UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI

ZESZYTY NAUKOWE NR 720

ACTA IURIS STETINENSIS 3

SZCZECIN 2012

Rada Wydawnicza
Adam Bechler, Tomasz Bernat, Anna Cedro, Paweł Cięszczyk
Piotr Michałowski, Małgorzata Ofiarska, Aleksander Panasiuk
Grzegorz Wejman, Dariusz Wysocki, Renata Ziemińska
Marek Górski – przewodniczący Rady Wydawniczej
Edyta Łongiewska-Wijas – redaktor naczelna, dyrektor Wydawnictwa Naukowego

Rada Naukowa
prof. dr hab. Roman Hauser (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu)
dr hab. Andrzej Jakubecki (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. dr hab. Andrzej Marciniak (Uniwersytet Łódzki)
prof. dr hab. Mirosław Nazar (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)
prof. 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. dr hab. Władysław Rozwadowski (Uniwersytet Szczeciński)
prof. dr hab. Tadeusz Smyczyński (Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. dr hab. Roman Wieruszewski (Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk)
prof. dr hab. Bronisław Ziemianin (Uniwersytet Szczeciński)

Recenzenci
prof. dr hab. Bogusław Banaszak
dr hab. Wiesława Miemiec prof. UWr.
prof. dr hab. Andrzej J. Szwarc

Redaktor naukowy
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

Redaktor tematyczny
Ewa Olszewska

Redaktor językowy
Hanna Naparty

Korektor
Renata Bacik

Skład komputerowy
Ewa Radzikowska-Król

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

Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne online w międzynarodowej bazie danych
The Central European Journal of Social Sciences and Humanities http://cejsh.icm.edu.pl

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2012

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

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 5,0. Ark. druk 5,1. Format B5. Nakład 50 egz.

SPIS TREŚCI

Sławomir Maciejewski – Solidarność między pokoleniami w systemie konstytucyjnoprawnym na przykładzie repartycyjnego systemu emerytalnego.....5

Maciej Wrześniewski – Czynność seksualna a obcowanie płciowe i inna czynność seksualna – próba uporządkowania pojęć.....37

Aneta Wesołowska, **Przemysław Rosicki** – Nowelizacja art. 119 § 3 Kodeksu karnego skarbowego chroni prawo własności właściciela rzeczy podlegającej przepadkowi, a nie będącego sprawcą czynu zabronionego.....51

Agnieszka Wiktorzak – Konsekwencje nowelizacji ustawy o księgach wieczystych i hipotece dla banków 63

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 720 ACTA IURIS STETINENSIS 3 2012

SŁAWOMIR MACIEJEWSKI
Uniwersytet Szczeciński

SOLIDARNOŚĆ MIĘDZY POKOLENIAMI W SYSTEMIE KONSTYTUCYJNOPRAWNYM NA PRZYKŁADZIE REPARTYCYJNEGO SYSTEMU EMERYTALNEGO

1. Wprowadzenie

Solidarność między pokoleniami była do niedawna postrzegana jako idea, wartość lub zasada etyczna, która miała znaczenie dla myśli społecznej i politycznej. Na wstępie rozważań należy podnieść, że stanowi ona zasadę prawną, dzięki której w pełni urzeczywistnia się zasadę sprawiedliwości społecznej. Obydwie te zasady nawiązują do spotykanej w konstytucjonalizmie niektórych państw zasady państwa socjalnego, czyli takiego, które ma pewnego rodzaju zobowiązania w stosunku do obywateli. Oczywiście przedmiotowa zasada solidarności między pokoleniami stanowi swego rodzaju wskazanie interpretacyjne do wykładni przepisów prawa, a w szczególności, aby wybierać takie rozwiązania, które będą czyniły zadość zasadzie sprawiedliwości społecznej. Zatem nakłada ona na państwo obowiązek stanowienia prawa, które będzie społecznie sprawiedliwe bez dyskryminacji jakiejkolwiek grupy społecznej, szczególnie tych najsłabszych.

Poprzez konkretne oddziaływanie na życie społeczne i gospodarcze zasada solidarności nabrała charakteru socjalnej zasady prawnej. Uwieńczeniem tej kon-

kluzji jest przepis wprowadzony do Traktatu o Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r., który w art. 3 stanowi, że UE wspiera solidarność między pokoleniami. W kolejnym przepisie (art. 4) traktatu potwierdzone zostało, że UE szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi. Zatem potwierdzone zostało, że państwa członkowskie zachowały swobodę konstruowania swoich systemów emerytalnych oraz decydowania o ich metodzie finansowania, sposobie podlegania tym ubezpieczeniom i przysługujących z nich świadczeniach. Funkcjonujące do tej pory systemy emerytalne zachowały więc swoją odrębność. Podkreślono tym samym, że systemy emerytalne podlegać będą koordynacji, a nie harmonizacji czy unifikacji. Rolą prawa wspólnotowego będzie koncentracja działań na ochronie migrujących pracowników przed utratą przysługujących im uprawnień w związku z nabytymi już w różnych państwach okresami ubezpieczeniowymi. Zagwarantowane zostało to w Traktacie o funkcjonowaniu UE zapisem (art. 5), który artykułuje, że prawnie wiążące akty UE przyjęte na podstawie postanowień traktatów nie mogą prowadzić do harmonizacji przepisów ustawowych państw członkowskich.

2. Charakter solidarności między pokoleniami w systemach emerytalnych

Występująca na terytorium UE różnorodność systemów emerytalnych jest niewątpliwie istotną przeszkodą we wprowadzeniu jednolitego systemu w tym obszarze życia publicznego. Koordynacja przepisów jest gwarancją skutecznego działania zasady swobodnego przepływu osób i zapewnienia im właściwej ochrony w dziedzinie zabezpieczenia społecznego z jednoczesnym zagwarantowaniem ochrony praw już nabytych. Reguły koordynacji mają urzeczywistnić i służyć swobodzie przemieszczania się osób w obrębie Wspólnoty. Z drugiej strony od władz publicznych każdego państwa członkowskiego należy wymagać aktywnego podejścia do zorganizowania i zagwarantowania adekwatnych systemów emerytalnych. Taki wymóg stawia przed władzą publiczną konstytucja, która określa status jednostki w państwie. Poszczególnym prawom i obowiązkom, których podmiotami czyni konstytucja człowieka i obywatela, odpowiadają określone obowiązki po stronie władz publicznych. Zatem władze publiczne muszą podjąć konkretne działania, aby jednostka mogła zrealizować przysługujące jej prawo. W tym zakresie Traktat z Lizbony nałożył na Parlament Europejski i Radę

obowiązek podjęcia wszelkich środków prawodawczych w dziedzinie zabezpieczenia społecznego niezbędnych do realizacji swobodnego przemieszczania się osób na terenie Wspólnoty, by osoby migrujące nie ponosiły z tego tytułu żadnych negatywnych konsekwencji.

Wyodrębnienie solidarności między pokoleniami związane jest z rozumieniem praw człowieka w ramach procesów globalizacji, z analizą stosunków przyczynowych w procesie interpretacji prawa oraz ewolucją systemów socjalnych. Szczególnie w postępującym procesie integracji europejskiej, czyli procesie, którego końca jeszcze nie dostrzegamy, ważne wydaje się, by pewne wzorce i tendencje były dostrzegane i poddawane analizie z wyprzedzeniem. Do mechanizmów instytucjonalnych służących rozwojowi europejskiego konstytucjonalizmu możemy zaliczyć prawa człowieka i obywatela oraz zasadę demokratyczną, które służą realizacji dobra wspólnego i sprawiedliwości. Jak zauważa P. Policastro, „elementy te scalały się coraz ściślej w procesie tworzenia i rozwoju instytucji europejskiego konstytucjonalizmu”[1]. Przedstawiona analiza solidarności między pokoleniami uzasadnia znaczenie tego pojęcia w obrocie prawnym poprzez ukierunkowanie na cel, któremu to pojęcie ma służyć.

Próba prawnej rekonstrukcji pojęcia solidarności powinna zaczynać się uczestnictwem zarówno w procedurach tworzenia oraz stosowania prawa, jak i w życiu społecznym. Pod względem prawnym zachowania dotyczące solidarności związane są z domeną sprawiedliwości społecznej. Także solidarność między pokoleniami nabiera prawną postać w procedurach prawnych oraz w stosowaniu praw związanych z urzeczywistnieniem solidarności społecznej. W Konstytucji RP ujęty w preambule obowiązek solidarności z innymi, w połączeniu z zasadą określającą RP jako dobro wspólne wszystkich obywateli (art. 1) oraz zasadą definiującą RP jako demokratyczne państwo prawne urzeczywistniające zasadę sprawiedliwości społecznej (art. 2) determinują, że czynne uczestnictwo obywateli bezpośrednio lub pośrednio poprzez instytucje publiczne ma doniosłą wartość ustrojową. Formy i sposoby uczestnictwa obywateli w tworzeniu i zagospodarowywaniu wspólnego dobra w celu urzeczywistniania sprawiedliwości społecznej można odnieść do prawnej zasady solidarności.

Pojęcie solidarności można w związku z tym określić jako zasadę prawną obejmującą urzeczywistnienie sprawiedliwości społecznej poprzez czynne działanie obywateli oraz instytucji publicznych i prywatnych. Solidarność jako

[1] P. Policastro, *Prawa podstawowe w demokratycznych transformacjach ustrojowych. Przykład Polski*, Lublin 2002, s. 10.

„wartość" etyczna miała istotne znaczenie dla myśli społecznej i politycznej będącej podstawą polskiej transformacji ustrojowej[2]. Miała także istotne znaczenie w transformacji państwa o charakterze nadrzędnym w stosunku do osoby, w państwo ukonstytuowane jako naród działający za pomocą zasady przedstawicielskiej i bezpośrednio poprzez obywateli. Państwo tworzone dla człowieka i przez człowieka. Głównym założeniem zasady solidarności jest niemożność samodzielnego korzystania z niektórych praw przez różne podmioty, zarówno indywidualne, jak i określone jako zbiorowość. Na zasadę solidarności należy również spojrzeć jako na normę prawną, chroniącą dobro wspólne, osiąganą przez poszanowanie praw i społeczne obowiązki człowieka[3]. W tym sensie solidarność staje się otwarta dla uwzględnienia potrzeb innych wspólnot i innych ludzi. Wspólnot, które nie tylko istnieją i działają w czasie teraźniejszym, ale i w przyszłości, stąd solidarność między pokoleniami. Idea solidarności między pokoleniami obejmuje odpowiedzialność za osoby starsze, dzięki czemu przyczynia się do poszanowania godności ludzkiej. Solidarność między pokoleniami, co jest podkreślane w polityce Unii Europejskiej, stanowi jedno ze strukturalnych i kluczowych rozwiązań europejskiego modelu społecznego. Solidarność między pokoleniami nie tylko stanowi przedmiot zainteresowania Komisji czy Parlamentu Europejskiego[4], ale została w sposób wyraźny wyartykułowana w traktacie lizbońskim, gdzie art. 3 stanowi, że jednym z głównych celów UE jest zwalczanie wyłączenia społecz-

[2] J. Tischner, *Etyka solidarności*, Kraków 2005, s. 282. Autor konstatuje, że fundamentem więzi społecznych stał się kontrakt. „Kontrakt ma zawsze charakter indywidualny. Wydobywa on na jaw znaczenie jednostki, jej wolności i jej odpowiedzialności".

[3] R. Andrzejczuk, *Uzasadnienie prawa narodów do samostanowienia. Prawa człowieka podstawą prawa narodów do samostanowienia*, Lublin 2002, s. 129.

[4] Np. Rezolucja PE z dnia 15.12.2000 r. dotycząca komunikatu Komisji „Europa dla wszystkich grup wiekowych – dobrobyt i solidarność między pokoleniami", Dz.U. UE C 232 z 17.08.01, s. 381; komunikat Komisji z dnia 18.03.2002 r. „Reakcja Europy na proces starzenia się ludności świata – Promowanie postępu gospodarczego i społecznego w starzejącym się świecie – Dokument Komisji Europejskiej na drugą światową konferencję poświęconą starzeniu się" (COM(2002)0143); Zielona księga Komisji z dnia 16.03.2005 r. „Wobec zmian demograficznych: nowa solidarność między pokoleniami" (COM(2005)0094); Rezolucja PE z dnia 23.03.2006 r. w sprawie wyzwań demograficznych i solidarności między pokoleniami, Dz.U. UE C 292 E z 01.12.06, s. 131; komunikat Komisji z dnia 12.10.2006 r. „Demograficzna przyszłość Europy – przekształcić wyzwania w nowe możliwości" (COM(2006)0571); komunikat Komisji z dnia 10 maja 2007 r. „Promowanie solidarności między pokoleniami" (COM(2007)0244); Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 3.02.2009 r. w sprawie niedyskryminacji ze względu na płeć i solidarności między pokoleniami (2008/2118(INI)) P6_TA(2009)0039; Komunikat Komisji do PE, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Promowanie solidarności między pokoleniami" czy Projekt opinii Komitetu Regionów w sprawie zielonej księgi: „Wobec zmian demograficznych: nowa solidarność między pokoleniami", Dz.U. UE 2006 C 115, s. 61–64.

nego oraz wspieranie solidarności między pokoleniami. Można zatem zauważyć, że zmiany demograficzne i globalizacja narzucają konieczność solidarności między pokoleniami opartej na szeroko zakrojonym pakiecie między pokoleniami. U podstaw takiego pakietu między pokoleniami musi znajdować się powszechna możliwość organizowania swojego życia zawodowego i prywatnego w ramach praw i obowiązków określonych zarówno drogą ustawową, jak i umowną. Droga ustawowa wymaga aktywnego podejścia ze strony władz publicznych i wszystkich partnerów społecznych w zagwarantowaniu odpowiednich i adekwatnych systemów emerytalnych. Należy podkreślić, że solidarność między pokoleniami, obejmująca odpowiedzialność za osoby starsze, przyczynia się do pełnej realizacji zasady poszanowania godności ludzkiej i powinna stać się więzią społeczną dla dobra ogółu.

