały zaspokajać podstawowe potrzeby finansowe swoich członków, przede

że funkcjonowanie banków na rynku usług finansowych ujmowane jest w polskim prawie jako wykonywanie czynności bankowych.

Pojęcie „funkcjonowania" stosują m.in. L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2003, s. 21; E. Fojcik-Mastalska, *Prawo bankowe jako dział prawa o charakterze kompleksowym*, w: *Prawo bankowe w zarysie*, red. E. Fojcik-Mastalska, Wrocław 2006, s. 9; T. Narożny, *Prawo bankowe*, Poznań 1998, s. 28–29; Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2008; S. Szuster, *Zakres przedmiotowy prawa bankowego*, w: *Prawo bankowe, komentarz*, t. I i II, red. F. Zoll, Zakamycze 2005, s. 19; K. Kohutek, *Sanacja banku w bankowych procedurach naprawczych i w postępowaniu upadłościowym*, Zakamycze 2005, s. 41–42; T. Siudek, *Funkcjonowanie banków spółdzielczych w Niemczech i w Polsce*, BiK 1997, nr 12, s. 95 i nn.

[10] Zob. zawartość rozdziału: *Tworzenie, organizacja i funkcjonowanie banków* w: C. Kosikowski, *Publiczne*..., s. 111–207, *Zasady funkcjonowania banków*, T. Narożny, *op.cit.*, s. 28–32.

M. Ziembiński (*Funkcjonowanie banków w świetle ustawy z 1997 r.*, „Monitor Prawniczy" 1998, nr 5) wskazuje, że: „Prawo bankowe *sensu largo* to dział prawa określający funkcjonowanie i organizację wewnętrzną banków".

[11] A. Zalcewicz, *Bank spółdzielczy. Aspekty prawne tworzenia i funkcjonowania*, Warszawa 2009, s. 21–22.

wszystkim zapewniając dostęp do pożyczek czy kredytów, to właśnie forma organizacyjno-prawna, jaką jest spółdzielnia, została usankcjonowana przez prawodawcę dla świadczenia tego rodzaju usług[12]. Wpływało to na zakres podmiotowy, przedmiotowy, jak i terytorialny ich działalności, który z tego względu był niewielki. Wprowadzane na przestrzeni lat zmiany prawodawcze doprowadziły do ukonstytuowania się podmiotów będących spółdzielniami o statusie banków[13], jednakże w coraz mniejszym stopniu ich działalność powiązana jest z zasadami lokalności i ograniczonego kręgu usługobiorców[14].

Obecnie prawodawca *expressis verbis* stanowi, że bank spółdzielczy jest bankiem będącym spółdzielnią, do którego w zakresie nieuregulowanym w ustawie o funkcjonowaniu banków spółdzielczych oraz w ustawie Prawo bankowe zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo spółdzielcze[15], dając tym samym pierwszeństwo regulacjom bankowym przed regulacjami spółdzielczymi. Oznacza to, że pomimo iż nadal wpisują się one w nurt przedsiębiorczości społecznej, muszą przede wszystkim spełniać określone wymogi pozwalające na zapewnienie bezpieczeństwa na rynku usług bankowych.

Konstatując, banki spółdzielcze mogą wykonywać wyłącznie działalność bankową[16] w zakresie wyznaczonym przepisami ustaw i regulacjami statutu, jednakże uwzględniając „prospołeczny" cel w prowadzonej przez siebie działalności[17]. Prowadząc rozważania nad przedmiotowym, podmiotowym i terytorialnym

[12] Zob. pierwszą polską ustawę regulującą działalność spółdzielni, tj. ustawę o spółdzielniach z dnia 29 października 1920 r., Dz.U. nr 11, poz. 733 z późn. zm.

[13] Nastąpiło to na mocy ustawy z dnia 12 czerwca 1975 r. Prawo bankowe, Dz.U. nr 20, poz. 108 z późn. zm.

[14] Por. T. Wyszomirski, *Więcej banku czy spółdzielni*, „Bank Spółdzielczy" 1998, nr 3.

[15] Warto podkreślić, że pomimo zachodzących zmian społecznych i gospodarczych jeszcze w ustawie z 1994 r. (ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o restrukturyzacji banków spółdzielczych i Banku Gospodarki Żywnościowej oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz.U. nr 80, poz. 369 z późn. zm.) w art. 2 ust. 1 bank spółdzielczy został zdefiniowany w pierwszej kolejności jako spółdzielnia, do której w zakresie nie uregulowanym w tejże ustawie oraz w ówczesnej ustawie Prawo bankowe miały zastosowanie przepisy ustawy Prawo spółdzielcze.

[16] Przez działalność bankową w ustawie Prawo bankowe należy rozumieć działalność określoną w art. 5 i 6 pr.b., wyróżniając dwie kategorie wykonywanych czynności czy też świadczonych usług: czynności bankowe (art. 5 pr.b.) i pozostałe, które nie stanowią czynności bankowych (art. 6 pr.b.), zob. A. Zalcewicz, *op.cit*., s. 164–165 i przywołana tam literatura.

[17] Jako spółdzielnie podlegają bowiem ustawie Prawo spółdzielcze definiującej spółdzielnię jako zrzeszenie, które w interesie swoich członków prowadzi wspólną działalność gospodarczą, a także może prowadzić działalność społeczną i oświatowo-kulturalną na rzecz swoich członków i ich środowiska (art. 1 § 1 i 2 pr.sp.). Jak wskazuje się w doktrynie realizacja celu prospołecznego wyraża się m.in. tym, że wypracowanie nadwyżki powinno być zawsze środkiem do realiza-

jej zakresem, wskazać należy, że prawodawca powiązał go z wielkością funduszy własnych tych banków oraz członkostwem w zrzeszeniu.

W aspekcie terytorialnym ograniczeniom podlegają zrzeszone banki spółdzielcze. Im niższe są ich fundusze własne, tym zasięg terytorialny ich działania jest mniejszy. Prawodawca wprowadza trzy progi kapitałowe dla określenia obszaru, na którym mogą być świadczone przez nie usługi. Fundusze własne banku spółdzielczego na poziomie 1 000 000 euro uprawniają do prowadzenia działalności na terenie powiatu bądź powiatów, na poziomie od 1 000 000 euro do 5 000 000 euro – na terenie województwa i powiatów poza nim, od 5 000 000 – na obszarze całego kraju[18]. W przypadku banku działającego poza zrzeszeniem o obszarze działalności będzie decydowała wielkość funduszy własnych, która musi wynosić minimum 5 000 000 euro i tak jak w przypadku każdego innego banku być dostosowana do rodzaju czynności bankowych przewidzianych do wykonywania i rozmiaru zamierzonej działalności[19]. Może on zatem prowadzić działalność na obszarze całego kraju, ale także poza jego granicami. Natomiast bank spółdzielczy będący jednocześnie spółdzielnią europejską (SCE) musi funkcjonować na terytorium co najmniej dwóch państw[20]. W tym przypadku został bowiem normatywnie określony minimalny obszar działania każdej SCE. Oznacza to, że na gruncie obecnych regulacji prawnych polski prawodawca nie przesądza ostatecznie o utrzymaniu bądź odstąpieniu od lokalnego (w aspekcie terytorialnym) charakteru banku spółdzielczego. Banki te mogą samodzielnie decydować o wyborze obszaru swojej działalności w ustawowo określonych ramach. Dodatkowo na skutek konieczności implementacji rozwiązań UE nastąpiło całkowite odejście od zasady lokalności w przypadku tych banków spółdzielczych, które działałyby jako SCE.

---

cji działań na rzecz członków, wspólnoty, itp. K. Pietrzykowski, *Spółdzielnia a spółka handlowa*, cz. I, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1991, nr 6, s. 23; J. Herbst, *Kondycja ekonomii społecznej w Polsce 2006*, Ekonomia Społeczna Teksty 2006, Warszawa 2006, s. 10–12. Ponadto, pomimo fakultatywnego charakteru, prowadzenie działalności społecznej i kulturalnej jest często uznawane za jeden z podstawowych elementów definiujących te instytucje. Przy czym wśród spółdzielni to właśnie te o charakterze finansowym (banki spółdzielcze i SKOK-i) najczęściej wskazują na swoje zaangażowanie w działalność społeczną, zob. J. Herbst, *op.cit.*, s. 32.

[18] Mimo że prawodawca powiązał zasięg terytorialny działalności banku spółdzielczego z jego funduszami własnymi, to nie wyznaczył ostatecznie jednego, określonego obszaru jego działania. Jest on wyznaczany indywidualnie dla każdego z banków spółdzielczych, zob. art. 5 u.f.b.s.

[19] Zob. art. 126 pr.b.

[20] Rozporządzenie Rady nr 1435/2003/WE z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie statutu spółdzielni europejskiej (SCE), Dz. Urz. WE L 207 z 18.08.2003, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 17, t. I, s. 280.

Podobnie jak w przypadku zasięgu terytorialnego, tak i w odniesieniu do zakresu wykonywanych czynności bankowych oraz świadczenia innych usług o charakterze finansowym, zależy on od tego, czy bank spółdzielczy działa w zrzeszeniu, czy poza nim. Bank spółdzielczy działający poza zrzeszeniem nie podlega ograniczeniom wynikającym z ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, w związku z czym zakres ten wyznaczany jest na podstawie art. 5 pr.b., który zawiera katalog wykonywanych przez bank czynności bankowych, oraz art. 6 pr.b. określającego pozostałe usługi finansowe, jakie świadczyć mogą banki uniwersalne. Należy jednak mieć na uwadze, że w obecnym stanie prawnym także inne akty prawne przewidują możliwość wykonywania niektórych usług przez banki. Regulacje te będą również wpływać na wyznaczenie zakresu przedmiotowego działalności banków spółdzielczych. W przypadku banków działających w tej formie organizacyjno-prawnej został on ograniczony w porównaniu do pozostałych banków uniwersalnych przez ustawę z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach[21]. Zgodnie z art. 31 tej ustawy funkcję banku – reprezentanta może pełnić wyłącznie bank posiadający kapitał własny w wysokości nie niższej niż 10 000 000 euro utworzony w formie spółki akcyjnej lub bank państwowy. Tak więc żaden z banków spółdzielczych nie może pełnić funkcji reprezentanta obligatariuszy[22].

Zakres przedmiotowy działalności zrzeszonego banku spółdzielczego określa ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych. Może on wykonywać czynności bankowe takie jak: przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów; prowadzenie innych rachunków bankowych; udzielanie kredytów; udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych; przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych; udzielanie pożyczek pieniężnych; udzielanie poży-

[21] Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach, tj. Dz.U. 2001, nr 120, poz. 1300 z późn. zm., przywoływana dalej jako ustawa o obligacjach.

[22] Inaczej kwestie te uregulowane zostały w art. 71 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. nr 146, poz. 1546 z późn. zm.) zgodnie z którym „umowę o prowadzenie rejestru aktywów funduszu można zawrzeć wyłącznie z: bankiem krajowym, którego fundusze własne wynoszą co najmniej 100 000 000 zł; oddziałem instytucji kredytowej, posiadającym siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli fundusze przydzielone do dyspozycji tego oddziału wynoszą co najmniej 100 000 000 zł (...)". Tak więc w tym przypadku prawodawca nie ogranicza możliwości wykonywania takich czynności ze względu na formę organizacyjno-prawną, słusznie uzależniając je od wielkości funduszy własnych.

czek i kredytów konsumenckich[23]; operacje czekowe i wekslowe; wydawanie kart płatniczych oraz wykonywanie operacji przy ich użyciu; nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych, przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych, udzielanie i potwierdzanie poręczeń, a także wykonywać czynności polegające na rozliczaniu i umarzaniu pieniądza elektronicznego[24]. Po uzyskaniu zgody banku zrzeszającego może ponadto prowadzić skup i sprzedaż wartości dewizowych, pośredniczyć w dokonywaniu przekazów pieniężnych oraz rozliczeń w obrocie dewizowym oraz emitować bankowe papiery wartościowe[25]. W przypadku braku takiej zgody może je wykonywać w imieniu i na rzecz banku zrzeszającego. Pozostałe czynności bankowe wymienione w art. 5 pr.b., tj. otwieranie i potwierdzanie akredytyw, wydawanie instrumentu pieniądza elektronicznego etc. zrzeszone banki spółdzielcze mogą wykonywać wyłącznie w imieniu i na rzecz banku zrzeszającego. W odniesieniu do usług finansowych za zgodą banku zrzeszającego do zakresu ich działalności może należeć: obejmowanie lub nabywanie akcji i prawa z akcji, udziałów innej osoby prawnej i jednostki uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych[26], dokonywanie obrotu papierami wartościowymi, dokonywanie, na warunkach uzgodnionych z dłużnikiem, zamiany wierzytelności na składniki majątku dłużnika, nabywanie i zbywanie nieruchomości, świadczenie usług konsultacyjno-doradczych w sprawach finansowych, świadczenie usług certyfikacyjnych w rozumieniu przepisów o podpisie elektronicznym, z wyłączeniem wydawania certyfikatów kwalifikowanych wykorzystywanych przez banki w czynnościach, których są stronami, świadczenie innych usług finansowych, wykonywanie innych czynności, jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego.

Wyznaczając zakres podmiotowy działalności banków spółdzielczych, po raz kolejny należy wprowadzić rozróżnienie w stosunku do zrzeszonych banków spółdzielczych, a tych działających poza zrzeszeniem. Generalną regułą jest, że banki spółdzielcze mogą świadczyć usługi zarówno na rzecz swoich członków, jak i innych podmiotów. W przypadku zrzeszonych banków spółdzielczych pra-

[23] W rozumieniu ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim, Dz.U. nr 100, poz. 1081 z późn. zm.

[24] Art. 6 u.f.b.s.

[25] Emitowanie papierów wartościowych przez banki spółdzielcze stało się możliwe z dniem 28 sierpnia 2009 r. na mocy ustawy z dnia 1 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających, Dz.U. nr 127, poz. 1050.

[26] Z wyjątkiem obejmowania lub nabywania akcji i prawa z akcji lub udziałów banków, ponieważ w tym przypadku zgoda banku zrzeszającego nie jest wymagana.

wodawca wprowadza jednak pewne ograniczenia w tym zakresie. W zależności od rodzaju czynności bankowych mogą być one wykonywane bądź z udziałem podmiotów mających miejsce zamieszkania, siedzibę lub prowadzących przedsiębiorstwo na obszarze działania zrzeszonego banku spółdzielczego, bądź z udziałem podmiotów mających miejsce zamieszkania, siedzibę lub prowadzących przedsiębiorstwo na obszarze lub poza obszarem jego działania[27]. Czynności bankowe takie jak: udzielanie kredytów, udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych, udzielanie pożyczek pieniężnych, udzielanie pożyczek i kredytów konsumenckich[28], udzielanie i potwierdzanie poręczeń zrzeszone banki spółdzielcze mogą wykonywać z osobami fizycznymi zamieszkującymi lub prowadzącymi przedsiębiorstwo na terenie działania zrzeszonego banku spółdzielczego lub z osobami prawnymi i jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, a posiadającymi zdolność prawną, mającymi siedzibę lub jednostki organizacyjne na terenie działania zrzeszonego banku spółdzielczego. Dodatkowo udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych, a także udzielanie i potwierdzanie poręczeń zrzeszone banki spółdzielcze mogą wykonywać w zakresie i trybie uzgodnionym z bankiem zrzeszającym.

## Inne czynniki wpływające na funkcjonowanie banków spółdzielczych

Jednym z zasadniczych czynników wpływającym na sposób prowadzenia działalności banku spółdzielczego jest jego forma organizacyjno-prawna. Poczynając od momentu powzięcia decyzji o utworzeniu banku, aż do momentu zakończenia jego działalności, determinuje ona sposób jego funkcjonowania. Omawiając zakres działalności banku spółdzielczego, wskazano, jak podlega on modyfikacji w zależności od wielkości posiadanych funduszy własnych oraz przynależności do zrzeszenia. Należy jednak mieć na uwadze, że dla właściwego uchwycenia zagadnień dotyczących funkcjonowania banku spółdzielczego niezbędne jest dokonanie analizy nie tylko sfery dopuszczalnej działalności gospodarczej, ale także innych aspektów działalności, jak gospodarka finansowa, nadzór i kontrola czy zrzeszanie. Warto podkreślić, że prawodawca, stanowiąc zasady tworzenia banków i określając ogólne standardy w tym zakresie, wprowadził jednocześnie pewne odmienności co do wymogów personalnych, kapitałowych,

[27] Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 6*, w: *Prawo bankowe*, red. E. Fojcik-Mastalska, publikacja wymiennokartkowa, Warszawa 1999–2005, ZN 45, s. C/37.

[28] W rozumieniu ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim.

organizacyjnych, etc. W przypadku banków spółdzielczych do odmienności przy ich tworzeniu można zaliczyć przykładowo: ograniczenie podmiotów uprawnionych do utworzenia banku (założycielami mogą być wyłącznie osoby fizyczne), inny sposób określenia minimalnych wymagań w zakresie kwalifikacji członków zarządu banku spółdzielczego, a także składu i sposobu wyboru członków organów statutowych banku spółdzielczego (również uzyskania w tym zakresie zgody Komisji Nadzoru Finansowego). Kolejną istotną kwestią jest, na co wskazywano już wcześniej, że banki spółdzielcze w odróżnieniu od pozostałych banków komercyjnych mogą rozpocząć i prowadzić działalność, gdy ich fundusze własne (wcześniej kapitał założycielski) wynoszą 1 000 000 euro. Warunkiem *sine qua non* jest jednak ich członkostwo w wybranym zrzeszeniu[29]. Pomimo obowiązywania zasady obligatoryjności zrzeszania banków spółdzielczych o kapitale niższym niż 5 000 000 euro, ma ona obecnie ograniczony charakter. Sprowadza się bowiem jedynie do konieczności działania w zrzeszeniu, ale przy zapewnieniu swobody jego wyboru od momentu utworzenia banku spółdzielczego przez cały okres jego działalności. Istotne jest jednak to, że niezależnie od obligatoryjnego czy fakultatywnego charakteru, przynależność do zrzeszeń wpływa bezpośrednio na funkcjonowanie banku poprzez m.in. różnego rodzaju ograniczenia, a także dodatkowe obowiązki nakładane na zrzeszony bank spółdzielczy (obowiązek posiadania akcji banku zrzeszającego, poddania się jego kontroli, ograniczenia w zakresie świadczenia usług finansowych, etc.).

Ponadto prawodawca nie przesądza o kształcie zrzeszenia, pozostawiając samym bankom działającym w jego ramach decyzję wyboru ostatecznego kształtu struktury zrzeszenia, ale także sektora banków spółdzielczych[30]. Od momentu wejścia w życie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych następowało bowiem stopniowe zmniejszanie ilości banków zrzeszających[31]. Na skutek

[29] Na marginesie prowadzonych rozważań można wskazać, że obecne regulacje prawne nie określają elementów, które powinny znaleźć się w treści umowy zrzeszenia (stanowiąc jedynie, że jest ona identyczna dla wszystkich uczestników zrzeszenia), ani celu jej zawarcia. Wydaje się, że jest nim przede wszystkim koordynacja współpracy i zapewnienie wzajemnej pomocy w realizacji działalności statutowej banków spółdzielczych (taki cel wskazywany był w art. 13 ust. 1 ustawy restrukturyzacyjnej), a także zagwarantowanie jakości oraz bezpieczeństwa usług. Powinno to znaleźć swój wyraz również w treści umowy zrzeszenia.

[30] Zob. szerzej A. Zalcewicz, *Zasady funkcjonowania zrzeszeń banków spółdzielczych w Polsce i ich wpływ na rozwój sektora banków spółdzielczych – wybrane zagadnienia*, Zeszyty Naukowe US, Roczniki Prawnicze (w druku).

[31] Zgodnie z pierwotnym brzmieniem ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych bankami zrzeszającymi były: Gospodarczy Bank Wielkopolski Spółka Akcyjna w Poznaniu, Lubelski Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Lublinie, Warmińsko-Mazurski Bank Regionalny Spółka Ak-

przekształceń zachodzących w sektorze i wprowadzanych zmian legislacyjnych, w obecnym stanie prawnym bankiem zrzeszającym może być wyłącznie Gospodarczy Bank Wielkopolski Spółka Akcyjna w Poznaniu, Bank Polskiej Spółdzielczości Spółka Akcyjna w Warszawie, Mazowiecki Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Warszawie, jak również bank powstały w wyniku połączenia się co najmniej dwóch z tych banków. Na gruncie obecnych regulacji prawnych możliwe jest zatem dalsze ograniczanie liczby zrzeszeń (poprzez procesy połączeniowe banków zrzeszających lub też w związku z odejściem banków spółdzielczych z danego zrzeszenia i utratą przez wskazane ustawowo banki statusu banku zrzeszającego). Przemiany te nie pozostaną bez wpływu na funkcjonowanie banków spółdzielczych.

## Konkluzje

Analiza obowiązujących regulacji prawnych pozwala na stwierdzenie, że prawodawca ewolucyjnie dokonał zmiany treści oraz istoty pojęcia funkcjonowania banku spółdzielczego. Dotychczas banki spółdzielcze traktowane były jako banki lokalne. Przy czym „lokalność" ta miała swój podwójny wyraz. Z jednej strony były to podmioty o ograniczonym zasięgu działania, z drugiej – realizujące cele społeczne, działające na rzecz środowiska lokalnego. Ze względu na swoją specyfikę funkcjonowania były one traktowane w sposób szczególny przez prawodawcę[32], który stawiając mniej rygorystyczne wymogi kapitałowe, personalne, organizacyjne przy tworzeniu, a także działalności banków spółdzielczych, jednocześnie nakładał na nie dodatkowe, normatywnie sankcjonowane powinności, takie jak obowiązki kontrolne (lustracja, kontrola wykonywana przez bank zrzeszający), obowiązek przynależności do związków rewizyjnych[33] czy obligatoryjność zrzeszania, a także ograniczając podmiotowo, przedmioto-

cyjna w Olsztynie, Małopolski Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Krakowie, Pomorsko-Kujawski Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Bydgoszczy, Bałtycki Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Koszalinie, Mazowiecki Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Warszawie, Dolnośląski Bank Regionalny Spółka Akcyjna we Wrocławiu, Rzeszowski Bank Regionalny Spółka Akcyjna w Rzeszowie, Bank Unii Gospodarczej Spółka Akcyjna w Warszawie, Gospodarczy Bank Południowo-Zachodni Spółka Akcyjna we Wrocławiu.

[32] Także obecnie w regulacjach unijnych dopuszczona została możliwość przyjęcia przez prawodawców krajowych odmiennych uregulowań niż unijne właśnie ze względu na rolę i status wybranych instytucji kredytowych.

[33] Zniesiony z dniem 6 września 2003 r. na skutek zmiany u.f.b.s. przez art. 1 pkt 7 lit. b) ustawy z dnia 27 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich

wo i terytorialnie zakres ich działalności. Obecnie jednak następuje stopniowe odejście od regulacji, które ugruntowywały je jako banki lokalne[34]. Prowadzi to do zmiany treści pojęcia funkcjonowania banku spółdzielczego jako banku miejscowego. Analiza kolejnych regulacji prawnych wyraźnie wskazuje na tendencję do rozszerzania obszaru działalności[35], a także zakresu świadczonych usług bankowych[36]. Odpowiednio wysokie fundusze własne umożliwiają bankom spółdzielczym zupełne odejście od terytorialnych ograniczeń, jakie dotychczas były nierozerwalnie związane z ich działalnością. Na utratę lokalnego charakteru wpływ miały także inne wprowadzone przez prawodawcę przepisy. Wyznaczone ustawowo terminy do podwyższenia wysokości funduszy własnych wymuszały procesy połączeniowe w sektorze banków spółdzielczych i prowadziły do rozszerzania terytorialnego obszaru działalności[37]. Na skutek połączeń doszło więc do zmniejszenia ilości banków spółdzielczych i „oddalenia" od lokalnych klientów. Utrzymaniu tego stanu rzeczy służy nadto istniejący zakaz podziału banków

zrzeszaniu się i bankach zrzeszających oraz ustawy o Narodowym Banku Polskim, Dz.U. nr 137, poz. 1303.

[34] Chociaż warto wskazać, że same banki spółdzielcze starają się o zachowanie takiego wizerunku.

[35] Tylko w odniesieniu do u.f.b.s. wskazać tu można pierwotne brzmienie art. 5 u.f.b.s., zgodnie z którym „bank spółdzielczy prowadzi działalność na terenie powiatu, w którym znajduje się jego siedziba, oraz na terenie powiatów, w których w dniu wejścia w życie ustawy znajdują się jego placówki wykonujące czynności bankowe, o których mowa w art. 6 u.f.b.s. Bank spółdzielczy, za zgodą banku zrzeszającego, z którym zawarł umowę zrzeszenia, może prowadzić działalność także na terenie powiatów sąsiadujących z terenem określonym" wyżej. Po nowelizacji ustawy dokonanej ustawą z dnia 27 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających oraz ustawy o Narodowym Banku Polskim, prawodawca skorelował wielkość funduszy własnych z obszarem terytorialnym działalności banków, a także uzupełnił regulację ustawową o przepis, zgodnie z którym „bank spółdzielczy posiadający fundusze własne równe lub wyższe niż równowartość 5 000 000 euro może prowadzić działalność na obszarze całego kraju".

[36] Przykładowo ostatnia nowelizacja u.f.b.s. rozszerzyła katalog czynności bankowych zrzeszonego banku spółdzielczego o emitowanie bankowych papierów wartościowych (zob. ustawa z dnia 1 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających).

[37] Na dodatek często nie na podstawie kryterium celowości, ale konieczności spełnienia tych wymogów. Warto zwrócić uwagę, że analiza łączeń banków spółdzielczych w Polsce rozpatrywana była jedynie w kontekście zwiększania kapitałów i w literaturze pozostaje do tej pory nierozpoznana na przykład pod względem problematyki efektywności, za: *Nowa umowa kapitałowa Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego – konsekwencje dla gospodarki i sektora bankowego w Polsce*, red nauk. R. Wierzba, M. Iwanicz-Drozdowska, B. Lepczyński, Raport z badań sfinansowanych przez Komitet Badań Naukowych w ramach projektu zarejestrowanego pod numerem 2 H02C 071 22, IBnGR, Gdańsk 2004, http://www.ibngr.edu.pl/pdf/publikacje/transformacje/tendencje_111.pdf, s. 57.

spółdzielczych. Rozpatrując problem terytorialności w szerszym kontekście, podkreślić także należy, że istotną zmianą, jaka dokonała się na skutek przyjęcia ustawy o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, jest odejście od „przypisania" banków spółdzielczych do konkretnych zrzeszeń działających na obszarze określonego regionu, co prowadzi do wniosku, że i w tym aspekcie prawodawca nie ogranicza terytorialnie ich funkcjonowania.

Odnosząc się do prospołecznej działalności banków spółdzielczych jako drugiego z czynników składających się na pojęcie lokalności, w przypadku tych banków, wskazać należy, że w obowiązujących aktach prawnych brak jest przepisów, które precyzyjnie i w sposób właściwy dla obecnych uwarunkowań określałyby jakiekolwiek cele społeczne przez nie realizowane. Wydaje się bowiem, że ujęty ogólnie cel działalności spółdzielni, jakim jest prowadzenie wspólnej działalności gospodarczej w interesie członków spółdzielni, nie jest w przypadku banków realizowany jako prospołeczny. Miał on taki charakter wcześniej, gdy powodem tworzenia i istnienia tego typu spółdzielni było zapewnienie dostępu do usług finansowych, jednak obecnie stracił on swoje znaczenie. Za cel taki można byłoby uznać zapewnienie możliwości uzyskania kredytów, pożyczek, etc. przez członków banków na korzystniejszych warunkach, jednak na gruncie obowiązujących przepisów o przyznaniu kredytu czy pożyczki decydują względy ekonomiczne, nie zaś członkostwo w banku spółdzielczym, a prawodawca zasadnie wyklucza możliwość przyznania preferencyjnych kredytów czy pożyczek. Bankom spółdzielczym i ich członkom pozostaje zatem poszukiwanie nowej, właściwej formuły dla prowadzenia działalności prospołecznej na rzecz członków i ich środowiska[38], jakkolwiek brak jest rozwiązań prawnych, które można byłoby uznać za wspierające ich działania tym obszarze[39]. Wydaje się, że obec-

[38] Wykorzystując dotychczasowe swoje doświadczenia (np. obsługa preferencyjnych kredytów dla rolnictwa, por. T. Siudek, *Wpływ wybranych czynników rozwoju lokalnego na wartość kredytów udzielanych przez banki spółdzielcze w Polsce*, w: *Strategie rozwoju lokalnego*. Wyd. SGGW, Warszawa 2002, s. 1–11, idem, *Banki spółdzielcze jako instytucje kredytujące rozwój rolnictwa i obszarów wiejskich w Polsce*, Zeszyty Naukowe Akademii Rolniczej we Wrocławiu 2006, Rolnictwo LXXXVII, nr 540, s. 447–453), banki te starają się podejmować przedsięwzięcia wspierające działania pozwalające na pozyskiwanie środków z funduszy strukturalnych, np. poprzez proponowanie kredytów przeznaczonych na inwestycje, które zostaną dofinansowane z zagranicznych środków pomocowych, prowadzą także działalność doradczą związaną z ich pozyskiwaniem (również prawodawca w art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 22 października 2004 r. o jednostkach doradztwa rolniczego, Dz.U. nr 251, poz. 2507 z późn. zm. stanowi, że jednostki doradztwa rolniczego przy realizacji swoich zadań współpracują z bankami, w szczególności bankami spółdzielczymi, bankami zrzeszającymi banki spółdzielcze oraz izbą gospodarczą zrzeszającą banki spółdzielcze).

[39] Rozważenia wymaga np. wprowadzenie regulacji prawnych umożliwiających redystrybucję środków z rządowych programów społeczno-gospodarczych oraz programów samorządności

nie prawodawca nie ma żadnej koncepcji co do misji społecznej, jaką mogłyby realizować banki spółdzielcze.

Należy też zasygnalizować, że pojęcie funkcjonowania ulega zmianie także w kontekście łączenia i zrzeszania się oraz współdziałania banków spółdzielczych. Jego treść zmieniona została poprzez zapewnienie możliwości samostanowienia o zakresie i zasadach kooperacji, nawet w obszarze, gdzie ma miejsce ograniczenie swobody banku (w zrzeszeniach obligatoryjnych), a także poprzez umożliwienie ukształtowania struktury sektora banków spółdzielczych.

Podsumowując prowadzone rozważania, wskazać należy na koniec, że zmiana treści pojęcia funkcjonowania, jak się wydaje, nie wynika z jednoznacznej koncepcji i precyzyjnie określonego celu regulacji prawnej, a jest często wynikiem wprowadzania doraźnych zmian w różnych obszarach prawa. Analiza obowiązujących przepisów prawnych prowadzi do wniosku, że prawodawca nie rozstrzyga, jaką funkcję powinny pełnić te banki (czy będą one ewoluować w stronę podmiotów kierujących się wyłącznie zasadami rynkowymi, czy też realizować w swojej działalności cele prospołeczne, wpisując się we współczesną tendencję europejską rozwoju regionalnego oraz koncepcję społeczeństwa obywatelskiego), a co za tym idzie, regulacje dotyczące ich funkcjonowania nie są spójne. Wskazać bowiem można takie, których uzasadnieniem istnienia był lokalny charakter banków spółdzielczych (jak np. określenie mniej rygorystycznych wymogów dotyczących powołania oraz kwalifikacji i doświadczenia zawodowego prezesa i członka/członków zarządu banku spółdzielczego, regulacja zasad połączeń banków spółdzielczych, brak możliwości wydawania instrumentu pieniądza elektronicznego przez zrzeszone banki spółdzielcze, utrzymania obowiązku lustracji przy odstąpieniu od obowiązku przynależności do związków rewizyjnych, etc.), z drugiej jednak strony wiele z nich świadczy o nowym ukształtowaniu reguł funkcjonowania banków spółdzielczych, w których istotna jest działalność komercyjna a aspekt lokalności, użyteczności społecznej zanika.

lokalnej i rozwoju regionalnego, realizowanych z wykorzystaniem środków publicznych, na przykład poprzez współpracę w tym zakresie z Bankiem Gospodarstwa Krajowego (zwłaszcza w odniesieniu do programów rozwoju obszarów wiejskich).

## THE SELECTED LEGAL ASPECTS OF THE COOPERATIVE BANKS' OPERATIONS

**Summary**

The first purpose of the article is to identify a range of the term "to operate" (to function, to act) in the light of Polish banking law, because it provides a basis for the subsequent consideration. It is worth to notice as a legal term, it is used solely in relation to cooperative banks and only in the title of the act regulating the cooperative banks' activity and organization (Act on the Operations of Cooperative Banks, their Affiliation, and Affiliating Banks of 7 December 2000).

The second purpose of the research is an analysis of the changes in a cooperative banks' operations in the context of its territorial or banking services limitations during last few years. Appraising the legal solutions author has tried to find an answer for the few material questions. Why the legislator had amended the mentioned act? Had the changes been a well thought-out or rather had it had of ad hoc nature? Is it still true to say that cooperative banks can undertake activities for the benefit of local community under current regulation? The author tends towards the view that Polish legislator does not pursue any plan and he has no concept what role should cooperative banks play in Polish banking system nowadays.

*Translated by Anna Zalcewicz*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*ANETA WESOŁOWSKA*
Katedra Prawa Finansowego
Uniwersytet Szczeciński

# REALIZACJA ZASADY POGŁĘBIANIA ZAUFANIA OBYWATELI DO ORGANÓW PAŃSTWA W POSTĘPOWANIU PODATKOWYM NA PRZYKŁADZIE WYBRANEGO ORZECZNICTWA

Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa jest jedną z najistotniejszych zasad, której przestrzeganie jest fundamentalną podstawą należycie przeprowadzonego postępowania podatkowego. Organy podatkowe niezwykle często powoływały się na to, że poglądy judykatury w polskim systemie prawnym nie mają charakteru powszechnie obowiązującego i orzeczenia sądowe wiążą organ podatkowy tylko w sprawie, w której zostały wydane. Mimo że tak rzeczywiście jest, nadużywanie tego stwierdzenia prowadziło do pomijania orzecznictwa sądowego w wydawanych przez organy skarbowe rozstrzygnięciach. Na podstawie wydanych przez sądy orzeczeń wskażę, w jaki sposób organy podatkowe winny postępować, aby realizować w pełni zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa.

Istotą zasady zaufania obywateli do organów państwa jest to, że nie stanowi ona jedynie wytycznej czy też wskazówki dla prowadzących postępowania podatkowe organów państwa co do sposobu, w jaki winny przeprowadzać przypisane im procedury, ale jest ona normą prawną, której zastosowanie ma konkretny wymiar w toku postępowania[1].

[1] A. Mariański i in., *Podatnik w postępowaniu podatkowym*, Warszawa 2006, s. 177.

Ministerstwo Finansów i podległe mu organy często przytaczają w swoich rozstrzygnięciach wyroki sądów administracyjnych. Jednak czynią to w taki sposób, że kiedy wyrok jest korzystny dla Skarbu Państwa, urzędnicy skarbowi powołują się na niego we wszystkich dokumentach wydawanych w podobnych sprawach. Natomiast kiedy orzeczenie jest niekorzystne, urzędnicy powołują się na to, że wyrok zapadł w indywidualnej sprawie i nie można go przytaczać w innych sprawach. Należy stwierdzić, że takie posługiwanie się wyrokami jest niedopuszczalne w postępowaniu administracyjnym, w którym to organy podatkowe mają uprzywilejowaną pozycję. To właśnie Minister Finansów, gdy zauważy taką sytuację, w której w podobnych, niemal tożsamych stanach faktycznych albo prawnych zapadają niejednolite rozstrzygnięcia, winien dążyć do ujednolicania stosowania prawa podatkowego poprzez wydanie ogólnej interpretacji podatkowej. W przypadku rozbieżności w orzecznictwie Naczelny Sąd Administracyjny może również podjąć uchwałę mającą na celu wyjaśnienie wątpliwych przepisów prawa.

Jako przykład pominięcia orzecznictwa przez organy skarbowe można podać stanowisko, w którym przedstawiciele aparatu skarbowego twierdzą, iż uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli nie przynosi dokładnie takich samych skutków na gruncie stosunków podatkowych, jak cywilnoprawnych. Organy podatkowe nie akceptują w pełni zasady, zgodnie z którą w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Bowiem mimo iż przewidują możliwość uchylenia się od skutków złożonego oświadczenia woli, to jednak twierdzą, że konsekwencje podatkowe takiego oświadczenia nie mogą ulec całkowitemu zniesieniu. Szczególnie dużo sporów w tej materii jest związanych z podatkiem od czynności cywilnoprawnych.

Kolejny przykład dotyczy kar umownych, będących instytucją prawa cywilnego, których to możliwość zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów jest na gruncie prawa podatkowego ograniczona. Jednakże kontrowersje powstały również w stosunku do kar umownych, których zaliczenie do kosztów uzyskania przychodów jest racjonalnie uzasadnione. Organy podatkowe wielokrotnie kwestionowały możliwość zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów wszelkich kar umownych płaconych przez podatników, twierdząc, że zapłata tych kwot nie jest ponoszona w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodów. Jednakże orzecznictwo wyraźnie wskazało na możliwość zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów zapłaconych przez podatników kar

umownych, które są uzasadnione ekonomicznie, a tym samym związek między poniesionym kosztem kary a przychodem jest zachowany. Niewątpliwie taki charakter mają kary umowne zapłacone z powodu odstąpienia od umowy w wyniku zmiany uwarunkowań gospodarczych, które prowadzą podmiot do takiej sytuacji, że wykonanie zawartej umowy może spowodować znaczne zmniejszenie przewidywanego zysku bądź poniesienie straty. Również uzasadnione jest zapłacenie kary w przypadku, w którym niewykonanie zobowiązania pozwoli podatnikowi na osiągnięcie dochodu wyższego od dochodu, który zostałby osiągnięty w przypadku wykonania wynikającego z kontraktu zobowiązania.

Podatnicy często nawet nie wiedzą, że istnieją zasady nadrzędne, którymi winny kierować się organy podatkowe. Te zasady w istocie stanowią **fundament całego postępowania podatkowego,** tworząc część systemu norm o szerokim zakresie stosowania. Zadaniem zasad postępowania podatkowego jest sprecyzowanie obowiązków organów podatkowych i odpowiadających im praw podatników. Zdarza się, że reguły te są często ignorowane i pomijane przez organy podatkowe. Przedstawiciele Skarbu Państwa muszą jednak przestrzegać wszystkich tych zasad w swoich działaniach, gdyż łamanie ich stanowi **naruszenie prawa, które może uzasadniać odwołanie od wydanego rozstrzygnięcia albo odpowiednio skargę do sądu administracyjnego. Należy jednak pamiętać, że** w odwołaniu czy skardze trzeba podać konkretne naruszone przepisy procesowe, a nie tylko zasadę postępowania podatkowego, która została pominięta i na którą się powołujemy. Zwykle odzwierciedleniem zasad są przepisy prawa, co oznacza, że daną regułę może precyzować kilka przepisów.

Zasady postępowania podatkowego są to najważniejsze normy postępowania, które ściśle wiążą organy podatkowe i określają sposób, w jaki należy prowadzić postępowanie podatkowe. Zasady postępowania podatkowego są przede wszystkim skierowane do organów podatkowych, które są związane tymi normami. Omawiane zasady postępowania wywierają wpływ na sposób prowadzenia poszczególnych postępowań podatkowych, ale również na organizację administracji podatkowej, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu. Jak wspomniałam powyżej, zasady te są uszczegóławiane i doprecyzowywane w konkretnych przepisach.

W postępowaniu podatkowym obowiązują zasady wynikające z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.), zasady prawa, które wynikają z prawa europejskiego, a także zasady wypracowane przez doktrynę. Należy również wskazać na zasady zawar-

te w art. 120 do 129 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. 2005 nr 8, poz. 60 ze zm.) – dalej o.p.

Na potrzeby niniejszego opracowania umiejscowię termin „zasada postępowania podatkowego". Właśnie w zakresie postępowania podatkowego zostały ustanowione ogólne zasady. Należy zaznaczyć, że zasady te nie dotyczą całego prawa podatkowego, ale odnoszą się właśnie do wspomnianej procedury postępowania podatkowego. Zasady ustanowione w Dziale IV o.p. są podstawowymi regułami postępowania uznanymi za takie przez ustawodawcę[2].

Zasady zawarte w ustawach mają swoje źródło w przepisach konstytucyjnych. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wywodzi się wiele reguł, w tym uregulowana w art. 121 o.p. ogólna zasada pogłębiania zaufania do organów podatkowych. Na podstawie tego przepisu postępowanie podatkowe winno być prowadzone w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych, a organy te obowiązane są udzielać niezbędnych informacji i wyjaśnień o przepisach prawa podatkowego, które pozostają w związku z przedmiotem tego postępowania. Zasada ta jest o tyle istotna, że zakres jej obowiązywania odnosi się zarówno do etapu stanowienia prawa, jak i stosowania, często odnosi się ją zarówno do przepisów materialno-prawnych, jak i procesowych. Zgodnie z orzecznictwem należy wskazać, że „(...) Mogłoby się wydawać, że zasadzie zaufania trudno nadać jednoznaczną treść normatywną i wyznaczyć jej wyraźne pole zastosowania. Jednak nie może być ona traktowana jako abstrakcyjny postulat wobec organów, lecz jako norma prawna, której zastosowanie mieć będzie konkretny wymiar (...)"[3]. We wskazanym wyroku wyraźnie zaakcentowano jej znaczenie. Realizacja zasady zaufania obywateli do organów państwa przejawia się w prowadzeniu postępowania zgodnie z przepisami prawa podatkowego oraz w prawidłowym stosowaniu przepisów prawa materialnego[4].

W wyroku w sprawie, w której Wojewódzki Sąd Administracyjny rozpatrywał kwestie wniesienia aportu do spółki osobowej w kontekście obowiązku podatkowego w podatku dochodowym od osób fizycznych[5], zawarte są istotne wyjaśnienia. Jednakże dla potrzeb niniejszego artykułu nie będę zajmować się tematem aportu, ale przełomowymi moim zdaniem twierdzeniami, zawartymi w uzasadnieniu wyroku, a dotyczącymi kwestii realizacji zasady pogłębiania za-

[2] A. Mariański, *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika*, Warszawa 2009, s. 49.

[3] Wyrok NSA z 26-3-2002 r., III SA 3390/00, Legalis.

[4] B. Adamiak i in., *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 538.

[5] Por. wyrok z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt I SA/WR 1842/09, Legalis.

ufania obywateli do organów państwa. W uzasadnieniu omawianego wyroku Sąd zwraca uwagę na sytuację, w której podatnik w swoim piśmie procesowym powołuje się na rozstrzygnięcie zawarte w decyzji dotyczącej innej sprawy i innego podmiotu postępowania.

W wyroku tym czytamy: „(...) Odnośnie zarzutów strony skarżącej koncentrujących się na pominięciu przez organ powołanego przez nią orzecznictwa sądowego, potwierdzającego jej stanowisko w sprawie, należy zgodzić się z organem, że poglądy judykatury w polskim systemie prawnym nie mają charakteru powszechnie obowiązującego. Jednak należy pamiętać, że nieuzasadnione pominięcie orzecznictwa sądowego w zbliżonych czy analogicznych stanach faktycznych i prawnych, bądź też lakoniczne ustosunkowanie się do nich, narusza wyrażoną w art. 121 § 1 o.p. zasadę prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych (...)". W dalszej części uzasadnienia przywołanego wyżej wyroku Wojewódzki Sąd Administracyjny powołuje się na orzeczenie[6], zgodnie z którym: „(...) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że pogłębianiu zaufania do organów podatkowych nie służy ograniczenie się w uzasadnieniu decyzji podatkowej do stwierdzenia, że orzeczenie sądu powołane przez stronę w piśmie procesowym na poparcie jej tezy, nie wiąże organu podatkowego w sprawie rozpatrywanej. Jakkolwiek orzeczenia sądowe rzeczywiście wiążą organ podatkowy tylko w sprawie, w której zostały wydane, to jednak powołanie ich w innej sprawie powoduje, że argumentacja sądu na temat wykładni konkretnego przepisu staje się argumentacją podatnika właśnie w sprawie rozpatrywanej. Jeżeli więc organ podatkowy nie podziela tej argumentacji, powinien szczegółowo odnieść się do uzasadnienia wyroku sądowego i ustosunkować się do wyrażonych tam poglądów, wyjaśniając, dlaczego je odrzuca (...)".

Wyjaśnienia przedstawione w powołanych powyżej orzeczeniach są bardzo istotne z punktu widzenia praw podatników i sposobu, w jaki organy podatkowe winny je respektować. Realizacja podstawowych zasad postępowania podatkowego to absolutna gwarancja prawidłowego rozstrzygnięcia każdej sprawy.

Należy zwrócić uwagę na to, iż nie jest łatwo precyzyjnie opisać zakres obowiązywania tej zasady, ponieważ jej urzeczywistnienie ma miejsce w wielu czynnościach występujących w stosownych procedurach podczas toczącego się postępowania podatkowego. Poza tym odnosi się ona nie tylko do poszczególnych czynności w ramach postępowań, ale płynie z niej szereg wskazówek

[6] Por. wyrok z dnia 30 października 2001 r., sygn. akt III SA 1409/00, Legalis.

przemawiających na korzyść strony, mianowicie co do sposobu, w jaki powinny postępować organy podatkowe, aby zapewnić jej realizację. Dotyczy to zarówno kwestii związanych z interpretacją przepisów materialnego prawa podatkowego, co można sprowadzić do stwierdzenia, iż wątpliwości co do znaczenia przepisu nie mogą być interpretowane na niekorzyść strony, jak i problemów powstających na tle stosowania przepisów proceduralnych[7].

Odnosząc się do kwestii związanych z interpretacją prawa materialnego jako przykładu, w którym zasada ta winna być stosowana, można wskazać na interpretacje indywidualne, wydawane w trybie art. 14b o.p., które wydawane są zgodnie z art. 14a o.p., a w których to minister właściwy do spraw finansów publicznych dąży do zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej. Ważne jest, że przy wydawaniu indywidualnych interpretacji na pisemny wniosek podatnika organ ma obowiązek uwzględnić orzecznictwo sądów, Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Jako przykład związany z proceduralnymi kwestiami, kiedy to zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa winna być przestrzegana, wskazać można na moment wydawania decyzji przez organy podatkowe. Stronie przysługuje prawo wypowiedzenia się co do całości zebranego materiału dowodowego na mocy art. 200 o.p. i ma ona na to siedmiodniowy termin. Organ winien zawiadomić stronę o tym i wstrzymać się z wydaniem decyzji do czasu upływu terminu przewidzianego dla podatnika do wypowiedzenia się w sprawie. Niewłaściwe byłoby wydanie decyzji przed upływem przewidzianego prawem terminu. Godziłoby to właśnie w zasadę zaufania obywateli do organów państwa, gdyż mimo końcowej fazy postępowania właśnie w tym terminie można jeszcze zgłaszać nowe dowody. Oczywiście dowody mogą być istotne dla sprawy i nieistotne, a to będzie warunkowało, czy uchybienie organu miało istotny, czy nieistotny wpływ na wynik postępowania. Niewątpliwie jednak jest to ważny termin dla strony gwarantujący jej prawa procesowe, w tym nadal prawo do obrony.

Realizację zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa można zaobserwować na konkretnych przepisach. Przytoczę tutaj na art. 210 § 4 o.p., gdzie zawarte są wskazania co do uzasadnienia decyzji wydawanych w postępowaniu podatkowym. Zgodnie z tym zapisem uzasadnienie faktyczne w szczególności winno zawierać fakty, które organ uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, przyczyny, które miały wpływ na to, że innych do-

[7] A. Mariański i in., *op.cit*., s. 177.

wodów nie uznał. Natomiast uzasadnienie prawne winno zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej z podaniem przepisów prawnych, na których oparto decyzję. Wobec powyższego widać, że przepis ten realizuje zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa z art. 121 § 2 o.p., w którym to nakazano organom podatkowym udzielać niezbędnych informacji i wyjaśnień o przepisach prawa podatkowego. Potwierdza to wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[8] „(...) Należyte uzasadnianie decyzji pozwala na dokonanie oceny, czy decyzja nie została wydana z takim naruszeniem przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a w szczególności, czy organ nie pozostawił poza swoimi rozważaniami argumentów podnoszonych przez stronę, czy nie pominął istotnych dla sprawy materiałów dowodowych oraz czy nie dokonał oceny tych materiałów wbrew zasadom logiki lub doświadczenia życiowego (...)". Niewątpliwie, jeżeli organ podatkowy nie podziela stanowiska strony wyrażonego na przykład w odwołaniu, powinien to wyjaśnić poprzez przedstawienie konkretnych argumentów, z powodu których zarzuty odwołania nie zostały uznane za zasadne[9].

W tym miejscu warto wskazać, że nie tylko organy podatkowe są zobowiązane do należytego uzasadniania swoich decyzji, ale podatnicy również. Jako ciekawostkę można wskazać na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego[10], w którym sąd oddalił zażalenie podatniczki, której sąd pierwszej instancji odmówił wstrzymania wykonania decyzji dotyczącej wymiaru akcyzy. Sąd zauważył, że wniosek o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji nie zawierał uzasadnienia. Podatniczka nie przytoczyła żadnej okoliczności, że uiszczenie podatku akcyzowego wyrządzi jej znaczną szkodę lub spowoduje trudne do odwrócenia skutki. Równie ważne jest uzasadnianie interpretacji urzędowych przez organy podatkowe. Widać to wyraźnie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[11], w którym czytamy „(...) Uzasadnienie prawne, o którym mowa w przepisie art. 14c § 2 ustawy o.p., musi stanowić rzetelną informację dla wnioskodawcy, dlaczego w opisanym stanie faktycznym te, a nie inne przepisy znajdują zastosowanie, a także dlaczego wyrażony przez niego pogląd nie zasługuje na uwzględnienie. Powyższą argumentację wzmacnia treść art. 14h ustawy przez odesłanie do odpowiedniego stosowania przepisu art. 121 § 1 ustawy, w któ-

[8] Por. wyrok z 03.06.2004 r., III SA3143/2003, Legalis.

[9] A. Mariański, *op.cit*., s. 173.

[10] Wyrok z 29.10.2010 r., I GZ 316/10, Legalis.

[11] Wyrok z 02.12.2009 r., III SA/Wa 1004/09, Legalis.

rym ustanowiono zasadę zaufania do organów podatkowych (...)". Z uzasadnienia można dowiedzieć się, że organy podatkowe uchyliły się od obowiązku wyczerpującego rozważenia w przedmiotowej interpretacji podstawowych kwestii prawnych występujących w sprawie. Zdaniem składu orzekającego sądowa kontrola interpretacji sprowadza się do oceny pod względem zgodności z prawem w płaszczyźnie procesowej, ustrojowej i materialnej. Ale kontrola ta nie może polegać na zastępowaniu organów przez sąd w procesie wykładni przepisów, których dotyczy interpretacja.

Uzasadnianie decyzji jest bardzo ważne. Wskazuje na to kolejny wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[12], w którym czytamy: „(...) Skoro strona wskazała wyraźnie błędną podstawę prawną, a analiza sprawy była dokonywana na tle przepisów innej ustawy niż wskazywana przez strony, to obowiązkiem organu było udzielenie stronie stosownych wyjaśnień co do stanu prawa zgodnie z art. 121 § 2 ustawy o.p. (...)". Jak wynika z powyższego rozstrzygnięcia, niepouczenie strony w sprawie było istotne, gdyż strona wskazywała swoją trudną sytuację materialną jako przyczynę wniosku o umorzenie postępowania, ale zarówno we wniosku o umorzenie, jak i w odwołaniu od decyzji pierwszej instancji kwestionowała zasadność obliczenia przez organ celny długu celnego. Jeśli organ postąpiłby zgodnie z art. 121 § 2 o.p. i pouczył strony o mających zastosowanie w sprawie przepisach, to pozwoliłoby stronie rozwinąć pełną argumentację na obronę swojego wniosku, w tym dotyczącą strony przedmiotowej sprawy, na którą strona nie zwróciła dostatecznie dużo uwagi, przejmując się istotnie argumentacją dotyczącą sytuacji majątkowej, która to sytuacja nie miała w sprawie większego znaczenia, a strona mylnie uznała ją za zasadniczą w sprawie. Analiza sprawy doprowadziła sąd do przekonania, że w toku postępowania doszło do uchybień przepisów postępowania, które mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Jednym z naruszeń było naruszenie zasady pogłębiania zaufania do organów podatkowych właśnie poprzez nieudzielenie stronie informacji.

Kolejna ciekawa teza przemawiająca za koniecznością uwzględniania przez organy podatkowe orzecznictwa zawarta jest w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[13]. „(...) Skoro organ wydający interpretacje indywidualne może w ramach działania ex oficio zmienić wydaną już uprzednio interpretację z racji stwierdzenia jej wadliwości w świetle orzecznictwa sądowego, to tym bardziej ma obowiązek dokonywać analizy tego orzecznictwa w postępowaniu zmierza-

[12] Wyrok z 18.02.2010 r., VIII SA/Wa 433/09, Legalis.

[13] Wyrok z 20.01.2009 r., III SA/Wa 1916/08.

jącym do wydania takiej interpretacji, a zwłaszcza w przypadku, gdy na takowe orzecznictwo powołuje się osoba składająca wniosek o jej wydanie. Nie można bowiem przyjąć, że z jednej strony ustawodawca nie nakłada na organ wydający interpretacje indywidualne obowiązku analizowania orzecznictwa zapadłego w innych sprawach dotyczącego analogicznych sytuacji prawnopodatkowych, a z drugiej strony przyjmuje jednocześnie, że pominięcie takiego orzecznictwa może być przyczyną zmiany tak wydanej interpretacji (...)".

Powyższe ma swoje uzasadnienie w art. 14a i 14e o.p. Minister właściwy do spraw finansów publicznych, wydając interpretacje ogólne winien dążyć do zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, dokonując w szczególności jego interpretacji, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie do interpretacji ogólnych. Rola ministra jako organu, który dąży do jednolitego stosowania prawa podatkowego, jest niezwykle istotna. Wskazuje na to wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego[14], w którym czytamy: „(...) Zmienność poglądów prawnych wyrażonych w decyzjach odwoławczych, na tle tego samego stanu faktycznego w tej samej sprawie, bez bliższego uzasadnienia takiej zmiany, powoduje, że może nastąpić uzasadnione podważenie zasady zaufania obywateli do organów (...)". Na tym tle widać, jak ogromną rolę odgrywa drugi z przywołanych powyżej zapisów o.p., odnoszący się do eliminowania z obrotu wadliwych interpretacji zarówno ogólnych, jak i indywidualnych, który daje ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych kompetencję do zmiany z urzędu wydanej uprzednio interpretacji, jeżeli stwierdzi jej nieprawidłowość, po analizie i w związku z wydanym orzecznictwem sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego[15], w którym czytamy: „(...) niezastosowanie przez organ podatkowy urzędowej wykładni prawa, dokonanej przez Ministra Finansów, podanej do publicznej wiadomości, oznacza rażące naruszenie przez organ podatkowy zasady prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie obywatela do prawa, o której mowa w art. 121§ 1 o.p. (...)".

[14] Wyrok z dnia 20.06.1995 r., SA/Gd 78/85, Legalis.

[15] Wyrok z dnia 12.03.2003 r., SA/Bd 658/03, Legalis.

Na skutki pominięcia orzecznictwa w decyzji organu podatkowego wskazuje także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[16]: „(...) Orzecznictwo sądowe w polskim systemie prawnym nie ma charakteru powszechnie obowiązującego. Jednak nieuzasadnione pominięcie orzecznictwa sądowego bądź też lakoniczne ustosunkowanie się do niego narusza wyrażoną w art. 121 § 1 ustawy o.p. zasadę prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych (...)".

Widać wobec powyższego, że orzecznictwo sądów stało się przesłanką do formułowania oceny poprawności funkcjonujących w obrocie prawnym interpretacji, w tym także interpretacji indywidualnych. Skoro więc organ wydający interpretacje indywidualne może w ramach działania z urzędu zmienić wydaną już uprzednio interpretację z racji stwierdzenia jej wadliwości w świetle orzecznictwa sądowego, na pewno ma obowiązek dokonywać analizy tego orzecznictwa w postępowaniu zmierzającym do wydania takiej interpretacji. Szczególnie należy zaakcentować ten obowiązek w przypadku, w którym na konkretne orzecznictwo powołuje się osoba składająca wniosek o jej wydanie. Nie może być tak, że z jednej strony ustawodawca nie nakłada na organ wydający interpretacje indywidualne obowiązku analizowania orzecznictwa zapadłego w innych sprawach dotyczącego analogicznych sytuacji prawnopodatkowych, a z drugiej strony przyjmuje jednocześnie, że pominięcie takiego orzecznictwa może być przyczyną zmiany tak wydanej interpretacji. Obowiązujący od dnia 1 lipca 2007 r. art. 14e § 1 o.p. wychodzi poza zasadę związania wyrokiem tylko w sprawie, w której on zapadł, i nadaje orzecznictwu sądów administracyjnych walor normatywny także w stosunku do innych indywidualnych spraw załatwianych w drodze interpretacji przepisów prawa podatkowego. Od tej daty orzecznictwo to stało się istotnym miernikiem legalności wydawanych interpretacji indywidualnych. Jego nieuzasadnione pomijanie narusza wyrażoną w art. 121 § 1 o.p. zasadę prowadzenia postępowania podatkowego w sposób budzący zaufanie do organów podatkowych i może skutkować w ramach kontroli sądowo-administracyjnej uchyleniem interpretacji indywidualnej z tej przyczyny.

W procedurze wydawania interpretacji indywidualnych organy podatkowe mogą odstąpić od uzasadnienia prawnego jedynie w sytuacji, w której stanowisko wnioskodawcy jest prawidłowe w pełnym zakresie. Jest to podyktowane tym, że składający wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej w swoim wniosku ma obowiązek wyczerpująco przedstawić zaistniały stan faktyczny albo zdarzenie

[16] Wyrok z dnia 15.12.2009 r., I SA/Wr 1629/09, Legalis.

przyszłe, którego dotyczy zapytanie. Musi on również przedstawić własną ocenę prawną przedmiotowego stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego, która to ocena w przypadku prawidłowego stanowiska wnioskodawcy staje się wiążąca w sprawie.

Należy wskazać, że zasada zaufania obywateli do organów państwa ma zastosowanie również do reguł kultury administrowania. W art. 12 Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji[17] przyjętym przez Parlament Europejski w dniu 1.09.2001 r. jest wyrażona zasada uprzejmości, która jest w istocie realizacją zasady zaufania obywateli do organów państwa. Zgodnie z tym zapisem „(...) W swoich kontaktach z jednostką urzędnik pozostaje usługodawcą i zachowuje się właściwie, dostępnie i pozostaje dostępny. Odpowiadając na korespondencję, rozmowy telefoniczne i pocztę elektroniczną (e-mail), urzędnik stara się być jak najbardziej pomocny i udziela odpowiedzi na skierowane do niego pytania możliwie wyczerpująco i dokładnie. Jeżeli urzędnik nie jest właściwy w danej sprawie, kieruje obywatela do urzędnika właściwego. W przypadku popełnienia błędu naruszającego prawa lub interes pojedynczej osoby, urzędnik przeprasza za to i stara się skorygować negatywne skutki popełnionego przez siebie błędu w jak najwłaściwszy sposób, informując obywatela o możliwości odwołania z art. 19 Kodeksu (...)". Przestrzeganie przepisów prawa przy zachowaniu reguł kultury administrowania składa się na realizację zasady ogólnej pogłębiania zaufania obywateli do organów podatkowych[18].

W pojęciu kultury administrowania mieszczą się także środki materialne, jakimi dysponują organy Skarbu Państwa. Jako przykład można wskazać pomieszczenia urządzone w sposób dogodny do przyjmowania interesantów. Równie ważne są środki moralne, takie jak: dobra atmosfera wzajemnej życzliwości, ufności, poszanowania możliwości czasowych czy dojazdowych uczestników postępowania, a także właściwy stosunek urzędników do strony. Prowadzenie postępowania podatkowego w zgodzie z omawianą zasadą i właściwą kulturą administrowania to także prowadzenie go w taki sposób, aby wezwania organu prowadzącego postępowanie do uzupełnień dokumentacji czy konkretnych dowodów było możliwe do realizacji przez stronę tego postępowania.

[17] http://www.dsc.kprm.gov.pl/archiwum_usc/akty_prawne/Europejski_Kodeks_Dobrej_Administracji.pdf, dostęp dnia 17.11.2011.

[18] B. Adamiak i in., *op.cit*., s. 538.

Przedstawiony pogląd znajduje oparcie w treści tezy wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego[19]: „(...) W świetle zasady wynikającej z art. 121 § 1 ustawy o.p., tj. zasady pogłębiania zaufania do organów podatkowych, nakładanie na podatnika obowiązków w zasadzie niemożliwych do spełnienia w bardzo krótkim czasie (np. uzyskanie zaświadczenia z innego kraju według wzoru narzuconego przez Rzeczpospolitą Polską w terminie 7 dni stanowi naruszenie zasady zaufania do organów podatkowych (...)". Należy nadmienić, że w przypadku wątpliwości co do treści przedstawionego zaświadczenia, istnieje możliwość do skorzystania przez organy podatkowe z prawa do wymiany informacji podatkowych z państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Jest to sygnał dla organów podatkowych, aby w miarę możliwości nie przerzucały na stronę ciężaru dowodowego, ale korzystały z wszelkich dostępnych im instrumentów prawnych i kontaktów z innymi organami, aby należycie wyjaśnić wszelkie okoliczności sprawy. Niejednokrotnie bowiem przeszkody do złożenia wymaganych dokumentów mogą istnieć niezależnie od woli podatnika, a zaangażowanie organu prowadzącego postępowanie i skorzystanie z przysługujących mu kompetencji może przyczynić się do uzyskania potrzebnych dokumentów czy też uzyskania wyjaśnień co do istotnych okoliczności w sprawie.

## Wnioski

Podsumowując niniejsze opracowanie, należy stwierdzić, że realizacja zasady zaufania obywateli do organów państwa, wywodząca się z zasady demokratycznego państwa prawnego, w postępowaniu podatkowym ma wiele obszarów. Sfery te doprecyzowują się wzajemnie i uzupełniają. Organy podatkowe, aby w pełni dać wyraz omawianej regule zaufania obywateli, muszą spełnić szereg obowiązków i ściśle przestrzegać przepisów prawa. Jako przykładowe, a zarazem najważniejsze obowiązki wskazać należy uwzględnianie orzecznictwa przy wydawanych rozstrzygnięciach, a tym samym dążenie do jednolitego stosowania prawa podatkowego. Bardzo istotnym warunkiem jest uwzględnianie przedstawionego przez stronę stanowiska innej osoby, która przytoczyła rozstrzygnięcie podobnej sprawy jako jej stanowiska i dokładne przeanalizowanie oraz omówienie argumentów, które organ przyjmuje, a które odrzuca, z jednoczesnym dokładnym uzasadnieniem takiego stanu rzeczy. Ważna jest tutaj kwestia należytego

[19] Wyrok z dnia 25.11.2009 r., III SA/Wa 1504/09, Legalis.

i dokładnego uzasadniania wydawanych rozstrzygnięć. Równie istotny warunek to rzetelne wyjaśnianie i informowanie podatników o przepisach stosowanych w procedurze, a także uświadamianie podatników co do ich praw. W trakcie postępowania organy winny wyjaśniać stronom różne istotne kwestie, odpowiadać na pytania i udzielać potrzebnych stronie informacji. Dopełnieniem tych jakże istotnych zagadnień jest właściwa kultura administrowania i poszanowanie możliwości osobistych podatników, w tym kwestii związanych z dojazdem na wezwanie urzędu, czasu, który i kiedy podatnik może poświęcić, kulturalnego i uprzejmego zachowania się urzędników.

Pożądanym stanem, który wskazywałby na realizację zasady zaufania obywateli do organów państwa w toku postępowań podatkowych, byłby brak przeciwstawnych poglądów w kwestii tożsamych stanów faktycznych czy też niezmiernie zbliżonych stanów faktycznych zaistniałych w toku prowadzonych procedur wszczynanych czy to z urzędu, czy też z inicjatywy strony. Do takiego efektu może doprowadzić stanowienie prawa podatkowego w sposób nie budzący wątpliwości, należycie sprecyzowany, pozwalający na wykładnię przepisów prawa podatkowego według jasno określonych reguł, a co za tym idzie jednolite stosowanie prawa podatkowego przez organy podatkowe na gruncie postępowania podatkowego.

W zaprezentowanym w niniejszym opracowaniu orzecznictwie w sposób szczególny wskazany jest konkretny wymiar realizacji zasady pogłębiania zaufania poprzez zaznaczenie konieczności uwzględniania orzecznictwa przez organy podatkowe stosujące prawo podatkowe, w tym wyczerpujące uzasadnianie orzeczeń w przypadku odrzucenia argumentacji podatnika, z wyraźnym odniesieniem do każdego przytaczanego przez stronę argumentu. Jednocześnie w treści przytoczonych orzeczeń zwrócono uwagę na doniosłość uzasadnienia w tej części, w której wskazuje ono na zastosowanie tych, a nie innych przepisów, szczególnie jeżeli w tej samej sprawie zapadają odmienne rozstrzygnięcia. Podsumowując, należy stwierdzić, że precyzyjne określenie treści zasady pogłębiania zaufania jest trudne, jednakże na przykładzie wybranego orzecznictwa wskazano na istotne zagadnienia zasady, której realizacja następuje poprzez przestrzeganie i stosowanie wszystkich zasad postępowania podatkowego.

## THE INTENSIFY RELIANCE RULE NATION TO THE STATE'S ORGANS VS. PARTY LAW FOR EXAMPLE THE SELECTED CASE

**Summary**

The intensify reliance rule nation to the state's organs is one of the most integral which compliance is fundamental base properly execution tax proceedings. Tax organs often refer that points of view laws and courts in polish law system do not have obligatory character what makes court's judgment committed with tax organs only in one case (in which it has been issued). However, abuse that assertion led to omit court's judgment during tax organ cases.

On the base of issued court's judgments I will show how tax organs should behave to fully realize the intensify reliance rule. In practice this means that tax organs usually refer only for their beneficial sentences. In case that sentence is unfavorable for tax office they often refer that sentence was issued only in one individual case and can not be application in other one.

*Translated by Andrzej Wesołowski*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*KAROL SCHNEIDER*
Uniwersytet Szczeciński

# PROCEDURY FAŁSZOWANIA SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH

## Wprowadzenie

Zgodnie z prawem bilansowym roczne sprawozdanie finansowe składa się z: bilansu, rachunku zysków i strat oraz informacji dodatkowej obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego dla wszystkich przedsiębiorstw, a ponadto zestawienie zmian w kapitale (funduszu) własnym i rachunek przepływów pieniężnych jako dodatkowe elementy dla jednostek gospodarczych, których sprawozdania finansowe podlegają obligatoryjnemu, corocznemu badaniu i ogłaszaniu. Razem z tak określonym zakresem sprawozdania finansowego niektóre, określone przepisami prawa bilansowego, firmy sporządzają sprawozdanie z działalności, które nie jest traktowane jednak jako formalny element sprawozdania finansowego.

Według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości celem sprawozdań finansowych jest dostarczenie informacji o sytuacji finansowej, wynikach działalności oraz o zmianach sytuacji jednostki, które będą pomocne użytkownikom przy podejmowaniu decyzji gospodarczych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o rachunkowości na jednostce gospodarczej spoczywa obowiązek rzetelnego i jasnego przedstawienia sytuacji majątkowej i finansowej oraz wyniku finansowego, przy stosowaniu określonych zasad rachunkowości. Zatem fundamentalnym celem sprawozdań finansowych jest przekazywanie wiarygodnych informacji o wynikach finansowych oraz o zasobach jednostki, jej działaniach użytecz-

nych dla tych, którzy mają uzasadnione prawo do tych informacji pod warunkiem jednak, że są one rzetelne i prawdziwe. Według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości informacje ze sprawozdań finansowych pozwalają na podjęcie określonych decyzji dotyczących m.in.:

- nabycia udziałów, ich utrzymania oraz zbycia,
- majątku, oceny jego zarządzania i ochrony przez kierownictwo jednostki oraz ponoszenia odpowiedzialności za jego stan,
- możliwości przedsiębiorstwa do wypłacania wynagrodzeń oraz innych świadczeń na rzecz pracowników,
- oceny sposobów zabezpieczenia udzielonych jednostce kredytów oraz pożyczek, ustalenia najkorzystniejszej polityki podatkowej,
- ustalenia wielkości zysku, który zostanie podzielony między współwłaścicieli przedsiębiorstwa, oraz dywidend,
- opracowania i późniejszego wykorzystania danych na temat dochodu narodowego[1].

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie ogólnych aspektów walki z oszustami w dokumentach finansowo-księgowych oraz ukazanie sposobu ich wyeliminowania.

## 1. Cechy jakościowe sprawozdań finansowych

Sprawozdanie finansowe, aby zapewnić wiarygodną i rzeczywistą informację, powinno spełniać określone cechy jakościowe. I tak w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości są wymienione cztery główne cechy takich informacji:

- zrozumiałość,
- przydatność,
- wiarygodność,
- porównywalność[2].