Solidarność jako zasada w połączeniu z godnością człowieka stanowi spójność społeczną każdego społeczeństwa oraz instrument polityki wewnętrznej państw. Tworzy działania pozytywne[5], sprzyjające rozwojowi i spójności społecznej stanowiącej dorobek współczesnego konstytucjonalizmu. W omawianej materii ustrojodawca prawo do zabezpieczenia społecznego objął regulacją konstytucyjną w rozdziale praw socjalnych. Prawa socjalne to nazwa zbiorcza. Trudność przeprowadzenia sztywnej granicy pomiędzy pojęciami dotyczącymi praw obywateli sprawia, że nazwa ta jest często stosowana jako pojęcie zbiorcze dla całej kategorii praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Jednocześnie warto zwrócić uwagę, iż transformacja instytucji państwa socjalnego prowadzi do tego, że oszczędności podmiotów indywidualnych posługiwały nie jako lokacja dochodu, ale pełniły przede wszystkim funkcję zabezpieczenia środków egzystencji na wypadek starości, choroby lub opieki medycznej[6]. Wydaje się zatem logiczną konsekwencją, że obok integracji gospodarczej, zwłaszcza na terenie UE, konieczna jest także integracja polityczna „uzasadniająca nałożenie na podmioty gospodarcze obowiązku solidarności, służącego pełniejszej realiza-

[5] „Działania pozytywne" statuują ustanowienie obowiązku podjęcia przez państwo określonych przedsięwzięć umożliwiających każdemu uprawnionemu uzyskanie m.in. emerytury. Oznacza to zobowiązanie państwa do rozwinięcia aktywności organizatorskiej, a po stronie obywatela roszczenia, pozwalającego na dochodzenie przysługujących mu świadczeń. Implikuje to „całkowite odejście od pojmowania roli państwa tylko w kategoriach zakazu ingerencji w sferę wolności jednostki – nowe prawa socjalne ujmowane były jako prawa pozytywne rozumiane jako sfera, w której pod adresem państwa sformułowany jest nakaz działania". L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 88.

[6] P. Policastro, *op.cit.*, s. 13–14.

cji i ochronie niektórych praw o znaczeniu istotnym dla pełnego rozwoju osoby ludzkiej”[7].

Uprawnienia jednostki są określone poprzez treść praw człowieka. Ich źródłem nie jest jednak wola państwa, lecz godność osoby ludzkiej, rozumiana jako przyrodzona cecha każdego człowieka[8]. Zatem skoro prawa człowieka znajdują swoje umocowanie w przyrodzonej godności osoby ludzkiej, to jedynie całokształt tych praw może odpowiadać owej godności, w sensie jej poszanowania. Zachowanie solidarności między pokoleniami może zapewnić ciągłość procesów państwowych, jak również jest warunkiem niezbędnym dla zaspokojenia podstawowych potrzeb człowieka (szczególnie po zaprzestaniu aktywności zawodowej), czy wreszcie dla utrzymania kontaktów międzyludzkich. Jednak przedmiotowe relacje, których treść można określić jako przejawy solidarności, niosą ze sobą problem akceptacji owych obowiązków do zmieniających się warunków społecznych, gospodarczych i politycznych. Wynika z tego, że każde pokolenie musi rozwiązać ten problem. Pod względem prawno-porównawczym problem ten nabiera szczególnego znaczenia w okresach transformacji systemowych. Solidarność między pokoleniami to również problem zachowania równowagi finansowej (budżetowej) dla koncepcji państwa socjalnego. Stąd wynika wyodrębnienie całego systemu praw socjalnych, w tym ubezpieczenia emerytalnego, które mają wymiar intertemporalny, gdyż punkt ciężkości finansowania emerytur jest nakierowany na pokolenie aktywne zawodowo. Konsekwencją tego jest problem konstytucyjnego charakteru tego prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, dostrzec można relację między wolnością i solidarnością. Tak nałożony obowiązek publiczny powinien służyć rozwojowi osoby ludzkiej, a nie ograniczać w sposób istotny i nadmierny jej prawa do wolności. Obowiązek odpowiedzialności oznaczać ma współuczestnictwo w rozwoju intertemporalnym wymiaru bezpieczeństwa prawnego. Zatem tak skonstruowany obowiązek ma każdemu człowiekowi umożliwić korzystanie ze środków własnej pracy, ale z drugiej strony ma być gwarancją, że nie zostanie on pozbawiony środków do prowadzenia godnego życia w okresie starości. W danym ustroju prawnym oznacza to dla człowieka zabezpieczenie możliwości uzyskania tych

[7] *Ibidem*, s. 14.

[8] Więcej na ten temat m.in.: L. Garlicki, *op.cit*., s. 83; L. Wiśniewski, *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, w: *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, red. K. Działocha, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, s. 93–95; A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolności i prawa człowieka i obywatela*, w: *Polskie prawo konstytucyjne*, red. D. Górecki, Warszawa 2007, s. 81–82.

środków, które są niezbędne do godnego życia. Jest to szczególnie ważne dla urzeczywistnienia art. 30 Konstytucji RP, który stanowi, że „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych".

Dostrzec można, że solidarność między pokoleniami wiąże się z ***obowiązkiem*** nałożonym na człowieka aktywnego zawodowo. z drugiej zaś strony związana jest z ***prawem*** człowieka nieaktywnego już zawodowo do skorzystania z uprawnienia zagwarantowanego przez państwo. Zatem problematyka prawa emerytalnego łączy się z zachowaniem równowagi pomiędzy dzisiejszymi obowiązkami a przyszłymi prawami. Owa relacja musi być ukierunkowana na społeczne wyważenie dzisiejszych indywidualnych obowiązków osób aktywnych zawodowo wobec całego społeczeństwa poprzez ukierunkowane ku publicznemu systemowi ubezpieczeń społecznych opartemu na repartycji, które ma za zadanie redystrybucję środków na świadczenia. Zasada solidarności między pokoleniami jest zatem spójna z koncepcjami praw człowieka, podkreślającymi znaczenie osoby ludzkiej. P. Policastro dostrzega, że „jest to wartość służąca realizacji autonomii człowieka wyrażająca się w wolności osobistej, równości i bezpieczeństwie"[9]. Z kolei G. Peces Barba zauważa, że cele społeczeństwa są realizowane w czasie, należy zatem uwzględnić, że solidarność nie ma charakteru jednorazowego, połączonego w jednorazowe działanie na rzecz innych osób, ale jest związana z organizacją zachowań na przestrzeni czasu. Przedmiotowe zachowania właściwie zorganizowane są ukierunkowane na rzecz dobra wspólnego[10].

3. Konstytucyjny status jednostki

Fundamentalnym założeniem w działalności socjalnej państwa jest uznanie jednostki za cel, nie za środek realizacji polityki państwa. Konstytucyjna pozycja jednostki jest normowana poprzez trzy główne zasady: ochronę godności człowieka, wolności, równości rozumianej jako równość wobec prawa oraz zakazu dyskryminacji, czyli równości w prawie[11]. Art. 30 Konstytucji RP utrzymuje

[9] P. Policastro, *op.cit*., s. 267.

[10] G. Peces Barba, *Teoria dei diritti fondamenntali*, Milano 1993, s. 252 i n.

[11] P. Tuleja, *Konstytucyjna regulacja statusu człowieka i obywatela w państwie (podstawowe wolności, prawa i obowiązki)*, w: *Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej*, red. R. Mojak, Lublin 2000, s. 78.

nierozerwalny związek między godnością człowieka oraz posiadanymi prawami i wolnościami. Zatem jednoznacznie wskazuje, że godność jest ich źródłem. Jednocześnie ustrojodawca nałożył na władzę publiczną obowiązek poszanowania i ochrony godności. Nakazy te należy rozumieć jako obowiązek stworzenia przez kompetentne organy państwowe systemu gwarancji praw i wolności, którego skuteczność wypełni ten obowiązek. Podobne stanowisko zaprezentował TK, który podkreślił, że „źródłem wolności i praw człowieka i obywatela jest przyrodzona i niezbywalna godność człowieka. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”[12].

Zasada godności człowieka została wymieniona obok wolności i solidarności w preambule Konstytucji RP, jako zasada mająca być urzeczywistniana w procesie stosowania konstytucji. Tym samym ustrojodawca podkreślił relację łączącą godność człowieka z jego prawem do wolności oraz jego obowiązkiem solidarności z innymi. Jednocześnie interpretowanie i pojmowanie godności ma charakter dynamiczny i ulega ewolucji wraz z rozwojem cywilizacyjnym, np. indywidualistyczne pojmowanie godności zaczęło nabierać kontekstu społecznego, czyli określenia miejsca człowieka w zbiorowości (np. koncepcje związane z określaniem tzw. minimum egzystencji). Pojmowanie godności człowieka w kontekście jego istnienia w społeczeństwie prowadzi do powiązania zasady godności z prawami socjalnymi. Obowiązkiem państwa, społeczeństwa oraz innych jednostek jest uznawanie i respektowanie owej godności, co przejawia się w zapewnieniu każdemu określonych ram samorealizacji, tak by mógł on urzeczywistniać swoje działania zgodnie z własną wolą i obowiązującym systemem wartości. Warto w tym miejscu wskazać na orzeczenie, w którym TK nawiązał do socjalnego aspektu godności[13]. Uznał obowiązek państwa w sferze jego działalności socjalnej zapewnienia jednostce warunków realizacji jej prawa do egzystencji i wolności z uwagi na niezbywalną, przyrodzoną godność człowieka. Trybunał uznał więc, że służące temu celowi zabezpieczenie społeczne gwarantowane przez państwo powinno wyrażać się w zapewnieniu co najmniej mini-

[12] Wyrok TK z dnia 27.01.2004 r., K 14/03, Z.U. 2004/1A/1.

[13] Postanowienie TK z dnia 13.07.1993 r., P. 7/92, Z.U. 1993/ /27. Warto w tym miejscu nadmienić, że zasada godności nie była formułowana w tekstach konstytucyjnych do roku 1997, co nie przeszkodziło TK w wyinterpretowaniu tej zasady z klauzuli państwa prawnego. Pojęcie godności pojawiało się już wcześniej w orzecznictwie SN, które znalazło wyraz w interpretacji art. 23 k.c. jako jedno z dóbr osobistych – A. Wojciszke, *Katalog dóbr osobistych w świetle przepisów konstytucji i kodeksu cywilnego*, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, t. VII, s. 663 i n.

mum socjalnego (życiowego) osobom, które nie mogą w sposób samodzielny zaspokoić swoich podstawowych potrzeb.

Należy podkreślić, że ustrojodawca nie ma kompetencji do przyznania człowiekowi cechy godności, ale, jak podkreśla TK, „stanowi ona jedno z podstawowych praw człowieka, przysługujących w naturalny sposób każdej jednostce ludzkiej. Rolą unormowań konstytucyjnych jest potwierdzenie istnienia tej wolności”[14]. Zatem wszystkie szczegółowe prawa i wolności muszą być rozpatrywane na tle zasady godności osoby ludzkiej, co zresztą zostało wyartykułowane przez TK, który wskazał, że „dla określenia systemu wartości centralną rolę odgrywają postanowienia o prawach i wolnościach jednostki usytuowane przede wszystkim w rozdziale II konstytucji. Wśród tych postanowień centralne z kolei miejsce zajmuje zasada przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka”[15]. Na tej podstawie można wnioskować, że zasada godności jest nie tylko punktem wyjścia praw i wolności jednostki określonych, ale pełni szerszą funkcję, gdyż orientuje całą konstytucję na osobę ludzką. Takie ujęcie zasady godności uznaje służebną rolę państwa wobec wolności jednostki i procesu jego samorealizacji[16]. W konsekwencji musi się to łączyć z istnieniem i urzeczywistnianiem innych zasad ustrojowych, w tym zasady państwa socjalnego, która odzwierciedla zasadę sprawiedliwości społecznej. Korespondencja zasady godności z zasadą państwa socjalnego oznacza konstruowanie takich szczegółowych praw i wolności, by możliwie najpełniej służyły one realizacji godności człowieka. Zatem godność człowieka pozostaje w bezpośrednim związku ze wszystkimi szczegółowymi prawami i wolnościami jednostki.

Mając powyższe na względzie, można zauważyć, że godność, jako źródło, fundament praw i wolności sprawia, iż owe prawa i wolności muszą być rozpatrywane na tle tej zasady, przy czym zyskują one dzięki temu pewną minimalną treść, która musi być odzwierciedlona w prawie stanowionym. Zależność konsekwencji powoduje, że na ustawodawcę oraz władze publiczne nałożony został obowiązek podejmowania takich działań, które ochronią jednostkę przed

[14] Postanowienie TK z dnia 2.03.1994 r., W. 3/93, OTK 1994, cz. I, s. 157.

[15] Wyrok TK z dnia 23.03.1999 r., K. 2/98, Z.U. 1999/3/38.

[16] F.J. Mazurek, *Pojęcie godności człowieka. Historia i miejsce w projektach Konstytucji III Rzeczypospolitej*, Roczniki Nauk Prawnych KUL, Lublin 1996, t. VII, s. 81.

sytuacjami uwłaczającymi godności ludzkiej. Socjalny wymiar godności ludzkiej wymaga więc działań ze strony władz publicznych[17].

Zasadę godności osoby ludzkiej w odniesieniu do praw socjalnych należy postrzegać jako ochronę przed sytuacjami ekstremalnymi, które dotykałyby istoty człowieczeństwa. Rzeczą naturalną jest niemożność ochrony godności ludzkiej w sytuacji pozbawienia jednostki szansy na normalną egzystencję. Ważny jest jednak fakt, że ustawodawca nie dysponuje pełną swobodą ani przy ustalaniu kręgu osób uprawnionych do nabycia świadczeń, ani przy ustalaniu treści i wysokości świadczeń. Określając sposób ustalania wysokości świadczeń, ustawa musi zagwarantować osobom uprawnionym świadczenia odpowiadające minimum życiowemu, tak aby umożliwić im zaspokojenie podstawowych potrzeb[18]. Zatem żaden obywatel, spełniający przesłanki z art. 67 konstytucji nie może zostać pozbawiony świadczenia gwarantującego mu minimum egzystencji (życiowej), co wynika również z nakazu ochrony godności osoby ludzkiej.