Zrozumiałość oznacza łatwość zrozumienia sprawozdań finansowych przez ich użytkowników. Informacje umożliwiają wychwycenie porównywalnych

[1] B. Bek-Gaik, *Wiarygodność sprawozdania finansowego a ocena zdolności kredytowej*, w: *Sprawozdawczość i rewizja finansowa w procesie poprawy bezpieczeństwa obrotu gospodarczego*, red. B. Micherda, Akademia Ekonomiczna, Kraków 2005.

[2] W. Gabrusewicz, *Sprawozdawczość finansowa*, Wyższa Szkoła Handlu i Rachunkowości, Poznań 2005, s. 22–23.

wariantów działania, gdy umożliwiają ocenę przeszłych, obecnych oraz przyszłych zdarzeń mających wpływ na działalność przedsiębiorstwa oraz gdy dzięki nim można stwierdzić dwie podstawowe funkcje:

- prognostyczną funkcję informacyjną, która dotyczy przewidywania przyszłej sytuacji finansowej jednostki, wyników uzyskanych podczas działalności oraz innych zdarzeń, jakie mogą zainteresować przyszłych użytkowników korzystających z danych informacji (ważny jest tu sposób przedstawiania informacji, gdyż może to zadecydować o możliwości oraz wynikach prognozowania),
- potwierdzającą funkcję informacyjną, która dotyczy informacji, jakie są wykorzystywane do potwierdzania oceny przeszłych zdarzeń (funkcja ta jest również przydatna przy stwierdzaniu wiarygodności wcześniejszych przewidywań lub ich weryfikacji)[3].

Na przydatność informacji mają wpływ dwa czynniki:

- charakter informacji – główną rolę odgrywa tu wiarygodność ekonomiczna danych informacji oraz ich powiązanie z poszczególnymi zjawiskami oraz procesami gospodarczymi,
- istotność informacji – jeśli podane informacje wpływają w znacznym stopniu na decyzje dotyczące działalności gospodarczej, powodując ich zniekształcenie lub pominięcie, to takie informacje są informacjami istotnymi (na istotność informacji wpływają najczęściej kwoty danej pozycji w sprawozdaniu finansowym lub wielkości błędu ocenianych zdarzeń)[4].

Wiarygodność to cecha, która odznacza się zgodnością z rzeczywistością, a informacje w sprawozdaniach finansowych nie zawierają błędów. To od wiarygodności informacji zależy, czy decyzje podejmowane przez osoby zarządzające na podstawie tych informacji są właściwe. Na wiarygodność informacji składają się takie cechy jak:

- wierność odzwierciedlenia transakcji i innych zdarzeń – przewaga treści nad formą,
- neutralność,
- ostrożność,
- kompletność[5].

[3] *Międzynarodowe Standardy Rewizji Finansowej*, SKwP, Warszawa 2005, s. 63.

[4] E. Nowak, *Analiza sprawozdań finansowych*, PWE, Warszawa 2005, s. 23.

[5] *Międzynarodowe...*, *op.cit*., s. 93.

Porównywalność jest cechą, która umożliwia użytkownikom analizę sprawozdań finansowych – dotyczących tej samej jednostki gospodarczej, ale pochodzących z różnych okresów – w celu uchwycenia zmian zachodzących w jej sytuacji finansowej oraz w jej wyniku z działalności.

## 2. Celowe zniekształcenie informacji prezentowanych w sprawozdaniach finansowych

Niestety, ostatnio zauważalne stały się przypadki fałszerstw sprawozdań finansowych oraz manipulowania wynikami finansowymi. Jest to zjawisko bardzo groźne dla rynku, który ze sprawozdań finansowych czerpie najwięcej informacji o ekonomiczno-finansowej sytuacji podmiotów gospodarczych. Wpłynie to niekorzystnie przede wszystkim na obrót gospodarczy opierający się na informacjach pochodzących ze sprawozdań finansowych. W błąd zostaną wprowadzeni również audytorzy, których zadaniem jest potwierdzenie wiarygodności sprawozdań oraz prawidłowości pracy księgowych. K.G. Świderska wskazuje na dwa obszary kreatywności:

- obszar kreatywności niezbędny do rzetelnej sytuacji finansowej i wyników działalności,
- obszar nieuczciwej manipulacji danymi[6].

Niejednokrotnie fałszowanie sprawozdań jest przeprowadzane świadomie i polega ono na wykonaniu różnych manipulacji prowadzących do przedstawienia rzeczywistego stanu przedsiębiorstwa w nieco korzystniejszym lub gorszym świetle. Można powiedzieć, że manipulacje te są wykorzystywane w celu wykreowania pożądanego wizerunku jednostki.

Nieprawidłowości sprawozdania finansowego mogą być spowodowane oszustwami lub błędami. Między tymi pojęciami występują istotne różnice jakościowe, które warto wyjaśnić. Błąd polega na niezamierzonym zniekształceniu sprawozdania finansowego przez takie działania, jak:

- pomyłki popełnione przy gromadzeniu i przetwarzaniu danych wykazanych w sprawozdaniu finansowym,
- pomyłki przy zastosowaniu zasad rachunkowości dotyczących wyceny klasyfikacji i prezentacji danych w sprawozdaniu finansowym,

[6] K.G. Świderska, *Sprawozdanie finansowe bez tajemnic*, Difin, Warszawa 2003, s. 17.

– błędne szacunki księgowe spowodowane przeoczeniem lub niewłaściwą interpretacją faktów.

Termin oszustwo oznacza zamierzone, celowe działanie, podjęte przez jednego lub kilku członków kierownictwa, osób sprawujących nadzór nad jednostką, pracowników lub stronę trzecią, które ma na celu uzyskanie niezależnej lub niezgodnej z prawem korzyści[7]. Tak sformułowana definicja oszustwa ma, zgodnie z obowiązującym prawem, szerokie znaczenie. Biegły rewident, badający sprawozdanie finansowe, zajmuje się tylko tymi oszustwami, które powodują istotne zniekształcenie sprawozdania finansowego. Do tych umyślnych nieprawidłowości można zaliczyć:

– oszukańczą sprawozdawczość finansową,
– zawłaszczenie majątku[8].

Oszukańcza sprawozdawczość majątku może polegać na:

– wprowadzeniu w błąd, np. drogą manipulacji, zafałszowania lub zmiany danych dokumentów źródłowych, na podstawie których sporządza się sprawozdanie finansowe,
– błędnej interpretacji lub umyślnym pominięciu zdarzeń, transakcji i innych znaczących informacji w sprawozdaniu finansowym,
– zamierzonym niepoprawnym stosowaniu zasad rachunkowości dotyczących wyceny, klasyfikacji, prezentacji i ujawniania informacji.

Oszustwa są popełniane wtedy, gdy sprawca ma ku temu motywy oraz dostrzega możliwość popełnienia oszustwa. Przyczyną oszukańczej sprawozdawczości finansowej może być presja wywierana z wewnątrz lub zewnątrz jednostki na kierownictwo, aby osiągnięto oczekiwany poziom zysków, zwłaszcza gdy konsekwencje niezrealizowania zadań finansowych mogą być dla kierownictwa znaczące.

Zawłaszczenie majątku polega na kradzieży zasobów należących do jednostki i może być dokonywane zarówno przez pracowników (najczęściej są to niewielkie kwoty), jak i przez kierownictwo jednostki, które ma duże możliwości ukrycia zawłaszczenia w sposób trudny do wykrycia. Zawłaszczenie zasobów może występować w różnej formie, przykładowo przez:

– sprzeniewierzenie wpływów ze sprzedaży,
– kradzież rzeczowych składników majątku lub własności intelektualnej,

[7] *Międzynarodowe...*, *op.cit*., s. 289.

[8] K. Schneider, *Błędy i oszustwa w dokumentach finansowo-księgowych*, PWE, Warszawa 2007, s. 264–265.

- płatności na rzecz fikcyjnych dostawców, wypłaty wynagrodzeń na rzecz fikcyjnych pracowników,
- wykorzystanie majątku jednostki na potrzeby osobiste.

W celu ukrycia procederu zawłaszczenia są wystawiane fikcyjne dokumenty lub fałszowane dowody źródłowe. Dla dokonania analizy czynników ryzyka wystąpienia oszustwa ważne jest poznanie przyczyn popełniania oszustw.

Do najważniejszych rodzajów nadużyć gospodarczych należy zaliczyć defraudację majątku, korupcję i łapownictwo, oszukańczą sprawozdawczość finansową oraz „pranie brudnych pieniędzy". Dla celów zwalczania przestępczości gospodarczej stworzono wiele nowych mechanizmów prawnych, ale efekty tych działań są niewystarczające. Zdaniem M. Kutery „Przykładem może być problem z realnym wdrażaniem obowiązków wynikających z Sarbanes-Oxley Act w Stanach Zjednoczonych. Okazuje się bowiem, że koszty ponoszone przez przedsiębiorstwa są olbrzymie i realnie zagrażają pozytywnym wynikom wdrażanych procedur. Wzmocnienie kontroli wewnętrznej, na którą położono szczególny nacisk we wszystkich państwach, też nie jest skuteczne w odniesieniu do niektórych rodzajów nadużyć. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy przestępstwa dokonywane są przez członków zarządu lub właścicieli spółki, osoby zatrudnione w strukturach kontroli wewnętrznej lub grupę pracowników, którzy działając w zmowie, mają dostęp do systemów informatycznych, finansowo-księgowych i są w stanie ukryć dowody nadużyć.

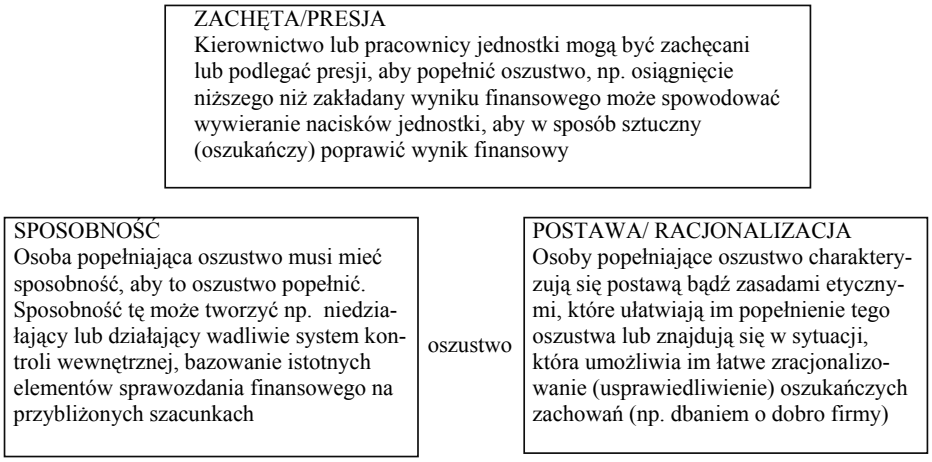
Występujące cały czas przypadki oszustw finansowych (jak choćby niedawna afera we francuskim banku Societe Generale, z którego pracownik wyłudził prawie 5 mld euro), wskazują, że dotychczasowe regulacje i systemy zabezpieczeń ciągle zawodzą. Ryzyko wystąpienia przestępstwa zostało jeszcze bardziej wzmocnione dzięki niespotykanemu dotąd rozwojowi nowoczesnych technologii informatycznych. Eksperci wyraźnie twierdzą, że bardzo szybka ewolucja różnorodnych operacji finansowych i związanych z nimi zaawansowanych technologii służących do monitorowania ich przebiegu stworzyły nowe zagrożenia. Powyższe okoliczności wskazują, że tworzenie nowych mechanizmów służących wykrywaniu i ściganiu przestępstw gospodarczych jest nadal bardzo aktualne"[9].

Ryzyko niewykrycia istotnych nieprawidłowości spowodowanych oszustwem jest większe w przypadku oszustwa popełnionego przez kierownictwo niż w przypadku oszustwa popełnionego przez pracowników. Od osób odpowie-

[9] M. Kutera, *Rola audytu finansowego w wykrywaniu przestępstw gospodarczych*, Difin, Warszawa 2008, s. 228.

dzialnych za nadzór i kierowanie wymagana jest uczciwość, a to stwarza możliwość pominięcia formalnych procedur kontroli. Niektórzy kierownicy zajmują stanowiska umożliwiające im ominięcie procedur kontroli służących zapobieganiu tego typu oszustwom popełnionym przez pracowników. Kierownictwo, ze względu na swoją pozycję i wiedzę, ma możliwość polecenia pracownikowi wykonania danej czynności albo nakłonienia go do współudziału w oszustwie popełnianym przez kierownictwo.

W Stanach Zjednoczonych, w związku z rosnącym ryzykiem oszustwa w rachunkowości, został opracowany nowy standard rewizji finansowej SAS-99. Według SAS-99 oszukańcza sprawozdawczość finansowa opiera się na tzw. trójkącie oszustwa, który został przedstawiony na rysunku 1.




Rys. 1. Trójkąt oszustwa
Źródło: A. Hołda, W. Nowak, Oszustwa w systemie rachunkowości a ewolucja procedur badania sprawozdań finansowych, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości", Warszawa 2003, s. 126.

Najczęstszym rodzajem oszustwa popełnianego przez kierownictwo lub właścicieli jest oszukańcza sprawozdawczość finansowa, u podstaw której leżą:

- zamierzone nieprawidłowości,
- obchodzenie kontroli[10].

[10] *Jak małe i średnie przedsiębiorstwa mogą zmniejszyć ryzyko oszustwa*, „Rachunkowość" nr 3/2006, Warszawa, s. II–V.

Zamierzone nieprawidłowości polegają na pominięciu kwot bądź ujawnień informacji w sprawozdaniach finansowych, co ma na celu wprowadzenie w błąd ich użytkowników. Zamierzone nieprawidłowości mogą nastąpić dzięki:

- zmanipulowaniu, zafałszowaniu i zmianie danych lub dokumentacji źródłowej, na podstawie których sporządza się sprawozdanie finansowe,
- błędnej interpretacji lub umyślnemu pominięciu w sprawozdaniu finansowym zdarzeń, transakcji i innych znaczących informacji finansowych,
- zamierzonemu niewłaściwemu stosowaniu zasad rachunkowości do kwot, klasyfikacji, sposobu prezentacji lub ujawniania informacji,
- niezgłaszaniu pracowników w zakładzie ubezpieczeń społecznych lub rekrutacji pracowników na czarnym rynku.

## 3. Techniki oszustw

Oszukańcza sprawozdawczość finansowa polegająca na omijaniu kontroli może być oparta na następujących technikach:

- rejestrowaniu fikcyjnych zapisów w księdze głównej, w szczególności w okresie bliskim końca okresu obrotowego, aby w ten sposób zniekształcić wyniki operacyjne lub osiągnąć inne cele,
- nieodpowiedniej korekcie założeń oraz zmianie osądów leżących u podstaw szacunku sald kont,
- pomijaniu lub ujmowaniu w sprawozdaniu z wyprzedzeniem bądź opóźnieniem zdarzeń i transakcji, które nastąpiły w bieżącym okresie,
- ukrywaniu lub nieujawnianiu faktów, które mogłyby wpływać na kwoty ujawnione w sprawozdaniu finansowym,
- uczestnictwie w złożonych transakcjach, których celem było fałszywe przedstawienie sytuacji finansowej i wyników działalności finansowej jednostki,
- zmianie zapisów i warunków dotyczących znaczących oraz nietypowych transakcji.

W przypadku oszustw księgowych następuje łamanie przepisów prawa lub zasad rachunkowości w sposób bezpośredni czy pośredni poprzez praktyki wykorzystujące luki prawne dotyczące rachunkowości. Praktyki te pozwalają na takie przedstawienie wielkości zawartych w sprawozdaniach finansowych, aby

uległa zniekształceniu percepcja odbioru sytuacji finansowej i majątkowej danego przedsiębiorstwa.

Oszustwa księgowe w jednostkach gospodarczych mogą zasadniczo dotyczyć majątku, czyli wartości ustalanych na dany moment (zwykle dzień bilansowy), które są ujawniane w aktywach i pasywach jednostki, oraz wartości wykazywanych w rachunku zysków i strat jako kategorie przychodów lub kosztów. Większość technik oszustw księgowych dotyczy fałszowania przychodów lub kosztów, co bezpośrednio wpływa na wynik finansowy jednostki w bieżącym okresie i/lub w okresach kolejnych. Tylko znikoma liczba fałszerstw dotyczy wyłącznie kategorii zasobowych (tj. aktywów i pasywów). Do tej ostatniej grupy można zaliczyć manipulowanie terminami płatności (*widow dressing*) czy wadliwą prezentację bilansową rozrachunków.

Można dokonać następującej systematyki technik oszustw:

- techniki pozwalające na manipulowanie wielkością kosztów,
- techniki pozwalające na manipulowanie wielkością przychodu,
- pozostałe techniki[11].

Do technik pozwalających na manipulowanie wartością kosztów w szczególności należy zaliczyć:

- aktywowanie niewłaściwych kosztów,
- wadliwą prezentację kosztów prac rozwojowych,
- manipulowanie odpisami amortyzacyjnymi i nakładami na ulepszenia,
- tworzenie „fikcyjnych" (cichych) rezerw,
- odpisy aktualizacyjne aktywów (w szczególności zapasów i należności),
- brak uwzględnienia normalnego rozmiaru działalności w wycenie zapasu.

Natomiast do technik pozwalających na manipulowanie wartością przychodów w szczególności należy zaliczyć:

- przyspieszone fakturowanie i manipulowanie okresem ujęcia przychodów,
- sprzedaże z klauzulą odkupu,
- rozwiązywanie nieuzasadnionych rezerw,
- fikcyjną sprzedaż (np. bez zamówień),
- szacunek przychodu w kontraktach długoterminowych,
- wykorzystanie cen transferowych.

[11] M. Kutera, A. Hołda, S. Surdykowska, *Oszustwa księgowe*, Difin, Warszawa 2006, s. 57–59.

Ostatnią z wyodrębnionych grup oszustw księgowych stanowią tzw. pozostałe oszustwa, które nie znajdują swojego bezpośredniego odzwierciedlenia w wyniku finansowym jednostki, tj.:

- wadliwe ujęcie leasingu,
- manipulowanie terminami płatności,
- niewłaściwe klasyfikowanie rozrachunków ze względu na termin płatności,
- ujęcie zobowiązań warunkowych,
- brak rzetelnego wyodrębnienia strumieni działalności kontynuowanej i niekontynuowanej,
- nieujawnianie realnych zagrożeń kontynuacji działalności.

Istotny wpływ na powstanie oszustw księgowych mogą mieć błędy i nieprawidłowości istniejące w systemie rachunkowości danej jednostki gospodarczej.

Świadome manipulacje danymi finansowymi określa się często nazwą rachunkowość kreatywna. Rachunkowość ta jest nieodzownym elementem kreowania wizerunku firmy. Kreatywność w rachunkowości ma swoje ramy, wynikające z obowiązujących regulacji finansowo-księgowych, co przy prawidłowej ich interpretacji przeciwdziała deformacjom obrazu kondycji finansowej firmy.

Należy zaznaczyć, że rachunkowości kreatywnej nie można utożsamiać z rachunkowością agresywną. Są to dwa odmienne pojęcia. Rachunkowość kreatywna jest zjawiskiem pozytywnym, natomiast rachunkowość agresywna jest fałszerstwem, defraudacją. Rachunkowość agresywna jest wykorzystywana przede wszystkim przez niektórych menedżerów dla osiągnięcia korzyści w sposób nielegalny[12].

M. Hulicka uważa, że głównymi celami stosowania tzw. księgowości agresywnej są:

- zwiększenie zysku, ukrycie strat,
- manipulowanie podstawowymi wskaźnikami używanymi w analizie finansowej,
- ukrycie ryzyka finansowego,
- przekonanie kredytodawców, pożyczkodawców i partnerów handlowych o swojej wiarygodności,
- uniknięcie negatywnych skutków kontroli ze strony akcjonariuszy (bezpośredniej i pośredniej),

[12] K. Schneider, *Błędy i oszustwa w dokumentach finansowo-księgowych*, PWE, Warszawa 2007, s. 232.

– podretuszowanie dostępu do kapitałów, których otrzymanie w inny sposób nie byłoby możliwe[13].

Manipulowane sprawozdania finansowe, oprócz doprowadzenia do negatywnych skutków w postaci niezasłużonych profitów zarządów, poprzez wprowadzenie w błąd inwestorów przyczyniają się do rozchwiania i w konsekwencji załamania się rynku akcji. Spośród różnych rodzajów oszustw „białych kołnierzyków", oddziałujących również negatywnie na giełdę, należy zwrócić uwagę na nielegalne korzyści finansowe, które czerpią menedżerowie z korzystania z informacji wewnętrznych.

## Zakończenie

Żaden system kontroli nie może być uważany za odporny na oszustwa, gdyż istnieje wiele możliwości omijania kontroli. Wiele oszustw wykrywa się przypadkowo, np. na podstawie informacji uzyskanych od byłych pracowników lub kontrahentów.

Ryzyko, że w jednostce są popełniane oszustwa, można ocenić na podstawie analizy:

– ogólnych wskaźników ryzyka oszustwa,
– specyficznych wskaźników ryzyka oszustwa.

Wskaźniki wskazujące na ryzyko oszustwa mogą być ustalane przez samą jednostkę. Wiele decyzji gospodarczych ma aspekt techniczny, handlowy oraz moralny. Postępowanie etyczne ma miejsce w jednostkach o wysokiej kulturze uczciwości i etycznego postępowania. Brak pisemnych procedur oraz systematycznych kontroli może stwarzać dogodne warunki do popełniania oszustw.

Specyficzne wskaźniki ryzyka oszustwa obejmują listę bardzo dużej liczby możliwych czynników ryzyka oszustwa.

[13] M. Hulicka, *Oszukańcza sprawozdawczość finansowa*, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2008, s. 60–61.

**Literatura**

B. Bek-Gaik, *Wiarygodność sprawozdania finansowego a ocena zdolności kredytowej*, w: *Sprawozdawczość i rewizja finansowa w procesie poprawy bezpieczeństwa obrotu gospodarczego*, pod red. B. Micherdy, Akademia Ekonomiczna, Kraków 2005.

W. Gabrusewicz, *Sprawozdawczość finansowa*, Wyższa Szkoła Handlu i Rachunkowości, Poznań 2005.

A. Hołda, W. Nowak, *Oszustwa w systemie rachunkowości a ewolucja procedur badania sprawozdań finansowych*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości", Warszawa 2003.

M. Hulicka, *Oszukańcza sprawozdawczość finansowa*, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2008.

*Jak małe i średnie przedsiębiorstwa mogą zmniejszyć ryzyko oszustwa*, „Rachunkowość" nr 3/2006, Warszawa.

M. Kutera, *Rola audytu finansowego w wykrywaniu przestępstw gospodarczych*, Difin, Warszawa 2008.

M. Kutera, A. Hołda, S. Surdykowska, *Oszustwa księgowe*, Difin, Warszawa 2006.

*Międzynarodowe Standardy Rewizji Finansowej*, SKwP, Warszawa 2005.

E. Nowak, *Analiza sprawozdań finansowych*, PWE, Warszawa 2005.

K. Schneider, *Błędy i oszustwa w dokumentach finansowo-księgowych*, PWE, Warszawa 2007.

K.G. Świderska, *Sprawozdanie finansowe bez tajemnic*, Difin, Warszawa 2003.

## FRAUDULENT FINANCIAL REPORTING

### Summary

Fraudulent financial reporting adversely impact not only the effectiveness of operation of business entities subjected to the malpractice, but also affect the whole economic environment of the given entity, e.g. its. elients, employees, banks that finance the entity's operation, or the state budget.

*Translated by K. Sobczak*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*KRYSTYNA NIZIOŁ*
Uniwersytet Szczeciński

# ZASADY JAWNOŚCI I PRZEJRZYSTOŚCI FINANSÓW PUBLICZNYCH A OGRANICZANIE DŁUGU PUBLICZNEGO JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO (UJĘCIE TEORETYCZNE)

## 1. Uwagi wstępne

Celem opracowania jest analiza unormowań polskiego prawa finansów publicznych dotyczących zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych, w kontekście ich roli nad ograniczeniem długu jednostek samorządu terytorialnego (dalej: JST). Jawność finansów publicznych na szczeblu finansów samorządowych stanowi czynnik gwarantujący właściwe wykorzystanie środków publicznych, w tym zwłaszcza w zakresie wydatków danej JST. Wiarygodnemu prezentowaniu danych dotyczących operacji finansowych sektora finansów publicznych, umożliwiającemu uzyskanie rzetelnych informacji w tym zakresie, sprzyja także realizacja zasady przejrzystości finansów publicznych. Właściwe rozeznanie w zakresie kwot dochodów i wydatków danej JST, uzyskane wskutek realizowania zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych, wpływa m.in. na wiedzę dotyczącą ustalonej wysokości deficytu budżetowego tej jednostki. Ustalony w uchwale budżetowej deficyt budżetowy jest z kolei jednym z czynników kreujących dług publicznych JST. Niewątpliwie zatem należyta realizacja zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych umożliwia właściwe rozeznanie odnośnie do wysokości długu JST, a także czynników, które wpły-

wają na dynamikę jego wzrostu. Dlatego też szczególnie ważna jest prawidłowa realizacja obu tych zasad w praktyce.

## 2. Istota zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych

W piśmiennictwie z zakresu nauk prawnych sformułowano pojęcie zasad, które może być używane m.in. do finansów publicznych i prawa finansowego w dwojakim znaczeniu. Po pierwsze, zasady te są „traktowane jako formułowane w doktrynie ekonomicznej i prawnofinansowej postulaty, które **powinny być** brane pod uwagę przy prowadzeniu publicznej gospodarki finansowej, a także w pracach legislacyjnych nad kształtem ustaw i innych aktów prawnych, regulujących funkcjonowanie finansów publicznych”[1]. Po drugie, zasady oznaczają podstawowe założenia funkcjonowania gospodarki finansowej, które są ujęte wprost w aktach prawnych lub też wynikają z całokształtu unormowań[2].

W piśmiennictwie z zakresu nauk prawnych oraz ekonomicznych ujęto zbliżone definicje jawności i przejrzystości finansów publicznych. Jawność finansów publicznych w literaturze ekonomicznej jest bowiem określana jako „zapewnienie wszystkim obywatelom i organizacjom działającym w ich imieniu swobodnego dostępu do informacji publicznej[3], czyli do informacji o działalności władz publicznych, w tym – do informacji o gospodarowaniu środkami publicznymi”[4]. Z kolei w piśmiennictwie prawniczym wyróżnia się dwie formy jawności finansów publicznych. Pierwsza z nich – formalna jawność finansów publicznych, której realizację stanowią art. 33–38 ustawy o finansach publicznych[5] (dalej: u.f.p.) – sprowadza się do przedstawienia danych oraz prac związanych z zarządzaniem finansami publicznymi. Drugie znaczenie jawności finansów publicznych – ma-

[1] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. W. Wójtowicz, Warszawa 2008, s. 40.

[2] *Ibidem*.

[3] Zob. *ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej* (Dz.U. nr 112, poz. 1198 ze zm.). W art. 1 ust. 1 tej ustawy zdefiniowano pojęcie informacji publicznej, którą jest każda informacja o sprawach publicznych. Informacja publiczna podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonym w tej ustawie.

[4] E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa–Rzeszów 2006, s. 45.

[5] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U. nr 157, poz. 1240 ze zm.

terialne – oznacza faktyczną możliwość zapoznania się przez różne podmioty ze stanem finansów publicznych w sposób prawdziwy, szczegółowy, rzetelny[6].

Jednocześnie jednak wzajemne relacje między tymi dwoma zasadami nie są pojmowane jednolicie. Z jednej bowiem strony przyznaje się prymat zasadzie przejrzystości finansów publicznych rozumianej w dwojaki sposób. Po pierwsze, jako sytuację, w której „reguły gospodarowania środkami publicznymi są jasno sprecyzowane" oraz, po drugie, jako sytuację, w której „system gromadzenia, przetwarzania i udostępniania danych o stanie finansów publicznych pozwala na uzyskanie pełnego, rzetelnego i zrozumiałego obrazu sytuacji finansowej państwa i poszczególnych segmentów sektora publicznego oraz wpływu funkcjonowania sektora publicznego na cała gospodarkę"[7]. W tym drugim, materialnym znaczeniu, przejawem zasady przejrzystości finansów publicznych jest szczegółowość dochodów i wydatków publicznych[8]. Nadrzędna rola zasady przejrzystości nad zasadą jawności finansów publicznych wynika z faktu, iż brak tej pierwszej zasady czyni bezprzedmiotowym domaganie się jawności finansów publicznych (rozumianej jako swobodny dostęp obywatela do informacji o działalności państwa w wymiarze finansowym)[9]. Natomiast z drugiej strony przejrzystość finansów publicznych jest uznawana za rozwinięcie zasady jawności, ponieważ stanowi nakaz „jawności materialnej finansów publicznych, umożliwiającej poznanie ich nie tylko od strony formalnej"[10]. Można zatem uznać, że obie zasady przejrzystości i jawności finansów publicznych wzajemnie się dopełniają. Bez realizacji zasady przejrzystości finansów publicznych (zwłaszcza w znaczeniu materialnym) nie jest możliwa rzetelna realizacja zasady jawności finansów publicznych. Z kolei jawność finansów publicznych umożliwia weryfikację sposobu realizacji zasady przejrzystości finansów publicznych[11]. Wnioskowanie powyższe potwier-

[6] C. Kosikowski, *Finanse publiczne. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 76.

[7] W. Misiąg, A. Niedzielski, *Jawność i przejrzystość finansów publicznych w Polsce w świetle standardów Międzynarodowego Fundusz Walutowego*, Zeszyty Instytutu Badań nad Gospodarką Rynkową nr 29, Warszawa 2001, s. 5.

[8] C. Kosikowski, *Finanse publiczne...*, s. 82.

[9] W. Misiąg, A. Niedzielski, *Jawność i przejrzystość finansów publicznych...*, s. 5.

[10] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2008, s. 250.

[11] Na wzajemne zależności między tymi dwoma zasadami finansów publicznych oraz ich istotną rolę w systemie finansów państwa wskazywano także na etapie prac legislacyjnych nad u.f.p. podkreślając, że: „Gdy brak jest przejrzystości finansów publicznych, trudno domagać się zapewnienia ich jawności. Tak więc doprowadzenie do sytuacji, w której zasady jawności i przejrzystości będą przestrzegane w praktyce, stanowi warunek *sine qua non* pomyślnej realizacji przedsięwzięć

dza fakt, że w literaturze ekonomicznej wskazuje się, że można utożsamiać zasadę jawności materialnej budżetu z zasadą przejrzystości[12].

Zasada jawności finansów publicznych jest uznawana za jedną z naczelnych zasad w nauce finansów publicznych i prawa finansowego. Jawność w tej dziedzinie jest cechą demokratyzmu. Z uwagi na fakt, że finanse publiczne dotyczą dochodów publicznych i wydatków publicznych, nie mogą one być tajne dla społeczeństwa, tworzącego te dochody i korzystającego z dokonywanych wydatków[13]. W piśmiennictwie ekonomicznym wskazuje się na konieczność przestrzegania zasady jawności finansów publicznych z uwagi na szereg przesłanek. Pierwszą z nich jest prawo każdego podmiotu do uzyskania informacji z zakresu publicznej gospodarki finansowej, którego uzasadnieniem jest fakt ponoszenia ciężarów fiskalnych, które stanowią dochody tworzące finansowe zasoby sektora finansów publicznych. Kolejną przesłanką, przesądzającą o istotności zasady jawności finansów publicznych, jest fakt, że stanowi ona jeden z podstawowych instrumentów zapewniających efektywność sektora finansów publicznych. Wreszcie, ostatnią przesłanką warunkującą konieczność przestrzegania tej zasady, jest okoliczność, iż sprzyja ona zwalczaniu zjawisk korupcyjnych[14].

W art. 33 ust. 1 u.f.p. posłużono się terminem jawności gospodarowania środkami publicznymi. Pojęcie „gospodarowania środkami publicznymi" zastąpiło dotychczasowy zwrot „jawność finansów publicznych" (które w zależności od zakresu pojmowania normatywnego pojęcia finansów publicznych, ustalonego w art. 3 u.f.p., wydaje się mieć szersze znaczenie)[15]. Należy przychylić się do poglądu C. Kosikowskiego, że taki zabieg legislacyjny ustawodawcy należy ocenić negatywnie. W u.f.p. nie określono bowiem pojęcia „gospodarowania środkami publicznymi", które ma węższe znaczenie niż pojęcie „finansów publicznych". W rezultacie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia zakresu przedmiotowego jawności finansów publicznych[16]. Dlatego też, mimo ujęcia w art. 33 ust. 1 u.f.p. normatywnego pojęcia jawności gospodarki środ-

zmierzających do uzdrowienia finansów państwa". Uzasadnienie do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (druk sejmowy nr 1181), dostępne w dniu 15.01.2010 r. na stronie internetowej Sejmu RP, http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1181, s. 1.

[12] R. Domaszewicz, *Finanse krajów kapitalistycznych*, Warszawa 1985, s. 217.

[13] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, *op.cit*.

[14] E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, *op.cit*., s. 45.

[15] C. Kosikowski, *Finanse publiczne...*, s. 74.

[16] C. Kosikowski, *Prawne aspekty realizacji zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych*, Kontrola Państwowa, grudzień 2005, numer specjalny 2, s. 11.

kami publicznymi, w dalszej części opracowania posłużono się terminem jawności finansów publicznych. Zasada jawności jest jedną z istotniejszych zasad funkcjonowania gospodarki finansowej (również na szczeblu samorządowym). Unormowania art. 33–38 u.f.p. stanowią również formalny wyraz zasady jawności finansów publicznych, ponieważ dotyczą dostępu do danych związanych z zarządzaniem finansami.

Następna z zasad finansów publicznych – zasada przejrzystości – została także zdefiniowana w toku prac legislacyjnych nad u.f.p. Wskazano, iż jest to sytuacja, w której są publicznie znane, jasno określone takie elementy jak: zakres sektora finansów publicznych, podział zadań i kompetencji w ramach tego sektora, stosowane w nim procedury oraz zasady postępowania, przesłanki i założenia polityki finansowej wraz z ich przewidywanymi skutkami, informacje o tym sektorze[17].

Zasada przejrzystości finansów publicznych jest realizowana m.in. poprzez stosowanie klasyfikacji dochodów, wydatków publicznych, rozchodów, przychodów. Zasady tej nie należy jednak ograniczać tylko do tej materii, ponieważ ma ona szerszy kontekst. Umożliwia bowiem, z uwagi na stosowane klasyfikacje, m.in. ,,uporządkowanie określonych wartości, ich porównywanie w różnych okresach, prowadzenie na tym tle analiz, przygotowanie materiałów do kolejnych planów finansowych, a przede wszystkim projektów budżetów"[18]. Klasyfikacja budżetowa jest zatem czynnikiem pozwalającym na jednolite ujęcie różnych operacji budżetowych na określonych etapach procesu gospodarowania budżetowego przez poszczególne podmioty biorące w nim udział[19]. Dlatego też klasyfikacja budżetowa ma ,,istotne znaczenie organizacyjne, ekonomiczne i prawne. Planowanie, uchwalanie, wykonywanie i kontrola wykonania budżetu przeprowadzane są przy zastosowaniu jednostek klasyfikacji budżetowej. Funkcjonowanie budżetu bez jednostek klasyfikacji budżetowej jest niemożliwe[20]. Realizacji m.in. zasady przejrzystości służy także system sprawozdawczości budżetowej, który jest wykorzystywany do podejmowania różnych decyzji (np. na etapie planowania, funkcjonowania, kontroli poszczególnych jednostek, jak i całego sektora finan-

[17] Uzasadnienie do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (druk sejmowy nr 1181)..., s. 1.

[18] Z. Ofiarski, *Prawo finansowe*, Warszawa 2007, s. 17–18.

[19] E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2007, s. 129.

[20] A. Borodo, *Prawo budżetowe*, Warszawa 2008, s. 43.

sów publicznych), a także stanowi element kontroli społecznej nad systemem finansów publicznych[21].

Zasada przejrzystości finansów publicznych jest realizowana m.in. przez regulacje ujęte w art. 39–41 u.f.p.[22]. Unormowania te zostaną omówione w dalszej części opracowania w zakresie dotyczącym jednostek samorządu terytorialnego.

## 3. Sposoby realizacji zasady jawności finansów publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego

Należy wskazać, że regulacje dotyczące jawności na szczeblu finansów JST są również ujęte w ustawach regulujących ustrój poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego. Po pierwsze, w ustawach tych określono uniwersalną zasadę jawności organów JST. W art. 11b ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym[23] określono bowiem, że działalność organów gminy jest jawna, a ograniczenia jawności mogą wynikać wyłącznie z ustawy. W art. 11b ust. 2 tej ustawy ustalono przykładowe sposoby realizacji jawności przez organy gminy. W ramach bowiem jawności działania organów gminy ujęto prawo obywateli do uzyskiwania informacji, wstępu na sesje rady gminy i posiedzenia jej komisji, a także dostępu do dokumentów wynikających z wykonywania zadań publicznych, w tym protokołów posiedzeń organów gminy i komisji rady gminy. Natomiast zasady dostępu do dokumentów i korzystania z nich określa statut gminy. Analogiczne regulacje określono w art. 8a ustawy o samorządzie powiatowym[24] i w art. 15a ustawy o samorządzie województwa[25]. Po drugie, w ustawach regulujących ustrój JST

[21] A. Branny, E. Kornberger-Sokołowska, M. Mekiński, *Budżet państwa*, w: *Prawo finansowe*, red. E. Chojna-Duch, H. Litwińczuk, Warszawa 2009, s. 102.

[22] Na marginesie rozważań należy wskazać, że tworzone są także zbiory reguł dotyczących zasad przejrzystości finansów publicznych. Organizacją, która stworzyła zbiór reguł przejrzystości finansów publicznych jest Międzynarodowy Fundusz Walutowy. Przybrał on postać tzw. Kodeksu Dobrych Praktyk (*Code of Good Practices of Fiscal Transparency*), T. Michałowski, *Międzynarodowy Fundusz Walutowy. Działalność i propozycje reformy*, Gdańsk 2008, s. 207. Kodeks Dobrych Praktyk MWF stanowi załącznik do opracowania: W. Misiąg, A. Niedzielski, *Jawność i przejrzystość finansów publicznych w Polsce w świetle standardów Międzynarodowego Fundusz Walutowego*, Zeszyty Instytutu Badań nad Gospodarką Rynkową nr 29, Warszawa 2001.

[23] Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2001, nr 142, poz. 1591 ze zm.) – dalej u.s.g.

[24] Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 2001, nr 142, poz. 1592 ze zm.) – dalej u.s.p.

[25] Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. 2001, nr 142, poz. 1590 ze zm.) – dalej u.s.w.

poszczególnych szczebli ujęto także zasadę jawności gospodarki finansowej. W odniesieniu do gminy zasadę jawności gospodarki finansowej statuuje przepis art. 61 ust. 1 u.s.g. W celu realizacji tej zasady na wójta nałożono obowiązki polegające na niezwłocznym ogłaszaniu uchwały budżetowej i sprawozdania w trybie przewidzianym dla aktów prawa miejscowego (art. 61 ust. 2 u.s.g.) oraz informowania mieszkańców gminy o założeniach budżetu, kierunkach polityki społecznej i gospodarczej oraz wykorzystywaniu środków budżetowych (art. 61 ust. 3 u.s.g.). Odnosząc się do tego ostatniego sposobu realizacji zasady jawności gospodarki finansowej gminy, dwie kwestie wymagają zasygnalizowania. Po pierwsze, ustanowiony w art. 61 ust. 3 u.s.g. ustawowy obowiązek udzielania informacji przez organ wykonawczy gminy, mimo że nie wskazano w tym przepisie form jego realizacji, nie wyłącza możliwości udostępniania dokumentów urzędowych w postaci protokołów z posiedzeń tego organu w zakresie ustalonym w tym przepisie[26]. Po drugie, pozytywnie należy ocenić szeroki zakres obowiązku udzielania informacji ustalony w art. 61 ust. 3 u.s.g., który dotyczy także kierunków polityki społecznej i gospodarczej gminy. Przyjęte bowiem założenia gminnej polityki społeczno-gospodarczej mogą w dużym stopniu determinować przeznaczenie wydatków budżetowych JST. Zatem dostęp do tego rodzaju danych czyni realizację zasady jawności gospodarki finansowej gminy bardziej skuteczną, a tym samym również bardziej wiarygodną i rzetelną. W odniesieniu do samorządu powiatowego zasadę jawności gospodarki finansowej wyraża art. 61 u.s.p. W przepisie tym wskazano także przykładowe sposoby realizacji tej zasady. Należą do nich jawność debaty budżetowej, publikowanie uchwały budżetowej oraz sprawozdań z wykonania budżetu powiatu, przedstawienie pełnego wykazu kwot dotacji celowych udzielanych z budżetu powiatu, ujawnienie sprawozdania organu wykonawczego powiatu z działań wskazanych w art. 60 ust. 2 pkt 1 i 2 u.s.p. (tj. działań, do których kompetencje posiada wyłącznie ten organ, polegających na zaciąganiu zobowiązań mających pokrycie w ustalonych w uchwale budżetowej powiatu kwotach wydatków, w ramach upoważnień udzielonych przez organ stanowiący powiatu oraz emitowania papierów wartościowych, również w granicach upoważnień udzielonych przez ten organ). W odniesieniu do województwa zasadę jawności gospodarowania środkami finansowymi oraz przykładowe sposoby jej realizacji, określono w art. 72 u.s.w.

[26] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 6 lutego 1996 r., sygn. akt SA/Łd 2722/95, LEX nr 29680.

Wracając na grunt u.f.p. należy wskazać, że w odniesieniu do zasady jawności finansów publicznych – w art. 34 ust. 1 u.f.p., określono sposoby jej realizowania, w tym również te, które dotyczą tylko JST. Można je podzielić na kilka kategorii.

Pierwsza z nich dotyczy jawności procedowania nad uchwałami organów stanowiących JST. Dotyczy to przede wszystkim jawności procedury budżetowej w JST. W tym przypadku jawność jest realizowana przez jawność debat budżetowych w organach stanowiących JST, jawność debaty nad sprawozdaniem z wykonania budżetów JST. Ponadto jawna jest również debata nad projektem uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej JST. Należy także wskazać na ustalony w art. 34 ust. 1 pkt 10 u.f.p. generalny obowiązek podejmowania, w głosowaniu jawnym i imiennym, uchwał organu wykonawczego JST dotyczących gospodarowania środkami publicznymi.

Druga kategoria sposobów realizacji zasady jawności finansów publicznych na szczeblu samorządowym odnosi się do udostępniania przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym też JST, określonych danych. Należą do nich wykaz podmiotów spoza sektora finansów publicznych, którym ze środków publicznych została udzielona dotacja, dofinansowanie realizacji zadania lub pożyczka lub którym została umorzona należność wobec jednostki sektora finansów publicznych; udostępnianie corocznych sprawozdań dotyczących finansów i działalności jednostek organizacyjnych należących do sektora finansów publicznych.

Następny sposób realizacji zasady jawności na szczeblu samorządowym jest związany z zapewnianiem radnym danej JST dostępu do określonych dokumentów oraz danych w nich ujętych. Do dokumentów tych należą dowody księgowe i dokumenty inwentaryzacyjne (dostęp jest możliwy przy zachowaniu przepisów o rachunkowości[27] oraz o ochronie danych osobowych[28]), informacje o wynikach przeprowadzonych kontroli gospodarki finansowej, sprawozdania z wykonania planu audytu za rok poprzedni. Rodzaje dowodów księgowych są określone w art. 20 ust. 2 ustawy o rachunkowości (np. dowody zewnętrzne księgowe zewnętrzne obce, tj. otrzymane od kontrahentów jednostki). Dowody księgowe stanowią podstawę zapisów w księgach rachunkowych prowadzonych przez

[27] Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 2009, nr 152, poz. 1223 ze zm.).

[28] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 2002, nr 101, poz. 926 ze zm.).

JST[29]. Zasady inwentaryzacji określono w art. 26–27 ustawy o rachunkowości. W akcie tym nałożono obowiązek udokumentowania w odpowiedni sposób przeprowadzonego spisu z natury. Należy podkreślić, że zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 8 października 2008 r.[30] obowiązywanie zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi, nie powoduje, że radni są zwolnieni z konieczności respektowania przesłanki wyrażonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej. W przepisie tym określono, że w ramach prawa do informacji mieści się m.in. uprawnienie do uzyskania informacji publicznej, w tym do uzyskania informacji przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego. Dlatego też sprawowanie mandatu radnego nie powoduje, że radny nie powinien wykazać szczególnie istotnego interesu publicznego[31], jeżeli domaga się dostępu do przetworzonej informacji publicznej.

Kolejna kategoria sposobów realizacji zasady jawności finansów publicznych na szczeblu samorządowym dotyczy podawania do publicznej wiadomości określonych danych. W tym przypadku na JST nałożono obowiązek podawania do publicznej wiadomości m.in. kwot dotacji udzielanych z budżetów JST. Natomiast jednostki sektora finansów publicznych, w tym również i JST, obowiązane są również podawać do publicznej wiadomości inne dane określone w art. 34 ust. 1 u.f.p. Tytułem przykładu można wskazać na informacje dotyczące zakresu zadań lub usług wykonywanych lub świadczonych przez jednostkę oraz wysokości środków publicznych przekazanych na ich realizację, zasad i warunków świadczenia usług dla podmiotów uprawnionych, zasad odpłatności za świadczone usługi.

W art. 37 ust. 1 u.f.p. nałożono na organ wykonawczy JST obowiązki dotyczące terminów i rodzajów informacji podawanych do publicznej wiadomości, które mają związek m.in. z deficytem budżetowym tej jednostki. Organ ten jest bowiem obowiązany podać do końca miesiąca następującego po zakończeniu

[29] Zob. też art. 21–22 ustawy o rachunkowości.

[30] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt IV SA/Wr 352/08, LEX nr 549648.

[31] Pojęcie interesu publicznego zostało dookreślone w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 marca 2005 r., sygn. akt II SA/Wa 2225/04, LEX nr 189180. W orzeczeniu tym sąd uznał, że: „Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu".

kwartału – kwartalną informację o wykonaniu budżetu JST, w tym kwotę deficytu albo nadwyżki, oraz o udzielonych umorzeniach niepodatkowych należności budżetowych (o których mowa w art. 60 u.f.p.).

Na marginesie rozważań, z uwagi na ograniczone ramy objętościowe opracowania, należy jedynie zasygnalizować problematykę organizacji sektora finansów publicznych jako czynnika wpływającego na realizację zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych. W ramach gospodarki budżetowej brutto konstruowane są różne jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych, określane jako tzw. gospodarka pozabudżetowa[32]. Ponadto, w ramach budżetu, funkcjonują różne jednostki organizacyjne rozliczające się na podstawie metody budżetowania netto. Określenie zakresu i zasad funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych powiązanych z budżetem państwa na podstawie metody budżetowania brutto lub netto może wpływać na realizowanie obu analizowanych zasad finansów publicznych[33]. W toku prac legislacyjnych nad u.f.p. wskazywano na konieczność wprowadzenia istotnych zmian w organizacji sektora finansów publicznych. Dlatego też, jako jeden z celów tego aktu prawnego, wymieniano wzmocnienie i poprawę przejrzystości finansów publicznych, któremu ma służyć właśnie ograniczenie form organizacyjno-prawnych sektora finansów publicznych[34]. Cel ten nie został jednak zrealizowany w pełni, choćby z uwagi na nieuzasadnione zróżnicowanie form jednostek sektora finansów w sektorze samorządowym (samorządowe zakłady budżetowe) i sektorze rządowym (instytucja gospodarki budżetowej)[35]. Natomiast pozytywnie należy ocenić np. regulacje dotyczące wzmocnienia przestrzegania zasad jawności i przejrzystości gospodarki finansowej agencji wykonawczych. W art. 21 ust. 10 u.f.p. ustalono – mając na uwadze ten cel – upoważnienie dla Rady Ministrów, która może określić, w drodze rozporządzenia, sposób gospodarki finansowej agencji wykonawczej. Pewne

[32] E. Chojna-Duch, *Podstawy systemu finansów publicznych*, w: *Prawo finansowe...*, red. E. Chojna-Duch, H. Litwińczuk, s. 37.

[33] Szerzej zob. J. Stankiewicz, *Geneza i ewolucja instytucji budżetu. Problem debudżetyzacji*, w: *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2008, s. 281–293.

[34] *Uzasadnienie do ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (druk sejmowy nr 1181)...*, s. 1–2.

[35] E. Kornberger-Sokołowska, *Opinia dotycząca rządowego projektu ustawy o finansach publicznych z dnia 20 października 2008 r. (druk nr 1181)* – Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 3 listopada 2008 r., s. 3.

obawy może rodzić fakultatywny charakter tego upoważnienia, może to bowiem spowodować zaniechanie jego wydania[36].

## 4. Formy realizacji zasady przejrzystości finansów publicznych na szczeblu samorządowym

Kolejna zasada finansów publicznych – zasada przejrzystości – na szczeblu samorządowym jest realizowana poprzez stosowanie klasyfikacji środków publicznych; prowadzenie przez jednostki sektora finansów publicznych rachunkowości zgodnie z przepisami o rachunkowości, z uwzględnieniem zasad dotyczących tej materii, określonych w u.f.p. (art. 40 u.f.p.); sporządzanie przez jednostki sektora finansów publicznych sprawozdań z wykonania procesów wchodzących w zakres finansów publicznych zdefiniowanych w art. 3 u.f.p. (art. 41 u.f.p.). Wskazane powyżej formy zasady przejrzystości finansów publicznych wymagają krótkiej analizy w kontekście finansów JST.

Odnosząc się do pierwszego sposobu realizacji zasady przejrzystości finansów publicznych, należy wskazać m.in. na art. 39 u.f.p. oraz rozporządzenia Ministra Finansów[37]. W tych aktach prawnych określono zasady klasyfikacji budżetowej dotyczące dochodów publicznych, wydatków publicznych, rozchodów i przychodów oraz innych środków pochodzących ze źródeł zagranicznych. W przypadku klasyfikacji budżetowej stosowanej w budżecie JST w art. 235–236 u.f.p. określono szczegółowe zasady klasyfikacji dochodów i wydatków ujmowanych w budżecie JST. W przypadku planu dochodów budżetu JST wyszczególnia się, w układzie działów klasyfikacji budżetowej, planowane kwoty dochodów bieżących i dochodów majątkowych[38] według ich źródeł, w tym w szczególności z tytułu dotacji i środków na finansowanie wydatków na reali-

[36] Pozytywnie należy ocenić także ujęte w art. 17 ust. 1 u.f.p. upoważnienie Ministra Finansów do wydania rozporządzenia wykonawczego do u.f.p., w którym określi on sposób prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych. Minister Finansów ma bowiem uwzględnić przy wydaniu ww. rozporządzenia potrzebę przestrzegania zasad celowego i oszczędnego dokonywania wydatków oraz jawności, przejrzystości i terminowej realizacji zadań.

[37] Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych (Dz.U. nr 38, poz. 207), Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie szczegółowej klasyfikacji wydatków strukturalnych (Dz.U. nr 44, poz. 255).

[38] Definicje dochodów bieżących i dochodów majątkowych j.s.t. ustalono w art. 235 ust. 2–3 u.f.p.

zację zadań finansowanych z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 u.f.p.[39] W odniesieniu do planu wydatków budżetu JST, wyszczególnia się w nim, w układzie działów i rozdziałów klasyfikacji budżetowej, planowane kwoty wydatków bieżących i wydatków majątkowych danej jednostki. Dodatkowe, szczegółowe zasady klasyfikacji budżetowej JST określono w odniesieniu do planu wydatków bieżących JST oraz planu wydatków majątkowych JST (art. 236 ust. 3–4 u.f.p.). W przypadku planu wydatków bieżących JST w jego ramach wyodrębnia się, w układzie działów i rozdziałów, planowane kwoty wydatków bieżących JST (np. na określone cele, takie jak dotacje na zadania bieżące). Natomiast w planie wydatków majątkowych JST wyodrębnia się w układzie działów i rozdziałów planowane kwoty wydatków majątkowych, do których zalicza się wydatki m.in. na inwestycje i zakupy inwestycyjne. Należy zaznaczyć, że organ stanowiący JST może ustalić większą szczegółowość planu dochodów lub planu wydatków budżetu JST. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie, ponieważ służy zwiększeniu przejrzystości strony dochodowej i wydatkowej budżetu JST. Realizacji przejrzystości finansów JST służy także, określona w art. 259 ust. 1 u.f.p., konieczność wykorzystania rezerw celowych zgodnie z klasyfikacją budżetową wydatków (oprócz przeznaczenia ich, co do zasady, wyłącznie na cel, na jaki zostały utworzone).

Kolejna forma realizacji zasady przejrzystości na szczeblu finansów JST jest związana z określeniem wymogów dotyczących rachunkowości prowadzonej przez jednostki sektora finansów publicznych[40]. W tym zakresie opracowuje się plany kont m.in. dla budżetów JST na podstawie wymogów określonych w art. 40 ust. 2 u.f.p. (jednymi z nich jest nakaz ujmowania dochodów i wydatków w budżecie JST na podstawie metody kasowej operacji budżetowych, ponieważ dochody i wydatki budżetowe ujmuje się w terminie ich zapłaty, niezależnie od rocznego budżetu JST, którego dotyczą). W przypadku JST określono także szczególne zasady rachunkowości, które odnoszą się do ewidencji wykonania budżetu JST (również w układzie zadaniowym), ewidencji aktywów trwałych stanowiących własność JST, wyceny poszczególnych składników aktywów i pasywów, sporządzania sprawozdań finansowych oraz odbiorców tych sprawozdań.

[39] Należą do nich środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz inne niż wymienione wcześniej środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi.

[40] W opracowaniu pominięto regulacje związane z rachunkowością rozumianą jako materia ewidencyjno-ekonomiczna.

Ponadto w art. 40 ust. 4 pkt 1 lit. a–b u.f.p. upoważniono Ministra Finansów do wydania rozporządzenia wykonawczego, w którym określi on szczególne zasady rachunkowości oraz plany kont dotyczące m.in. JST, a także zasady rachunkowości oraz plany kont dla organów podatkowych JST.

Zasada przejrzystości w odniesieniu do JST jest realizowana także poprzez sporządzanie sprawozdań z wykonania procesów z zakresu finansów publicznych. Rodzaje, terminy i sposoby sporządzania tych sprawozdań określono w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r.[41] W akcie tym ustalono również zasady sporządzania i rodzaje sprawozdań przygotowywanych przez JST. Zgodnie z § 12 cytowanego rozporządzenia JST przekazują, w formie dokumentu i w formie elektronicznej, sprawozdania wymienione w tym przepisie do właściwych regionalnych izb obrachunkowych[42]. Ponadto szczegółowe zasady sporządzania sprawozdań budżetowych w zakresie budżetów JST określono w instrukcji będącej załącznikiem nr 39 do powyższego rozporządzenia. Natomiast w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r.[43] określono rodzaje, formy, terminy i sposoby sporządzania przez jednostki sektora finansów publicznych sprawozdań w zakresie ogółu operacji finansowych, w szczególności w zakresie należności i zobowiązań, w tym państwowego długu publicznego, udzielonych poręczeń i gwarancji oraz odbiorców sprawozdań. W procesie gromadzenia danych na podstawie sprawozdań wskazanych w tym rozporządzeniu, które są sporządzane przez JST, biorą udział regionalne izby obrachunkowe, Ministerstwo Finansów, Prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Wymaga podkreślenia fakt, że w przedmiotowym rozporządzeniu określono, że sprawozdania należy sporządzać w sposób rzetelny, prawidłowy pod względem merytorycznym i formalno-rachunkowym (§ 10 ust. 4 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r.).

[41] Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz.U. nr 20, poz. 103).

[42] Ustawa z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. 2001, nr 55, poz. 577 ze zm.).

[43] Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz.U. nr 43, poz. 247).

## 5. Unormowania dotyczące jawności i przejrzystość finansów jednostek samorządu terytorialnego odgrywające szczególną rolę w ograniczaniu długu publicznego jednostek samorządu terytorialnego

Niezależnie od powyższych, ogólnych regulacji prawa finansowego, dotyczących zasad jawności i zasady przejrzystości finansów publicznych realizowanymi na szczeblu finansów samorządowych, należy wskazać na sposoby realizacji obu tych zasad mające szczególne znaczenie w ograniczaniu zadłużenia JST. W tym zakresie można wyodrębnić dwa rodzaje unormowań gwarantujących prawidłowe rozeznanie co do poziomu długu JST, które uzupełniają się wzajemnie. Do pierwszej grupy regulacji należą te, które mają związek z wydatkami i dochodami JST. Prawidłowa realizacja obu ww. zasad finansów publicznych umożliwia bowiem ustalenie rodzajów, kwot, źródeł pochodzenia dochodów JST i celów, na które są przeznaczane wydatki JST. Dodatkowo przejrzystość w tym zakresie zwiększa nakaz ewidencji wykonania budżetu JST również w układzie zadaniowym. W tym zakresie najbardziej znaczące są przepisy dotyczące treści uchwały budżetowej, a także sprawozdania z jej wykonania oraz procedury związanej z tymi aktami. Właściwe rozeznanie w zakresie kwot dochodów i wydatków JST jest powiązane z drugą grupą unormowań, które bezpośrednio odnoszą się do długu JST. Należą do nich regulacje dotyczące wysokości deficytu i długu JST, sposobów finansowania zadłużenia JST, limitów zadłużenia samorządowego. Brak bowiem dostatecznej wiedzy dotyczącej struktury i kwot wydatków oraz dochodów JST utrudnia ocenę czynników, które wpłynęły na określoną wysokość deficytu ustalonego w uchwale budżetowej JST. Deficyt jest bowiem, w znaczeniu formalnym, ustalany jako ujemna różnica między dochodami i wydatkami JST (art. 217 ust. 1 u.f.p.). Wysokość deficytu jest z kolei jedną z przyczyn wzrostu zadłużenia JST.

W przypadku zasady jawności finansów publicznych w u.f.p. ujęto szereg przepisów, które dotyczą podawania przez organ stanowiący JST danych dotyczących określonych wydatków JST (np. dotacji udzielanych przez JST), dochodów JST (np. kwoty dotacji otrzymanych z budżetów JST) czy też kwartalnych lub rocznych danych dotyczących wykonania budżetu JST. Najbardziej miarodajne jednak w tym zakresie są regulacje, które dotyczą uchwały w sprawie trybu prac nad projektem uchwały budżetowej JST (art. 234 u.f.p.), uchwały budżetowej JST (art. 212–215 u.f.p.), wieloletniej prognozy finansowej JST (art. 226 –229 u.f.p.), informacji, sprawozdań i opinii związanych z budżetem JST

(art. 266–271 u.f.p.). W odniesieniu do zasady przejrzystości pozytywnie należy ocenić precyzyjne unormowanie danych, które powinny być ujęte w ww. dokumentach. Zwiększeniu przejrzystości służą m.in. nakaz określenia w uchwale w sprawie trybu prac nad projektem uchwały budżetowej JST wymaganej szczegółowości projektu budżetu JST, możliwość ustalenia przez organ wykonawczy JST planu dochodów i wydatków w budżecie jednostki, w szczegółowości większej niż określona w u.f.p., obowiązek przedstawienia przez organ wykonawczy organowi stanowiącemu JST sprawozdania rocznego z wykonania budżetu jednostki zawierającego zestawienie dochodów i wydatków wynikającego z zamknięć rachunków budżetu JST, w szczegółowości nie mniejszej niż w uchwale budżetowej. Należy także wskazać na art. 269 u.f.p., w którym określono, że sprawozdanie z wykonania budżetu JST, które sporządza się na podstawie danych z ewidencji księgowej budżetu, powinno zawierać m.in. dochody i wydatki budżetu jednostki w szczegółowości określonej jak w uchwale budżetowej. Powyższe regulacje tworzą spójny system ukazywania danych dotyczących wydatków i dochodów ujętych w budżecie JST, co pozwala na ich porównywanie w toku przygotowania, uchwalenia, a także oceny wykonania uchwały budżetowej JST.

Druga grupa regulacji u.f.p. dotycząca sposobów realizacji zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych, które bezpośrednio dotyczą długu publicznego JST, jest bardziej zróżnicowana. W przypadku zasady jawności finansów publicznych bezpośredni związek z długiem JST mają takie sposoby jej realizacji jak m.in. podawanie do publicznej wiadomości przez organ wykonawczy JST informacji o kwocie deficytu (nadwyżki) w budżecie JST w okresach kwartalnych oraz za poprzedni rok budżetowy (art. 37 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. a u.f.p.); wykazu udzielonych poręczeń i gwarancji, z wymienieniem podmiotów, których gwarancje i poręczenia dotyczą (art. 37 ust. 2 lit. e u.f.p.), a także regulacje związane z jawnością samej procedury budżetowej JST (art. 34 ust. 1 pkt 1 i 2 u.f.p.). Wszystkie te formy jawności finansów publicznych mają charakter formalny i umożliwiają zapoznanie się przez różne podmioty z danymi liczbowymi dotyczącymi aktualnego i przyszłego zadłużenia JST. W przypadku bowiem kwot poręczeń i gwarancji udzielonych przez JST można na podstawie tych danych prognozować wysokość potencjalnego długu publicznego jednostki. Ponadto należy wskazać na rolę regionalnych izb obrachunkowych, które również posiadają kompetencje nadzorcze i opiniodawcze dotyczące deficytu i długu publicznego JST. Regionalne izby obrachunkowe (RIO) odgrywają istotną rolę, są bowiem or-

ganami, które czynności te wykonują w sposób profesjonalny. Po pierwsze, w ramach działalności nadzorczej, RIO badają uchwały i zarządzenia podejmowane przez organy JST w sprawie zaciągania zobowiązań wpływających na wysokość długu publicznego JST. Natomiast w ramach kompetencji opiniodawczych, RIO wydają następujące opinie: po pierwsze, na wniosek organu wykonawczego JST, opinie o możliwości spłaty kredytu, pożyczki lub wykupu papierów wartościowych[44]; po drugie, na podstawie projektu uchwały budżetowej, RIO przedstawiają opinię w sprawie możliwości sfinansowania deficytu przedstawionego przez JST. Wymaga podkreślenia, że opinia ta jest stosunkowo szybko, bo już w ciągu 7 dni od otrzymania od RIO, publikowana przez JST, na podstawie zasad określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. W praktyce oznacza to, stosownie do art. 7 tej ustawy, opublikowanie rozstrzygnięcia RIO w Biuletynie Informacji Publicznej. Szczególne znaczenie należy przypisać opiniom wydawanym przez RIO w sprawie sprawozdań z wykonania budżetu JST, które organ stanowiący jednostki ma obowiązek przedłożyć (oprócz organowi stanowiącemu jednostki), także RIO, w terminie do dnia 31 marca roku następującego po roku budżetowym (art. 267 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 u.f.p.). Następnie sprawozdanie to jest przedkładane organowi stanowiącemu JST, a także rozpatrywane, wraz z opinią RIO. W przypadku JST, które muszą poddać swoje roczne sprawozdanie finansowe badaniu przez biegłego rewidenta, również opinia sporządzona z tego badania jest rozpatrywana przez komisję rewizyjną[45]. Oba sprawozdania są rozpatrywane i zatwierdzane przez organ stanowiący JST, a także są uwzględniane przy podejmowaniu uchwały w sprawie absolutorium dla organu wykonawczego JST[46].

W odniesieniu do zasady przejrzystości finansów publicznych należy wskazać na przepisy wykonawcze dotyczące sprawozdań JST, w szczególności należności i zobowiązań. Tytułem przykładu można wskazać na jedno ze sprawozdań wykorzystywanych dla celów statystycznych – sprawozdanie RB–Z, będą-

[44] Zob. też J. Glumińska, M. Zdebel, *Zdolność kredytowa gminy (rozważania teoretyczne)*, „Samorząd Terytorialny" 1996, nr 7–8, s. 43 i nn.

[45] Komisja rewizyjna, jako pełniąca funkcje kontrolne, powoływana przez organ stanowiący JST, opiniuje wykonanie budżetu i występuje z wnioskiem do rady (sejmiku) JST w sprawie udzielenia lub nieudzielenia absolutorium organowi wykonawczemu JST. Wniosek ten jest też opiniowany przez RIO, zob. art. 18a u.s.g., art. 16 u.s.p., art. 30 u.s.w.

[46] Należy podkreślić, że zgodnie z poglądem wyrażonym w orzeczeniu Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 grudnia 1999 r., sygn. akt III SA 1699/99 (LEX nr 40863) głosowanie w przedmiocie udzielenia absolutorium organowi wykonawczemu JST powinno odbywać się w sposób jawny.

ce kwartalnym sprawozdaniem o stanie zobowiązań według tytułów dłużnych oraz poręczeń i gwarancji, sporządzanym m.in. przez JST[47].

## 6. Uwagi końcowe

Nie ulega wątpliwości, że kategorią istotną dla finansów samorządowych jest dług publiczny JST. Dlatego też pożądane są wszelkie unormowania, których celem jest ograniczenie jego przyrostu, a także kontrola nad dynamiką wzrostu zadłużenia samorządowego. Mogą one przybrać nie tylko postać regulacji mających bezpośredni charakter normatywnych limitów zadłużenia (tak jak np. art. 243 u.f.p.), ale także unormowań, które mają charakter pośredni, wspierają bowiem ograniczanie wysokości długu publicznego JST. Do tego rodzaju regulacji należy zaliczyć te, których celem jest realizacja zasad jawności i przejrzystości finansów publicznych na szczeblu finansów samorządowych. Prawidłowa realizacja obu tych zasad w praktyce spełnia szereg istotnych funkcji, także związanych z ograniczeniem zadłużenia samorządowego.

Odnosząc się do zasady jawności finansów publicznych, należy wskazać, że niewątpliwie umożliwia ona wgląd w sytuację finansową danej JST, w tym szczególnie w dane dotyczące długu i deficytu JST. Niemniej jednak pewne trudności w realizacji tej zasady w praktyce, zwłaszcza w odniesieniu do obu tych kategorii, może powodować stosunkowo wysoki stopień skomplikowania materii prawno-ekonomicznej z nimi związanej. Tytułem przykładu można wskazać na takie problemy jak: możliwą nieadekwatność kwoty długu i deficytu JST wykazaną w dokumentach z faktyczną sytuacją finansową danej JST, która w rzeczywistości w odniesieniu do obu tych wielkości może być znacznie trudniejsza. W tym znaczeniu realizacja zasady jawności w jej formalnym aspekcie może okazać się nieadekwatna do faktycznej sytuacji finansowej JST, a nawet prezentować ją w sposób korzystniejszy niż w rzeczywistości. Problem ten może dodatkowo komplikować fakt stosowania tzw. wirtualnej księgowości, a więc różnych sposobów poprawiania danych liczbowych dotyczących długu JST i spełniania limitów zadłużenia samorządowego[48]. W pewnym stopniu niebezpieczeństwo ta-

[47] Zob. § 2–4 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych.

[48] Na problemy oceny przez RIO długu i deficytu JST wskazuje w literaturze R.P. Krawczyk, *Prawna i faktyczna rola regionalnych izb obrachunkowych w ograniczaniu zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne" 2005, nr 4, s. 51–60.

kich praktyk ogranicza nadzorcza i opiniodawcza działalność regionalnych izb obrachunkowych.

Nierozerwalnie z prawidłowym realizowaniem zasady jawności finansów publicznych na szczeblu samorządowym jest związane należyte wykonywanie zasady przejrzystości finansów publicznych. Zasada przejrzystości również odgrywa istotną rolę w ograniczaniu zadłużenia JST. Rzetelne i prawidłowe dane liczbowe są podstawą do ustalenia właściwych kwot długu i deficytu JST. Gwarantują to m.in. precyzyjnie określone reguły klasyfikacji budżetowej. Dlatego też pozytywnie należy ocenić ustalenie w u.f.p. wymaganej szczegółowości danych, które należy ujmować w określonych dokumentach (m.in. projekcie uchwały budżetowej), czy też obowiązek przedstawienia przez organ wykonawczy organowi stanowiącemu JST sprawozdania rocznego z wykonania budżetu jednostki zawierającego zestawienie dochodów i wydatków wynikające z zamknięć rachunków budżetu JST, w szczegółowości nie mniejszej niż w uchwale budżetowej. Tego rodzaju regulacje zapewniają porównywalność danych liczbowych, w tym również tych dotyczących m.in. deficytu ustalonego w uchwale budżetowej JST, zobowiązań zaciągniętych na sfinansowanie długu publicznego JST.

## PRINCIPLES OF OPENNESS AND TRANSPARENCY OF PUBLIC FINANCES AND REDUCING PUBLIC DEBT OF LOCAL GOVERNMENT UNITS (THEORETICAL APPROACH)

**Summary**

The purpose of this paper is to analyze the regulations of the Polish public finance law principles of openness and transparency of public finances in the context of their role towards reducing the debt of local governments. Transparency of public finance at the level of local government finances constitutes a factor ensuring the proper use of public funds, especially in terms of expenditure of the local government units. The implementation of public finances transparency principle is also conducive to authoritative presentation of data concerning the financial operations of public finances, enabling obtaining reliable information in this regard. Proper understanding of the amounts of revenue and expenditure of a given local government unit affects the knowledge of the fixed amount of government deficits and public debt of the entity.