Określenie pewnego minimum egzystencji można również uzasadnić, mając na uwadze wyrażoną w art. 2 konstytucji zasadę sprawiedliwości społecznej, szczególnie w momencie, gdy przedmiotowe minimum jest zagrożone. Jednakże zasady sprawiedliwości społecznej nie można sprowadzać tylko do koncepcji sprawiedliwości dystrybutywnej. Sprawiedliwość społeczna jest pojęciem dynamicznym, związanym z wartościami i zasadami demokratycznego państwa prawa, a ponadto pozostaje w związku z ogólnym kierunkiem aksjologicznym przyjętym w konstytucji, tj. zasadą ochrony godności człowieka. Niezbywalna godność człowieka wymaga, by każda osoba była traktowana przez prawo sprawiedliwie, według jednakowej miary i bezstronnie. Nie ulega wątpliwości, że należy do nich ochrona słabszych ekonomicznie jednostek i grup ludności, wyrażająca się w istnieniu odpowiednich zabezpieczeń społecznych i usług socjalnych świadczonych przez państwo. Podnieść należy jednak, że ogólne zasady wynikające z art. 2 konstytucji powinny być przestrzegane szczególnie restryk-

[17] Szerzej na ten temat np. L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz III*, Warszawa 2003, s. 11; M. Zdyb, *Wolność gospodarcza jako zasada i wartość ustrojowa*, w: *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2006, s. 448. Jak podaje pierwszy cytowany autor: Treścią obowiązków władz publicznych, wynikających z art. 30 jest „poszanowanie i ochrona" godności człowieka. „Daje to wyraz stanowisku, że konstytucyjne zapisanie zasady godności ma charakter preskryptywny (zobowiązujący), a nie deskryptywny, rzeczywisty sens zasada ta znajdzie więc dopiero wtedy, gdy będzie w sposób wystarczający zabezpieczona przed naruszeniami", *op.cit.*, s. 17.

[18] Np. wyrok TK z dnia 22.06.1999 r., K. 5/99, Z.U. 1999/5/100.

tywnie, gdy chodzi o akty prawne odnoszące się do fundamentalnych wartości chronionych przez konstytucję.

Konstytucyjne ramy ochrony ubezpieczeniowej zostały określone w art. 67. Jak zauważa K. Kolasiński, sens posłużenia się w konstytucji pojęciem „zabezpieczenia społecznego" w miejsce poprzednio stosowanego „ubezpieczeń społecznych" nie jest wyraźny, biorąc pod uwagę przedmiotowy zakres konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego[19]. Cytowany autor uważa, że ograniczenie w art. 67 ust. 1 konstytucji prawa do zabezpieczenia społecznego, do przypadków klasycznych ryzyk ubezpieczeń społecznych – niezdolności do pracy spowodowanej chorobą, inwalidztwem czy osiągnięciem wieku emerytalnego, wskazuje że konstytucja posłużyła się pojęciem zabezpieczenia społecznego w wąskim znaczeniu, obejmującym instytucje przezorności społecznej oparte na konstrukcji praw podmiotowych do świadczeń, co implikuje, że cytowany przepis dotyczy tylko przypadków wymienionych w art. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych[20]. Odmienny pogląd reprezentuje T. Bińczycka-Majewska, argumentując, że powyższa wykładnia cytowanego przepisu poza zakresem zabezpieczenia społecznego pozostawia pomoc społeczną, a takie zawężenie wykładni stawia pod znakiem zapytania celowość konstruowania obywatelskiego prawa do zabezpieczenia społecznego[21].

4. Pojęcie zabezpieczenia społecznego w konstytucji

W sprawie definicji zabezpieczenia społecznego niejednokrotnie wypowiadał się TK. Interpretując prawo do zabezpieczenia społecznego stwierdził, że w skład tego zabezpieczenia wchodzą trzy instytucje prawne: ubezpieczenia społeczne, zaopatrzenie społeczne i pomoc społeczna. Kwestią sporną oczywiście pozostaje prawo do pomocy społecznej, jednakże, jak wynika z orzecznictwa[22],

[19] K. Kolasiński, *Założenia nowego systemu ubezpieczeń społecznych*, w: *Konstytucja, ustrój, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci prof. Natalii Gajl*, Warszawa 1999, s. 121 –122.

[20] Ustawa z dnia 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 2007 r., nr 11, poz. 74.

[21] T. Bińczycka-Majewska, *Konstrukcje zabezpieczenia ryzyka starości w nowym systemie prawnym*, w: *Konstrukcja prawa emerytalnego*, red. T. Bińczycka-Majewska, Zakamycze 2004, s. 39.

[22] Np. orzeczenie TK z dnia 23.031992 r., K.6/91 OTK 1991, cz. I, poz. 3; orzeczenie TK z dnia 29.09.1992 r., K.17/92 Z.U. 1993, poz. 33; OTK 1993, cz. II, s. 297–310; orzeczenie TK

pomoc społeczna została uznana za jeden z elementów zabezpieczenia społecznego. W stosunku do ubezpieczenia czy zaopatrzenia społecznego pomoc społeczna ma charakter uzupełniający. Obejmuje bowiem te przypadki, w których nie ma możliwości wypłaty świadczeń z tytułu ubezpieczeń czy zaopatrzenia, a także może uzupełniać świadczenia wypłacane z powyższych tytułów. Jest więc stosowana wobec osób niezdolnych do samodzielnej egzystencji w sytuacjach, w których osoby te nie nabyły uprawnień z tytułu ubezpieczenia lub zaopatrzenia, lub w przypadku, gdy przedmiotowe świadczenia są niewystarczające ze względu na daną sytuację konkretnej osoby[23].

Termin „zabezpieczenie społeczne" występuje w większości krajowych regulacji prawnych państw europejskich, w terminologii międzynarodowych aktów prawnych. Również polski ustrojodawca wyznaczając konstytucyjne ramy ochrony ubezpieczeniowej artykułuje, że obywatel ma prawo do „zabezpieczenia społecznego". Jednakże, mimo powszechnego posługiwania się tym pojęciem, nie zostało ono dotychczas nigdzie zdefiniowane i nie nadano mu jakiejś klarownej treści. Można jednak przyjąć, że pod pojęciem zabezpieczenia społecznego mieszczą się wszelkie stosowane metody oraz techniki, których celem jest umożliwienie społeczeństwu poczucia bezpieczeństwa od potrzeb życiowych, wobec których, przy braku środków własnych, członek wspólnoty byłby bezradny. W podobnym tonie dla zakresu swobody regulacyjnej na gruncie art. 67 ust. 1 konstytucji pojęcie zabezpieczenia społecznego precyzuje TK, który w wyroku z dnia 7 lutego 2006 roku stwierdza, że „zabezpieczenie społeczne pojmowane jest jako system urządzeń i świadczeń służących zaspokojeniu usprawiedliwionych potrzeb obywateli, którzy utracili zdolność do pracy lub doznali ograniczenia tej zdolności, albo zostali obciążeni nadmiernie kosztami utrzymania

z dnia19.11.1996 r., K.7/95, OTK Z.U. nr 6/199, poz. 49, s. 416. Szerzej: J. Oniszczuk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005, s. 235; J. Zimmermann, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa do orzeczenia TK z 29.09.1993 r., K.17/92*, PiP 1994, nr 4, s. 109 i n., oraz A. Żakiewicz, *Prawo socjalne w systemie prawa stanowionego – przykład Polski*, PS 2003, nr 2, s. 7 i n.

[23] Warto jednak podkreślić fakt, że na mocy art. 3 ust. 3 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. L 200 z 07.06.2004, s. 1), pomoc społeczna została wyłączona z zakresu jej stosowania z uwagi na trudności odgraniczenia świadczeń z pomocy społecznej od świadczeń z zabezpieczenia społecznego. W orzecznictwie wspólnotowym podkreślono, że jeżeli warunki uzyskania określonego świadczenia są ustawowo zdefiniowane, to należy je kwalifikować jako należące do zabezpieczenia społecznego. Natomiast jeżeli świadczenia są przyznawane w sposób dyskrecjonalny w relacji do potrzeb konkretnego beneficjenta, to należy przyjąć, że chodzi tu o świadczenia z pomocy społecznej – wyrok ETS z dnia 5.05.1983 r., nr 139/82, sprawa Piscitello (Włochy) v. INPS (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982J0139:EN:HTML).

rodziny. Do istoty prawa zabezpieczenia społecznego należy ochrona obywateli w razie wystąpienia określonych ryzyk ubezpieczeniowych, powodujących całkowitą lub częściową utratę możliwości samodzielnego utrzymania się"[24].

Mając powyższe na względzie, można skonstatować, że zabezpieczenie emerytalne służy we właściwej formie i zakresie do gwarancji zaspokojenia określonych potrzeb „po osiągnięciu wieku emerytalnego". Ryzyko „osiągnięcia wieku emerytalnego" zajmuje miejsce szczególne, gdyż długi okres, po upływie którego następuje realizacja tego prawa przez osoby do niego uprawnione oraz zachodzące w tym okresie zmiany demograficzne czy przekształcenia gospodarcze, mają wpływ na poziom oraz zakres zabezpieczenia tego ryzyka, prowadzą najczęściej do zachwiania równowagi finansowej w obrębie tej dziedziny ubezpieczeń społecznych. Aktualnie pojęcie zabezpieczenia emerytalnego nabrało na nowo znaczenia, w którym ustrojodawca potwierdził w art. 67 konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego.

Generalny charakter art. 67 konstytucji w zakresie „po osiągnięciu wieku emerytalnego" nie oznacza zupełnej dobrowolności ustrojodawcy w kreowaniu instytucji i mechanizmów gwarantujących prawo do zabezpieczenia społecznego. Konstytucja nie przesądza o formach realizacji tego prawa. Zakres przedmiotowy prawa do zabezpieczenia społecznego określany w ust. 1 cytowanego artykułu konsumuje w zasadzie ustawową definicję ubezpieczeń społecznych zawartą w art. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Wskazuje to, że konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego realizowane jest przede wszystkim przez ubezpieczenia społeczne w rozumieniu tej ustawy. Należy jednak podnieść, że swoboda ustawodawcy podlega ograniczeniom ze względu na inne normy prawne, np. regułę demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej czy zasadę solidarności. Jednocześnie socjalny charakter świadczenia emerytalnego, który ma gwarantować zaspokojenie co najmniej podstawowych potrzeb świadczeniobiorcy, związany jest z przestrzeganiem i respektowaniem zasady sprawiedliwości społecznej i równości.

[24] Wyrok TK z dnia 7.02.2006 r., SK 45/04, Z.U. 2006/2A/15 oraz orzeczenie TK z dnia 19.11.1996 r., K.7/95, Z.U. 1996/6/49. W dotychczasowym orzecznictwie TK podkreśla się, że nałożony na ustawodawcę obowiązek urzeczywistnienia wyrażonych w konstytucji gwarancji socjalnych, w drodze stosownych regulacji normatywnych, nie oznacza obowiązku maksymalnej rozbudowy systemu świadczeń. Ochrona praw socjalnych powinna przejawiać się w takim ukształtowaniu rozwiązań ustawowych, które jak najlepiej będą urzeczywistniać treść prawa wskazanego w konstytucji – np. wyrok TK z dnia 8.05.2000 r., SK 22/99, Z.U. 2000/4/107 oraz wyrok TK z dnia 13.12.2007 r., SK 37/06, Z.U. 2007/11A/157.

Art. 67 konstytucji ustanawia nie tylko obywatelskie prawo do zabezpieczenia społecznego, ale jednocześnie obowiązek państwa w tym zakresie, gdyż konstytucja tak skonstruowanym zapisem przyznała swoim obywatelom gwarancje socjalne. Prawa socjalne przyznane przez ustrojodawcę należą do kategorii publicznych praw podmiotowych. Jednakże domaganie się świadczeń pozytywnych od państwa, które wypełniają treść praw publicznych, określa ustawa.

B. Zawadzka podnosi, że dopiero w przepisach ustawowych państwo określa granice swych zobowiązań wobec obywateli na rzecz realizacji tych praw i dodaje, że realizacja praw socjalnych wymaga nie tylko prawnych, ale też gospodarczych i organizacyjnych działań państwa[25]. W tym miejscu warto zauważyć zakres obowiązku państwa względem obywateli na podstawie art. 67 konstytucji w związku z art. 8 ust. 2 konstytucji, który stanowi, że przepisy konstytucji stosuje się bezpośrednio. M. Safian określa bezpośrednie stosowanie konstytucji jako możliwość wyprowadzenia wprost z normy konstytucyjnej określonych praw, tak by móc wydać na tej podstawie rozstrzygnięcie kształtujące sytuację podmiotów[26]. Biorąc powyższe pod uwagę, daje się zauważyć, że art. 67 wskazuje na pewne elementy określające treść obowiązku państwa względem obywateli, który polega na zobowiązaniu państwa do organizowania systemu emerytalnego. Wynikiem czego państwo, realizując powyższą normę prawną, winno być zobowiązane do zorganizowania zabezpieczenia emerytalnego na co najmniej minimalnym poziomie. Jednocześnie, uwzględniając zasadę państwa prawnego, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej oraz zasadę społecznej gospodarki rynkowej opartej na zasadzie solidarności partnerów społecznych (art. 20 konstytucji), państwo zostało wręcz zobligowane do takich działań, które będą realizowały przyznane obywatelom gwarancje socjalne.

W tym miejscu należy również rozważyć znaczenie konstytucyjnej gwarancji prawa do zabezpieczenia społecznego „po osiągnięciu wieku emerytalnego". W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że „pojęciowo wiek emerytalny jako zdarzenie ubezpieczeniowe oznacza objęcie sytuacji, w której następuje zaprzestanie pracy zarobkowej (aspekt ekonomiczny) w związku z osiągnięciem wieku (aspekt biologiczny)"[27]. Do istoty prawa do emerytury należy zapewnienie środ-

[25] B. Zawadzka, *Prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne*, Warszawa 1996, s. 7 i n.

[26] M. Safian, *Odpowiedzialność państwa na podstawie art. 77 Konstytucji RP*, PiP 1999, z. 4, s. 6 i n.

[27] I. Jędrasik-Jankowska, *Prawo do emerytury i rent z ubezpieczenia społecznego*, Warszawa 1992, s. 56.

ków utrzymania w razie zaprzestania aktywności zawodowej w związku z osiągnięciem określonego wieku. Podstawowym celem konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego jest zagwarantowanie godnego poziomu życia w warunkach obniżonej zdolności do zarobkowania wynikającej z podeszłego wieku. Emerytura jest w założeniu świadczeniem, które zastępuje, a nie uzupełnia wynagrodzenie ze stosunku pracy. Istota konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu wieku emerytalnego polega zatem na zagwarantowaniu adekwatnego poziomu świadczeń osobom, które osiągnęły wiek emerytalny i zaprzestały w związku z osiągnięciem tego wieku aktywności zawodowej. Istota ta nie obejmuje natomiast świadczeń emerytalnych dla tych osób, które w związku z indywidualnymi predyspozycjami i możliwościami postanowiły nie przerywać aktywności zawodowej i dysponują odpowiednimi źródłami dochodu z tego tytułu.