*Translated by Krystyna Nizioł*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*AGNIESZKA WIKTORZAK*
doktorantka w Katedrze Prawa Finansowego
Uniwersytet Szczeciński

# BANKOWY TYTUŁ EGZEKUCYJNY

Tytułem egzekucyjnym nazywany jest dokument poświadczający roszczenia wierzyciela oraz stwierdzający istnienie i zakres obowiązku świadczenia dłużnika[1]. Jest to ustawowo określony akt prawny, który ustala istnienie normy prawnej indywidualno-konkretnej o charakterze nakazującym lub zakazującym[2]. Tytuł egzekucyjny, który został zaopatrzony w klauzulę wykonalności, nosi miano tytułu wykonawczego będącego podstawą egzekucji pod warunkiem, że przepis szczególny nie stanowi inaczej[3].

Tytuł egzekucyjny powinien obligatoryjnie wskazać świadczenie, które ma zostać spełnione oraz określić zarówno dłużnika, jak i wierzyciela. Do fakultatywnych elementów, jakie może zawierać tytuł egzekucyjny, zalicza się m.in. wyznaczenie terminu spełnienia świadczenia jak również warunek, od którego ziszczenia się uwarunkowane jest spełnienie określonego świadczenia. Ponadto do składników fakultatywnych tytułu egzekucyjnego zalicza się także umocowanie wierzyciela do dokonania czynności na koszt dłużnika, w razie

[1] Por. Z. Świeboda, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część druga. Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne*, Warszawa 2004, s. 85.

[2] Por. A. Marciniak, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 2008, s. 113.

[3] Por. K. Flaga-Gieruszyńska, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2010, s. 1329; por. J. Jankowski, *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego. Cz. III. Postępowanie egzekucyjne (1)*, „Monitor Prawniczy" 2004, nr 22, s. 1017.

gdy dłużnik nie wywiązałby się z wykonania czynności w ustalonym terminie. Oprócz tego istnieje możliwość wskazania terminu, do którego wierzyciel będzie miał prawo wystąpić o nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności[4]. Tytułami egzekucyjnymi powinny być dokumenty, które charakteryzują się należytą wiarygodnością, tak aby na ich podstawie organy państwowe mogły podjąć czynności egzekucyjne bez badania treści określonego bankowego tytułu egzekucyjnego pod względem merytorycznym. Każdy tytuł egzekucyjny powinien posiadać cechy właściwe dokumentom urzędowym, czyli cechować się domniemaniem zgodności z prawdą[5].

Zgodnie z art. 777§1 k.p.c. tytułami egzekucyjnymi są w szczególności prawomocne orzeczenia sądu lub orzeczenia sądu, które podlegają natychmiastowemu wykonaniu[6]. Ponadto tytułem egzekucyjnym jest ugoda, która została zawarta przed mediatorem oraz wyrok sądu polubownego lub ugoda zawarta przed takim sądem, jak również prawomocne orzeczenie referendarza sądowego lub orzeczenie referendarza sądowego, które podlega natychmiastowemu wykonaniu[7]. Oprócz tego tytułami egzekucyjnymi są również inne orzeczenia, ugody i akty podlegające z mocy ustawy wykonaniu w drodze egzekucji sądowej[8]. Tytułem egzekucyjnym jest także akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej lub uiszczenia rzeczy oznaczonych co do gatunku, ilościowo w akcie oznaczonych, albo też obowiązek wydania rzeczy indywidualnie oznaczonej, lokalu, nieruchomości lub statku wpisanego do rejestru, gdy termin zapłaty, uiszczenia lub wydania jest w akcie wskazany. Ponadto jest to również akt notarialny, w którym dłużnik poddał się egzekucji i który obejmuje obowiązek zapłaty sumy pieniężnej do wysokości w akcie wprost określonej albo oznaczonej za pomocą klauzuli waloryzacyjnej, gdy akt określa warunki, które upoważniają wierzyciela do prowadzenia przeciwko dłużnikowi egzekucji na podstawie tego aktu o całość lub część roszczenia, jak również termin, do którego wierzyciel może wystąpić o nadanie temu aktowi klauzuli wykonalności. Poza tym tytułem egzekucyjnym jest także akt notarialny,

[4] Por. H. Pietrzykowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część trzecia. Postępowanie egzekucyjne. Tom 4*, red. T. Ereciński, Warszawa 2009, s. 71 i nn.

[5] Por. T. Czech, *Wykonalność bankowych tytułów egzekucyjnych w Unii Europejskiej (cz. I)*, „Prawo Bankowe" 2006, nr 6, s. 105.

[6] Por. G. Sikorski, *Egzekucja świadczeń pieniężnych. Egzekucja z rachunków bankowych*, Sopot 2006, s. 79.

[7] Por. G. Jędrejek, *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, s. 1383.

[8] Por. M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, s. 1145.

w którym właściciel nieruchomości albo wierzyciel wierzytelności obciążonych hipoteką, niebędący dłużnikiem osobistym, poddał się egzekucji z obciążonej nieruchomości albo wierzytelności, w celu zaspokojenia wierzyciela hipotecznego, w sytuacji gdy wysokość wierzytelności podlegającej zaspokojeniu jest w akcie określona wprost albo oznaczona za pomocą klauzuli waloryzacyjnej, i gdy akt określa warunki, które upoważniają wierzyciela do prowadzenia egzekucji o część lub całość roszczenia, jak również wskazany jest termin, do którego wierzyciel może wystąpić o nadanie temu aktowi klauzuli wykonalności. Oprócz tego tytułem egzekucyjnym jest także akt notarialny, w którym niebędący dłużnikiem osobistym właściciel ruchomości lub prawa obciążonych zastawem rejestrowym albo zastawem, poddaje się egzekucji z obciążonych składników, aby zaspokoić zastawnika[9].

W celu wszczęcia postępowania egzekucyjnego należy przedłożyć organowi egzekucyjnemu tytuł egzekucyjny z klauzulą wykonalności będącą aktem sądowym, w którym sąd stwierdza, że tytuł egzekucyjny przedłożony przez wierzyciela można wykonać oraz dopuszczalne jest prowadzenie egzekucji przeciwko dłużnikowi. Sąd nakazuje urzędom oraz osobom zainteresowanym wykonanie tytułu egzekucyjnego[10]. Postępowanie klauzulowe cechuje się odrębnym oraz autonomicznym charakterem zarówno względem postępowania rozpoznawczego, jak i postępowania egzekucyjnego. Postępowanie klauzulowe można niekiedy określić jako postępowanie pomocnicze, którego nie powinno się postrzegać jako postępowania rozpoznawczego bądź postępowania egzekucyjnego. Postępowanie to uznawane jest za stadium pośrednie pomiędzy postępowaniem rozpoznawczym a postępowaniem egzekucyjnym[11].

Z treści art. 776 k.p.c. wynika podstawowa przesłanka egzekucji. Przesłanka ta posiada charakter bezwzględnym w tym sensie, że bez tytułu wykonawczego nie może ważnie toczyć się postępowanie egzekucyjne. Przyjmuje się, że tytuł wykonawczy stanowi pewną oś postępowania egzekucyjnego, ponieważ jego brak skutkuje nieważnością postępowania egzekucyjnego. Z kolei pozbawienie wykonalności tytułu wykonawczego powoduje umorzenie postępowania egzeku-

[9] *Ibidem*.

[10] Por. K. Flaga-Gieruszyńska, w: *Kodeks postępowania*..., *op.cit*., s. 1329; por. Z. Bielak, w: *Egzekucja sądowa świadczeń pieniężnych*, red. Z. Bielak, M. Owsianka, Bydgoszcz–Warszawa 2009, s. 30.

[11] Uchwała SN z 24.01.2003 r., III CZP 90/02, OSNC Nr 11/2003, poz. 145, „Monitor Prawniczy" 2003, nr 12, s. 557.

cyjnego na wniosek dłużnika[12]. Wierzyciel jest zobowiązany do wniosku o wszczęcie egzekucji dołączyć oryginał tytułu wykonawczego, gdyż niedopełnienie tego wymogu traktowane jest jako brak formalny. Oznacza to, że jeżeli wniosek o wszczęcie egzekucji nie zostanie uzupełniony w określonym przez organ egzekucyjny terminie, to nastąpi jego zwrot[13].

Na podstawie art. 777 § 1 pkt 3 można zaryzykować pogląd, że katalog tytułów egzekucyjnych, wymieniony w art. 777, nie jest zamknięty[14].

Jednym z kluczowych przywilejów banków jest możliwość wystawienia bankowych tytułów egzekucyjnych[15]. Dzięki temu banki mogą znacznie łatwiej dochodzić swoich wierzytelności, omijając przy tym dochodzenie swoich roszczeń w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem. Przepisy prawa bankowego, które regulują zasady wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych oraz nadawania im klauzuli wykonalności, są normami szczególnymi wobec przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Jest to szczególny przywilej i uwzględniając zasadę równości wobec prawa, powinno dokonywać się ścisłej wykładni tego szczególnego przywileju jakim jest możliwość wystawienia bankowych tytułów egzekucyjnych[16].

Bankowy tytuł egzekucyjny został uznany przez Trybunał Konstytucyjny za zgodny z Konstytucją RP[17]. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o niesprzeczności bankowych przywilejów egzekucyjnych z konstytucyjną zasadą ochrony praw konsumentów opiera się w przeważającej mierze na argumentacji, że pozwolenie bankom dochodzenia swoich roszczeń od klientów banku na podstawie bankowego tytułu egzekucyjnego, pomimo że stanowi odejście od typowego bądź klasycznego modelu ochrony sądowej, nie powoduje naruszenia zasad sprawiedliwości proceduralnej, jeżeli sprawiedliwość ta nie zostanie oceniona w kategoriach absolutnych. Trybunał zauważył, że w pewnych kategoriach

[12] Por. E. Wengerek, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz do części II i III k.p.c*., red. M. Romańska, Wydawnictwo Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa 2009, s. 164 i nn.; A. Marciniak, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 506 –1088*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 622.

[13] Por. H. Pietrzykowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz...*, *op.cit*., s. 72.

[14] Por. P. Telenga, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2008, s. 1133.

[15] Por. W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz–Wrocław 2003, s. 69.

[16] Postanowienie SN z 13.10.2005 r., III CZP 64/05, LEX nr 172097, Biul. SN 2006, nr 2, s. 9.

[17] Por. P. Zapadka, w: *Polskie prawo bankowe. Wybrane zagadnienia*, red. A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, Warszawa 2009, s. 203.

spraw lub w określonej sytuacji ustawodawca zezwala na wystawienie tytułów egzekucyjnych zarówno na podstawie orzeczeń sądowych, jak również na podstawie wyroku sądu polubownego bądź ugody zawartej przed sądem albo aktu notarialnego, w którym dłużnik poddał się dobrowolnie egzekucji. Wszystkie te sytuacje zawierają wspólny element, jakim jest dobrowolność poddania się przez strony określonej metodzie rozstrzygnięcia konfliktu, której skutkiem jest rezygnacja z posłużenia się typowymi regułami proceduralnymi w celu uruchomienia szybszej, skuteczniejszej i tańszej drogi rozwiązania sporu[18].

Bankowy tytuł egzekucyjny może wystawić wyłącznie bank, który jest uprawniony do dokonywania czynności bankowych, o których jest mowa w art. 5 ust. 1 i 2 Prawa bankowego. Bankowe tytuły egzekucyjne mogą wystawiać banki specjalistyczne, na przykład hipoteczne, wyłącznie w zakresie wierzytelności wynikających z czynności bankowych, do których są uprawnione. Bankowy tytuł egzekucyjny może wystawić także bank w trakcie postępowania w sprawie ogłoszenia upadłości banku przez syndyka masy upadłościowej. W literaturze oraz orzecznictwie sądów powszechnych wyrażane są jednakże pewne zastrzeżenia dotyczące możliwości wystawienia bankowych tytułów egzekucyjnych przez syndyka masy upadłości banku[19]. Możliwości wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego nie mają kasy oszczędnościowo-kredytowe, które nie posiadają statusu banków[20].

Biorąc pod uwagę możliwość wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego przez Narodowy Bank Polski, można spotkać dwa odmienne stanowiska. Zwolennicy pierwszego poglądu stoją na stanowisku nieprzyznania Narodowemu Bankowi Polskiemu możliwości wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego. Twierdzą oni, że NBP jest szczególnym bankiem, który posiada odrębną regulację wyłączającą możliwość stosowania przepisów prawa bankowego, a w konsekwencji również prawa do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych. Z kolei drugie stanowisko opowiada się za prawem NBP do wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych. Uprawnienie to można wyinterpretować z przepi-

[18] Por. A. Janiak, *Konsument wobec przywilejów egzekucyjnych banków*, „Monitor Prawniczy" 2008, nr 23, s. 37.

[19] Por. M. Bączyk, *Prawo bankowe. Komentarz*, red. M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyzioł, Warszawa 2007, s. 470 i nn.

[20] Por. M. Muliński, *Nadawanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu po nowelizacji prawa bankowego i k.p.c.*, „Prawo Bankowe" 2004, nr 12, s. 45 i nn.

sów prawa bankowego, które przyznało uprawnienie do wystawiania bankowego tytułu egzekucyjnego wszystkim bankom, w tym także NBP[21].

Bankowy tytuł egzekucyjny jest instytucją prawną umożliwiającą bankom egzekwowanie swoich należności z pominięciem drogi sądowej, jak również egzekucję należności bez tytułu egzekucyjnego w postaci prawomocnego wyroku[22]. Zakres przedmiotowy stosowania bankowych tytułów egzekucyjnych wyznacza przede wszystkim katalog czynności bankowych, o których jest mowa w art. 5 ust. 1 i 2 Prawa bankowego.

Zgodnie z art. 96 Prawa bankowego[23] bankowy tytuł egzekucyjny wystawiony jest przez bank na podstawie ksiąg banku lub innych dokumentów związanych z dokonywaniem czynności bankowych[24]. Bankowy tytuł egzekucyjny, który został wystawiony na podstawie art. 96 ust. 1 Prawa bankowego, jest dokumentem prywatnym. Według art. 95 ust. 1 Prawa bankowego bankowy tytuł egzekucyjny posiada moc prawną dokumentu urzędowego, jeśli stanowi wyciąg z ksiąg rachunkowych banku, czyli odzwierciedla informacje, które są zawarte w tych księgach[25]. Bankowy tytuł egzekucyjny nie tworzy żadnych zobowiązań po stronie banku. Jest on tylko deklaratoryjnym oświadczeniem na temat jego istniejących uprawnień, które bank zamierza skierować do egzekucji. Bankowy tytuł egzekucyjny posiada moc prawną dokumentu urzędowego wyłącznie w zakresie zawartych informacji ustalonych na podstawie ksiąg rachunkowych banku[26].

Wystawiony bankowy tytuł egzekucyjny pełni trzy zasadnicze funkcje. Pierwsza funkcja bankowego tytułu egzekucyjnego polega na stwierdzeniu przez bank, że objęte tytułem roszczenie jest wymagalne oraz że dłużnik jest zobowiązany do jego spełnienia. Druga funkcja bankowego tytułu egzekucyjnego polega na stwierdzeniu faktu braku dobrowolnego wykonania przez dłużnika zobowiązania wobec banku. Trzecia funkcja, jaką pełni bankowy tytuł egzekucyjny, polega na wyrażeniu przez bank woli uzyskania zaspokojenia należności, które zostały

[21] Por. M. Olczyk, *Prawo bankowe. Komentarz T. 2, Komentarz do art. 92A-194*, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 121 i nn.

[22] Por. L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 570.

[23] Ustawa z 29.08.1997 r. Prawo bankowe, Dz.U. 2002, nr 72, poz. 665 ze zm.

[24] Por. P. Modrzyński, *Polskie prawo bankowe a standardy Unii Europejskiej*, Toruń 2003, s. 78.

[25] Por. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, Warszawa 2008, s. 262.

[26] Por. T. Czech, *Wykonalność bankowych tytułów* (*cz. I*)..., *op.cit*., s. 105.

ujęte w tytule w wyniku egzekucji sądowej. Bank nie ma obowiązku dołączenia do bankowego tytułu egzekucyjnego żadnych wezwań dłużnika do spełnienia zobowiązania. Sytuacja ta uległa zmianie dopiero po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 stycznia 2005 r., który sprawił, że pojawiła się praktyka uprzedniego wzywania dłużnika banku do wykonania zobowiązania przed wystawieniem bankowego tytułu egzekucyjnego oraz zawiadomienia dłużnika o wystawieniu tego rodzaju tytułu egzekucyjnego[27].

W myśl art. 96 Prawa bankowego bankowy tytuł egzekucyjny powinien zawierać informacje o banku, który go wystawił oraz na rzecz którego ma zostać przeprowadzona egzekucja. Ponadto należy także umieścić w tego rodzaju tytule egzekucyjnym informację o dłużniku, który jest zobowiązany do zapłaty, jak również podać wysokość zobowiązania dłużnika łącznie z odsetkami oraz terminem ich płatności.

Wysokość zobowiązania dłużnika powinna być oznaczona w bankowym tytule egzekucyjnym zgodnie z walutą długu oraz oświadczeniem dłużnika o poddaniu się egzekucji. W postępowaniu egzekucyjnym zobowiązanie do zapłaty sumy pieniężnej, która została wyrażona w walucie obcej, może być wykonane w złotych polskich po uprzednim przeliczeniu na złote według kursu Narodowego Banku Polskiego[28].

Wymagalne odsetki można wyrazić na dwa sposoby, tj. za pomocą stopy procentowej albo z obliczenia ich sumy za określony czas. Bank może także zastrzec sobie w bankowym tytule egzekucyjnym prawo egzekwowania odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia głównego, które powstało po wystawieniu tego tytułu. Roszczenie o zapłatę odsetek wynikających z opóźnienia nie może powstać bez obowiązku świadczenia sumy głównej. Ma ono zatem charakter należności ubocznej, związanej z obowiązkiem świadczenia głównego. Roszczenie o odsetki za opóźnienie powstaje na skutek istnienia długu głównego[29].

Oprócz tego niezbędne jest także, według art. 96 Prawa bankowego, zamieszczenie informacji o dacie wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego oraz określenie czynności bankowej, z której dochodzi się roszczeń. Poza tym niezbędne jest podanie wzmianki o wymagalności dochodzonego roszczenia. Istnieje także wymóg opatrzenia bankowego tytułu egzekucyjnego pieczęcią ban-

[27] Por. M. Bączyk, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 476.

[28] Por. E. Kryński, *Bankowy tytuł egzekucyjny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego*, „Prawo Bankowe" 2007, nr 3, s. 89 i nn.

[29] Por. B. Smykla, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 311 i nn.

ku, który wystawił tytuł, wraz z podpisami osób upoważnionych do działania na rzecz banku.

Niezawarcie któregoś z elementów bankowego tytułu egzekucyjnego wskazanego w ustawie powoduje oddalenie przez sąd, w postępowaniu klauzulowym, wniosku o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu[30].

W przypadku egzekucji skierowanej przeciwko kilku osobom lub egzekucji z kilku części składowych majątku dłużnika istnieje możliwość wystawienia dalszych tytułów egzekucyjnych. Według postanowienia Sądu Najwyższego (III CZP 64/05) każdy, również dalszy bankowy tytuł egzekucyjny jest oceniany przez sąd, który nadaje klauzulę wykonalności. Przejawia się to tym, że bank wystawia za każdym razem kolejny tytuł egzekucyjny, który aby się stać tytułem wykonawczym, musi zostać opatrzony klauzulą wykonalności. Takie postępowanie ma na celu zabezpieczenie obrotu prawnego oraz umożliwia zobowiązanemu przedstawienie swoich racji. Przyczynia się także do usunięcia problemów, które są związane z możliwością uzyskania przez bank kilku tytułów wykonawczych na podstawie jednego tytułu egzekucyjnego. Bank, chcąc uzyskać kolejny tytuł wykonawczy, jest zobowiązany do wydania dalszego bankowego tytułu egzekucyjnego, który stanie się przedmiotem postępowania sądu o nadanie mu klauzuli wykonalności. Dalszy tytuł egzekucyjny powinien zawierać wszystkie elementy, o jakich mowa w art. 96 ust. 2 Prawa bankowego oraz numer kolejny tytułu i cel jego wydania, jeśli dłużnikiem jest osoba, przeciwko której bank wystawił już pierwszy tytuł egzekucyjny. Może się zdarzyć, że dalszy bankowy tytuł egzekucyjny będzie miał identyczną datę jak pierwszy bankowy tytuł egzekucyjny. Jednak ten dalszy bankowy tytuł egzekucyjny będzie zawsze późniejszy w czasie, ponieważ dwóch tytułów nie można sporządzić w tym samym momencie. Biorąc pod uwagę okoliczności związane z możliwością pomylenia tytułów, dalszy bankowy tytuł egzekucyjny powinien posiadać numer kolejny. Ponadto cel wystawienia dalszego bankowego tytułu egzekucyjnego nie może wynikać jedynie z wniosku wierzyciela o nadanie klauzuli wykonalności.

Z art. 96 ust. 3 Prawa bankowego można wywnioskować, iż bankowy tytuł egzekucyjny może zostać wystawiony zarówno przeciwko jednej osobie, jak i większej liczbie osób. Do postępowania klauzulowego, w tym również do bankowego tytułu egzekucyjnego, mają odpowiednie zastosowanie przepisy o procesie. Według art. 72 § 1 k.p.c. kilka osób ma możliwość, w jednej sprawie,

[30] Por. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 264.

występować w roli pozwanych, w tym przypadku uczestników, jeśli przedmiot sporu stanowią obowiązki im wspólne lub oparte na identycznej podstawie faktycznej i prawnej. W przypadku gdy właściwość sądu jest uzasadniona dla każdego ze zobowiązań z osobna, jak również dla wszystkich wspólnie, zobowiązania powinny być jednego rodzaju i być oparte na identycznej podstawie faktycznej i prawnej. Należy zatem uznać, że jednym tytułem można objąć zobowiązania kilku dłużników, tj. np. kredytobiorców i poręczycieli. Przy wystawianiu bankowego tytułu egzekucyjnego skierowanego przeciwko kilku osobom należy wskazać rodzaj odpowiedzialności dłużników. Nieoznaczenie rodzaju odpowiedzialności dłużników spowoduje uniemożliwienie komornikowi prowadzenie postępowania egzekucyjnego[31].

Bankowy tytuł egzekucyjny w myśl art. 97 Prawa bankowego może stanowić podstawę egzekucji prowadzonej na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego po nadaniu mu przez sąd klauzuli wykonalności jedynie przeciwko osobie dokonującej bezpośrednio z bankiem czynności bankowej czy też będącej dłużnikiem banku z tytułu zabezpieczenia wierzytelności wynikającej z czynności bankowej oraz gdy roszczenie, które zostało objęte tytułem, wynika bezpośrednio z tej czynności bankowej lub jej zabezpieczenia. Ponadto osoba ta powinna złożyć pisemne oświadczenie o poddaniu się egzekucji. Warto także podkreślić, że w myśl uchwały Sądu Najwyższego[32] czynnością bankową dokonywaną bezpośrednio z bankiem w myśl art. 97 ust. 1 Prawa bankowego jest również czynność dokonana przez pełnomocnika banku. Zawarcie przez pełnomocnika banku w imieniu banku umowy kredytu lub pożyczki pieniężnej z osobą trzecią powoduje, że stroną umowy jest od momentu jej zawarcia bank. W rezultacie umowa ta wiąże bank oraz osobę trzecią. W takiej sytuacji można mówić o dokonaniu przez osobę trzecią czynności bankowej z bankiem.

Oświadczenie dłużnika o poddaniu się egzekucji powinno dokładnie określać kwotę zadłużenia, do której bank ma prawo wystawić bankowy tytuł egzekucyjny, jak również termin, do którego bank ma możliwość wystąpienia o nadanie danemu tytułowi klauzuli wykonalności. Ponadto dłużnik może się także poddać egzekucji wydania rzeczy, jeżeli został ustanowiony zastaw rejestrowy lub zostało dokonane przeniesienie własności mającej na celu zabezpieczenie roszczenia.

---

[31] Por. A. Rychter, *Bankowy tytuł egzekucyjny – 10 lat praktyki*, „Prawo Bankowe" 2008, nr 6, s. 99.

[32] Uchwała SN z 30.01.2002 r., III CZP 80/01, OSNC nr 1/2003, poz. 2, „Monitor Prawniczy" 2002, nr 24, s. 1138.

Oświadczenie dłużnika o poddaniu się egzekucji wydania rzeczy powinno precyzyjnie określać ową rzecz, jak również zawierać termin, do którego bank będzie miał prawo złożyć wniosek o nadanie bankowemu tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności[33].

Oświadczenie dłużnika o poddaniu się egzekucji nie jest czynnością procesową, ponieważ nie jest składane przez osobę, która jest stroną postępowania cywilnego, jak również nie jest składane w związku z innym postępowaniem cywilnym. Oświadczenie to jest czynnością materialnoprawną, która wywołuje na gruncie prawa procesowego daleko idące skutki[34].

Biorąc pod uwagę względy praktyczne, przyjąć należy, że bankowy tytuł egzekucyjny nie musi dotyczyć całości długu. Może on obejmować jedynie świadczenie główne lub jego część, tylko odsetki lub ich część, czy też część świadczenia głównego i część odsetek. Przy częściowo wadliwym oznaczeniu zobowiązań dłużnika dozwolone jest nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu w części dotyczącej zobowiązań dłużnika właściwie oznaczonych[35].

Prawo banku do wystawienia bankowych tytułów egzekucyjnych nie wyłącza możliwości wszczęcia postępowania rozpoznawczego na zasadach ogólnych, w tym postępowania nakazowego. Bank posiada możliwość wyboru pomiędzy skorzystaniem z przyznanego mu z mocy prawa przywileju egzekucyjnego a wszczęciem postępowania rozpoznawczego na zasadach ogólnych. Bank ma prawo skorzystania z postępowania nakazowego w przypadku, gdy dochodzi roszczenia na podstawie wyciągu z ksiąg bankowych. Wyciąg ten powinien zostać podpisany przez osoby, które zostały uprawnione do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych banku oraz zostać opatrzony pieczęcią banku. Ponadto wyciąg z ksiąg bankowych powinien zostać dołączony jako dowód doręczenia dłużnikowi banku pisemnego wezwania do zapłaty. W postępowaniu nakazowym nie obowiązują ograniczenia, które dotyczą wierzytelności bankowych. Bank wobec tego będzie miał możliwość dochodzenia w postępowaniu nakazowym również wierzytelności, które niekoniecznie wynikają z czynności bankowej[36].

---

[33] Por. L. Mazur, *Prawo bankowe...*, *op.cit*., s. 581.

[34] Uchwała SN z 9.02.2005 r., III CZP 80/04, OSNC nr 12/2005, poz. 203, „Monitor Prawniczy" 2006, nr 14, s. 774.

[35] Por. B. Smykla, *Prawo bankowe...*, *op.cit*., s. 321.

[36] Por. M. Bączyk, *Prawo bankowe...*, *op.cit*., s. 478.

Bankowy tytuł egzekucyjny nie korzysta z przymiotów, które są znamienne dla tytułów egzekucyjnych w postaci prawomocnych orzeczeń sądowych[37]. W przeciwieństwie do orzeczeń sądu, bankowy tytuł egzekucyjny nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, co umożliwia dłużnikowi oparcie powództwa przeciwegzekucyjnego na zdarzeniach, które nastąpiły przed wystawieniem bankowego tytułu egzekucyjnego. Pozwala dłużnikowi również na wszczęcie sporu sądowego po wyegzekwowaniu należności[38].

Tytułom egzekucyjnym niepochodzącym od sądów klauzulę wykonalności nadaje sąd rejonowy ogólnej właściwości dłużnika. W sytuacji, gdy nie ma możliwości ustalenia ogólnej właściwości dłużnika, klauzulę nadaje sąd, w którego okręgu ma zostać wszczęta egzekucja. Sądem ogólnej właściwości w przypadku osób fizycznych jest sąd, w którego okręgu pozwany ma miejsce zamieszkania. Jeśli pozwany nie ma miejsca zamieszkania w Polsce, wówczas właściwy jest sąd dla miejsca jego pobytu w Polsce. W razie gdy miejsce pobytu pozwanego nie jest znane lub nie leży w Polsce, właściwy jest sąd ostatniego miejsca zamieszkania pozwanego w Polsce[39]. Do wniosku o nadanie klauzuli wykonalności bank ma obowiązek dołączyć bankowy tytuł egzekucyjny. Nie wymaga się jednak dołączenia do wniosku umowy, na podstawie której można byłoby stwierdzić, czy bankowy tytuł egzekucyjny dotyczy należności wynikających z czynności bankowej[40]. Nadanie bankowemu tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności oznacza zgodę na przeprowadzenie egzekucji, czyli zastosowanie przymusu państwowego w tym postępowaniu, na podstawie istniejącego tytułu egzekucyjnego. Nadanie klauzuli wykonalności ma charakter deklaratoryjny. Oznacza to, że czynność ta nie tworzy żadnych nowych praw, a jedynie stwierdza, że tytuł egzekucyjny kwalifikuje się do egzekucji[41]. Po uzyskaniu klauzuli wykonalności bank ma prawo przystąpić do egzekucji z majątku dłużnika. Bank może ominąć w ten sposób kosztowny oraz czasochłonny etap procesu z dłużnikiem, w którym

[37] Uchwała SN z 7.01.2004 r., III CZP 98/03, OSNC nr 2/2005, poz. 27, „Monitor Prawniczy" 2004, nr 17, s. 805.

[38] Por. R. Sura, *Bankowy tytuł egzekucyjny*, Lublin 2008, s. 178.

[39] Por. A. Rychter, *Bankowy tytuł egzekucyjny*..., *op.cit*., s. 103 i nn.

[40] Por. L. Mazur, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 582.

[41] Por. P. Zapadka, *Polskie prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 202.

bank byłby zobowiązany do udowodnienia wysokości oraz zasadności swoich roszczeń[42].

Kontrola sądowa bankowych tytułów egzekucyjnych, realizowana w postępowaniu klauzulowym, dokonywana jest w ograniczonym zakresie i nie może usunąć wszystkich nieprawidłowości znajdujących się w tych tytułach. Nie istnieją zatem przekonujące argumenty przemawiające za zwolnieniem banku z odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone przeprowadzeniem egzekucji na podstawie tytułu egzekucyjnego, któremu została nadana klauzula wykonalności, wystawionego z zawinionym naruszeniem prawa[43].

Dłużnik ma prawo, w przypadku wszczęcia egzekucji na podstawie bankowego tytułu egzekucyjnego, wnieść zażalenie na postanowienie sądu o nadanie klauzuli wykonalności. W drodze zażalenia dłużnik może zwalczać jedynie uchybienia formalne, które zostały popełnione w toku postępowania o nadanie klauzuli wykonalności. W tym trybie jest niedopuszczalne podnoszenie zarzutów merytorycznych, które kwestionowałyby istnienie roszczenia, ponieważ nie stanowią one przedmiotu badania sądu w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności[44].

Według art. 97 ust. 3 Prawa bankowego sąd rozpoznaje wniosek banku o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu niezwłocznie, jednak nie później niż w ciągu trzech dni od daty jego złożenia[45]. Termin, w ciągu którego sąd jest zobowiązany do rozpoznania wniosku banku, jest terminem instrukcyjnym. Oznacza to, że zachowanie terminu nie jest warunkiem świadczącym o skuteczności czynności[46].

Sąd rozpoznający wniosek o nadanie klauzuli wykonalności ma możliwość wydania orzeczenia reformatoryjnego, czyli może uwzględnić wniosek w określonym zakresie i w tym jedynie zakresie wydać postanowienie o nadanie klauzu-

[42] Por. T. Czech, *Bankowy tytuł egzekucyjny a umowa arbitrażowa*, „Prawo Bankowe" 2007, nr 10, s. 104.

[43] Por. Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 265.

[44] Por. A. Janiak, *Konsument wobec przywilejów egzekucyjnych*..., *op.cit*., s. 38.

[45] Por. R. Zelwiański, *Działania Rzecznika Praw Obywatelskich na rzecz ochrony interesów konsumentów usług bankowych*, „Monitor Prawniczy" 2008, nr 23, s. 15; por. A. Janiak, *Przywileje bankowe w prawie polskim*, Kraków 2003, s. 160.

[46] Por. P. Brzeziński, *Nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu a bieg przedawnienia*, „Monitor Prawniczy" 2006, nr 11, s. 612.

li wykonalności. Natomiast w pozostałym zakresie ma prawo odmówić wydania klauzuli wykonalności[47].

W myśl art. 98 Prawa bankowego bankowy tytuł egzekucyjny może stanowić podstawę egzekucji, która będzie skierowana przeciwko osobie trzeciej, jeżeli osoba ta przejmie dług wynikający z czynności bankowej, o której jest mowa w art. 97 ust. 1 Prawa bankowego. W sytuacji gdy po dokonaniu czynności bankowej obowiązek spełnienia świadczenia przeszedłby na inne osoby w następstwie spadkobrania lub przekształcenia osoby prawnej bądź w razie gdyby zachodziłaby potrzeba egzekucji z majątku wspólnego małżonków, wówczas podstawą egzekucji może być tytuł wykonawczy oparty na bankowym tytule egzekucyjnym zaopatrzonym w sądową klauzulę wykonalności nadaną przez sąd przeciwko tym osobom.

Według art. 922 k.c. z chwilą śmierci osoby jej prawa oraz obowiązki przechodzą na spadkobierców. Stają się oni z mocy ustawy następcami prawnymi zmarłego kredytobiorcy i przejmują jego obowiązki z tytułu umowy kredytu, w tym także uprawnienia gwarancyjne, które wynikają z oświadczenia o poddaniu się egzekucji[48].

W sytuacji gdy spadkobiercą jest Skarb Państwa, bankowy tytuł egzekucyjny powinien zostać każdorazowo wystawiony przeciwko temu podmiotowi. W bankowym tytule egzekucyjnym skierowanym przeciwko Skarbowi Państwa należy zamieścić także oznaczenie reprezentującej go jednostki organizacyjnej. Nieprawidłowe oznaczenie jednostki organizacyjnej nie wywołuje negatywnych skutków dla wystawcy tytułu, gdyż dłużnikiem banku zawsze będzie Skarb Państwa[49].

Bank nie ma prawa do wystawienia bankowego tytułu egzekucyjnego przeciwko osobie, która bezpośrednio z bankiem dokonała czynności bankowej, po śmierci tej osoby[50]. Sąd Najwyższy uznał, że nie ma różnicy między tytułami egzekucyjnymi pochodzącymi od sądu a tymi, które zostały wystawione przez banki. Z ogólnych zasad wynika, że aby być stroną postępowania, należy posiadać zdolność sądową, której nie posiada osoba nieżyjąca. Sąd wskazał także, iż wystawienie tytułu egzekucyjnego skierowanego przeciwko zmarłemu dłużni-

[47] Por. E. Kryński, *Bankowy tytuł egzekucyjny w orzecznictwie*..., *op.cit*., s. 90 i nn.

[48] Por. A. Rychter, *Bankowy tytuł egzekucyjny*..., *op.cit*., s. 100.

[49] *Ibidem*, s. 100.

[50] Uchwała SN z 16.01.2009 r., III CZP 132/08, OSNC nr 12/2009, poz. 157, „Monitor Prawniczy" 2009, nr 4, s. 179.

kowi powoduje naruszenie wymogów formalnych związanych z prawidłowym wystawieniem bankowego tytułu egzekucyjnego. Z chwilą śmierci dłużnika jego prawa i obowiązki majątkowe przechodzą na spadkobierców, którzy stają się dłużnikami banku. Prawo bankowe zezwala bankom na wystawienie bankowego tytułu egzekucyjnego przeciwko spadkobiercom czynności bankowej oraz uprawnia banki do żądania nadania przeciwko takim spadkobiercom klauzuli wykonalności. W tytule poza danymi aktualnych dłużników można także umieścić dane spadkodawcy. Prawo bankowe uprawnia banki do żądania nadania klauzuli wykonalności skierowanej przeciwko tytułowi wystawionemu przed śmiercią dłużnika. Do wniosku o nadanie klauzuli wykonalności należy dołączyć właściwy dokument, który wykazywałby przejście obowiązków zmarłego na spadkobierców. Dokument ten ma umożliwić sądowi zweryfikowanie, czy zamieszczone w tytule egzekucyjnym osoby są faktycznymi następcami prawnymi podmiotu, z którym bank dokonał czynności bankowej[51].

W przypadku gdy dłużnikiem banku jest jeden z małżonków oraz zachodzi potrzeba egzekucji z ich majątku wspólnego, bank ma prawo wystąpić o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko drugiemu małżonkowi bankowego tytułu egzekucyjnego, który został zaopatrzony już w klauzulę przeciwko małżonkowi będącemu dłużnikiem banku[52]. Wierzyciel, który ma zamiar prowadzić egzekucję zarówno z majątku osobistego dłużnika, innych składników majątku, o których jest mowa w art. $776^1$ k.p.c., jak również z innego majątku objętego małżeńską wspólnością majątkową, musi uzyskać klauzulę wykonawczą przeciwko małżonkowi dłużnika[53].

Postępowanie o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu nie jest poprzedzone postępowaniem rozpoznawczym, w związku z czym nie może pełnić funkcji pomostu pomiędzy postępowaniem rozpoznawczym i egzekucyjnym. Postępowanie o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu należy traktować jako formę wstępnej kontroli sądowej tytułu egzekucyjnego pod względem jego legalności oraz prawidłowości, a w dalszej perspektywie jako dopuszczalność wszczęcia na jego podstawie

[51] Por. A. Rychter, *Glosa do uchwały z 16 I 2009, III CZP 132/08*, „Państwo i Prawo" 2010, nr 1, s. 127 i nn.

[52] Por. B. Smykla, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 323.

[53] Por. A. Hrycaj, *Egzekucja praktyczna*, Poznań 2007, s. 145.

właściwego postępowania egzekucyjnego[54]. Zgodnie z art. $786^2$ k.p.c. sąd bada w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu czy dłużnik poddał się egzekucji oraz czy roszczenie, które zostało objęte tytułem egzekucyjnym, powstało w wyniku czynności bankowej dokonanej bezpośrednio z bankiem lub powstało na skutek zabezpieczenia wierzytelności banku. W przypadku gdy wykonanie tytułu egzekucyjnego uzależnione jest od zdarzenia, które wierzyciel powinien udowodnić, sąd nada klauzulę wykonalności dopiero po dostarczeniu dowodu dotyczącego tego zdarzenia w formie dokumentu.

Pominięcie postępowania rozpoznawczego celem szybszego uzyskania klauzuli wykonalności wpływa na pogorszenie sytuacji dłużnika banku, ponieważ uniemożliwia mu podjęcie obrony, jaka przysługiwałaby dłużnikowi, gdyby był pozwany w procesie cywilnym[55].

Artykuł $786^2$ k.p.c. jest powiązany z art. 96–98 Prawa bankowego, które normują zasady wystawiania przez banki bankowych tytułów egzekucyjnych, jak również ich treść oraz skuteczność. W postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu sąd bada nie tylko przesłanki merytoryczne ujęte w art. $786^2$, ale również to, czy dokument, który został przedłożony przez bank, spełnia wynikające z przepisów prawa bankowego przesłanki ważności oraz skuteczności bankowego tytułu egzekucyjnego. Dozwolone jest nadanie klauzuli wykonalności tytułowi egzekucyjnemu wystawionemu przez bank nabywający od innego banku, na podstawie umowy przelewu, objętą tym tytułem wierzytelność wynikającą z czynności bankowej[56].

W przypadku połączenia banków, zgodnie z art. 788§1 k.p.c., istnieje możliwość nadania bankowemu tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przez bank przejmowany klauzuli wykonalności na rzecz banku przejmującego. Konsolidacja banków może nastąpić tylko poprzez przeniesienie całego majątku banku przejmowanego na rzecz banku przejmującego za przekazanie udziałów bądź akcji przez bank przejmujący. Bank przejmujący przekazuje te udziały bądź akcje członkom albo akcjonariuszom banku przejmowanego. Do następstwa prawnego będącego przesłanką stosowania art. 788§1 k.p.c. dochodzi wyłącznie po stronie jednego z konsolidujących się podmiotów, tj. banku przejmowanego. Z właści-

[54] Por. M. Uliasz, *Wniosek o nadanie klauzuli wykonalności*, „Monitor Prawniczy" 2004, nr 6, s. 283.

[55] Por. R. Sura, *Bankowy tytuł*..., *op.cit*., s. 172.

[56] Por. P. Telenga, *Kodeks postępowania*..., *op.cit*., s. 1152.

wości instytucji bankowego tytułu egzekucyjnego wynika, że niedozwolone jest nadanie takiemu tytułowi klauzuli wykonalności na rzecz innego podmiotu niż bank. Zmiana podmiotowa po stronie wierzyciela, w przypadku gdy następca prawny posiada status banku, nie oznacza sama przez się, że wymaganie związane z dokonaniem czynności bezpośrednio z bankiem nie zostało zrealizowane[57].

W doktrynie oraz w judykaturze istnieje dyskusyjny problem na temat przerwania biegu przedawnienia na skutek złożenia wniosku o nadanie klauzuli wykonalności tytułu egzekucyjnego. Według zwolenników pierwszego poglądu wniosek o nadanie klauzuli wykonalności nie stanowi czynności procesowej, która przerywa bieg terminu przedawnienia[58]. Natomiast przedstawiciele drugiego stanowiska są zdania, iż wniosek o nadanie klauzuli wykonalności powoduje przerwanie biegu przedawnienia[59].

Sąd Najwyższy stwierdził, że wniosek o nadanie klauzuli wykonalności jakiemukolwiek tytułowi egzekucyjnemu przerywa bieg przedawnienia. Sąd uznał, że w sytuacji przyjęcia teorii nieprzerwania biegu przedawnienia przez złożenie wniosku przez bank o nadanie klauzuli wykonalności mogłoby dojść do przedłużania się postępowania klauzulowego, na skutek którego roszczenia banków mogłyby bezpodstawnie ulec przedawnieniu. Taki stan rzeczy byłby sprzeczny z celem ustanowienia w art. 96–98 Prawa bankowego specjalnego trybu egzekucji[60]. Ponadto pozbawienie banku ochrony przed biegiem terminu przedawnienia spowodowałoby, że podmiot uprawniony do dochodzenia swoich roszczeń będzie zmierzał do uzyskania tytułu egzekucyjnego w postaci orzeczenia sądu powszechnego, co doprowadziłoby do znacznego wzrostu obciążenia sądów sprawami rozstrzyganymi dotychczas z pominięciem postępowania rozpoznawczego. Taka sytuacja mogłaby przyczynić się do istotnego osłabienia pozycji wierzyciela kosztem nieuczciwego dłużnika[61].

---

[57] Uchwała SN z 22.02.2006 r., III CZP 129/05, OSNC nr 1/2007, poz. 4, Biul. SN 2006, nr 2, s. 6, „Monitor Prawniczy" 2007, nr 9, s. 514.

[58] Por. K. Danielczyk, *Bankowy tytuł egzekucyjny a bieg przedawnienia*, „Monitor Prawniczy" 2006, nr 7, s. 387 i nn.

[59] Por. H. Pietrzkowski, *Kodeks postępowania cywilnego...*, *op.cit*., s. 108; por. M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego...*, *op.cit*., s. 1161; por. A. Rychter, *Bankowy tytuł egzekucyjny...*, *op.cit*., s. 106; Uchwała SN z 16.01.2004 r., III CZP 101/03, OSNC nr 4/2005, poz. 58, „Monitor Prawniczy" 2004, nr 22, s. 1017.

[60] Por. Ł. Karczyński, *Bankowy tytuł egzekucyjny a bieg przedawnienia*, „Monitor Prawniczy" 2006, nr 8, s. 442 i nn.

[61] Por. K. Danielczyk, *Bankowy tytuł egzekucyjny...*, *op.cit*., s. 390 i nn.

W przypadku dokonania zapisu na sąd polubowny przez bank i dłużnika banku niedopuszczalne staje się wystawienie przez bank bankowego tytułu egzekucyjnego w zakresie roszczeń banku, które zostały objęte takim zapisem. W sytuacji gdyby bank wystawił bankowy tytuł egzekucyjny pomimo istnienia umowy obejmującej zapis na sąd polubowny, sąd rejonowy jest zobowiązany oddalić wniosek banku o nadanie takiemu tytułowi klauzuli wykonalności[62].

Na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz literatury można stwierdzić, że bankowy tytuł egzekucyjny stanowi w istocie ustawowy przywilej banków, umożliwiający bankom łatwiejsze dochodzenie swoich wierzytelności, które wynikają z dokonywanych czynności bankowych[63]. W orzecznictwie Sądu Najwyższego (III CZP 80/01), jak również w doktrynie podkreśla się, że przepisy o bankowym tytule egzekucyjnym cechują się wyjątkowym charakterem, gdyż stanowią odstępstwo od ogólnych zasad dochodzenia roszczeń w sądowym postępowaniu rozpoznawczym. Z tego powodu przepisy o bankowym tytule egzekucyjnym powinny być interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco.

W polskiej literaturze przyjmuje się słusznie, że wystawiane przez banki bankowe tytuły egzekucyjne nie mogłyby podlegać wykonaniu w innych państwach należących do Unii Europejskiej na podstawie przepisów rozporządzenia nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady[64] z 21 kwietnia 2004 r. dotyczącego utworzenia europejskiego tytułu egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych[65]. Europejski tytuł egzekucyjny może obejmować wyłącznie roszczenia bezsporne dotyczące zapłaty konkretnej sumy pieniężnej, która stała się wymagalna lub dla której termin wymagalności został podany w tytule egzekucyjnym. Do roszczeń bezspornych należą w szczególności te roszczenia, na które dłużnik wyraźnie wyraził zgodę w dokumencie urzędowym. Rozporządzenie nr 805/2004 ma zastosowanie wyłącznie do roszczeń pieniężnych, natomiast bankowy tytuł egzekucyjny obejmuje ponadto obowiązek wydania rzeczy lub obowiązek znoszenia egzekucji z przedmiotu zabezpieczenia. Ponadto przesłankę autentyczności, tj. wiarygodności, którą rozporządzenie nr 805/2004 zastrzega w stosunku do podpisu oraz treści dokumentu urzędowego, powinno się ustalić na podstawie prawa państwa, z którego określony dokument pochodzi. Z kolei bankowy tytuł

[62] Por. M. Bączyk, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 478 i nn.

[63] Uchwała SN z 2.04.2004 r., III CZP 9/04, OSNC nr 6/2005, poz. 98, „Monitor Prawniczy" 2005, nr 6, s. 311.

[64] Dz.U. L 143 z 30.04.2004 r.

[65] Por. M. Bączyk, *Prawo bankowe*..., *op.cit*., s. 472.

egzekucyjny, który został wystawiony na podstawie art. 96 ust. 1 Prawa bankowego, posiada moc prawną dokumentu urzędowego wyłącznie w przypadku, gdy stanowi wyciąg z ksiąg rachunkowych banku. Na gruncie prawa polskiego taki bankowy tytuł egzekucyjny spełnia przesłanki autentyczności formalnej oraz merytorycznej, ponieważ przysługuje mu zarówno domniemanie prawdziwości, jak też domniemanie zgodności jego treści z prawdą. Pozostałe bankowe tytuły egzekucyjne nie spełniają wymogu autentyczności, o którym mowa w rozporządzeniu. Poza tym rozporządzenie nr 805/2004 ustanawia, że autentyczność dokumentu powinna zostać stwierdzona przez właściwy organ władzy publicznej. Natomiast w przypadku bankowego tytułu egzekucyjnego żaden organ państwowy nie stwierdza autentyczności takiego dokumentu. Konstrukcja przyjęta w prawie bankowym powoduje, że możliwość skorzystania z bankowego tytułu egzekucyjnego w postępowaniu egzekucyjnym jest zawężona wyłącznie do terytorium Polski[66].

Konkludując, można stwierdzić, że bankowy tytuł egzekucyjny umożliwia bankom łatwiejsze dochodzenie swoich wierzytelności, bez potrzeby dochodzenia swoich roszczeń w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem. Bankowy tytuł egzekucyjny jest szczególnym przywilejem, który może być wystawiony wyłącznie przez bank uprawniony do dokonywania czynności bankowych, o których jest mowa w art. 5 ust. 1 i 2 Prawa bankowego.

## BANK EXECUTION TITLE

### Summary

A bank execution title is a legal instrument that enables banks to exact payments from their debtors without the necessity to take legal measures. The application scope of bank execution titles is first and foremost determined in the catalogue of bank transactions referred to in the articles 5(1) and 5(2) of the Banking Law. Based on the case law by the Supreme Court and the specialist literature, it is possible to maintain that the bank execution title is actually a statutory bank privilege which enables banks to more easily enforce their claims resulting from bank transactions being carried out. No liabilities arise on the part of the bank resulting from the bank execution title. It is a mere declaration

[66] T. Czech, *Wykonalność bankowych tytułów egzekucyjnych w UE* (*cz. II*), „Prawo Bankowe" 2006, nr 7–8, s. 119 i nn.

concerning the bank's existing entitlements it is going to send for execution. The bank execution title has the legal validity of an official document solely within the scope of information contained therein which was determined based on the bank's accounts. The bank execution title does not have the force of the *res iudicata*, which enables the debtor to base the anti-enforcement proceedings on the events that had taken place before the bank execution title was issued. It also enables the debtor to initiate a court dispute once the liabilities have been exacted.

Basically, an issued bank execution title has three functions. The first function of the bank execution title is a statement by the bank that the claim covered by the title is due, and that the debtor is obliged to satisfy the claim. The second function of the bank execution title is stating the fact that the debtor failed to satisfy his liability in favour of the bank of their own free will. The third function of the bank execution title is the bank's expression of their intention to collect the debts that are covered by the title as a result of court execution proceedings.

*Translated by Agnieszka Wiktorzak*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*MAREK SOCHACZ*
Katedra Prawa Finansowego
Uniwersytet Szczeciński

# PODOBIEŃSTWA I RÓŻNICE POMIĘDZY PEŁNOMOCNICTWEM SUBSTYTUCYJNYM A UPOWAŻNIENIEM DO ZASTĘPOWANIA RADCY PRAWNEGO

## Wstęp

Niniejszy artykuł naukowy ma na celu wskazanie istotnych różnic oraz podobieństw pomiędzy pełnomocnictwem substytucyjnym a upoważnieniem aplikanta radcowskiego do zastępowania radcy prawnego w danym procesie (tj. cywilnym lub karnym). Na potrzeby usystematyzowania i wyjaśnienia zagadnienia prawnego, które jest przedmiotem niniejszej publikacji, zostanie również przedstawiona problematyka udzielania upoważnienia do zastępowania adwokata przez aplikanta radcowskiego. Potrzeba usystematyzowania i rozgraniczenia pełnomocnictwa substytucyjnego, a upoważnienia do zastępowania radcy prawnego, w tym do wskazania różnic i cech wspólnych „pełnomocnictw", wynika z błędnego udzielania pełnomocnictwa substytucyjnego aplikantom radcowskim czy adwokackim.

Brak formalny w procesie, jaki może wystąpić w przypadku udzielenia nieprawidłowego pełnomocnictwa aplikantowi przez profesjonalnego pełnomocnika, może narazić klienta na szkodę wyrządzoną przez nienależyte, nieprofesjonalne prowadzenie danego procesu przez radcę prawnego lub adwokata i spowodować

nieważność postępowania na mocy art. 379 pkt 2 k.p.c.[1] poprzez nieodpowiednio umocowanego pełnomocnika reprezentowanej strony.

Należy zaznaczyć, iż problematyka związana z powyższym zagadnieniem dostarcza wielu rozbieżności interpretacyjnych. Natomiast sąd, przed którym występuje aplikant radcowski, mimo nieprawidłowo udzielonego pełnomocnictwa substytucyjnego, dopuszcza aplikanta do czynności procesowych. Ponadto należy zaznaczyć, iż ustawodawca nałożył na sąd obligatoryjny obowiązek badania nieważności postępowania na każdym jego etapie.

## 1. Charakterystyka pełnomocnictwa substytucyjnego i związany z nim obowiązek uiszczenia opłaty skarbowej

Substytucja jest to czynność procesowa, która ma na celu ustanowienie dalszego pełnomocnika, dla którego mocodawcą jest już ustanowiony pełnomocnik (tzw. pełnomocnik główny, pierwszy). Wszelkie działania, których dokonał substytut (tzw. dalszy pełnomocnik) wywołują takie same skutki prawne dla mocodawcy (tj. osoby przekazującej pełnomocnictwo), jakich by dokonał sam pełnomocnik główny. „Pełnomocnik substytucyjny jest pełnoprawnym pełnomocnikiem pierwotnego mocodawcy, a nie pełnomocnika bezpośrednio udzielającego mu powyższego rodzaju pełnomocnictwa. Skoro tak, to nasuwa się wniosek, że jedyną osobą władną ograniczyć pełnomocnictwo, a co za tym idzie substytucję, jest tyko pierwotny mocodawca”[2]. „Jeżeli jednak substytut wywodzi swoje upoważnienie do reprezentacji od pełnomocnika umocowanego wadliwie, wówczas on sam również działa bez umocowania. Należy przy tym pamiętać, że wygaśnięcie pierwszego pełnomocnictwa pociąga za sobą wygaśnięcie substytucji”[3].

Na mocy art. 106 k.c., „Pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa”. Zatem ustanowienie dalszego pełnomocnictwa bez wyraźnej klauzuli w pełnomocnictwie pierwotnym jest nieważne. Co do liczby dalszy pełnomocnictw nie ma ograniczenia, gdyż przepis art. 107 k.c. stanowi, iż: „Jeżeli moco-

[1] A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 577 i nn.

[2] W. Cejsel, *Prawna dopuszczalność ograniczenia pełnomocnictwa substytucyjnego*, MoP nr 23/2003, s. 1081 i nn.

[3] H. Ciepła, w: *Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Komentarz do art. 1–505[14]*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 424.

dawca ustanowił kilku pełnomocników z takim samym zakresem umocowania, każdy z nich może działać samodzielnie, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa. Przepis ten stosuje się odpowiednio do dalszych pełnomocników, których pełnomocnik sam dla mocodawcy ustanowił". W przypadku ustanowienia substytuta, powyższy przepis stosuje się wprost. Na marginesie należy zaznaczyć, iż każde pełnomocnictwo powinno przybrać co najmniej taką samą formę, do jakiej czynności został powołany pełnomocnik. Zarówno substytut, jak i pełnomocnik nie muszą posiadać pełnej zdolności do czynności prawnych, zarówno jeden, jak i drugi mogą posiadać jedynie ograniczoną zdolność do czynności prawnych (art. 100 k.c.), ponieważ to mocodawca ponosi negatywne skutki działań swoich pełnomocników, o ile pełnomocnik lub pełnomocnicy reprezentują swojego mocodawcę w granicy umocowania.

Pełnomocnictwo substytucyjne jest często stosowane między radcami i adwokatami w spółkach, które zajmują się prowadzeniem postępowań dla swoich klientów i często jest nieprawidłowo udzielane aplikantom radcowskim i adwokackim. Natomiast art. 21 ust. 1 ustawy o radcach prawnych (dalej: u.r.p.) stanowi wyraźnie, że radca prawny może udzielić dalszego pełnomocnictwa (substytucji) innemu radcy prawnemu, adwokatowi, prawnikowi zagranicznemu, wykonującemu stałą praktykę, w zakresie wynikającym z ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej[4]. Po analizie powyższego artykułu można dojść do przekonania, że zawiera on katalog zamknięty osób, którym można udzielić pełnomocnictwa substytucyjnego.

W katalogu tym nie został wymieniony aplikant radcowski czy adwokacki. Zatem nie można udzielić aplikantowi pełnomocnictwa substytucyjnego.

Udzielenie przez adwokata pełnomocnictwa substytucyjnego aplikantowi radcowskiemu jest niedopuszczalne[5]. Aplikant radcowski, któremu zostało udzielone „pełnomocnictwo substytucyjne" reprezentuje jedną ze stron w sposób wadliwy formalnie, a jego pełnomocnictwo wykracza poza zakres uprawnień przyznanych mu ustawą o radcach prawnych. Wobec czego uznać należy, że pełnomocnik jednej ze stron jest nienależycie umocowany tylko do czynności procesowych, które ze swojej istoty przypisane są do pełnomocnictwa substytucyjnego.

[4] Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tj. Dz.U. 2002, nr 123, poz. 1059 (tekst pierwotny Dz.U. 1982, nr 19, poz. 145).

[5] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 9 marca 2006 r. II PZP 12/2005. Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2006 r. III CZP 27/2006.

Przepis art. 25 ust. 3 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Tekst jednolity: Dz.U. 2002, nr 123, poz. 1058 ze zm.) przewidywał możliwość udzielenia przez adwokata substytucji, której zasady określał art. 77. Powołany przepis stanowił, że substytutem adwokata może być aplikant adwokacki. Natomiast według ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Tekst jednolity: Dz.U. 2002, nr 123, poz. 1059 ze zm.), radca prawny może udzielić dalszego pełnomocnictwa (substytucji) innemu radcy prawnemu, adwokatowi, prawnikowi zagranicznemu, wykonującemu stałą praktykę, w zakresie wynikającym z ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (art. 21 ustawy o radcach prawnych). Stosownie do art. 35[1] ustawy o radcach prawnych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 9 września 2005 r.), po upływie sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej, aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądem rejonowym i organami administracji pierwszej instancji. Po dwóch latach aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed innymi sądami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Od dnia 10 września 2005 r. powoływany art. 35[1] tej ustawy stanowi w ust. 1 i 2, że po upływie sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądami rejonowymi, organami ścigania i organami administracji publicznej, a po upływie roku i sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego także przed innymi sądami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Aplikant radcowski może sporządzać i podpisywać pisma procesowe związane z występowaniem radcy prawnego przed sądami, organami ścigania i organami administracji publicznej – z wyraźnego upoważnienia radcy prawnego, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej.

Aplikant adwokacki może zastępować radcę prawnego na takich samych zasadach jak adwokata, jeżeli radca prawny jest wspólnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej. Zatem radca prawny może być zastępowany przez aplikanta radcowskiego po odbyciu wskazanego w ustawie okresu aplikacji oraz przez aplikanta adwokackiego. Co do tego ostatniego ustawa zastrzega, że może on zastępować radcę prawnego na takich samych zasadach jak adwokata, jeżeli radca prawny jest wspólnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej.

Analiza ustaw korporacyjnych może prowadzić do wniosku, iż adwokat nie może udzielić pełnomocnictwa substytucyjnego aplikantowi radcowskiemu.

Za takim stanowiskiem przemawia między innymi brak wyraźnego przepisu dopuszczającego taką możliwość w Prawie o adwokaturze. Natomiast w ustawie o radcach prawnych ustawodawca przewidział możliwość udzielenia substytucji aplikantowi adwokackiemu przez radcę prawnego. Powyższe ustawy powstawały i podlegały nowelizacji mniej więcej w tym samym czasie. Gdyby zatem ustawodawca zamierzał dopuścić możliwość zastępowania adwokata przez aplikanta radcowskiego, to z całą pewnością przewidziałby taką możliwość w Prawie o adwokaturze. Brak takiego wyraźnego uregulowania, analogicznego jak w ustawie o radcach prawnych, rodzi istotną wątpliwość, czy aplikant radcowski może zastępować adwokata na tych samych zasadach, jak aplikant adwokacki, także przy założeniu, że adwokat jest wspólnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej. Dla aplikanta adwokackiego uprawnienie do zastępowania radcy prawnego jest wyraźne i wynika z treści przywołanego art. 35[1] ustawy o radcach prawnych. Stąd nie można rozszerzająco rozumieć powyższego umocowania i obejmować uprawnieniem z niego wynikającym również aplikanta radcowskiego odnośnie do możliwości występowania w imieniu adwokata.

Sąd Najwyższy, w uchwale z dnia 20 grudnia 1968 r. III CZP 93/68 (OSNCP 1969/7-8, poz. 129), stwierdził, że skuteczność prawna czynności procesowych dokonanych przez osobę, która nie może być pełnomocnikiem procesowym, zależy od ich zatwierdzenia przez zainteresowaną stronę. Możliwość potwierdzenia przez stronę czynności procesowych osoby, która nie może być pełnomocnikiem, przyjęta została także w wyroku z dnia 13 marca 1991 r. I CR 484/90 (OSNCP 1992/7-8, poz. 138) oraz w uchwale z dnia 18 września 1992 r. III CZP 112/92 (OSNCP 1993/5, poz. 75). Odmienny kierunek wykładni przyjęty został w wyroku z dnia 20 sierpnia 2001 r. I PKN 586/2000 (OSNP 2003/14, poz. 335). W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy stwierdził, że występowanie w sprawie w charakterze pełnomocnika osoby, która nie może nim być, oznacza brak należytego umocowania pełnomocnika, co prowadzi do nieważności postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Podobnie w uchwale z dnia 28 lipca 2004 r. III CZP 32/2004 (OSNC 2006/1, poz. 2), Sąd Najwyższy przyjął, że „występowanie w charakterze pełnomocnika strony osoby, która nie może być pełnomocnikiem, oznacza brak należytego umocowania, co powoduje nieważność postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Uchybienie to nie może być usunięte w drodze zatwierdzenia przez stronę czynności dokonanych przez tę osobę".

Adwokat będący pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym może udzielić dalszego pełnomocnictwa radcy prawnemu[6]. Zgodnie z art. 21 u.r.p. (w starym i nowym brzmieniu) radca prawny może udzielić substytucji adwokatowi, natomiast ustawa o adwokaturze milczy w kwestii dopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa substytucyjnego przez adwokata radcy prawnemu, stanowiąc jedynie w art. 25 ust. 3, że w wypadku gdy adwokat prowadzący sprawę nie może wziąć osobiście udziału w rozprawie lub wykonać osobiście poszczególnych czynności w sprawie, może on udzielić substytucji. I w tym przypadku przychodzi nam z pomocą interpretacja art. 91 pkt 3 k.p.c., zgodnie z którym „pełnomocnictwo procesowe obejmuje z samego prawa umocowanie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa procesowego adwokatowi lub radcy prawnemu". Z przytoczonego unormowania wynika, że każdy pełnomocnik procesowy, a zatem także adwokat (por. art. 87 § 1 k.p.c.), może udzielić dalszego pełnomocnictwa, z tym ograniczeniem, że substytucja może być udzielona tylko adwokatowi lub radcy prawnemu. Z art. 91 pkt 3 k.p.c. nie wynikają żadne ograniczenia w zakresie możliwości udzielenia przez adwokata radcy prawnemu pełnomocnictwa substytucyjnego[7]. Przepis ten traktuje zamiennie możliwość udzielenia dalszego pełnomocnictwa adwokatowi i możliwość udzielenia takiego pełnomocnictwa radcy prawnemu, bez względu na to, kto udziela takiego pełnomocnictwa.

Przepisu art. 91 pkt 3 k.p.c. nie można traktować jako stanowiącego jedynie ogólnie o wynikającym z pełnomocnictwa procesowego umocowaniu do udzielenia dalszego pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu, zaś przepisom ustawy o adwokaturze oraz ustawy o radcach prawnych nie można nadawać znaczenia rozstrzygającego o tym, komu może udzielić substytucji adwokat i odpowiednio radca prawny. W takim rozumowaniu, które prowadziłoby do podjęcia uchwały zawierającej odpowiedź przeczącą, nietrudno dostrzec próbę przeniesienia na grunt przedstawionego zagadnienia prawnego myśli wyrażonej w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 1997 r. III CZP 116/96 OSNC 1997/2, poz. 13.

Według tej uchwały art. 87 § 1 k.p.c. przewiduje ogólnie, iż radca prawny może być pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym, ale nie stanowi samodzielnej podstawy określenia zakresu, w jakim jest to możliwe, czyli nie rozstrzyga o tym, w których sprawach radca prawny może być pełnomoc-

[6] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 października 2005 r. III CZP 70/2005.

[7] A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 178.

nikiem procesowym; w tym zakresie decydujące znaczenie ma ustawa o radcach prawnych, która określa zakres świadczonej przez radcę prawnego pomocy prawnej (uchwała zapadła w okresie obowiązywania wcześniejszej treści art. 4 ust. 1 u.r.p.).

Art. 25 ust. 3 ustawy o adwokaturze (dalej: u.a.) w ogóle nie określa kręgu podmiotów, którym adwokat może udzielić substytucji. Jedynie z całokształtu przepisów tej ustawy wynika, że może to być inny adwokat oraz aplikant adwokacki (art. 77 u.a.). Zwolennicy tezy, że adwokat nie może udzielić substytucji radcy prawnemu, powołują się na odmienne brzmienie art. 21 ust. 1 u.r.p., próbując dowodzić, że daje to podstawę do rozumowania *a contrario*. Skoro – jak argumentują – przepis art. 21 ust. 1 u.r.p. wyraźnie stanowi, że radca prawny może udzielić substytucji adwokatowi, natomiast art. 25 ust. 3 u.a. podobnego zapisu nie zawiera, to miałoby to oznaczać, że adwokat nie może udzielić substytucji radcy prawnemu.

Tego rodzaju argumentacja jest chybiona. Rozumowania z przeciwieństwa (*a contrario*) nie można zaakceptować, skoro art. 25 ust. 3 u.a. nie określa w ogóle kręgu osób, którym adwokat może udzielić substytucji, zaś art. 21 ust. 1 u.r.p. określa krąg osób, które mogą być substytutami radcy prawnego. Brak określenia w art. 25 ust. 3 u.a. kręgu osób, którym adwokat może udzielić substytucji, w połączeniu z ogólną zasadą wyrażoną w art. 91 pkt 3 k.p.c., zgodnie z którą pełnomocnik procesowy, a więc także adwokat, może udzielić dalszego pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu, przemawia za tezą, że adwokat będący pełnomocnikiem procesowym w postępowaniu cywilnym może udzielić dalszego pełnomocnictwa radcy prawnemu.

Należy również zaznaczyć, że od pełnomocnictwa czy pełnomocnictwa substytucyjnego należy wnieść do właściwego miejscowo organu opłatę skarbową w wysokości 17 zł. Wniesienie opłaty do niewłaściwego miejscowo organu przez zawodowego pełnomocnika spowoduje odrzucenie pisma procesowego.

Opłata skarbowa (tzw. opłata stemplowa) – stanowi ekwiwalent za czynności organów administracji publicznej, które te muszą podjąć w związku z udzielonym pełnomocnictwem w indywidualnych postępowaniach. Opłacie skarbowej podlega złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii – w sprawie z zakresu administracji publicznej lub w postępowaniu sądowym[8]. Obowiązek opłaty skarbowej ciąży

[8] Art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. 2006 nr 225, poz. 1635).

na osobach fizycznych, osobach prawnych i jednostkach organizacyjnych niemających osobowości prawnej, jeżeli wskutek dokonanego przez nie zgłoszenia lub na ich wniosek dokonuje się czynności urzędowej, albo jeżeli na ich wniosek wydaje się zaświadczenie lub zezwolenie (pozwolenie, koncesję), a w przypadku złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 1 ust. 1 pkt 2 – na mocodawcy, pełnomocniku, przedsiębiorcy lub prokurencie[9]. Obowiązek opłaty skarbowej powstaje od złożenia dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury oraz jego odpisu, wypisu lub kopii – z chwilą złożenia dokumentu w organie administracji publicznej, sądzie lub podmiocie[10]. Należy zaznaczyć, iż opłatę skarbową od pełnomocnictwa uiszcza się tylko jedną co do przedmiotu postępowania sądowego, który ma zostać „uregulowany", nie zaś w zależności od ilości organów, przed którym pełnomocnik ma występować w celu „uregulowania" danego stanu rzeczy. Jeżeli została uiszczona opłata skarbowa w postępowaniu sądowym w celu np. uzyskania ochrony prawnej roszczenia mandata, to nie jest konieczne uiszczanie ponownie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w postępowaniu egzekucyjnym w celu wyegzekwowania roszczenia, co do którego mandat uzyskał ochronę prawną. Powyższy pogląd został potwierdzony w wyjaśnieniach Ministra Finansów z 29.03.2007 r., który stwierdził, iż: „(...) jeżeli pełnomocnictwo procesowe zostało złożone w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem, obejmuje ono także umocowanie do reprezentacji w postępowaniu egzekucyjnym, chyba że uprawnienie to wyłączono w jego treści. Oznacza to, że nie jest konieczne złożenie nowego pełnomocnictwa w postępowaniu egzekucyjnym, a złożenie przez pełnomocnika jego kopii lub drugiego egzemplarza tego samego pełnomocnictwa w tym postępowaniu należy traktować jedynie jako informację dla organu egzekucyjnego, a nie nowe pełnomocnictwo. W konsekwencji złożenie kopii pełnomocnictwa w postępowaniu egzekucyjnym nie implikuje ponownego obowiązku zapłaty opłaty skarbowej, jeżeli oryginał tego dokumentu lub uwierzytelniony odpis został złożony przy pierwszej czynności procesowej do akt sprawy i dokonano stosownej zapłaty opłaty skarbowej od tego dokumentu"[11].