Art. 67 ust. 1 konstytucji stanowi podstawę do rozróżnienia dwóch funkcji prawa do zabezpieczenia społecznego. Po pierwsze: jako minimalnego zakresu prawa do zabezpieczenia społecznego, odpowiadającego konstytucyjnej istocie tego prawa, które ustawodawca ma obowiązek zagwarantować. Po drugie: jako sfery uprawnień zagwarantowanych przez ustawę i wykraczających poza konstytucyjną istotę rozważanego prawa. Zatem pojęcie zabezpieczenia społecznego ujęto w cyt. art. 67 w kategoriach prawa podmiotowego, a rangę tego prawa dodatkowo zaznaczono, nadając mu w pełni egzekwowalny charakter. Ograniczenia zakresu dochodzenia niektórych praw socjalnych, przewidziane w art. 81 konstytucji, nie odnoszą się bowiem do prawa do zabezpieczenia społecznego[28].

W pierwszym przypadku ustawodawca posiada znacznie mniejszy stopień swobody przy wprowadzaniu zmian do systemu prawnego. Nowe rozwiązania prawne nie mogą bowiem naruszać konstytucyjnej istoty prawa do zabezpieczenia społecznego. W drugim przypadku ustawodawca może – co do zasady – znieść uprawnienia wykraczające poza konstytucyjną istotę prawa do zabezpieczenia społecznego. W każdym przypadku zmiany te powinny jednak być dokonywane przy poszanowaniu pozostałych zasad i norm konstytucyjnych wyznaczających granice swobody prawodawcy do wprowadzania zmian w systemie prawnym, a w szczególności przy zachowaniu zasady ochrony zaufania jednostki do pań-

[28] Cyt. wyrok TK, SK 22/99 oraz wyrok TK z dnia 7.09.2004 r., SK 30/03, Z.U. 2004/8A/82.

stwa, zasady ochrony praw nabytych oraz wymogu zachowania odpowiedniego *vacatio legis*[29].

Reasumując powyższe należy wskazać, że każda konstytucja określa pewne zasady podstawowe, które determinują charakter ustrojowy danego państwa, a ich suma składa się na tożsamość konstytucyjną państwa. Przedmiotowe zasady określają podstawowe sposoby – płaszczyzna formalna oraz podstawowe treści – płaszczyzna materialna, sprawowania władzy, wskazując idee i cele, jakie powinny być w tym procesie urzeczywistniane. Konstytucyjne zasady ustroju nie zawsze muszą być zapisane w odrębnych postanowieniach tego aktu, a nierzadko wymagają zdefiniowania dopiero o poszczególne postanowienia konstytucji, ale również na podstawie koncepcji aksjologicznych i konstrukcji doktrynalnych, które tworzą tło dla tekstu konstytucji i dla procesu interpretacji jej tekstu. Jak konstatuje L. Garlicki: „jest bowiem regułą, że tekst konstytucji posługuje się skrótami myślowymi, pojęciami kluczami, milcząco zakładając, że znaczenie tych pojęć jest na tyle oczywiste, iż nie wymaga legalnych definicji. W ten sposób zasady ustroju nabierają znacznej elastyczności i o ich rzeczywistej roli i znaczeniu można często mówić dopiero na tle orzecznictwa sądowego dokonującego ich konkretyzacji"[30].

5. Reforma systemu emerytalnego w 1999 roku – solidarność czy samoubezpieczenie?

W przedmiocie konstytucyjnej gwarancji prawa do zabezpieczenia społecznego należy odnieść się do zasad, które funkcjonują po wprowadzeniu reformy emerytalnej, która w swej koncepcji miała połączyć repartycyjny model ubezpieczeniowy z koncepcjami Banku Światowego. Określone w art. 67 konstytucji „zabezpieczenie społeczne" zamieszczone w grupie wolności i praw odnoszących się do sfery ekonomicznej, socjalnej i kulturalnej jest jednym z najistotniejszych elementów przyczyniających się do zapewnienia dobra wspólnego na podstawie zasady solidarności społecznej i sprawiedliwego podziału świadczeń. Wydaje się, że takie rozumienie praw socjalnych w nowych warunkach ustrojowych miał także na myśli ustrojodawca, który dodatkowo w art. 20 konstytucji gospodarkę rynkową opatrzył mianem „społeczna" i określił jako „opartą na soli-

[29] Np. orzeczenie TK z dnia 23.11.1998 r., SK 7/98, Z.U. 1998/7/114; wyrok TK z dnia 7.02.2006 r., SK 45/04.

[30] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*..., s. 53.

darności partnerów społecznych". Zatem na płaszczyźnie konstytucyjnoprawnej społeczna gospodarka rynkowa stanowi nie tylko określony model ekonomiczny, ale również pożądany przez ustrojodawcę obraz ładu społecznego. Wobec powyższego można stwierdzić, że ustrój gospodarczy opierać się ma na powiązaniu dwóch podstawowych idei: gospodarki rynkowej i państwa socjalnego[31]. Wkomponowanie do zasad klasycznej gospodarki wolnorynkowej czynnika socjalnego ma na celu zapewnienie ochrony tym, którzy z różnych przyczyn nie zdołali zgromadzić odpowiednich środków np. na starość.

Reforma systemu emerytalnego wprowadziła w stosunku do osób urodzonych po 31 grudnia 1948 r. tzw. dwa filary: publiczny i prywatny[32]. Zamysł przymusowych ubezpieczeń emerytalnych realizowanych przez prywatne fundusze emerytalne jest dziełem oryginalnym stworzonym przez ekspertów Banku Światowego, którzy w raporcie Averting the Old Age Crisis zalecali np. krajom Europy Środkowo-Wschodniej reformy systemów emerytalnych, idące w kierunku prywatyzowania publicznych systemów emerytalnych w relacji z pobudzaniem gospodarek tych państw[33]. Poszukiwanie dróg ożywienia gospodarczego poprzez wykorzystanie przymusowych składek emerytalnych jest dziełem innowacyjnym i niespotykanym w warunkach europejskich. Taki model systemu emerytalnego oparty wręcz na założeniach przeciwstawnych do klasycznych ubezpieczeń został dotychczas wprowadzony tylko w niektórych państwach Ameryki Łacińskiej, w których wcześniej nie było ubezpieczeń społecznych[34]. Charakterystyczne dla takiego modelu jest instrumentalne traktowanie interesów ubezpieczonych, a ryzyko ekonomiczne działania Otwartych Funduszy Emerytalnych ponoszą sami ubezpieczeni. Odrzucenie w reformie możliwości powrotu do koncepcji klasycznych ubezpieczeń społecznych i wybór drogi kontynuacji ubezpieczeń państwowych z domieszką elementu gospodarki wolnorynkowej stanowi niewątpliwie wybór ryzykowny. Traktowanie nowo wprowadzonego systemu jako instrumentu ożywienia rynku kapitałowego, który może zapewnić godziwe emerytury w przy-

[31] Taka wykładnia została przedstawiona w wyroku TK z dnia 30.01.2001 r., K. 17/00, Z.U. 2001/1/7.

[32] Urodzeni pomiędzy 31 grudnia 1948 r. a 1 stycznia 1969 r. mieli prawo, a urodzeni po 31 grudnia 1968 r. mają obowiązek przystąpienia do wybranego przez siebie Otwartego Funduszu Emerytalnego.

[33] Szerzej w: *Eksperci Banku Światowego o reformach emerytalnych w Polsce i na świecie. Propozycje, wzory, kontrowersje*, IPiSS, Warszawa 1997.

[34] K. Kolasiński, *Konstytucyjne prawo do zabezpieczenia społecznego a nowy system ubezpieczeń społecznych*, PiP 1999, z. 5, s. 7 oraz *idem*, *Założenia nowego systemu...*, s. 115 i n.

padku osiągnięcia przez fundusze kapitałowe pożądanych wyników ekonomicznych, jest niewątpliwie przejawem nadużycia interwencjonizmu państwowego w sferę życia prywatnego obywatela. Posługiwanie się w demokratycznym państwie o społecznej gospodarce rynkowej instrumentem przymusu państwowego uzasadniać może tylko ważny interes publiczny, w tym zapewnienie godziwych emerytur. Samo dążenie do ożywienia rynku kapitałowego nie mieści się w ramach pojęcia interesu publicznego, uzasadniającego przymusowy udział obywateli w przedsięwzięciach gospodarczych, które ten cel mają realizować[35].

Zatem założenia ekonomiczne nakierowane na uaktywnienie składek w celu rozwoju rynku kapitałowego przysłoniły ustawodawcy przewodnie idee ubezpieczeń społecznych. Nie można bowiem traktować systemu emerytalnego jako narzędzia do realizacji zadań ekonomicznych i finansowania deficytu budżetowego poprzez skierowanie środków inwestycyjnych OFE na państwowe papiery wartościowe. Jak dodaje K. Antonów, skierowanie środków inwestycyjnych OFE na państwowe papiery wartościowe ma służyć stałemu dopływowi środków na pokrycie części deficytu budżetowego, co zasługuje na szczególną uwagę w kontekście zakazu zaciągania przez rząd zobowiązań w banku centralnym na ten cel, co zostało sprecyzowane w art. 220 ust. 2 konstytucji[36].

Rozdzielenie składki emerytalnej na segment publiczny i prywatny stanowi *novum* w polskiej myśli ubezpieczeń społecznych. Osoby uczestniczące w części prywatnej (tzw. II filarze) mają otrzymywać świadczenie z racji zgromadzenia środków na indywidualnym koncie określonego kapitału pochodzącego z własnych składek. Jednakże można postawić pytanie, czy osoby objęte kapitałowym zabezpieczeniem na starość nie będą pozbawione w pełni prawa do zabezpieczenia społecznego wynikającego z art. 67 konstytucji i czy w ogóle emerytura z segmentu kapitałowego mieści się w użytym przez ustrojodawcę pojęciu „zabezpieczenie społeczne"? Teza o niekonstytucyjności nie została jak dotąd podważona w literaturze prawniczej oraz żaden uprawniony podmiot nie złożył wniosku o sprzeczności przepisów ustawy o organizacji i funkcjonowaniu otwartych funduszów emerytalnych z konstytucją. W związku z powyższym regulacja ta na zasadzie domniemania zgodności z konstytucją funkcjonuje w obrocie prawnym.

---

[35] K. Kolasiński, *Konstytucyjne prawo*..., s. 7; U. Kalina-Prasznic, *Uwagi o reformowaniu systemu emerytalnego*, PiZS 1997, nr 9, s. 14; M. Rymsza, *Docelowy model ubezpieczeń społecznych w Polsce*, PiZS 1998, nr 8, s. 8.

[36] K. Antonów, *Prawo do emerytury*, Zakamycze 2003, s. 49.

Główne kryterium niezgodności opiera się na wykładni definicji pojęcia zabezpieczenia społecznego. Aby zabezpieczenie było uznane za społeczne, musi spełnić kilka kryteriów, które w literaturze przedmiotu szczegółowo wymienia J. Jończyk[37]. Autor stwierdził, że zabezpieczenie można uznać za społeczne, jeżeli spełnia cztery warunki. Po pierwsze: odnosi się do rodzaju zagrożeń jako wspólnego losu zagrożonej grupy, po drugie: pozostaje w związku ze wspólnym wysiłkiem danej grupy podejmowanym w celu zmniejszenia tego ryzyka, po trzecie: odnosi się do wspólnego interesu i solidarnego współdziałania osób zagrożonych ryzykiem, natomiast ostatnią przesłanką jest społeczna kontrola publicznej organizacji zabezpieczenia społecznego ze strony państwa, także w przypadku, gdy zabezpieczenie społeczne wykonują podmioty prywatne.

O ile pierwszą wyżej wymienioną przesłankę można uznać za spełnioną, gdyż wszystkich członków należących do funduszy emerytalnych łączy ryzyko niedostatku z tytułu podeszłego wieku, o tyle spełnienie pozostałych pozostaje wątpliwe. Mianowicie drugie kryterium, tj. wspólny wysiłek społeczności, nie jest możliwe do spełnienia, gdyż poszczególni członkowie nie tworzą wspólnoty, a wręcz przeciwnie – w sposób indywidualny uczestniczą w wybranym przez siebie funduszu z odrębnym wkładem w postaci składek i we własnym interesie. Powyższe implikuje, że uczestnicząc w sposób indywidualny w OFE, nie kierują się oni grupowym interesem, a tym bardziej solidarnością współdziałania na rzecz wszystkich członków. W ustawie o otwartych funduszach emerytalnych nie zapewniono przyszłym emerytom kontroli nad działalnością funduszy na zasadzie samorządności społecznej[38], zatem przesłanka społecznej kontroli publicznej organizacji ze strony państwa również budzi wiele wątpliwości. Za prywatnym, a nie społecznym charakterem emerytur z OFE przemawia też forma organizacji i ich zasady funkcjonowania. Prowadzą one działalność w formie spółek akcyjnych, a więc spółek funkcjonujących na gruncie prawa handlowego, czyli są podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą.

Za prywatnym charakterem emerytur z OFE przemawiają również instytucje, które występują w segmencie publicznym, ale mają odmienną istotę. Składka

[37] J. Jończyk, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Zakamycze 2003, s. 11 i n.

[38] Jak podaje T. Zieliński, kontrola sprawowana przez państwo stanowi istotny element systemów ubezpieczeniowych, których geneza sięga wzorów bismarckowskich. W późniejszych, bardziej rozwiniętych demokratycznych systemach ubezpieczeń społecznych poza kontrolą państwową występuje kontrola społeczna, przybierająca formę samorządności ubezpieczeniowej. T. Zieliński, *Nowe emerytury – kres zabezpieczenia społecznego ludzi starych*, w: *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 19.

w systemie ubezpieczeniowym jest tylko miarą ogólnego wkładu w tworzenie funduszu ubezpieczeniowego (zbiorowego i wspólnego), a świadczenie nie jest analitycznym odpowiednikiem własnego wkładu ubezpieczeniowego[39], natomiast w otwartych funduszach składka przekazywana jest na indywidualne konto i tworzy kapitał, z którego wypłacane będzie przyszłe świadczenie. Kontrowersyjna jest również instytucja przymusu (obowiązku) uczestniczenia w OFE. Jak stwierdził T. Zieliński, „niektóre rodzaje ubezpieczeń gospodarczych są obowiązkowe, ale w związku z tym nie są ubezpieczeniami społecznymi"[40]. Obowiązkowość uczestnictwa w OFE polega przede wszystkim na przymusie oszczędzania na indywidualnych kontach w postaci obowiązkowych składek. W tym miejscu należy postawić pytanie, czy tego rodzaju obowiązkowość oszczędzania jest zgodna z konstytucją. Obowiązkowość wnoszenia składek w repartycyjnym systemie ubezpieczeń nie budzi tego rodzaju konstatacji, gdyż ubezpieczenia społeczne są urządzeniami publicznoprawnymi.