[9] *Ibidem*, art. 5 ust. 1.

[10] *Ibidem*, art. 6 ust. 1 pkt 4.

[11] Opłata skarbowa od pełnomocnictw składanych w postępowaniu sądowym. Wyjaśnienie Ministra Finansów z 29.03.2007 PL-835/59/JB/07/153; „Biuletyn Skarbowy" rok 2007, nr 2, s. 20.

Organem podatkowym właściwym w sprawach opłaty skarbowej jest wójt (burmistrz, prezydent miasta). Organem podatkowym właściwym miejscowo w sprawach opłaty skarbowej jest, od złożenia dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury oraz jego odpisu, wypisu lub kopii, organ podatkowy właściwy ze względu na miejsce złożenia dokumentu[12].

Wysokość opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, tj. 17 zł, została określona w załączniku do ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. (poz. 1635) w dziale IV zatytułowanym „Złożenie dokumentu". Pobiera się ją od dokumentów stwierdzających udzielenie pełnomocnictwa lub prokury oraz jego odpisu, wypisu lub kopii – od każdego stosunku pełnomocnictwa (prokury).

Zatem od złożonego pełnomocnictwa i pełnomocnictwa substytucyjnego należy uiścić opłatę skarbową w wysokości 17 zł.

## 2. Cechy upoważnienia aplikanta radcowskiego do zastępowania radcy prawnego

W tym miejscu należy usystematyzować i wyjaśnić pojęcie radcy prawnego i aplikanta radcowskiego w celu dokonania dokładnej analizy relacji pomiędzy radcą prawnym a aplikantem radcowskim. Każdemu z tych podmiotów, na mocy obowiązującego prawa, przysługują różne kompetencje do przyjmowania pełnomocnictwa od mocodawcy, przekazywania go i udzielania upoważnienia do zastępowania pełnomocnika głównego.

Prawo do wykonywania zawodu radcy prawnego powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę radców prawnych i złożenia ślubowania[13]. Zatem dopiero osoba, która spełniła wszystkie przesłanki z art. 23 ustawy o radcach prawnych może udzielić upoważnienia aplikantowi radcowskiemu do zastępowania go w ściśle określonym postępowaniu. Radcą prawnym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. 1982, nr 19, poz. 145) jest osoba, która posiadając odpowiednie kwalifikacje (art. 24 ust. 1) zostanie wpisana na listę radców prawnych i złoży ślubowanie (art. 23 ust. 1), chociażby zawodu radcy prawnego nie wykonywała. Status radcy prawnego wiąże się z uprawnieniem do wykonywania zawodu radcy prawnego, a nie jego faktycznym wykonywaniem. Utrata tego statusu następuje z chwilą skreślenia z listy

[12] Art. 12 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz.U. 2006, nr 225, poz. 1635).

[13] Art. 23 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych.

radców prawnych (art. 23 ust. 2). Odmowa płacenia składek członkowskich, będąca obowiązkiem radcy prawnego, uzasadnia odpowiedzialność dyscyplinarną radcy prawnego (art. 64 ust. 1 pkt 1 ustawy o radcach prawnych), jeżeli odmowa płacenia składek ma charakter zawiniony[14]. Osoba nieumieszczona w aktualnym spisie radców prawnych nie ma prawa wykonywania zawodu, a tym samym nie może ani jako pełnomocnik strony, ani we własnym imieniu sporządzić kasacji lub zażalenia do Sądu Najwyższego[15]. Taka osoba nie może również udzielić upoważnienia aplikantowi radcowskiemu do zastępowania radcy prawnego w ściśle określonym postępowaniu.

Należy przy tym zaznaczyć, że osoba niewpisana na listę radców prawnych nie może wnieść kasacji w sprawie, w której była stroną (uczestnikiem)[16], lecz to ograniczenie dotyczy tylko radców prawnych, jako że na mocy art. $35^1$ ust. 4 ustawy o radcach prawnych aplikant radcowski, z mocy prawa, nie może sporządzać i podpisywać pism procesowych związanych z występowaniem radcy prawnego przed sądami, organami ścigania i organami administracji publicznej dotyczących apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej.

Aplikantem radcowskim jest osoba, która spełnia warunki określone w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 3–5 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych oraz uzyskała pozytywną ocenę z egzaminu wstępnego na aplikację radcowską. Ponadto powinna ona być wpisana na listę aplikantów radcowskich na podstawie uchwały rady okręgowej izby radców prawnych właściwej ze względu na miejsce złożenia zgłoszenia. Należy przy tym zaznaczyć, iż potencjalny kandydat na aplikanta radcowskiego może złożyć wniosek o wpisanie go na listę aplikantów radcowskich w ciągu dwóch lat od dnia doręczenia uchwały o wyniku egzaminu wstępnego[17].

Na mocy art. $35^1$ ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o radcach prawnych, po upływie sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego przed sądami rejonowymi, organami ścigania i organami administracji publicznej. Aplikacja radcowska rozpoczyna się od 1 stycznia każdego roku kalendarzowego. Zatem aplikant radcow-

[14] Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 18 lipca 1985 r. I PA 20/85.

[15] Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 lutego 2001 r. I PZ 92/2000.

[16] Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 11 lutego 2000 r. III CKN 1157/99.

[17] Art. 33 ust. 2, 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych.

ski pierwszego roku uzyskuje uprawnienie do zastępowania radcy prawnego od 1 lipca danego roku. Po upływie roku i sześciu miesięcy od rozpoczęcia aplikacji radcowskiej aplikant radcowski może zastępować radcę prawnego także przed innymi sądami, z wyjątkiem Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego. Uprawnienie aplikanta radcowskiego do zastępowania radcy prawnego obejmuje nie tylko sprawy klientów prowadzonych przez kancelarię, ale również sprawy objęte świadczeniem pomocy prawnej z urzędu. Aplikant radcowski może sporządzać i podpisywać pisma procesowe, związane z występowaniem radcy prawnego przed sądami, organami ścigania i organami administracji publicznej, z wyraźnego upoważnienia radcy prawnego, z wyłączeniem apelacji, skargi kasacyjnej i skargi konstytucyjnej. Należy przy tym zaznaczyć, że aplikant adwokacki może zastępować radcę prawnego na takich samych zasadach jak adwokata, jeżeli radca prawny jest wspólnikiem w spółce adwokacko-radcowskiej.

Jest niemożliwe udzielenie dalszego pełnomocnictwa przez adwokata aplikantowi radcowskiemu[18]. Przepis art. 87 k.p.c. wymienia w sposób wyczerpujący – z wyjątkami przewidzianymi w art. 465 § 1, art. 479[8], art. 479[29] § 3, art. 479[51], art. 479[62], 479[63] i art. 691[5] k.p.c. – osoby, które mogą pełnić w postępowaniu cywilnym funkcję pełnomocnika. Wśród tych osób są tzw. zawodowi pełnomocnicy, tj. adwokaci, radcy prawni i rzecznicy patentowi, a także – na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2002, nr 126, poz. 1069 ze zm. – dalej: ustawa o prawnikach zagranicznych) – prawnicy zagraniczni, którzy na gruncie przepisów prawa polskiego uzyskali status adwokata lub radcy prawnego. Oznacza to, że osoba spoza ustawowego kręgu nie może być skutecznie ustanowiona pełnomocnikiem. Jej ustanowienie może być więc nienależyte w rozumieniu art. 379 pkt 2 k.p.c. Rygor art. 87 k.p.c. okazuje się tym bardziej surowy, że czynności procesowe podjęte przez osobę niemogącą być pełnomocnikiem nie podlegają zatwierdzeniu przez stronę (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2004 r. III CZP 32/2004 OSNC 2006/1, poz. 2).

Z przedstawionych unormowań – zwłaszcza po zmianach dokonanych ustawą nowelizacyjną – wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia dalsze pełnomocnictwo (substytucję), o którym także mowa w art. 91 pkt 3 k.p.c., od zastępstwa adwokatów i radców prawnych sprawowane-

[18] Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2006 r. III CZP 27/2006.

go przez aplikanta. Obie te formy współdziałania rozróżniano już pod rządem art. 83 ustawy z dnia 27 czerwca 1950 r. o ustroju adwokatury (Tekst jednolity: Dz.U. 1959, nr 8, poz. 41), podnosząc w piśmiennictwie, że wprawdzie upoważnienie aplikanta do zastępowania adwokata nazywane jest potocznie „substytucją", to jednak w rzeczywistości nią nie jest. Podobnie było w czasie obowiązywania ustawy z dnia 19 grudnia 1963 r. o ustroju adwokatury (Dz.U. 1963, nr 57, poz. 309 ze zm.) – na tle art. 90 tej ustawy wypowiadano trafne zapatrywanie, że ani przepisy korporacyjne, ani przepisy Kodeksu postępowania cywilnego (art. 91 w związku z art. 87; por. także art. 83 w związku z art. 79 d. k.p.c. według tekstu jednolitego z 1950 r.) nie przewidywały możliwości udzielenia pełnomocnictwa procesowego aplikantowi – bezpośrednio lub w drodze substytucji. Także współcześnie nie ma podstaw do utożsamiania tych dwu przejawów działalności, choć niekiedy, zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2006 r. II PZP 12/2005 OSNP 2006/13-14, poz. 199) podejmowane są próby rozmywania występujących różnic. Wynikają one albo z niedostrzegania tych różnic, albo opierane są na tezie, że skoro aplikant – zastępca adwokata występuje przed sądem, to w rzeczywistości odgrywa rolę pełnomocnika. W rzeczywistości w momencie udzielenia aplikantowi radcowskiemu upoważnienia do zastępowania radcy prawnego jego działania – wnioski złożone na rozprawie i w pismach procesowych, w tym czynności, w których uczestniczy – wywołują ten sam skutek prawny, gdyby uczestniczył w nich sam radca prawny – pełnomocnik główny.

Oprócz względów normatywnych, za wyraźnym oddzieleniem substytucji od zastępstwa przemawiają także racje systemowe i konstrukcyjne. Należy podkreślić, że udzielenie dalszego pełnomocnictwa powoduje, iż substytuta oraz stronę łączy taki sam stosunek, jaki łączy stronę i pełnomocnika. Wystawienie substytucji oznacza zatem, że strona ma dwóch (lub więcej) równorzędnych pełnomocników procesowych (na podstawie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 1 maja 1935 r. C. I. 3015/34 OSP 1936, poz. 7 i z dnia 19 kwietnia 1937 r. C. II. 2959/36 Przegląd Sądowy 1937, poz. 508 oraz uchwały składu siedmiu sędziów – zasada prawna – z dnia 23 kwietnia 1938 r. C III 1140/35 Zb. Orz. 1938/XI, poz. 471). Wynikają z tego dalsze konsekwencje, zarówno procesowe (np. w zakresie doręczeń), jak i materialno-prawne (np. w zakresie odpowiedzialności obligacyjnej wobec mocodawcy).

Inaczej jest w wypadku zastępstwa przez aplikanta. Zastępca nie uzyskuje statusu pełnomocnika procesowego, gdyż działa jedynie za pełnomocnika, tzn.

w jego imieniu i nigdy – jak substytut – nie wchodzi w jego miejsce. Zastępca zastępuje adwokata lub radcę prawnego, który udzielił mu upoważnienia, i jakkolwiek jego czynności wywołują skutek wobec strony, to jednak nie dlatego, że jest jej pełnomocnikiem, lecz dlatego, że działa w imieniu pełnomocnika. Należy również zaznaczyć, że między stroną a zastępcą adwokata nie powstaje węzeł prawny, jaki zazwyczaj poprzedza udzielenie pełnomocnictwa procesowego, w związku z czym zastępca w zasadzie nie ponosi wobec strony odpowiedzialności obligacyjnej. Ponosi ją wyłącznie zawodowy pełnomocnik wobec swego mocodawcy.

Przy rozróżnianiu substytucji i zastępstwa wykonywanego przez aplikantów należy uwzględniać także cel obu instytucji. Dalsze pełnomocnictwo zapewnia większą sprawność działania pełnomocnika oraz skuteczność czynności podejmowanych w zakresie pełnomocnictwa. Natomiast zastępstwo powierzane aplikantom, najczęściej przez patrona, jest instytucją czysto korporacyjną, mającą na celu przede wszystkim funkcje edukacyjne, polegające na kształceniu i doskonaleniu zawodowym (art. 3 oraz art. 75 i nn. Prawa o adwokaturze, a także art. 32 i nn. oraz art. 41 ustawy o radcach prawnych).

Reasumując, upoważnienie a pełnomocnictwo substytucyjne są dwiema oddzielnymi instytucjami zmierzającymi do zastępowania radcy prawnego lub adwokata w procesie. Różnicami podstawowymi powyższych „pełnomocnictw" jest ich zakres do reprezentowania mocodawcy i odpowiedzialność pełnomocnika (adwokata, radcy prawnego, aplikanta) za nienależyte i niezgodne z zasadami etyki zawodu reprezentowanie mocodawcy.

## 3. Podobieństwa i różnice pełnomocnictwa substytucyjnego i upoważnienia aplikanta radcowskiego do zastępowania radcy prawnego

Wydawać się by mogło, że pełnomocnictwo substytucyjne i upoważnienie aplikanta radcowskiego do zastępowania radcy prawnego w ściśle określonym procesie niczym się nie różnią. Jednakże różnica między tymi dwoma zagadnieniami jest znacząca a brak rozgraniczenia ich przez zawodowego pełnomocnika może spowodować nieważność całego lub części postępowania. Podstawowymi różnicami między pełnomocnictwem substytucyjnym a upoważnieniem aplikanta do zastępowania są: 1) brak opłaty skarbowej w przypadku upoważ-

nienia aplikanta, 2) zakres umocowania do określonych czynności, 3) odpowiedzialność względem mocodawcy, 4) podmiot, któremu można udzielić upoważnienia do zastępowania 5) fakt, iż upoważnienia nie można przekazać innemu podmiotowi.

Natomiast podobieństwem, lecz nie rzeczą wspólną, pomiędzy pełnomocnictwem substytucyjnym a upoważnieniem jest taka sama doniosłość i skutek czynności procesowych dokonanych przez osobę uprawnioną do reprezentowania mocodawcy (zawodowy pełnomocnik lub aplikant).

## Wnioski

Reasumując, pełnomocnictwo substytucyjne a upoważnienie aplikanta do zastępowania radcy prawnego czy adwokata różnią się znacząco, a mimo to nazwy te stosowane są zamiennie. Świadczy o tym m.in. fragment artykułu pt. *Pełnomocnictwo procesowe* opublikowanego w „Monitorze Prawniczym": „(...) adwokat może udzielić **substytucji** aplikantowi adwokackiemu, a radca prawny – aplikantowi radcowskiemu"[19]. Większość zawodowych pełnomocników, w tym i sądy, popełnia błąd, gdy udziela dostępu aplikantowi do czynności procesowych przed sądem mimo nienależytego umocowania. W ocenie autora powyższego artykułu fakt ten wynika z tego, że aplikantowi po udzieleniu upoważnienia do zastępowania przysługuje prawie taki sam wachlarz kompetencji do reprezentowania mocodawcy co radcy prawnemu czy adwokatowi. Ponadto gdy sąd nawet stwierdzi, że aplikant powinien okazać upoważnienie a nie pełnomocnictwo substytucyjne, które mu jeszcze nie przysługuje, to zobowiąże aplikanta do dostarczenia upoważnienia w terminie 7 dni. Powyższa praktyka podyktowana jest głównie ekonomiką procesu i dążeniem przez sąd do jak najszybszego rozstrzygnięcia w danej sprawie, a błędne nazewnictwo nie może stanowić podstawy do przedłużania procesu. Mając powyższe na uwadze, należy jeszcze przytoczyć, że z zasady pełnomocnictwo substytucyjne i upoważnienie zawierają taki sam zakres prawa do reprezentowania mocodawcy.

[19] Włodzimierz Gawrylczyk, *Pełnomocnictwo procesowe*, „Monitor Prawniczy" MOP 2001, nr 2.

**Bibliografia**

Cejsel W., *Prawna dopuszczalność ograniczenia pełnomocnictwa substytucyjnego*, MoP nr 23/2003.

Ciepła H., w: *Kodeks postępowania cywilnego. T. I. Komentarz do art. 1–505[1]*, red. K. Piasecki, Warszawa 2006.

Gawrylczyk W., *Pełnomocnictwo procesowe*, „Monitor Prawniczy" MOP 2001, nr 2.

Kędziora R., *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 2008.

Pazdan M., *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449 [11]*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2008.

Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 10, Warszawa 2007.

Romańska M., *Pełnomocnictwo procesowe*, w: *Postępowanie sądowo-administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2009, s. 156.

Zieliński A., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2008.

**Ustawy**

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. nr 16, poz. 93, z późn. zm.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 1964.43.296.

Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, tekst pierwotny: Dz.U. 1982, nr 19 poz. 145, tekst jednolity: Dz.U. 2002, nr 123, poz. 1059.

Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, tekst pierwotny: Dz.U. 1982, nr 16, poz. 124, tekst jednolity: Dz.U. 2002, nr 123, poz. 1058.

Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, Dz.U. 2006, nr 225, poz. 1635.

Załącznik do ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, poz. 1635.

**Orzeczenia, uchwały i postanowienia Sądu Najwyższego**

Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 1 maja 1935 r. C. I. 3015/34 OSP 1936, poz. 7 i z dnia 19 kwietnia 1937 r. C. II. 2959/36.

Uchwała składu siedmiu sędziów – zasada prawna – z dnia 23 kwietnia 1938 r. C III 1140/35 Zb. Orz. 1938/XI, poz. 471.

Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 9 marca 2006 r. II PZP 12/2005.

Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 października 2005 r. III CZP 70/2005.

Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2006 r. III CZP 27/2006.

Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 18 lipca 1985 r. I PA 20/85.

Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 11 lutego 2000 r. III CKN 1157/99.

Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 23 lutego 2001 r. I PZ 92/2000.

## SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN THE ATTORNEY AFTER THE SUBSTITUTION AND THE AUTHORITY TO SUBSTITUTE COUNSEL

### Summary

In this paper, the author will try to reveal all the similarities and differences between the authorization and the power to attorney leaning law. Work includes a detailed explanation of both concepts in a clear manner.

A power of attorney (POA) and authorize trainee to the replacement of the solicitor or advocate are considerably different and yet these names are used interchangeably. Most of the professional representatives, including the courts, make a mistake with grant access to a trainee legal proceedings before the Court in spite of inadequate fixation. According to the author of this article, this fact stems from the fact that the trainee after the authorization granted to replace the same range of powers to represent the principal legal adviser and as a lawyer. Moreover, even if the court finds that the trainee should have authorization and not substitutable attorney, that he had not yet granted, it will require the trainee to provide authorization within 7 days. This practice is mostly dictated by the economics of the process and the desire by the Court at the earliest settlement in the case, and the wrong names can not constitute grounds for prolonging the process. With this in mind should even mention that the principle of authority and power of substitution are the same as the scope of the right to represent the client.

*Translated by Marek Sochacz*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*KRZYSZTOF WISZNIEWSKI*
Katedra Prawa Cywilnego i Handlowego
Uniwersytet Szczeciński

# GLOSA DO UCHWAŁY SKŁADU SIEDMIU SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 28 STYCZNIA 2010 ROKU (III CZP 91/09) (OSNC 2010/6/85)

## „Odpowiedzialność przewidzianą w art. 299 k.s.h. ponosi także likwidator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością"

Glosowane orzeczenie jest kolejną uchwałą Sądu Najwyższego, podjętą w składzie siedmiu sędziów, w której rozstrzygnięto zagadnienie prawne dotyczące wykładni art. 299 k.s.h. Tym razem Sąd Najwyższy zajął się dopuszczalnością stosowania odpowiedzialności kreowanej przez normę prawną wyrażoną w art. 299 k.s.h. do likwidatorów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: sp. z o.o.), opowiadając się za jej zastosowaniem. Dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego było niejednolite. W starszych orzeczeniach[1] składy orzekające wypowiedziały się przeciwko stosowaniu art. 299 k.s.h. do likwidatorów spółki z o.o. W nowszych orzeczeniach[2] Sąd Najwyższy zdystansował się od tego poglądu, dochodząc do przekonania, że podmiotem odpowiedzialności, konstruowanej przez art. 299 k.s.h. są również likwidatorzy sp. z o.o.

[1] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2006 r., IV CK 415/05, Glosa 2007/4/15 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2007 r., III CSK 2/07, OSNC-ZD 2008/3/63.

[2] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07, OSNC 2009/3/38.

Zapatrywanie wyrażone w glosowanej uchwale nie zasługuje na aprobatę. Kluczowym dla rozstrzygnięcia podjętej przez Sąd Najwyższy kwestii jest rozważenie zakresu i charakteru prawnego odesłania zawartego w art. 280 k.s.h. Zgodnie z treścią tego przepisu „[d]o likwidatorów stosuje się przepisy dotyczące członków zarządu, chyba że przepisy niniejszego rozdziału stanowią inaczej". Przepis art. 280 k.s.h. został umieszczony w Rozdziale 6 „Rozwiązanie i likwidacja spółki", podczas gdy art. 299 k.s.h. znajduje się w Rozdziale 7 „Odpowiedzialność cywilnoprawna".

W uzasadnieniu glosowanej uchwały Sąd Najwyższy podniósł, że zakres odesłania art. 280 k.s.h. jest szeroki i obejmuje wszystkie regulacje dotyczące członków zarządu sp. z o.o., a przepisy odnośne stosuje się do likwidatorów wprost. Nadto, jak się wydaje, z uzasadnienia glosowanej uchwały wynika, iż niezastosowanie do likwidatorów przepisów o członkach zarządu byłoby uzasadnione wyłącznie na podstawie przepisu o charakterze *legis specialis*, który znajdowałby się w Rozdziale 6 Działu I Tytułu III k.s.h. „Rozwiązanie i likwidacja spółki".

Należy zgodzić się z zapatrywaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w glosowanym orzeczeniu, że przepis art. 280 k.s.h. odsyła *in genere* do przepisów k.s.h. regulujących sytuację prawną członków zarządu sp. z o.o. Zakres tego odesłania wykracza przy tym poza przepisy art. 270–290 k.s.h.

Przeciwne stanowisko – zakładające ograniczony zakres odesłania – było jednak reprezentowane w judykaturze[3] i doktrynie[4]. Argumentowano mianowicie, że z samego literalnego brzmienia art. 280 k.s.h. wynika, iż dopuszcza on wyjątki, które przewidywałyby przepisy art. 270–290 k.s.h. Funkcja przepisów tam ulokowanych sprowadza się zaś głównie do określenia przesłanek likwidacji sp. z o.o. oraz modyfikacji zasad zarządzania spółką podczas postępowania likwidacyjnego. Przedstawiony pogląd nie jest przekonujący. Przywołana literalna wykładnia prowadzi bowiem do przeciwnego wniosku, a mianowicie, że zakres odesłania określono jednoznacznie jako odesłanie do przepisów regulujących pozycję prawną członków zarządu. Wyłączenie jakichś przepisów o członkach zarządu z zakresu odesłania byłoby możliwe wyjątkowo na podstawie przepisu szczególnego ulokowanego w Rozdziale 6 k.s.h. Natomiast przywołana funkcja

[3] Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2006 r., IV CK 415/05, Glosa 2007/4/15.

[4] W. Wyrzykowski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07*, OSP 2009/6/69, s. 476.

przepisów o likwidacji sp. z o.o. nie ma wpływu na zakres odesłania, ale na jego charakter prawny.

Wątpliwości może budzić ujęcie redakcyjne art. 280 k.s.h., który stanowi, że wyjątki od normy tam wysłowionej mogą wynikać wyłącznie z przepisów umieszczonych w Rozdziale 6 Działu I Tytułu III k.s.h. Wszak zasada kolizyjna *lex specialis derogat legi generali* znalazłaby zastosowanie także wówczas, gdyby przepis szczególny był umiejscowiony poza rozdziałem o likwidacji sp. z o.o. W tym świetle nie można podzielić stanowiska Sądu Najwyższego, że wyjątki od ogólnej normy odesłania art. 280 k.s.h. mogą przewidywać tylko przepisy 270 –290 k.s.h. Omawiane sformułowanie ma jednak znaczenie nie tyle przy ustalaniu zakresu, co charakteru jurydycznego odesłania, o czym będzie mowa dalej.

Należy następnie rozważyć, czy zakresu odesłania nie modyfikuje art. 275 § 1 k.s.h. Nakazuje on w okresie likwidacji sp. z o.o. stosować przepisy dotyczące organów spółki oraz praw i obowiązków wspólników, chyba że przepisy rozdziału o likwidacji sp. z o.o. stanowią inaczej lub z celu likwidacji wynika co innego. Zakres normowania art. 275 § 1 k.s.h. obejmuje również odesłanie do stosowania norm wyznaczających sytuację prawną członków zarządu, gdyż nakazuje stosować przepisy o organach sp. z o.o. Zarząd jako organ kolegialny składa się z jednego lub kilku członków. Rozłączne traktowanie zarządu i jego członków – zwłaszcza w kontekście zasad zarządzania spółką w likwidacji – byłoby nieracjonalne. Skoro bowiem likwidator w okresie likwidacji pełni funkcję zarządcy sp. z o.o., to wykonuje on zadania przypisane przy normalnym funkcjonowaniu spółki zarządowi. Wyznaczenie jego pozycji prawnej i zakresu kompetencji wymaga jednak uwzględnienia nie tylko przepisów o zarządzie jako organie spółki, ale również przepisów o kompetencjach osób tworzących tenże organ. Ponadto, uwzględniając systematykę k.s.h., przepisy o zarządzie (zwłaszcza Oddział 1 Rozdziału 3 Działu I Tytułu III k.s.h) regulują pozycję prawną jego członków.

Jednakże w części dotyczącej zakresu odesłania przepis art. 280 k.s.h. tworzy normę o charakterze szczególnym wobec art. 275 § 1 k.s.h. Z tego powodu art. 275 § 1 k.s.h. nie może być brany pod uwagę przy ustalaniu zakresu odesłania art. 280 k.s.h. Jednocześnie brak jest wystarczających argumentów, ażeby w drodze wykładni funkcjonalnej podważyć przewidziany w art. 280 k.s.h. zakres odesłania. Wykładnia językowa daje bowiem zadowalające wyniki, które nie pozostają w sprzeczności z innymi normami prawa.

W glosowanej uchwale Sąd Najwyższy przyjął, iż stosowanie przepisów o członkach zarządu do likwidatorów sp. z o.o. następuje wprost, nie zaś odpowiednio. Poglądu takiego nie można jednak zaakceptować. Na aprobatę zasługuje natomiast przeciwne zapatrywanie A. Kidyby[5]. Zastosowanie niektórych przepisów o członkach zarządu (m.in. art. 201 § 4, art. 202 § 1–3, art. 208 k.s.h.) musi być ograniczone lub wyłączone już z powodu ich nieprzydatności dla wyznaczenia pozycji prawnej likwidatora. Również Sąd Najwyższy we wcześniejszych orzeczeniach wywodził, że art. 280 k.s.h. nakazuje odpowiednio stosować przepisy o członkach zarządu[6].

Dokonując wykładni przepisów prawa, należy zawsze badać, czy osiągnięty przy użyciu wykładni językowej efekt jest zadowalający, a jeśli nie jest, to konieczne staje się odwołanie do wykładni systemowej i funkcjonalnej. Mając powyższe na uwadze, nie jest poprawny wniosek o stosowaniu do likwidatorów przepisów o członkach zarządu wprost, skoro zastosowanie wprost przynajmniej niektórych z nich jest niemożliwe.

Z zastrzeżeniem wcześniejszego poglądu o niejasnej redakcji art. 280 k.s.h. – przy jego interpretacji należy uwzględnić cel zastosowania takiego właśnie ujęcia redakcyjnego. Skoro przepis szczególny znalazłby zastosowanie niezależnie od swojej lokacji, to sens art. 280 k.s.h. *in fine* sprowadza się do stworzenia takiej relacji pomiędzy komentowanym przepisem a pozostałymi przepisami o likwidacji sp. z o.o., że współkreują one wyznaczaną przez art. 280 k.s.h. normę odesłania. Przepisy rozdziału o likwidacji należy brać pod uwagę przede wszystkim w trakcie ustalania charakteru jurydycznego odesłania. Szczególne znaczenie ma tu art. 275 § 1 k.s.h., który wyraża ogólną normę odsyłającą przy wykładni przepisów o sp. z o.o. w likwidacji do przepisów traktujących o organach spółki, prawach i obowiązkach wspólników. Przepis ten nakazuje stosować przepisy, do których odsyła, tylko wtedy, gdy z celu likwidacji nie wynika nic innego. Skoro zastosowanie znajdować mają tylko te przepisy, które zgodne są z celem likwidacji, to art. 275 § 1 k.s.h. odsyła do odpowiedniego stosowania.

W konsekwencji również na kanwie art. 280 k.s.h. przepisy objęte jego zakresem odesłania powinny być stosowane przy uwzględnieniu celu likwidacji. O ile bowiem w części dotyczącej zakresu odesłania art. 280 k.s.h. stanowi on

[5] A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–300 k.s.h.*, wyd. VII, system informacji prawnej „Lex" 2010, komentarz do art. 280 k.s.h.

[6] Wyrok z dnia 9 czerwca 2006 r. IV CK 415/05, Glosa 2007/4/15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2007 r. III CSK 2/07, OSNC-ZD 2008/3/63.

*lex specialis* wobec art. 275 § 1 k.s.h., to art. 275 § 1 k.s.h. wyznacza charakter jurydyczny odesłania zawartego w art. 280 k.s.h. i w tym zakresie znajduje pierwszeństwo zastosowania. Oznacza to, że art. 280 k.s.h. nakazuje do likwidatorów stosować przepisy o członkach zarządu odpowiednio.

Nauka prawa wykształciła postulaty interpretacyjne, które definiują znaczenie „stosowania przepisów odpowiednio". Należy zgodzić się z Z. Radwańskim i M. Zielińskim, że wyróżnia się w tym względzie trzy następujące postulaty. Po pierwsze, jeżeli przepis nie jest sprzeczny z istotą danej instytucji, to przepisy odnośne bez żadnych zmian są stosowane do odnoszonych stosunków czy instytucji. Po drugie, jeśli przepis jest sprzeczny z istotą danej instytucji, ale możliwe jest uniknięcie niekompatybilności przez korektę, to odnośne przepisy stosuje się z pewnymi zmianami. Po trzecie, o ile powstałej sprzeczności nie można uniknąć nawet poprzez korektę, przepisów odnośnych w ogóle nie stosuje się[7].

Uwzględniając reguły odpowiedniego stosowania przepisów, art. 299 k.s.h. nie znajduje zastosowania do likwidatorów sp. z o.o., gdyż cel tego przepisu nie daje się pogodzić z istotą i celem likwidacji sp. z o.o. Powody powyższej niekompatybilności są następujące. Trafny pozostaje – odrzucony w glosowanej uchwale – następujący wywód dotyczący relacji art. 293 k.s.h. do art. 299 k.s.h.[8] Skoro w art. 293 k.s.h. nakazano stosować wyrażoną w nim normę *expressis verbis* do likwidatorów, a art. 299 k.s.h. odniesiono tylko do członków zarządu, to ustawodawca – przy założeniu o jego racjonalności – świadomie wyłączył likwidatorów z zakresu podmiotowego art. 299 k.s.h. Postulat stosowania do likwidatorów przepisów o członkach zarządu przy uwzględnieniu celu likwidacji skłania do poglądu, że ustawodawca celowo wskazuje, które przepisy o członkach zarządu nadają się do odpowiedniego zastosowania, a które – z uwagi na cel likwidacji – nie powinny być stosowane. Przytoczone rozumowanie pozwala przy tym uniknąć wyrażonej w glosowanej uchwale, a sprzecznej z założeniem o racjonalności prawodawcy, tezy, że wskazanie w art. 293 k.s.h. likwidatorów stanowi *superfluum.*

Wprowadzenie do systemu prawa instytucji odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki podyktowane było pogłębiającym się kryzysem zaufania do sp. z o.o., wywołanym występującym w masowej skali zjawiskiem

[7] Z. Radwański, M. Zieliński, w: *System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 1 *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safian, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 364–365.

[8] Tak również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 czerwca 2006 r. IV CK 415/05, Glosa 2007/4/15.

faktycznej likwidacji tych spółek bez zachowania jakichkolwiek przepisów chroniących wierzycieli[9]. *Ratio legis* tej regulacji było zatem przeciwdziałanie faktycznym likwidacjom sp. z o.o. bez przeprowadzenia formalnego postępowania likwidacyjnego. Opierając się na wnioskowaniu *a contrario*, potrzeba posłużenia się tą instytucją – wedle zamysłu ustawodawcy – nie jest uzasadniona, jeżeli formalna likwidacja została jednak wszczęta. Funkcja art. 299 k.s.h., zwłaszcza przy uwzględnieniu celu likwidacji, nie sięga bowiem tak daleko, aby wzmacniać pozycję prawną wierzyciela w sytuacji, gdy zarządcy sp. z o.o. zgodnie z wymogami prawa handlowego zmierzają do zakończenia działalności spółki przez przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego.

Koresponduje z takim zapatrywaniem unormowanie sytuacji prawnej członków zarządu i likwidatorów spółek akcyjnych, gdzie nie przewidziano analogicznego typu odpowiedzialności. Ostatecznie również likwidacja spółki akcyjnej niesie ze sobą ryzyko pokrzywdzenia wierzycieli. Nie istnieją w tym kontekście wystarczające powody, dla których wierzyciele sp. z o.o. mieliby być uprzywilejowani względem wierzycieli spółek akcyjnych.

Wyłączenie likwidatorów z zakresu podmiotowego art. 299 k.s.h. jest nie tyle uszczupleniem ochrony wierzycieli sp. z o.o., co raczej utrzymaniem ogólnej zasady, że za długi spółki kapitałowej odpowiada sama spółka. Jako wyjątek od ogólnej reguły przepis art. 299 k.s.h. musi być przy tym wykładany restryktywnie. Nadto za zakazem wykładni rozszerzającej przemawia również jego sankcyjny charakter.

W glosowanej uchwale i uchwale z dnia 28 lutego 2008 r., III CZP 143/07 Sąd Najwyższy podnosił argument, że wyłączenie likwidatorów z kręgu podmiotowego osób odpowiedzialnych na podstawie art. 299 k.s.h. może prowadzić do nieuzasadnionego wyłączenia odpowiedzialności członków zarządu, którzy zostaną następnie likwidatorami. Nie podzielając tych obaw, należy zwrócić uwagę na następujące względy. Primo, jeśli zobowiązanie spółki w momencie sprawowania mandatu członka zarządu istniało, nawet jako niewymagalne, to – o ile zaistniała konieczność złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego – członek zarządu ponosił będzie odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h., chociażby nie pełnił już funkcji członka zarządu lub stał się likwidatorem. *Secundo*, jeżeli zobowiązania spółki istniały w czasie pełnienia funkcji

[9] „Projekt ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęty przez kolegium uchwalające Komisji Kodyfikacyjnej dn. 26 listopada 1931 r. Uzasadnienie w opracowaniu referenta głównego projektu, prof. Adama Chełmońskiego", Komisja Kodyfikacyjna, Sekcja Prawa Handlowego, t. I, z. 4, Warszawa 1932, s. 46.

członka zarządu, lecz konieczność zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości powstała dopiero podczas likwidacji spółki, to obowiązek zgłoszenia odpowiedniego wniosku spoczywa na likwidatorze. Za niewykonanie tegoż obowiązku ponosi on odpowiedzialność odszkodowawczą na podstawie art. 21 § 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze[10]. *Tertio*, podczas likwidacji spółki zobowiązania mogą powstać tylko wyjątkowo, jeśli jest to konieczne do ukończenia spraw w toku, co wynika z art. 282 § 1 k.s.h. Zastosowanie znajduje w tym przypadku konstrukcja dowodu *prima facie*. Wystarczy zatem, że wierzyciel wykaże, iż likwidator zaciągnął zobowiązanie. Uprawnienie do zaciągnięcia tego zobowiązania powinien natomiast wykazać likwidator. Jeżeli zaś likwidator zaciągnie zobowiązanie bez umocowania, to jest on zobowiązany – po pierwsze na podstawie art. 39 § 1 k.c. – do naprawienia kontrahentowi szkody wyrządzonej przez zawarcie umowy z przekroczeniem umocowania oraz – po drugie zgodnie z art. 415 k.c. – do naprawienia na zasadach ogólnych szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym pozostałym wierzycielom spółki. Szkoda ta polegać może na obniżeniu wysokości ich zaspokojenia. Ponadto do dyspozycji wierzycieli pozostaje również roszczenie objęte skargą pauliańską (art. 527 k.c. i nn.).

Podsumowując, odesłanie zawarte w art. 280 k.s.h. obejmuje swoim zakresem wszystkie przepisy k.s.h., które wyznaczają sytuację prawną członków zarządu sp. z o.o. Ma ono jednak charakter odesłania nie wprost, ale do odpowiedniego stosowania – ze szczególnym uwzględnieniem celu likwidacji. Cel likwidacji i funkcja art. 299 k.s.h. przesądzają natomiast o tym, że do kręgu podmiotowego tych przepisów nie można zaliczyć likwidatorów sp. z o.o.

[10] Tekst jednolity: Dz.U. 2009, nr 175, poz. 1361.

## COMMENTARY ON RESOLUTION OF A BENCH OF SEVEN SUPREME COURT JUDGES OF 28 JANUARY 2010 (III CZP 91/09)

**Summary**

The commentary engages in a polemic with the Supreme Court resolution of 28 January 2010 (III CZP 91/09), passed by the bench of seven judges. Therewith Supreme Court has expressed its belief, that article 299 of the Commercial Companies Code (CCC) applies to the liquidators of limited liability company. The said notion omits the legal character of the renvoy, provided for in article 280 CCC. The scope of this renvoy includes all provisions of the Commercial Companies Code, which refer to the legal situation of the limited liability company management board members. However, it does not take an direct effect, but has an indirect character. The application of every particular provision is to be considered – especially in reference to the aim of liquidation. This aim, as well as the function of article 299 CCC, provoke a belief, that article 299 CCC does not apply to limited liability company liquidators.

*Translated by Krzysztof Wiszniewski*

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 691 ACTA IURIS STETINENSIS 2 2011

*WOJCIECH SAWCZYN*
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

# O PRAKTYCZNYCH PROBLEMACH Z INTERPRETACJĄ NIEJASNYCH PRZEPISÓW „PRZEJŚCIOWYCH" ORAZ ROZRÓŻNIENIEM TERMINÓW USTAWOWYCH „WIERZYCIEL" I „ORGAN EGZEKUCYJNY"

Przeglądając Centralną Bazę Orzeczeń Sądów Administracyjnych[1], natknąłem się na ciekawe orzeczenie rozstrzygające spór o właściwość pomiędzy Starostą Powiatu O. a Marszałkiem Województwa O[2]. Chociaż orzeczenie, o którym mowa, zostało wydane przeszło 6 lat temu, to jednak wynikające z niego problemy są wciąż frapujące i co ważniejsze – wciąż aktualne. Sprawa dotyczyła mianowicie sporu o właściwość, jaki zaistniał między Starostą O. a Marszałkiem Województwa O. w zakresie ustalenia, czy właściwym w rozumieniu art. 5 § 1 pkt 1 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[3] do prowadzenia egzekucji administracyjnej w zakresie wykonania obowiązku polegającego na dokonaniu odpłatności melioracyjnej za wykończone na koszt Skarbu Państwa melioracje szczegółowe, a wynikającego z decyzji Kierownika Urzędu Rejonowego z [...] maja 1995 r. jest Marszałek Województwa O. czy Starosta O.

[1] http://orzeczenia.nsa.gov.pl/.

[2] Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 marca 2004 r., OW 8/04, http://orzeczenia.nsa.gov.pl/.

[3] Tekst jednolity: Dz.U. 2005, nr 229, poz. 1954 ze zmianami – dalej jako u.p.e.a.

W uzasadnieniu swojego wniosku o rozstrzygnięcie sporu o właściwość Starosta O. podał, że do dnia 31 grudnia 2001 r. Starosta O. wydawał decyzje jako organ I instancji oraz egzekwował odpłatność melioracyjną za wykonane melioracje szczegółowe na koszt Skarbu Państwa, z częściowym zwrotem należności przez właścicieli gruntów na podstawie przepisu art. 93 ustawy z 24 października 1974 r. Prawo wodne[4] i rozporządzenia Rady Ministrów z 2 maja 1991 r. w sprawie melioracji wodnych[5]. Z dniem 1 stycznia 2002 r. weszła w życie nowa ustawa – ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne[6] i zgodnie z art. 74 tejże (dziś – w ujednoliconym w 2005 r. tekście to art. 74b) ustalenie w drodze decyzji administracyjnych opłat melioracyjnych przeszło do kompetencji marszałka województwa. Zdaniem Starosty O. od dnia 1 stycznia 2002 r. marszałek województwa jest uprawniony do żądania wykonania w drodze egzekucji administracyjnej decyzji ustalających opłatę melioracyjną przed tą datą, a w których to decyzjach termin płatności przypada po dniu 1 stycznia 2002 r. Natomiast w myśl art. 5 § 1 pkt 1 u.p.e.a. uprawnionym do żądania wykonania obowiązków wynikających z decyzji organów jednostek samorządu terytorialnego jest właściwy do orzekania organ I instancji. W sprawie nie miał zastosowania art. 204 p.w., bowiem przepis ten przewiduje stosowanie przepisów dotychczasowych w sprawach wszczętych, a niezakończonych wydaniem decyzji ostatecznej do dnia 1 stycznia 2002 r. w zakresie opłat za szczególne korzystanie z wód i za korzystanie z urządzeń wodnych. Opłaty melioracyjne nie mieszczą się w tej kategorii spraw. W ust. 3 art. 204 p.w. przewidziano stosowanie przepisów dotychczasowych w sprawach opłat należnych za okres sprzed wejścia w życie ustawy. Ponieważ w sprawie chodzi o opłaty wymagalne po dniu wejścia w życie ustawy, to przepis ten, zdaniem Starosty O., nie miał w sprawie zastosowania. Z tych względów w dniu 24 stycznia 2002 r. protokółem zdawczo-odbiorczym z 31 grudnia 2001 r. Starosta O. przekazał Marszałkowi Województwa O. całość dokumentów związanych ze sprawą. Marszałek Województwa O. w dniu 31 stycznia 2002 r. zwrócił przekazane dokumenty Staroście O., a następnie organy te wymieniały korespondencję w tej sprawie przez okres roku. W odpowiedzi na wniosek o rozstrzygnięcie sporu o właściwość Marszałek Województwa O. wniósł o ustalenie, że organem właściwym do żądania wykonania w drodze egzekucji administracyjnej obowiązku wynikającego z decyzji Kierownika Urzędu

[4] Dz.U. 1974, nr 38, poz. 230 ze zmianami – dalej jako d.p.w.

[5] Dz.U. 1991, nr 40, poz. 173 ze zmianami.

[6] Tekst jednolity: Dz.U. 2005, nr 239, poz. 2019 ze zmianami – dalej jako p.w.

Rejonowego w O. z [...] maja 1995 r. jest Starosta O. Marszałek Województwa O. nie kwestionował, że stosownie do postanowień art. 74 p.w. obecnie on jest właściwym w sprawie ustalenia w drodze decyzji wysokości opłaty melioracyjnej, jednak w sprawie niniejszej decyzja administracyjna ustalająca odpłatność melioracyjną została wydana przed wejściem w życie ustawy z 18 lipca 2001 r., tj. przed dniem 1 stycznia 2002 r. Zdaniem Marszałka Województwa O., skoro opłata w niniejszej sprawie należna była sprzed wejścia w życie p.w., to właściwym w sprawie był Starosta O., a okoliczność, że termin płatności niektórych rat przypadał po dniu 1 stycznia 2002 r., nie mogła mieć znaczenia w sprawie, gdyż ustawodawca nie warunkuje zastosowania przepisu art. 204 ust. 3 od przesłanki „wymagalności opłaty" ani „wymagalności poszczególnych rat opłaty".

Rozstrzygając powyższy spór, Naczelny Sąd Administracyjny[7] wskazał, że ustalona w podanej wyżej decyzji opłata melioracyjna została rozłożona na raty płatne przez okres 20 lat, a w okresie obowiązywania d.p.w. opłaty melioracyjne, stosownie do art. 93 ust. 2 ustawy, ustalał w drodze decyzji starosta wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej i był on właściwy, stosownie do art. 5 § 1 pkt 1 u.p.e.a., do żądania wykonania w drodze egzekucji administracyjnej obowiązków wynikających z decyzji. Z dniem 1 stycznia 2002 r. weszło w życie p.w. i z tym dniem, stosownie do art. 219 p.w., utraciło moc d.p.w. W p.w. przyjęto w art. 74 ust. 1 jako zasadę, że wykonanie urządzeń melioracji wodnych szczegółowych należy do właścicieli gruntów, co oznacza, że na nich spoczywa obowiązek ponoszenia kosztów, a od tej zasady p.w. w art. 74 ust. 2 dopuszcza wyjątek, że urządzenia te mogą być wykonywane na koszt Skarbu Państwa. W przypadku wykonania urządzeń melioracji wodnych szczegółowych na koszt Skarbu Państwa właściciele gruntów, na które urządzenia te wywierają korzystny wpływ, zwracają część kosztów w formie opłaty melioracyjnej. Ustalanie opłaty melioracyjnej należy obecnie w świetle ustawy z 18 lipca 2001 r. do marszałka województwa, a nie do starosty (ust. 3 art. 74 p.w. – dziś ust. 1 art. 74b p.w.). Marszałek województwa również jest uprawniony do żądania wykonania egzekucji administracyjnej obowiązków wynikających z tej decyzji. W myśl art. 5 § 1 ust. 1 u.p.e.a. uprawnionym do żądania wykonania obowiązków wynikających z decyzji jest właściwy do orzekania organ I instancji, a właściwym organem do orzekania w I instancji jest marszałek województwa. NSA wskazał, że wątpliwości marszałka powstały w związku z treścią przepisu przejściowego – art. 204 ust. 3 p.w., który stanowi, że w sprawach opłat należnych za okres

[7] Dalej jako NSA.

sprzed wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Treść tego przepisu wskazuje, że dotyczy on opłat za okres sprzed wejścia w życie p.w., wtedy gdy nie zostało wszczęte postępowanie o należne opłaty. Ustalając obowiązek spłaty opłat melioracyjnych za wykonane na koszt Skarbu Państwa urządzenia melioracji szczegółowej przed dniem 1 stycznia 2002 r., marszałek województwa ma obowiązek stosować, zgodnie z art. 204 p.w., przepisy dotychczasowe, tzn. przepisy z daty wykonania tych urządzeń. W przepisie art. 204 ust. 3 p.w. chodzi bowiem o zasadę, że „prawo nie działa wstecz" przy ustalaniu samej należności, a nie dotyczy on właściwości organu do egzekwowania należności. NSA wskazał na koniec, że co do wykonania obowiązków wynikających z decyzji wydanej przed dniem 1 stycznia 2002 r. właściwość organu co do żądania wykonania obowiązków wynikających z decyzji jest jednoznacznie ustalona w art. 5 § 1 ust. 1 u.p.e.a. i organem tym jest właściwy do orzekania organ I instancji. Organem właściwym do orzekania w I instancji zgodnie z art. 74 ust. 3 p.w. co do ustalania opłat melioracyjnych jest więc marszałek województwa i on jest właściwym do ściągania rat ustalonych wcześniejszą decyzją.

Jak widać więc wskazane orzeczenie zostało wydane na tle interesującego stanu faktycznego. Równie interesująco prezentuje się stan prawny sprawy[8], pojawiający się w orzeczeniu, analizując które można dostrzec, w jaki sposób przepisy potrafią sprawiać trudności w ich prawidłowej interpretacji, czego konsekwencją jest problem z poprawnym ustaleniem właściwości organów administracji publicznej.

Spór o właściwość ma miejsce, gdy w prowadzonym postępowaniu chodzi o rozstrzygnięcie sprawy pomiędzy tymi samymi stronami, dotyczącej tego samego przedmiotu, przy zastosowaniu tej samej podstawy prawnej, a więc – co już na gruncie ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym[9] podkreślała K. Defecińska – „spór o właściwość może powstać tylko w przypadku, gdy różnice w określeniu właściwości organów odnoszą się do tej samej sprawy, a więc gdy istnieje tożsamość sprawy"[10]. Sąd, mając na uwadze, że „sporem o właściwość jest sytuacja prawna, w której co do zakresu działania organów państwowych zachodzi rozbieżność poglądów, która powinna być usunięta na

[8] Ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne oraz ustawa z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

[9] Dz.U. 1995, nr 74, poz. 368 ze zmianami.

[10] K. Defecińska, *Spory o właściwość*, „Samorząd Terytorialny" z 2000 r., nr 7–8, s. 101.

skutek podjętych w tym kierunku środków prawnych”[11], trafnie wskazał organ właściwy. Innymi słowy, w przedmiotowej sprawie należy zgodzić się z rozstrzygnięciem sporu o właściwość między organami samorządu terytorialnego. Równocześnie jednak należy zakwestionować określenie w sentencji postanowienia i w jego uzasadnieniu uprawnień właściwego organu jako zbyt szerokich i niezgodnych z przepisami postępowania egzekucyjnego w administracji. Sąd odpowiednio rozstrzygnął spór o właściwość między Starostą O. a Marszałkiem Województwa O., jednakże błędnie określił uprawnienia Marszałka Województwa O. jako wierzyciela w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym.

Za J. Zimmermannem należy podkreślić, że główną przyczyną sporów o właściwość jest niedoskonałość przepisów prawnych, prowadząca do błędnej ich wykładni[12]. W przedmiotowej sprawie konieczność rozstrzygnięcia sporu przez sąd była wynikiem niezrozumienia przez obie strony przepisów p.w. Opaczne zrozumienie przepisu zawartego w art. 204 ust. 3 powołanej wyżej ustawy świadczy o tym, że prawodawca winien tworzyć przepisy bardziej jednoznaczne. Truizmem jest stwierdzenie, że nie jest dobrym przepisem taki, który może zostać zrozumiany na trzy różne sposoby przez fachowe podmioty posiadające wiedzę prawną. Należy bowiem pamiętać, że w omawianej sprawie różnice co do rozumienia przepisu art. 204 ust. 3 p.w. istniały nie tylko między stronami sporu o właściwość. Także ocena sądu, mimo że pokrywała się w końcowych wnioskach z oceną starosty powiatowego, wyniknęła z zupełnie odmiennego (i jedynego poprawnego i racjonalnego) zrozumienia powołanego przepisu.

Faktycznie wynikający z art. 204 ust. 3 p.w. nakaz stosowania przez organ administracji przepisów dotychczasowych (ust. 3: „W sprawach opłat należnych za okres sprzed wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”) jest wyartykułowaniem podstawowej zasady *lex retro non agit*, a więc zasady stwierdzającej, że normy prawne nie mają mocy wstecznej. W większości państw europejskich zakaz retroakcji ma swoje umocowanie konstytucyjne. W Polsce wyprowadza się go z zasady demokratycznego państwa prawnego[13]. Należy jednak wskazać, że przepis art. 204 ust. 3 p.w. nie ma nic wspólnego ze zmianą właściwego do orzekania opłaty melioracyjnej organu I instancji będącego, zgod-

[11] W. Miszewski, *Konflikty kompetencyjne i sądownictwo kompetencyjne*, w: *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. I, Warszawa 1927–1928, s. 290.

[12] J. Zimmermann, *Z problematyki sporów kompetencyjnych między organami administracji publicznej a sądami*, PiP z 1989 r., nr 3, s. 48–49.

[13] J. Oniszczuk, *Państwo prawne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (zasady państwa prawnego)*, Warszawa 1996, s. 14 i nn.

nie z art. 5 u.p.e.a., uprawnionym do żądania wykonania w drodze egzekucji administracyjnej obowiązków wynikających z decyzji dotyczącej ustalenia opłat melioracyjnych, a więc będącego wierzycielem w postępowaniu egzekucyjnym. Sąd słusznie stwierdził, że w myśl art. 204 ust. 3 p.w. należy stosować przepisy z chwili wykonania urządzeń melioracyjnych w przypadku, gdy postępowanie w sprawie należnych opłat nie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie „nowej" ustawy Prawo wodne. Innymi słowy ust. 3 art. 204 p.w. dotyczy opłat za okres sprzed wejścia w życie ustawy, gdy nie zostało wszczęte postępowanie o należne opłaty. Natomiast w omawianym przypadku postępowanie nie tylko zostało już wszczęte, ale zostało zakończone wydaniem decyzji. Warto wskazać, że w postępowaniu administracyjnym zasadą są dwie fazy postępowania: faza postępowania wyjaśniającego, ustalającego czy orzekającego i faza postępowania wykonawczego. Fazy te są wyraźnie rozgraniczone i uregulowane odrębnymi ustawami[14]. Art. 204 ust. 3 p.w. nie ma więc żadnego zastosowania do postępowania egzekucyjnego, lecz tylko do właściwego jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego, które będzie zakończone decyzją ustalającą opłaty melioracyjne.

Jednak zasadniczym i najciekawszym problemem pojawiającym się we wskazanym orzeczeniu jest konieczność dostrzeżenia różnicy pomiędzy poszczególnymi podmiotami postępowania egzekucyjnego, a konkretnie pomiędzy organem egzekucyjnym a wierzycielem. Wydaje się, że błędne, zamienne korzystanie z terminów ustawowych „wierzyciel" i „organ egzekucyjny" czy też przekazywanie prerogatyw jednego z tych podmiotów drugiemu lub na odwrót najczęściej może wyniknąć z tego, że w postępowaniu egzekucyjnym istnieją sytuacje, gdy wierzycielem i organem egzekucyjnym jest ten sam podmiot. Sytuacje te jednak stanowią pewien zamknięty katalog spraw i bezpodstawne rozszerzanie tego katalogu stanowi istotne naruszenie prawa procesowego.

Jeśli chodzi o wzajemne relacje pomiędzy wierzycielem a organem egzekucyjnym, należy rozpocząć od odpowiedniej kwalifikacji tych podmiotów biorących udział w postępowaniu egzekucyjnym. Wierzyciel (obok zobowiązanego) jest co do zasady uczestnikiem postępowania egzekucyjnego. Taki pogląd wynika z art. 110b u.p.e.a., który wskazuje, że wymienione w tym przepisie podmioty (np. osoby, którym przysługują prawa rzeczowe ograniczone lub roszczenia albo prawa osobiste zabezpieczone na nieruchomości) są uczestnikami postępowania

[14] J. Jendrośka, *Polskie postępowanie administracyjne*, Wrocław 2001, s. 15.

egzekucyjnego z nieruchomości oprócz wierzyciela i zobowiązanego[15], a więc co do zasady właśnie wierzyciel i zobowiązany są uczestnikami postępowania egzekucyjnego. Wierzyciel ma przeciwstawne interesy w stosunku do zobowiązanego. Najogólniej rzecz ujmując, wierzyciel to podmiot zainteresowany tym, aby doprowadzić do wykonania przez zobowiązanego ciążącego na nim obowiązku, podmiot uprawniony do żądania wykonania tego obowiązku. Należy podkreślić, że wierzyciel jest zainteresowany doprowadzeniem do wykonania czegoś przez zobowiązanego – tym czymś jest oczywiście obowiązek zobowiązanego. Nie jest on (wierzyciel) zaś odpowiedzialny za samo doprowadzenie do wykonania. Wierzycielem, w myśl ustawowej definicji, jest podmiot uprawniony do żądania wykonania obowiązku lub jego zabezpieczania w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym. Wierzycielem tym jest więc w odniesieniu do obowiązków wynikających z decyzji organów administracji państwowej i organów jednostek samorządu terytorialnego (jak w przedmiotowej sprawie – decyzji kierownika urzędu rejonowego) – zgodnie z art. 5 § 1 pkt 1 u.p.e.a., właściwy do orzekania organ I instancji. Jak trafnie zauważył sąd, z przepisów p.w. wynika, że zgodnie z art. 74 ust. 3 p.w. (dzisiaj – 74b ust. 1 p.w.) organem I instancji właściwym do orzekania jest marszałek województwa, a więc on jest wierzycielem odnośnie do ustalonych w drodze decyzji opłat melioracyjnych. Na koniec można jeszcze nadmienić, że wierzyciel nie rozporządza przedmiotem postępowania, gdyż pełni tylko procesową funkcję wierzyciela, dlatego ciąży na nim powinność doprowadzenia do wszczęcia egzekucji.

Z kolei pojęcie organu egzekucyjnego zostało zdefiniowane w art. 1a pkt 7 u.p.e.a. W myśl tego przepisu organem egzekucyjnym jest organ uprawniony do stosowania w całości lub w części określonych w ustawie środków służących doprowadzeniu do wykonania przez zobowiązanych ich obowiązków o charakterze pieniężnym lub obowiązków o charakterze niepieniężnym oraz zabezpieczania wykonania tych obowiązków. W art. 19 § 1 u.p.e.a. mamy zaś wskazane, że z zastrzeżeniem § 2–8 tego artykułu, naczelnik urzędu skarbowego jest organem egzekucyjnym uprawnionym do stosowania wszystkich środków egzekucyjnych w egzekucji administracyjnej należności pieniężnych. Zastrzeżenia z § 2–8, o których mowa wyżej, nie mają zastosowania w przypadku egzekucji omawianych opłat, tak więc właśnie naczelnik urzędu skarbowego jest organem egzekucyjnym mogącym dochodzić opłat melioracyjnych wynikających

[15] T. Jędrzejewski, M. Masternak, P. Rączka, *Administracyjne postępowanie egzekucyjne*, Toruń 2002, s. 63.

z przepisów p.w. Organ egzekucyjny jest więc podmiotem uprawnionym do prowadzenia postępowania egzekucyjnego.

W postępowaniu egzekucyjnym w administracji wierzyciel może znaleźć się w podwójnej roli. Może mianowicie występować jako podmiot różny od organu egzekucyjnego oraz w sytuacji, kiedy pełni równocześnie funkcje organu egzekucyjnego. Taka sytuacja będzie miała miejsce wtedy, gdy organ egzekucyjny będzie jednocześnie wydawał w sprawie decyzję lub postanowienie jako organ I instancji i w związku z tym stanie się równocześnie wierzycielem obowiązków wynikających ze swojej decyzji lub postanowienia i będzie odpowiedzialny za wykonanie tej decyzji lub postanowienia w drodze egzekucji administracyjnej. Na marginesie można zaznaczyć, że połączenie funkcji wierzyciela i organu egzekucyjnego w ręku jednego podmiotu powoduje, że niektóre czynności stają się bezprzedmiotowe (np. składanie wniosku o wszczęcie egzekucji). Z kolei niektóre uprawnienia są zastrzeżone jedynie dla wierzyciela, który nie jest organem egzekucyjnym (np. prawo do wniesienia zażalenia na postanowienie). Oczywiście taka regulacja jest podyktowana koniecznością wyeliminowania sytuacji, w których wierzyciel, działający jednocześnie w charakterze organu egzekucyjnego, zaskarżałby własne czynności[16].

Powyższe uwagi wprowadzające pozwalają odnieść się do zagadnień podjętych przez NSA w analizowanym orzeczeniu. W omawianej sprawie nie można zaaprobować poglądu sądu, który uprawnienia organu egzekucyjnego przeniósł na podmiot będący jedynie wierzycielem. Skład orzekający postanowił wskazać Marszałka Województwa O. jako organ właściwy do wykonania decyzji z [...] maja 1995 r., Nr [...] Kierownika Urzędu Rejonowego w O. odnośnie płatności rat opłaty melioracyjnej ustalonej tą decyzją należnych po dniu 1 stycznia 2002 r. Uzasadnienie postanowienia kończy się zaś stwierdzeniem, że marszałek województwa jest właściwy do ściągania rat ustalonych wcześniejszą decyzją.

Wykonanie decyzji winno być rozumiane jako podjęcie skutecznych kroków zmierzających do jej pełnej realizacji[17]. Jak wynika zaś z przytoczonych wyżej przepisów u.p.e.a., jedynym podmiotem mogącym stosować w całości lub w części określone w tej ustawie środki służące doprowadzeniu do wykonania przez zobowiązanych ich obowiązków, jest organ egzekucyjny.

[16] T. Jędrzejewski, M. Masternak, P. Rączka, *op.cit*., s. 65.

[17] R. Hauser, A. Skoczylas, *Postępowanie egzekucyjne w administracji*, w: *Zarys prawa administracyjnego*, red. Z. Leoński, Warszawa 2004, s. 365.

Użyty w uzasadnieniu postanowienia zwrot „właściwy do ściągania rat ustalonych wcześniejszą decyzją" również nie może odnosić się do wierzyciela, ale tylko i wyłącznie do organu egzekucyjnego, który to, jako jedyny, może stosować w całości lub w części określone w ustawie środki służące doprowadzeniu do wykonania przez zobowiązanych ich obowiązków o charakterze pieniężnym, a więc w tym przypadku zapłacenia rat ustalonych wcześniejszą decyzją.

Z art. 74 ust. 2 p.w. wynika, że urządzenia melioracji wodnych szczegółowych mogą być wykonywane na koszt Skarbu Państwa m.in., jeżeli: 1) teren cechuje duże rozdrobnienie gospodarstw rolnych, 2) urządzeniom melioracji wodnych szczegółowych grozi dekapitalizacja, 3) warunkiem restrukturyzacji rolnictwa jest regulacja stosunków wodnych w glebie – przy czym właściciele gruntów, na które urządzenia te wywierają korzystny wpływ, zwani dalej „zainteresowanymi właścicielami gruntów", zwracają część kosztów w formie opłaty melioracyjnej; zwrot ten stanowi dochód budżetu państwa. Rozstrzygnięcie w sprawie, o której mowa w ust. 2, podejmuje, w drodze decyzji, marszałek województwa, w uzgodnieniu z wojewodą, na wniosek zainteresowanych właścicieli gruntów lub spółki wodnej. W ust. 4 art. 74 (dzisiaj odpowiednio ust. 4 art. 74b i art. 74c p.w.) jest z kolei wskazane, że w decyzji, o której mowa w ust. 3 (dzisiaj odpowiednio w art. 74b ust. 1 p.w.), marszałek województwa ustala wysokość opłaty melioracyjnej każdemu zainteresowanemu właścicielowi gruntu, proporcjonalnie do powierzchni gruntów, na które korzystny wpływ wywierają urządzenia melioracji wodnych szczegółowych. Po zakończeniu procesu inwestycyjnego i rozliczeniu wartości wykonanych robót marszałek województwa, w drodze decyzji, koryguje w czasie 9 miesięcy ustaloną wysokość opłaty melioracyjnej, odpowiednio do wysokości poniesionych kosztów inwestycji oraz zmian w projekcie technicznym, dokonanych w trakcie realizacji inwestycji. Marszałek województwa, jak wynika wprost z cytowanych wyżej przepisów, jest właściwym do orzekania w formie decyzji administracyjnej w sprawie opłat melioracyjnych organem I instancji. W związku z tym, zgodnie z art. 5 § 1 pkt 1 u.p.e.a., jest on właściwy do żądania wykonania obowiązków w postaci opłat melioracyjnych, a więc jest on wierzycielem w postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Z art. 19 tej ustawy wynika z kolei wprost, że organem egzekucyjnym uprawnionym do stosowania wszystkich środków egzekucyjnych w celu wykonania przez zobowiązanych obowiązków (w omawianym przypadku obowiązków w postaci

uiszczenia opłaty melioracyjnej) może być tylko naczelnik urzędu skarbowego, a więc nie może nim być marszałek województwa, jak błędnie wskazał sąd. Uprawnienie do żądania wykonania obowiązku, którym to uprawnieniem rozporządza wierzyciel, daje mu tylko możliwość realizacji czynności zmierzających do wszczęcia egzekucji, a więc jego zadaniem jest doręczenie zobowiązanemu pisemnego upomnienia, sporządzenie tytułu wykonawczego oraz wystąpienie do organu egzekucyjnego z wnioskiem o wszczęcie egzekucji. Czynności polegające na „wykonaniu decyzji" czy też „ściąganiu rat" mogą być dokonane jedynie przez organ egzekucyjny, a więc naczelnika urzędu skarbowego.

Biorąc pod uwagę, że postępowanie egzekucyjne przebiega przez trzy stadia: 1) stadium poprzedzające wszczęcie egzekucji administracyjnej, 2) stadium stosowania egzekucji i wreszcie 3) stadium następujące po przeprowadzeniu egzekucji[18], należy podkreślić, że wierzyciel bierze udział tylko w pierwszym z wymienionych etapów, a następnie daje tylko impuls do rozpoczęcia właściwej egzekucji administracyjnej przez organ egzekucyjny. Widać więc wyraźnie, że nawet sekwencja czynności w postępowaniu egzekucyjnym uniemożliwia wykonywanie przez wierzyciela obowiązków organu egzekucyjnego (oczywiście z wyjątkiem sytuacji, kiedy pełni on równocześnie funkcje organu egzekucyjnego, która to sytuacja, jak wskazano wcześniej, nie ma miejsca w rozpatrywanej sprawie).

Na koniec należy wskazać, że także występujący do NSA z wnioskiem o rozstrzygniecie sporu kompetencyjnego Starosta O. nie potrafił dostrzec różnicy między organem egzekucyjnym a wierzycielem, gdyż art. 5 § 1 pkt 1 u.p.e.a. odnosił do organu prowadzącego egzekucję administracyjną (a więc organu egzekucyjnego, mimo że w art. 5 jest mowa tylko i wyłącznie o wierzycielu).

Na przedmiotowe orzeczenie wypada też spojrzeć z innej perspektywy – jest ono postanowieniem kończącym postępowanie przed sądem administracyjnym, a konkretnie przed NSA. Zgodnie z art. 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[19] sądy administracyjne rozstrzygają spory o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego i między samorządowymi kolegiami odwoławczymi, o ile odrębna ustawa nie stanowi inaczej, oraz spory kompetencyjne między organami tych jednostek a organami administracji rządowej. Z kolei art. 15 § 1 pkt 4 p.p.s.a. przesądza o tym, że spory

[18] Por. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 16 lutego 2007 r., III SA/Wa 3125/06, LEX nr 311963.

[19] Dz.U. 2002, nr 153, poz. 1270 ze zmianami – dalej jako p.p.s.a.

te rozstrzyga NSA. NSA rozstrzyga spory w drodze postanowienia. Sąd może postanowieniem odrzucić wniosek, gdy spór w ogóle nie występuje. Sąd może także oddalić wniosek, gdy żaden z organów nie jest właściwy w sprawie. I na koniec, sąd, tak jak w omawianej sprawie, może wydać orzeczenie merytoryczne wskazujące organ właściwy (art. 15 § 2 p.p.s.a.). Powyższe postanowienia jako postanowienia wydane przez NSA są niezaskarżalne, a więc błędne rozpatrzenie sporu o właściwość rodzi określone – trudno odwracalne konsekwencje[20].

Na tle omawianego orzeczenia nasuwa się konkluzja, że sąd dowolnie „przeplatał" kompetencje jednego i drugiego podmiotu administracyjnego postępowania egzekucyjnego, stosując je do marszałka województwa. W związku z tym można wysunąć wniosek, że gdyby sąd konsekwentnie uważał marszałka za organ egzekucyjny, świadczyłoby to o złym zrozumieniu przepisów dotyczących podmiotów postępowania egzekucyjnego w administracji. Traktowanie marszałka na zmianę jako wierzyciela i jako organ egzekucyjny, jak to miało miejsce w analizowanym przypadku, świadczy zaś niestety o niezrozumieniu przepisów administracyjnego postępowania egzekucyjnego. Może to wynikać z faktu, że problematyka egzekucji administracyjnej tak 6 lat temu, ale niestety i dziś, nie należy do zbyt często podejmowanych, co budzi uzasadniony niepokój i powinno być jak najszybciej zmienione.

[20] Chociaż należy od razu – na marginesie – wskazać, że „wykluczenie prawa do zaskarżania orzeczeń wydanych w sprawie sporów nie powoduje [...] naruszenia gwarancji konstytucyjnych związanych z prawem do sądu" (A. Skoczylas, *Rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość przez NSA*, Warszawa 2008, s. 114).

## ON PRACTICAL ISSUES REGARDING INTERPRETATION OF AMBIGUOUS "TRANSITIONAL" LEGAL PROVISIONS AND DIFFERENTIATING BETWEEN THE STATUTORY TERMS OF "CREDITOR" AND "ENFORCEMENT BODY"

**Summary**

The paper addresses practical problems relating to the interpretation of unclear provisions and distinguishing between statutory terms "creditor" and "enforcement agency", based on an example provided by a decision of the Supreme Administrative Court. The most interesting issue appearing in the aforementioned decision is the need to see a difference between the enforcement agency and the creditor. Alas, it seems that in practice these two terms are often used alternatively, which is incorrect, or that the prerogatives of one of them are ascribed to the other and vice versa. This is due to the fact that in enforcement proceedings there are situations where the same entity is the creditor and the enforcement agency. Unfortunately, treating an administration agency alternately as the creditor and the enforcement agency attests to the lack of understanding of the provisions of administrative enforcement proceedings, which stems from the fact that the issues of administrative enforcement are discussed only rarely, which gives rise to justified concerns and should be changed as soon as possible.

*Translated by Biuro Tłumaczeń „Ultra"*
*H. Górnicka-Holeczek, M. Cichocka Spółka jawna*