Należy również rozważyć kwestię, czy przymus oszczędzania w OFE nie narusza konstytucyjnej zasady ochrony własności prywatnej. Wprawdzie każda własność może być ograniczona w drodze ustawy, ale tylko w zakresie, w jakim godzi to w istotę prawa własności (art. 64 ust. 3 konstytucji)[41]. We wcześniejszym orzecznictwie TK przyjęto wykładnię, że własność osobista jest synonimem mienia obejmującego własność *sensu stricto*, lecz także inne prawa majątkowe, nie wyłączając praw obligacyjnych. Prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego nie można przede wszystkim zakwalifikować do własności w wąskim tego słowa znaczeniu, chociaż pozycja prawna ubezpieczonego zbliżona jest pod pewnym względem do pozycji właściciela. Podobnie jak własność, nabyte prawa do świadczeń emerytalnych służą bowiem do swobodnego i odpowiedzialnego za swój los kształtowania warunków życia ubezpieczonego. Świadczenia nie stanowią jednak przedmiotu własności, nie należą do składników majątkowych osoby ubezpieczonej i nie mogą być przedmiotem dziedziczenia. To samo odnosi się do składki, zwanej niekiedy „odłożoną pracą" czy „odłożonymi oszczędnościami

[39] T. Zieliński, *Ubezpieczenia społeczne pracowników. Zarys systemu prawnego – część ogólna*, Warszawa–Kraków 1994, s. 188–190.

[40] T. Zieliński, *Nowe emerytury*..., s. 20.

[41] M.in. W. Piotrowski, *Niektóre aspekty prawne reformy systemu emerytalnego*, RPEiS 1999, z. 1, s. 162.

pracowników"[42]. Trudno jednak stwierdzić, że prawa ubezpieczonych do świadczeń mają znamiona własności w szerszym, konstytucyjnym znaczeniu.

Należnych ubezpieczonemu świadczeń nie można uznać za ekwiwalent własnego świadczenia w postaci składki ubezpieczonego na rzecz FUS, zwłaszcza po uwzględnieniu, że w starym systemie finansowania emerytur istotną rolę odgrywały dotacje z budżetu państwa. Z drugiej strony, na gruncie starego systemu nie można było zaliczyć prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego do praw obligatoryjnych, gdyż stosunek ubezpieczeniowy nie jest powszechnym stosunkiem zobowiązaniowym. Element wzajemności nie występował w starym systemie emerytalnym w postaci ścisłej zależności świadczenia ubezpieczeniowego od uiszczenia składki (udziału w wytworzeniu określonej części funduszu ubezpieczeniowego). W stosunku ubezpieczeniowym nie ma synalagmatyczności (ścisłej współzależności), charakterystycznej dla zobowiązań w znaczeniu cywilnoprawnym[43]. Zatem zgodnie z orzecznictwem TK prawo do emerytury nie mieści się w zakresie pojęcia prawa własności dlatego, że nie może być przedmiotem umów prawa cywilnego ani dziedziczenia.

Wątpliwości w przedmiotowej kwestii ochrony prawa własności odżyły po wprowadzeniu części kapitałowego segmentu ubezpieczenia emerytalnego. Składka w systemie ubezpieczeniowym, jak zaznaczono powyżej, nie jest utożsamiana z własnością, gdyż spełnia funkcję „ceny" gwarancji, jaką wnosi ubezpieczony w tworzenie funduszu ubezpieczeniowego (zbiorowego i wspólnego), a świadczenie nie jest analitycznym odpowiednikiem własnego wkładu ubezpieczeniowego. Natomiast wprowadzone do ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych[44] dyspozycje dotyczące podziału środków w razie śmierci ubezpieczonego – członka OFE (art. 131, 132 cyt. ustawy) upodobniają je w pewnym stopniu do cywilnoprawnej instytucji dziedziczenia[45].

---

[42] Takiego sformułowania użyto w orzeczeniu TK z dnia 11.02.1992 r., K. 14/91, Z.U. 1986 –1995, t. 3, 1992/1/7.

[43] Stanowisko takie prezentowane jest w cytowanym orzeczeniu TK z dnia 11.02.1992 r. oraz m.in. w orzeczeniu TK z dnia 17.07.1996 r., K.8/96, Z.U. 1996/4/32 oraz w orzeczeniu TK z dnia 15.10.1997 r., K.11/97, Z.U. 1997/3-4/39.

[44] Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, Dz.U. z 2004 r., nr 159, poz. 1667 z późn. zm.

[45] Podobne uregulowania dotyczą uczestników funduszy inwestycyjnych – art. 83 ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych, Dz.U. z 2004 r., nr 146, poz. 1546, czy wkładów oszczędnościowych w bankach – art. 57 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r., ustawa Prawo bankowe, Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 z późn. zm.

Przeniesienie takiego unormowania do prawa ubezpieczeń społecznych niweczy zajście ryzyka emerytalnego („po osiągnięciu wieku emerytalnego") oraz wypacza socjalny charakter ubezpieczenia. Ochrona ubezpieczeniowa nie stosuje się tylko do (pożądanego) ryzyka „osiągnięcia wieku emerytalnego", ale ewoluuje do „ryzyka" przedwczesnej śmierci. Upodabnia to w pewnej mierze tę część nowego systemu do komercyjnego ubezpieczenia na życie, co chyba nie było zamiarem ustawodawcy. Jedynym korzystnym rozwiązaniem wydaje się być wykorzystanie zgromadzonych środków na koncie zmarłego jako „renty rodzinnej" dla członków jego rodziny[46]. Można stwierdzić, że OFE są instytucjami wspólnego inwestowania: gromadzą środki na indywidualnych kontach, by następnie zainwestować je na rynku kapitałowym. Różnica z typowymi funduszami inwestycyjnymi polega na tym, że OFE inwestuje środki biorąc pod uwagę dłuższy horyzont czasowy, a przede wszystkim, że inwestycje środków z OFE podlegają większym restrykcjom, limitom i ograniczeniom prawnym, ograniczającym ryzyko bardziej niż w innych tego typu instytucjach wspólnego inwestowania[47].

Reasumując powyższe można stwierdzić, że obowiązkowość wnoszenia składek w repartycyjnej (opartej na zasadzie solidarności między pokoleniami) części ubezpieczeń emerytalnych nie budzi tego rodzaju zastrzeżeń, gdyż ubezpieczenia społeczne są urządzeniami publicznoprawnymi. Natomiast przymu-

[46] Taki cel obowiązujących mechanizmów prawnych jest tym bardziej uzasadniony, jeżeli zestawi się go z istniejącymi rozwiązaniami ustawowymi w dziedzinie nabywania prawa do renty rodzinnej z ubezpieczenia rentowego. Najbliżsi zmarłego bowiem nie mogą skorzystać ze zgromadzonych środków w systemie kapitałowym, aby zwiększyć podstawę wymiaru renty rodzinnej z ustawy emerytalnej, jest ona obliczana jako świadczenie pochodne wyłącznie od emerytury otrzymywanej z systemu publicznego, szerzej H. Pławucka, *Reforma emerytalna*, w: *Wybrane zagadnienia prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. U. Jackowiak, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, t. VI, s. 84–85; K. Kolasiński, *Konstytucyjne*..., s. 16–17; K. Antonów, *Prawo do*..., s. 128–129.

[47] Jak czytamy w wyroku TK z dnia 24.10.2005 r., P 13/04, Z.U. 102/9/A/2005: „Celem nowego systemu było stworzenie mechanizmu gromadzenia środków finansowych łagodzących w dalszej przyszłości zwiększanie wydatków związanych z postępującym procesem starzenia się ludności, przy ograniczeniu roli państwa. Uległa zmianie istota emerytury, lecz pozostała jej nazwa. Przekształciła się ze świadczenia ubezpieczenia społecznego, przysługującego na wypadek utraty zdolności do prac z powodu wieku, w prawo żądania, z osiągnięciem określonego wieku, wypłaty zgromadzonych na nowych zasadach oszczędności z tytułu opłacanych składek ubezpieczeniowych i wpłat na fundusz, w formie renty miesięcznej, skalkulowanej na podstawie rachunku ubezpieczeniowego, czyli aktuarialnego. Zasadnicza trudność zmiany związanej z przejściem z repartycyjnego systemu finansowania na system kapitałowy łączyła się z okresem przejściowym, w którym zachodzi potrzeba w ciągu życia jednej generacji ludności finansowania równoległego dwóch systemów: dotychczasowego, istniejącego do czasu jego wygaśnięcia wskutek śmierci uprawnionych do jego świadczeń oraz nowego, opartego na zgromadzonym na nowych zasadach kapitale. Wynikający stąd przejściowy deficyt systemu jest pokrywany z budżetu zwiększeniem długu publicznego, a częściowo dochodami z prywatyzacji majątku państwowego".

sowe odprowadzanie części składki na ubezpieczenie emerytalne do funduszu kapitałowego bardziej skłania do stwierdzenia, że mamy do czynienia z systemem przymuszonych oszczędności, czyli jest sprzeczne ze swobodą władania i rozporządzania rzeczą, tj. prawem własności chronionym w cytowanym art. 64 ust. 2 konstytucji.

W tradycyjnym systemie repartycyjnym treścią ryzyka emerytalnego jest osiągnięcie wieku emerytalnego (o ile zostaną spełnione wszystkie warunki nabycia danego prawa, np. zaprzestanie pracy po osiągnięciu wieku emerytalnego). Nowy system wprowadza inne rodzaje ryzyka. Pierwszym jest wybór przez ubezpieczonego odpowiedniego OFE, który będzie generował największe zyski w przyszłości, co jest zdarzeniem przyszłym niepewnym (jeśli sam nie wybierze, zostanie do OFE przydzielony w drodze losowania). Po wtóre, już w fazie inwestycyjnej, czyli oszczędzania w OFE ubezpieczony ponosi ryzyko związane z procesem inwestycyjnym, wśród których wymienić można ryzyko rynkowe, ryzyko inflacji, ryzyko niewypłacalności czy nawet ryzyko malwersacji. Kolejne ryzyko związane jest z rynkiem kapitałowym, gdyż w fazie aktywności zawodowej, czyli poprzedzającej konsumpcję, występuje szeroko rozumiane ryzyko rynkowe, które uzależnione jest od sytuacji gospodarczej, np. gwałtowne pogorszenie się koniunktury i związana z tym bessa na rynku papierów wartościowych. Pomimo poprawy sytuacji i jej ustabilizowania, osoby które przechodziły na emeryturę w okresie dekoniunktury, nie będą już w stanie „odrobić" strat poniesionych w kapitale emerytalnym. Ostatnie ryzyko związane jest z fazą realizacji „po osiągnięciu wieku emerytalnego", wyraża się tym, czy zgromadzone środki na koncie nie wyczerpią się wskutek długiego okresu życia świadczeniobiorcy.

Oczywiście największy strumień krytyki spłynął na odejście od tradycyjnego, socjalnego podejścia do ochrony człowieka przed ryzykiem starości, które miało swoją genezę w ustawodawstwie socjalnym Bismarcka. Idea społecznego zabezpieczenia emerytalnego została zastąpiona ideą samopomocy indywidualnej. W ocenie autora, ubezpieczenia społeczne, a zwłaszcza zabezpieczenie emerytalne powinno pozostawać nadal jednym z najistotniejszych elementów przyczyniających się do realizacji dobra wspólnego na podstawie zasady solidarności społecznej, zarówno w wymiarze międzypokoleniowym, jak i w obrębie danego pokolenia, poprzez sprawiedliwy podział świadczeń[48].

[48] Zgodnie z art. 19 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych roczna podstawa wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe osób w danym roku kalendarzowym nie może być wyższa od kwoty odpowiadającej 30-krotności prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej na dany rok kalendarzowy, określonego w ustawie budżetowej,

W II filarze uwidacznia się brak cechy szczególnej dla ubezpieczeń społecznych, a mianowicie solidarności w gromadzeniu i rozdzielaniu (repartycji) świadczeń na zaspokojenie potrzeb każdego z ubezpieczonych. Kapitalizacja składki skutkuje tym, że składka traci charakter podatku, przyjmując postać indywidualnej oszczędności i jej podział będzie następował w poszczególnych cyklach życia danej osoby, tym samym eliminuje wszelką dystrybucję ze względów społecznych opartą na zasadzie solidarności i zmienia system emerytalny z modelu ubezpieczenia społecznego na model przymusu indywidualnego oszczędzania[49].

Jest to więc system zwiększający indywidualną odpowiedzialność za własne zabezpieczenie finansowe na starość, wymagający większej przezorności, począwszy od wyboru najkorzystniejszego lokowania środków w fundusz kapitałowy po dbałość o ciągłość opłacania składek. Można stwierdzić, że w tym systemie odpowiedzialność państwa za wysokość przyszłego świadczenia została ograniczona do minimum, wzrosła natomiast rola rynku i indywidualnego samoubezpieczenia na wypadek starości. Zatem po wprowadzeniu reformy systemu emerytalnego solidarność między pokoleniami została zachowana jedynie w publicznym finansowaniu świadczeń metodą repartycyjną, natomiast system kapitałowy zerwał z tą relacją między pokoleniami.

6. Solidarność między pokoleniami jako zasada repartycyjnego systemu emerytalnego

Podsumowując dotychczasowe rozważania można stwierdzić, że solidarność między pokoleniami to norma prawna chroniąca dobro wspólne osiągana poprzez poszanowanie, nie tylko praw, ale i społecznych obowiązków człowieka. z drugiej strony to jurystyczna forma powszechnie uznawanych wartości, takich jak: godność, sprawiedliwość, wolność i równość formalna rozumiana jako prawo

ustawie o prowizorium budżetowym lub ich projektach, jeżeli odpowiednie ustawy nie zostały uchwalone. Jeżeli brak jest podstaw, o których mowa powyżej, dla ustalenia przeciętnego prognozowanego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej, wynagrodzenie to ustala się na podstawie przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia z trzeciego kwartału roku poprzedniego. Do osiągnięcia kwoty, o której powyżej, składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe oblicza się i przekazuje do ZUS od podstawy wymiaru, natomiast od nadwyżki ponad kwotę 30-krotności obliczanej jak wskazano wyżej, nie pobiera się składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe. Zatem zachwiana została zasada solidarnego rozłożenia ciężaru socjalnego ryzyka na wszystkich ubezpieczonych, co wpływa na ograniczenie redystrybucji wewnątrz generacji pomiędzy ubezpieczonymi.

[49] W. Muszalski, *Ubezpieczenie społeczne*, Warszawa 2004, s. 110.

do ochrony. Ogłoszenie obok równości wobec prawa, systemu praw podstawowych, obejmującego zarówno prawa wolnościowe, jak i prawa socjalne, wymaga jednocześnie podjęcia przez państwo odpowiednich działań w celu urzeczywistnienia równości w sensie treściowym[50]. Uznanie podstawowych praw człowieka jako jednostki i jako członka większej społeczności, ustanowienie wymogu spełnienia obowiązków solidarności społecznej, jak również uznanie równej godności społecznej wszystkich obywateli umożliwia pełny rozwój osoby ludzkiej oraz partycypację wszystkich osób w życiu politycznym, gospodarczym i społecznym danego kraju.

Solidarność między pokoleniami jest jednym z wyznaczników istnienia człowieka w danym społeczeństwie. Poprzez analizę prawną zasady solidarności można zrozumieć, w jaki sposób osoba indywidualna jest związana ze wspólnotą, w której funkcjonuje poprzez różne elementy zarówno o charakterze przedmiotowym jak i podmiotowym. Pod względem podmiotowym więzi solidarności nie mają charakteru „tak zamkniętego" jak status obywatelstwa. Każda osoba, która podróżuje, studiuje, mieszka, pracuje w danym środowisku, chociaż nie jest obywatelem, korzysta z solidarności określającej dany model prawny. Solidarność wyraża się bowiem w zdolności danego systemu prawnego do zapewnienia niektórych usług mieszkańcom i osobom przebywających na danym terytorium. Pod względem przedmiotowym więzi solidarności umożliwiają zrozumienie, w jaki sposób nowoczesne państwa konstytucyjne uporały się z jednym z historycznych problemów, tj. prawną ochroną człowieka a w szczególności dychotomią pomiędzy prawami człowieka a obywatela.

Analiza solidarności między pokoleniami pozwala wyodrębnić jej trzy formy. Pierwsza związana jest ze wzajemnymi korelacjami zachodzącymi pomiędzy poszczególnymi etapami życia człowieka, tj. dzieciństwem, młodością, okresem rodzicielskim i starością. Druga łączy się z ograniczeniem wolności w dniu dzisiejszym celem zapewnienia jej w przyszłości. Trzecia wiąże się z dynamicznym rozumieniem cyklu życiowego, dotyczącym aktywności zawodowej lub ogólniej z działalnością w środowisku, w którym podstawowym czynnikiem dla zabezpieczenia egzystencji jest praca i wynagrodzenie za pracę. Na tej podstawie można wyinterpretować, że zasadę solidarności między pokoleniami cechuje wspólnota wolnych, wspierających się nawzajem ludzi, którzy dążą do wspólnych celów metodami demokratycznymi. We wszystkich społeczeństwach istnieje zróżnicowanie ekonomiczne między bogatymi a biednymi, ale kiedy jest ono nadmierne

[50] P. Policastro, *op.cit*., s. 415–416.

lub choćby zaczyna narastać, powstaje ryzyko marginalizacji pewnych grup społecznych. Jednak nie ma społeczeństwa całkowicie pozbawionego zróżnicowań społecznych. Konkludując powyższe można stwierdzić, że społeczeństwo solidarne to takie, które stworzyło należyte sposoby radzenia sobie z tymi podziałami w sposób otwarty i demokratyczny. W tym celu należy podejmować działania ukierunkowane na zmniejszenie nierówności i odbudowę solidarności w takim stopniu, by nad różnymi podziałami można było zapanować na tyle, by nie rozwinęły się w stopniu zagrażającym stabilności społeczeństwa. Na tym tle solidarność między pokoleniami polega na tym, że każde pokolenie musi na nowo osiągać taki punkt równowagi sił, nad jakim da się zapanować. Jest to punkt ciągle przemieszczający się, który musi dostosowywać się do zmian w środowisku społecznym i gospodarczym, do zmian w systemach politycznych, zarówno krajowych jak i międzynarodowych.

Zasada solidarności często utożsamiana jest z zasadą dobra wspólnego. Swoje oparcie znajduje w jedności rodzaju ludzkiego, powiązanego różnymi zależnościami, których realizacja ma odbywać się przede wszystkim przy poszanowaniu osoby ludzkiej i jej niezbywalnej godności. Jednakże nie może ona korzystać z przymiotu zasady w ujęciu dyrektywalnym. Zasadę solidarności między pokoleniami należy interpretować jako zasadę-postulat, czyli dyrektywę postępowania uznawaną w doktrynie za należącą do systemu prawa lub dająca się z niego wywieść w inny sposób, niż ma to miejsce w przypadku zasad prawa sensu stricto. Poprzez konkretne oddziaływanie na współżycie między ludźmi etyczna zasada solidarności nabiera charakteru socjalnej zasady prawnej. Zatem społeczna zasada solidarności to samodzielna norma naturalno-prawna regulująca stosunki społeczne, która stanowi uszczegółowienie koncepcji życia społecznego, w którym podstawowym podmiotem jest osoba ludzka ze swoją niezbywalną godnością.

Zdolność zapewnienia odpowiednich środków na okres starości każdemu człowiekowi powinna być postrzegana jako obowiązek wszystkich grup społecznych. Problemy ekonomiczne ostatnich dziesięcioleci oraz globalizacja gospodarki wykazały, że realizacja tego obowiązku musi stać się wspólnym celem: państwa i jednostki. Ta nowa formuła nie zakłada wycofania się państwa, lecz prowadzi ku poszukiwaniu bardziej urozmaiconych form działania, z zaangażowaniem nowych partnerów. Na taki stan rzeczy ma również wpływ atomizacja życia społecznego i wiążąca się z nią ściśle indywidualizacja. Rola państwa w zapewnieniu środków na okres starości będzie wymagała nowej formuły, która

samotnym osobom w podeszłym wieku zapewni godziwe warunki życia. Jednakże biorąc pod uwagę, że w większości krajów UE funkcjonują systemy repartycyjne, należy również stworzyć system zachęt dodatkowego wsparcia przez państwo dla rodzin z dziećmi, które w systemach repartycyjnych stanowią swoistego rodzaju „wkład" do systemu. „Wkład", który w kolejnym etapie wymiany między pokoleniami stanie się płatnikiem składki, z której finansowane będą świadczenia. Zatem poszukując nowych rozwiązań dla systemów emerytalnych należy pamiętać, by formuły te były wzmocnione solidarnością między pokoleniami i konsensusem społeczno-politycznym.

7. Realizacja zasady solidarności w systemie emerytalnym – wnioski końcowe

Solidarność pomiędzy pokoleniami w systemach emerytalnych wymaga określenia na nowo obowiązków państwa w obszarze polityki społecznej. Po pierwsze, państwo ma pozostać gwarantem praw człowieka i demokracji. Po wtóre, państwo powinno przywracać w wystarczającym stopniu sprawiedliwość podziału zasobów dzięki takim mechanizmom solidarności, jak sprawnie funkcjonujące systemy emerytalne. W istocie, systemy emerytalne to jedna z najpotężniejszych form instytucjonalnych, poprzez które wyraża się solidarność społeczna i międzypokoleniowa. Wynika z tego, że zachowania takie wymagać będą nie tylko działań indywidualnych, ale również prowadzonej przez państwo działalności koordynującej. Ubezpieczenie emerytalne stanowi szczególną formę organizacji solidarności społecznej. Związana jest ona bowiem z udziałem osób aktywnych zawodowo w finansowaniu systemu, na podstawie którego, po osiągnięciu wieku emerytalnego, otrzymają świadczenia (środki do utrzymania). Zatem zasada solidarności jest odpowiedzią na przegląd tradycyjnych modeli cyklu życiowego, począwszy od etapu nauki, poprzez aktywność zawodową, aż po zabezpieczenie na starość[51]. Zasada solidarności nie może być w żadnym razie pojmowana jako odbieranie części dochodów pracującym, w celu zapewnienia konsumpcji starszym pokoleniom.

Prowadząc rozważania dotyczące zasady solidarności między pokoleniami w repartycyjnych systemach emerytalnych, należy podjąć próbę wskazania kierunku zmian, które powinny warunkować politykę emerytalną w przyszłości.

[51] G. Peces Barba, *op.cit*., s. 258.

Jednocześnie należy określić główne zagrożenia, które dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania tego systemu powinny być dostrzegane z pewnym wyprzedzeniem.

W pierwszej kolejności należy wskazać na wiek emerytalny jako determinantę dokonywanych reform, co zresztą w ostatnim czasie zdominowało dyskusję o systemie emerytalnym. Jednakże w ocenie autora okres pozostawania na rynku pracy nie powinien być regulowany ustanawianiem coraz wyższego wieku emerytalnego, ale stwarzaniem zachęt do pozostawania na nim, np. poprzez korzystniejsze sposoby naliczania świadczenia za okresy „po uzyskaniu wieku emerytalnego" czy poprzez nowoczesne systemy dokształcania i pomocy przy reorientacji zawodowej. Z drugiej strony należy zastosować ostrzejsze kryteria przechodzenia na emeryturę i likwidację przywilejów emerytalnych dla tak wielu grup zawodowych.

Kolejnym dezyderatem jest wprowadzenie jednolitego, powszechnego systemu emerytalnego bez przywilejów korporacyjnych i segmentacji emerytur na: ZUS, KRUS, osoby prowadzące działalność gospodarczą, służby mundurowe, sędziów i prokuratorów oraz pracowników (gdzie następują dalsze podziały na: górników, nauczycieli itd.). Jeden system emerytalny dla wszystkich, na takich samych zasadach. Jednolitość systemu powinna wyrażać się tym, że wszystkie osoby uzyskujące dochody lub wynagrodzenia z pracy powinny być w jednym systemie, w którym od pobieranego wynagrodzenia odprowadzana byłaby składka na ubezpieczenia społeczne, bez konieczności finansowania emerytur wyłącznie z budżetu państwa dla niektórych grup zawodowych.

Następny postulat dotyczy ożywienia i promocji dodatkowego oszczędzania na przyszłą emeryturę poprzez wprowadzenie zachęt w postaci ulg podatkowych w PIT i CIT dla pracowników i pracodawców, którzy zdecydują się przystąpić do zakładowych lub indywidualnych programów emerytalnych. Należy zadbać, by świadczenia wypłacane w przyszłości były bardziej zdywersyfikowane. Pobieranie emerytury z kilku źródeł byłoby nie tylko odciążeniem systemu emerytalnego czy budżetu, ale przede wszystkim chroniłoby emerytów przed zepchnięciem tej grupy do klienteli pomocy społecznej. Jest to o tyle ważne, że w Polsce obecnie praktycznie nie istnieją zakładowe systemy emerytalne, a tzw. trzeci filar (dobrowolny) jest dostępny dla niewielkiej grupy osób.

Zagrożeniem dla systemu repartycyjnego jest dysproporcja pomiędzy płatnikami składek a beneficjentami świadczeń. Szczególnie wejście Polski do UE, a wraz z nim migracja zarobkowa spowodowały, że bardzo wielu potencjalnych płatników składek znalazło zatrudnienie poza granicami kraju – jak podaje GUS[52] na początku 2012 r. poza granicami kraju przebywało ok. 1,1 mln Polaków. Oczywiście osoby te nabędą emeryturę zgodnie z Rozporządzeniem WE w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego[53]. Faktem jest natomiast, że w systemach repartycyjnych najistotniejszą rzeczą są wpływy bieżące, dzięki którym finansowane są wypłaty świadczeń. Jeżeli ubytek składek Polaków zatrudnionych za granicą zostanie zsumowany z 7,3% składek przekazywanych do OFE (od 1999 r. do 2011 r.), widać ogromny odpływ funduszy na finansowanie świadczeń po wprowadzeniu reformy emerytalnej.

Nie można również zapomnieć o zmianach w poszczególnych grupach wieku ludności, które zaczęły się dokonywać w ostatnich latach[54]. W interesie państwa powinno być prowadzenie polityki zmierzającej do jak najbardziej produktywnego zatrudnienia oraz tworzenia nowych miejsc. Powinno to być priorytetem polityki społeczno-ekonomicznej. Dalsze zachowanie ujemnych trendów demograficznych skutkować będzie albo obniżaniem świadczeń, albo podnoszeniem składek. Jedno i drugie rozwiązanie jest niekorzystne dla rynku pracy. Obniżenie świadczeń skutkować będzie tym, że duża część emerytów stanie się klientami pomocy społecznej, która jest finansowana ze środków publicznych. Z drugiej strony podnoszenie składek spowoduje opuszczanie rynku pracy przez wiele osób i ucieczkę do tzw. szarej strefy bądź umowy cywilnoprawne. Podkreślić należy w tym miejscu, że prowadzenie polityki zmierzającej do jak najbardziej produktywnego zatrudnienia zostało wyartykułowane w Konstytucji RP (art. 65 ust. 5) i należy do obowiązków władz publicznych.

---

[52] Dane ze wstępnych wyników Narodowego Spisu Ludności z 2011 r. dostępne na stronie www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/PUBL_lu_wyniki_wstepne_NSP_2011.pdf.

[53] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29.04.2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U. L 200 z 07.06.2004, s. 1–116).

[54] Jak wynika z danych przywoływanego Narodowego Spisu Powszechnego, w okresie tym istotnie zmniejszył się odsetek ludności w wieku przedprodukcyjnym (z 23,2% w 2002 r. do 19,2% w 2011 r.), jednocześnie wzrósł udział ludności w wieku produkcyjnym o 1,7%, przy czym odsetek osób w wieku produkcyjnym mobilnym uległ nieznacznemu zmniejszeniu. Większe zmiany natomiast zaobserwowano w wieku produkcyjnym niemobilnym (45–59 lat – kobiety i 45–64 lata – mężczyźni), gdzie widoczny jest wzrost o ok. 2,4%. Podobny wzrost (o 2,3%) zaobserwowano w wieku poprodukcyjnym.

Kolejne pytania można postawić w związku z ustawą, która pomniejszyła wysokość składki przekazywanej do OFE[55], skutkującą tym, że przyszłe świadczenie będzie niższe. Dokonana w 2011 r. zmiana rodzi dalsze pytanie. A mianowicie: jeżeli utrzyma się kryzys finansów publicznych oraz zbliżanie się i oscylowanie długu publicznego w okolicach poziomu 55% PKB lub przekroczenie stanie się realne, czy w imię ratowania finansów publicznych OFE nie zostanie przejęte przez system publiczny? Ustawa z 25.03.2011 r.[56] wprowadza podział składki przekazywanej do ZUS na dotychczasową część stałą w systemie repartycyjnym – 12,22% oraz wprowadza subkonto „inwestycyjne"[57] z możliwością dziedziczenia. W ocenie autora podaje to w wątpliwość zasadność wprowadzenia reformy w 1999 r. Skoro jedna instytucja (ZUS) jest zdolna do prowadzenia kont ubezpieczonych (nawet z możliwością dziedziczenia) i obsługi całego systemu, po co podwyższać koszty systemu funkcjonowaniem OFE? Może zatem obniżki składki nie traktować jako modelu docelowego, tylko zastanowić się nad przekształceniem obowiązkowego OFE w model fakultatywny, a obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne pozostawić w gestii jednej instytucji?

8. Zakończenie

Solidarność między pokoleniami ma doniosłe znaczenie zarówno dla poszczególnych jednostek, jak i ogółu społeczeństwa nie tylko w procesie stosowania prawa, ale również w procesie jego stanowienia. Odpowiedź na pytanie, czy tak sformułowana zasada istnieje, powinna być twierdząca, co jednak nie oznacza, że ma ona charakter bezwarunkowy i bezwzględny. Próbę uzasadnienia zasady solidarności między pokoleniami należy podjąć w kontekście przepisów konstytucyjnych odnoszących się do dobra wspólnego wszystkich obywateli, w połączeniu z zasadą demokratycznego państwa prawnego, urzeczywistniającego zasadę sprawiedliwości społecznej, a przede wszystkim godności osoby ludzkiej. Natomiast istota konstytucyjnego prawa do zabezpieczenia społeczne-

[55] Obecnie 2,3% (docelowo od roku 2017 do 3,5%), z poprzednio 7,3%.

[56] Ustawa o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych z dnia 25.03.2011 r., Dz.U. z 2011 r., nr 75, poz. 398.

[57] Termin „inwestycyjne" został celowo użyty w cudzysłowie, gdyż będzie inaczej waloryzowane niż w pierwszym segmencie. Ta część składki zostanie umieszczona w ZUS na specjalnym indywidualnym subkoncie. Środki te będą waloryzowane (rocznie lub kwartalnie – tym, którzy nabyli uprawnienia w trakcie roku) o wskaźnik wzrostu gospodarczego z ostatnich 5 lat i inflacji – art. 40a–f cyt. ustawy z dnia 25.03.2011 r.

go po osiągnięciu wieku emerytalnego polega na zagwarantowaniu adekwatnego poziomu świadczeń osobom, które osiągnęły wiek emerytalny. Podstawowym celem konstytucyjnym prawa do zabezpieczenia społecznego po osiągnięciu tego wieku jest zagwarantowanie godnego poziomu życia w warunkach obniżonej zdolności do zarobkowania z racji podeszłego wieku. Zatem, opierając się na art. 67 konstytucji można stwierdzić, że na ustawodawcę zwykłego został nałożony obowiązek zorganizowania systemu ochrony dla osób (po osiągnięciu wieku emerytalnego).

Solidarność między pokoleniami to sprawiedliwy, pozbawiony dyskryminacji dostęp do praw człowieka, ale również godność człowieka oraz wolność dążenia każdej jednostki do osobistego rozwoju na każdym etapie życia, a także możliwość czynnego i pełnego uczestnictwa każdej jednostki w społeczeństwie. Jednak nawet przy najsilniejszej ochronie prawnej, jaką można by otoczyć prawa człowieka, nigdy nie jest rzeczą prostą zapewnić wszystkim członkom społeczeństwa, a zwłaszcza najsłabszym, możliwości rzeczywistego korzystania z przysługujących im praw. Paradoksem jest to, że ci, którzy najbardziej potrzebują ochrony ich praw, są często najgorzej przygotowani do ich egzekwowania. Dlatego prawnej ochronie praw muszą towarzyszyć zdecydowane środki w dyspozycji polityki społecznej celem zapewnienia każdemu rzeczywistego dostępu do swych praw. Z drugiej strony istnieje obawa, że przyszłe pokolenia mogą uznać niepisany kontrakt społeczny za niekorzystny i dążyć do zerwania go. W takim przypadku generacja opłacająca składki będzie systemem końcowym i pomimo wniesienia wkładu do systemu (w postaci składek) nie otrzyma świadczeń w okresie starości. Zatem postulatem jest, by dokonywane transformacje zapewniały bezpieczeństwo prawne pod względem intertemporalnym.

SOLIDARITY BETWEEN GENERATIONS IN SYSTEM ON EXAMPLE OF PENSION SYSTEM – LEGAL CONSTITUTIONALLY

Summary

The theme it is extremely important and relevant issue since financing of benefits in the majority of pension schemes is based on the solidarity between generations. Of special significance is the fact, that the current pension benefits are financed from the current pension fund. According to the current Constitution of the Republic of Poland (adopted on 2 April 1997) the Article 2 states that "The Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice". The Article 67 declares that every citizen shall have the right to social security whenever having attained retirement age. The pension systems play a significant role in life of an every person. First of all, they not only provide and guarantee the financial sources to someone who is retired but also protect the dignity of a man of an advanced age. For the majority of senior citizens the pension funds ensure the only means of living because just few retired people are able to support themselves by renting apartments or selling antiques. The immutability and stability of the social security law is very important. Everyone who undertakes any work shall know in advance when and on what principles they can retire.

Translated by Sławomir Maciejewski

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 720 ACTA IURIS STETINENSIS 3 2012

MACIEJ WRZEŚNIEWSKI
Doktorant Katedry Prawa Karnego
Uniwersytet Szczeciński

CZYNNOŚĆ SEKSUALNA A OBCOWANIE PŁCIOWE I INNA CZYNNOŚĆ SEKSUALNA – PRÓBA UPORZĄDKOWANIA POJĘĆ

W rozdziale XXV Kodeksu karnego[1] ustawodawca dokonał typizacji szeregu czynów zabronionych, godzących w wolność seksualną i obyczajność społeczną[2]. Ze względu na swą specyfikę czyny te dotykają bardzo wrażliwej oraz osobistej sfery życia – seksualności człowieka. Tym samym niezwykle doniosłą wydaje się być kwestia przeprowadzenia należytej wykładni regulujących tę tematykę przepisów, aby o każdym zaistniałym zachowaniu o charakterze seksualnym dało się stwierdzić, czy jest ono zabronione pod groźbą kary, czy też prawnie indyferentne. W sytuacji, gdy ustawowe znamiona czynu zabronionego cechują się pewną dozą nieostrości, zachodzi bowiem ryzyko bezzasadnego rozszerzenia lub zawężenia karalności takich zachowań, co może przynieść niepożądane konsekwencje zarówno dla sprawcy, jak i pokrzywdzonego.

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

[2] Jest to zarazem rodzajowy przedmiot ochrony wskazanych czynów zabronionych, przez co należy rozumieć sytuację, w której określone dobro chronione jest grupą przepisów prawnokarnych, najczęściej usytuowanych w jednym rozdziale części szczególnej k.k., którego tytuł ujawnia postać ochranianego dobra. Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 86; M. Bielski, w: *Kodeks karny. Część ogólna – komentarz*. *Tom II: art. 117–277*, red. A. Zoll, A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kraków 2008, s. 656.

W kontekście omawianej grupy przepisów do konstrukcji połowy z nich zastosowano znamiona: „obcowanie płciowe" oraz „inna czynność seksualna". Mowa tu o przestępstwach: zgwałcenia (art. 197 k.k.), wykorzystania stanu bezradności lub upośledzenia (art. 198 k.k.), nadużycia stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 k.k.), pedofilii[3] (art. 200 k.k.) oraz kazirodztwa (art. 201 k.k.)[4]. Należyta interpretacja wskazanych pojęć, jako znamion strony przedmiotowej, określających tzw. czynność sprawczą, jest zatem niezwykle istotna w szczególności dla praktyki wymiaru sprawiedliwości.

W pierwszej kolejności wskazać trzeba na pewne założenia terminologiczne, na kanwie których czynione będą dalsze ustalenia. U podstaw obu opisywanych znamion leży bowiem pojęcie czynności seksualnej, która – w rozumieniu prawa karnego – stanowi znamię ogólne, zawierające w sobie zarówno zakres desygnatów pojęcia „obcowanie płciowe", jak i „inna czynność seksualna". Terminu tego nie należy interpretować szeroko, albowiem nie każda czynność, która dotyka sfery seksualnej innego człowieka (np. kontakt rodzica z narządami płciowymi dziecka podczas wykonywania podstawowych zabiegów higienicznych), stanowi czynność seksualną w rozumieniu prawa karnego. Taka szeroka wykładnia mogłaby doprowadzić do objęcia penalizacją zachowań, które z natury przestępne nie są. Seksualny charakter przypisać można jedynie takim zachowaniom, które wiążą się z jakąś formą zaspokojenia czy pobudzenia popędu płciowego[5].

[3] Zaznaczyć należy, że określenie „przestępstwo pedofilii" w odniesieniu do czynów zabronionych, określonych w art. 200 § 1 i § 2 k.k., wydaje się być bardziej adekwatne niż określenie „przestępstwo pedofilskie". Tym drugim mianem nazywa się bowiem różne przestępstwa godzące w wolność seksualną lub obyczajność społeczną, popełnione na szkodę małoletniego poniżej lat 15 – np. przestępstwo kazirodztwa (art. 201 k.k.), czy sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15 (art. 202 § 4a k.k.). Natomiast przez przestępstwo pedofilii trzeba rozumieć wyłącznie czyny zabronione, określone w art. 200 k.k.

[4] W tym miejscu należy podkreślić, że – mając na względzie racjonalność prawodawcy oraz konieczność zachowania spójności tekstu prawnego – trzeba przyjąć, że terminom tym nadano identyczne znaczenie w brzmieniu całej ustawy karnej. Stanowisko to wydaje się znajdować uzasadnienie w zbiorze zasad techniki prawodawczej (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej", Dz.U. z 2002 r., nr 100, poz. 908), zgodnie z którymi – w obrębie jednego aktu normatywnego – do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. W tej kwestii por. G. Wierczyński, *Komentarz do rozporządzenia w sprawie „Zasad techniki prawodawczej"*, w: *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2009, uwagi do § 10 Rozporządzenia.

[5] Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2001 r., sygn. WA 25/01, w: OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 53.

Czynność seksualna ze swej istoty może mieć charakter penetracyjny lub niepenetracyjny. Pierwsza ze wskazanych konfiguracji zaistnieć może w następujących sytuacjach:

1) przy połączeniu męskich narządów płciowych z żeńskimi (klasyczne stosunki heteroseksualne),
2) przy wprowadzeniu męskich narządów płciowych do męskich lub żeńskich naturalnych otworów ciała, które traktowane są wówczas jako surogaty żeńskich narządów płciowych (stosunki heteroseksualne lub homoseksualne analne, stosunki oralne w formie *fellatio*),
3) gdy inne niż męskie narządy płciowe, części ciała (palce, dłonie) zostaną wprowadzone do narządów płciowych kobiety lub innych naturalnych otworów ciała kobiety lub mężczyzny,
4) gdy przedmioty martwe (niekoniecznie o przeznaczeniu seksualnym) zostaną wprowadzone do narządów płciowych kobiety lub innych naturalnych otworów ciała kobiety lub mężczyzny[6].

O penetracyjnym charakterze czynności seksualnej możemy zatem mówić, gdy męskie narządy rodne, inna część ciała osoby dowolnej płci lub dowolny przedmiot martwy zostaną wprowadzone w jakikolwiek (naturalny) otwór ciała drugiego człowieka. Jak zostało to już podkreślone, z zakresu tego pojęcia wyłączone są czynności o charakterze penetracyjnym, ale pozbawione charakteru seksualnego – np. wkładanie przyrządów medycznych do ust w czasie badania lekarskiego, zaaplikowanie przystosowanego do umieszczania w odbycie termometru itp.

Czynności seksualne niepenetracyjne to natomiast takie zachowania, podczas których żaden przedmiot nie zostaje umieszczony w naturalnym otworze ludzkiego ciała, jednakże związane są one z określonym, seksualnym kontaktem fizycznym – o charakterze li tylko powierzchownym.

Dokonując analizy znamion: „obcowanie płciowe" oraz „inna czynność seksualna" – zaznaczyć należy, iż są to znamiona otwarte oraz nieostre[7], co po-

[6] Por. M. Bielski, *op.cit.*, s. 583.

[7] W tym miejscu warto odnotować ciekawą kwestię dotyczącą ustawodawstwa Stanów Zjednoczonych. Kodeks karny stanu Kalifornia, jako jeden z nielicznych aktów tego typu na świecie, definiuje czynności seksualne (w odniesieniu do seksualnego wykorzystywania dzieci) w sposób *stricte* kazuistyczny. W myśl jego regulacji, do pojęcia tego zaliczają się następujące czynności: penetracja waginy lub odbytu przez penis, każdy kontakt seksualny genitaliów lub odbytu jednej osoby z językiem lub ustami innej osoby, każde wtargnięcie w genitalia lub odbyt przy użyciu różnych obiektów (z wyłączeniem niezbędnych czynności medycznych), intencjonalne dotykanie genitaliów lub innych intymnych części ciała (piersi, okolice genitaliów, pachwiny, pośladki) bądź

woduje, że dokładne określenie desygnatów tych nazw nie jest możliwe, wobec czego wszelkie próby ich enumeratywnego wyliczenia trzeba uznać za próbę stworzenia definicji projektującej[8]. Podkreślić jednak trzeba, że zastosowanie przez ustawodawcę znamion, cechujących się pewną dozą nieostrości, jest pożądane z punktu widzenia funkcji ochronnej prawa karnego. Zabieg taki nadaje bowiem przepisom elastyczność, przez co nie wymagają one nieustannej nowelizacji w związku ze stale pojawiającymi się, nowymi formami zamachu na dobra prawnie chronione.

Literalne brzmienie terminu „obcowanie płciowe" sugeruje, że określa on typowy (prawidłowy) stosunek płciowy, polegający na fizycznym kontakcie narządów rodnych kobiety i mężczyzny (tzw. spółkowanie, polegające na wprowadzeniu męskiego członka do kobiecej pochwy – *immisio penis*). Z pewnością jest to podstawowa czynność, mieszcząca się w zakresie tego pojęcia, jednak tak wąskie jego rozumienie byłoby dalece niewystarczające[9]. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie wskazuje się, że pojęcie to jest szersze od pojęcia spółkowania[10], albowiem w jego zakres wchodzą również takie kontakty o charakterze seksualnym, które zmierzają do zaspokojenia popędu płciowego w sposób zbliżony do spółkowania, stanowiąc jego surogat, przy czym naruszają dobro prawnie chronione pokrzywdzonego w stopniu wyższym aniżeli zachowania zaliczające się do zakresu terminu „inna czynność seksualna"[11].

W piśmiennictwie zaprezentowano wiele propozycji interpretacyjnych opisywanego znamienia[12]. Stanąć należy na stanowisku, iż trafna wydaje się być

ubrania okrywającego te części ciała ofiary lub sprawcy przez ofiarę w celu uzyskania seksualnego podniecenia. Por. M. Sajkowska, *Wykorzystywanie seksualne dzieci*, w: *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Teoria, badania, praktyka*, red. M. Sajkowska, Warszawa 2004, s. 7.

[8] Por. M. Bielski, *op.cit.*, s. 579. Autor ten zauważa ponadto, że mają one w rzeczywistości charakter terminów technicznych.

[9] Już na kanwie Kodeksu karnego z 1932 i 1969 r. przyjmowano, że realizację czynów zabronionych, w których występowało znamię „czynu nierządnego" lub „czynu lubieżnego", stanowił nie tylko sam akt „klasycznego" spółkowania pomiędzy kobietą i mężczyzną, ale również inne zachowania – stanowiące surogaty „prawidłowego" heteroseksualnego stosunku seksualnego. Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 303; M. Siewierski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 403.

[10] Por. J. Warylewski, w: *Kodeks karny – komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2011, teza 70 komentarza do art. 197 k.k.

[11] Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 listopada 2006 roku, sygn. II Akta 323/06, w: KZS 2007, z. 1, poz. 62.

[12] Z tej przyczyny ich omawianie w tym miejscu byłoby niecelowe oraz ponad miarę zwiększyło objętość niniejszej publikacji. Por. w tej kwestii m.in.: J. Warylewski, w: R.A. Stefański (red.),

koncepcja, mająca swe oparcie w kryterium biologicznym. Według jej założeń, o zakwalifikowaniu danego zachowania do zakresu znamienia: „obcowanie płciowe" lub „inna czynność seksualna" decydować winna ocena stopnia naruszenia integralności cielesnej poprzez działanie sprawcy. W tym ujęciu warunkiem uznania danego zachowania się za „obcowanie płciowe" jest zatem bezpośredni oraz penetracyjny kontakt dowolnej części ciała człowieka lub dowolnego przedmiotu martwego z narządami płciowymi innej osoby czy naturalnymi otworami jej ciała, które ze swej istoty nie stanowią organów rozrodczych.

Wobec powyższego, przy akceptacji biologicznego kryterium oceny zakresu wskazanego znamienia, należy uczynić dwa założenia. Po pierwsze, że stopień penetracji narządów płciowych (naturalnych otworów ciała) drugiego człowieka będzie identyczny w przypadku, gdy sprawca dokonuje tej czynności organami swego ciała (np. genitaliami, dłonią, stopą), jak i wówczas, gdy posłuży się w tym celu przedmiotem martwym (np. rurką, gadżetem seksualnym). Po drugie, że innymi, naturalnymi otworami ciała człowieka, które mogą służyć jako surogaty żeńskich narządów płciowych, mogą być zwłaszcza: otwór gębowy (*cavitas oris*)[13] i odbyt (*annus*)[14]. Trafność powyższych założeń uzasadnia fakt, że użycie przedmiotów martwych do celów penetracyjnych, jak również penetracja otworów ciała niebędących narządami rodnymi, może stanowić dla pokrzywdzonego taką samą lub nawet większą krzywdę aniżeli sytuacja, w której penetracja następuje w formie normalnego, klasycznego spółkowania. Zgodzić się zatem należy z tezą, że przesunięcie tego rodzaju zachowań do zakresu pojęcia „inna czynność seksualna" byłoby nieuzasadnione. Dodatkowym kryterium, przemawiającym za racjonalnością przedstawionej koncepcji, jest także zbliżona klasa następstw, które wynikać mogą z penetracji innych niż narządy płciowe otworów ciała – jak np. ryzyko zarażenia chorobami przenoszonymi drogą płciową, naruszenia

op.cit., teza 72 i n. komentarza do art. 197 k.k.; A. Marek, *Kodeks karny – komentarz*, LEX 2010, teza 3 komentarza do art. 197 k.k.; *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, red. M. Mozgawa, Oficyna 2010, teza 4 komentarza do art. 197 k.k.

[13] Otwór gębowy może stanowić surogat żeńskich narządów płciowych wyłącznie podczas stosunku oralnego w formie *fellatio*. W innych przypadkach zachowania takie nie będą posiadały charakteru penetracyjnego (por. M. Bielski, *op.cit*., s. 584). Pogląd ten należy jednak uzupełnić o ewentualność, w której sprawca będzie wprowadzał do jamy gębowej pokrzywdzonego różne przedmioty, symulując w ten sposób oralny stosunek płciowy, co również uznać należy za penetracyjną czynność o charakterze seksualnym, zaliczającą się do „obcowania płciowego".

[14] Nie mogą natomiast być uznane za surogaty takie otwory, jak: jama nosowa, otwór uszny, oczodół.

integralności cielesnej oraz wywołania uszczerbku na zdrowiu, podrażnienia naskórka itp.[15]

Rekapitulując, warunkiem koniecznym zaistnienia obcowania płciowego nie musi być *immisio penis*, gdyż sprawca może penetrować narządy płciowe lub inne otwory ciała, stanowiące ich surogaty, stosując do celu tego inne części własnego lub cudzego ciała (np. język, palce, dłonie, stopy), jak również przedmioty martwe (różnego rodzaju gadżety seksualne, a także produkty, których właściwe przeznaczenie nie jest seksualne – np. elementy mebli, długopisy, rurki itp.). Za „obcowanie płciowe" uznać zatem należy zarówno tzw. prawidłowy stosunek heteroseksualny, jak i stosunki analne, stosunki oralne w formie *fellatio* oraz wszelkie inne sposoby penetracji naturalnych otworów ciała ludzkiego. Za „obcowanie płciowe" należałoby również uznać wybrane formy zoofilii – kiedy sprawca wykorzystuje naturalny popęd zwierzęcia, które stanowi wówczas narzędzie w jego rękach[16].

Za kontrowersyjny trzeba natomiast uznać pogląd, iż pojęcie to obejmuje sytuacje, w których nie dochodzi do aktu penetracji z uwagi na fakt, że pokrzywdzony nie posiada jeszcze należycie wykształconych narządów płciowych (np. małe dziecko), przez co czynność sprawcza z konieczności ogranicza się np. do ich dotykania[17]. Zabieg o charakterze jedynie powierzchownym (jakim ze swej natury jest dotyk) nie może prowadzić do przyjęcia fikcji, iż sprawca *de facto* wykonał czynność penetracyjną. Nie dochodzi bowiem w tym przypadku do naruszenia wewnętrznej integralności cielesnej, a zatem tego rodzaju wykładnia stanowi nadmierne rozszerzenie zakresu opisywanego pojęcia.

Jak zostało to wykazane na powyższym przykładzie, do zakresu znamienia obcowania płciowego nie sposób jest zaliczyć samego tylko dotykania ciała drugiej osoby – bez ingerencji w jej sferę wewnętrzną. Tym samym chybione są wyrażane niekiedy w piśmiennictwie poglądy, że termin ten obejmuje również żeńskie kontakty homoseksualne w formie *cunnilingus*[18]. W tym przypadku sprawca ma wyłącznie zewnętrzny kontakt z narządami rodnymi kobiety. Podobnie rzecz się ma w przypadku wykonywania czynności prowadzących do zaspokojenia po-

[15] Por. M. Filar, glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2001 r. (sygn. WA 25/01).

[16] Por. M. Bielski, *op.cit.*, s. 585.

[17] Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 1986 r., sygn. RW 530/86, w: *Kodeks karny z orzecznictwem*, red. K. Janczukowicz, Gdańsk 1996, s. 568.

[18] Por. J. Warylewski, *Glosa aprobująca z pewnymi zastrzeżeniami do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1999 r.*, w: OSP 1999, nr 12, poz. 224.

pędu seksualnego mężczyzny bez zaangażowania jakichkolwiek otworów ciała innej osoby (onanizm). Stosunek penetracyjny nie zachodzi także wówczas, gdy sprawca angażuje w czynność elementy ciała drugiej osoby, które nie stanowią jego naturalnych otworów – do „obcowania płciowego" nie zalicza się wobec tego stosunek dopachowy (*coitus in aksila*) czy stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*).

Zgodnie z najczęściej przywoływanym w piśmiennictwie orzeczeniem Sądu Najwyższego[19], „inna czynność seksualna (...) to takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu obcowania płciowego, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary"[20]. Termin ten został więc zakreślony od strony negatywnej – do „innej czynności seksualnej" zaliczyć należy wszystkie te zachowania, które posiadają cechy czynności seksualnych, lecz nie mieszczą się w zakresie pojęcia „obcowanie płciowe". Aktualność wyrażonego wyżej poglądu wielokrotnie potwierdzona została w piśmiennictwie oraz kolejnych judykatach[21].

Mając na uwadze uczynione dotychczas spostrzeżenia, podkreślić należy, że „inna czynność seksualna" sprowadza się do kontaktu cielesnego pomiędzy co najmniej dwiema osobami, który ze swej istoty nie prowadzi do penetracji naturalnych otworów ludzkiego ciała. Powstaje jednak pytanie, czy przez pojęcie to rozumieć należy wyłącznie bezpośrednie zetknięcie z ciałem drugiego człowieka (jego skórą lub innym rodzajem tkanki), czy też – w szerszym ujęciu – zetknię-

[19] Jego treść przytacza m.in. M. Mozgawa (por. M. Mozgawa, w: *Kodeks*..., s. 387), R. Góral (por. R. Góral, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 2007, s. 338), B. Kolasiński (por. B. Kolasiński, D. Korecka, *Przestępstwa pedofilskie w Kodeksie karnym*, Przegląd Policyjny 2005, nr 3 (79), s. 150), M. Filar (por. M. Filar, *Seksualne wykorzystywanie dzieci w świetle polskiego kodeksu karnego (na tle prawnoporównawczym)*, Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka 2002, nr 1, s. 4), M. Bielski (por. M. Bielski, *op.cit.*, s. 585).

[20] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1999 r., sygn. I KZP 17/99, w: OSNKW 1999, nr 7–8, poz. 37.

[21] Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 r., sygn. V KK 139/08, w: Biuletyn Sądu Najwyższego – Izba Karna 2008, nr 10, poz. 24, w którym wskazano, że „inna czynność seksualna, w rozumieniu art. 200 § 1 KK (a także w rozumieniu art. 197 § 2 KK oraz art. 198 i 199 KK), to takie zachowanie, niemieszczące się w pojęciu »obcowania płciowego«, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary, co obejmuje te sytuacje, w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub zaspokojenia swojego popędu, nie tylko dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego (choćby przez bieliznę lub odzież), lecz podejmuje również inne czynności w zetknięciu z jego ciałem (np. pieszczoty, pocałunki). Bez wątpienia w tym zakresie znaczeniowym mieści się także dotykanie piersi ofiary".

cie odczuwalne poprzez naturalne receptory zmysłu, niezależnie, czy wywołane jest bezpośrednim kontaktem z ciałem, czy też wynika z odczucia pośredniego, np. w wyniku dotknięcia przez odzież. Wybór pierwszego z zarysowanych wariantów spowodowałby pozostawienie poza zakresem penalizacji wszelkich form tzw. molestowania seksualnego – na przykład przez ubranie. Szersze ujęcie wydaje się być zatem bardziej adekwatne dla zapewnienia należytej ochrony dobrom prawnie chronionym człowieka. Można zatem przyjąć założenie, iż dla uznania, że dane zachowanie kwalifikuje się jako „inna czynność seksualna", wymagane jest „(...) przynajmniej cielesne i mające charakter seksualny zaangażowanie ofiary"[22]. Kontakt z ciałem ludzkim, np. poprzez ubranie – stanowiłby właśnie rzeczone, cielesne zaangażowanie[23]. Również podkreślenie seksualnego charakteru tego zaangażowania nie pozostaje bez znaczenia – nie można bowiem uznać za „inną czynność seksualną" przypadkowego otarcia o inną osobę, złapania za rękę w celu zatrzymania, czy nawet uderzenia w okolice narządów płciowych, ale wywołanego agresją i chęcią zadania bólu. Podobnie należy wskazać, że pozbawione charakteru seksualnego będzie np. uderzenie w pośladki w celu dodania otuchy lub ponaglenia innej osoby. W takim przypadku, z uwagi na całkowicie aseksualny charakter, zachowania takie nie mogą zostać uznane za godzące w wolność seksualną[24].

Za kontrowersyjny trzeba uznać pogląd, jakoby o tym, czy dane zachowanie posiada seksualny charakter, mogły decydować oceny (normy) kulturowe[25]. Wydaje się bowiem, że założenie to może być trafne jedynie w odniesieniu do ustawodawcy, który – na etapie konstruowania aktów normatywnych – może zawężać lub rozszerzać zakres penalizacji określonych zachowań w zależności od panujących w społeczeństwie ocen moralnych czy etycznych, jak również mając

[22] Por. M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 2, Warszawa 1997, s. 21.

[23] Pogląd taki odnalazł poparcie również u J. Warylewskiego, por. J. Warylewski, *Glosa*... Autor ten zaznacza jednak, że „(...) nie bez znaczenia dla oceny konkretnego zachowania będzie rodzaj i postać ubrania, które miała na sobie ofiara. Inaczej należy ocenić dotykanie przez bieliznę czy lekką odzież, a inaczej przez płaszcz czy futro. W tym ostatnim przykładzie trudno nawet uznać, że sprawca ma możliwość dotykania piersi lub narządów płciowych takiej osoby".

[24] Co, rzecz jasna, nie wyklucza ich penalizacji na gruncie innych regulacji prawa karnego – przykładowo, poprzez zakwalifikowanie jako bezprawnego naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.).

[25] Pogląd taki wyraża m.in. M. Rodzynkiewicz. Por. M. Rodzynkiewicz, *Kodeks*..., s. 512. Aprobująco odniósł się do niego również B. Kolasiński (por. B. Kolasiński, D. Korecka, *op.cit.*, s. 2).

na względzie przyjęty i wyznawany przez społeczeństwo system wartości. Zatem w sytuacji, gdy treść normy prawnokarnej została już ukształtowana, dokonywanie jej wykładni z uwzględnieniem tego rodzaju kryterium (dodać trzeba – wysoce nieprecyzyjnego oraz wieloznacznego) może prowadzić do niebezpiecznego zawężania penalizacji[26]. Z drugiej strony, w piśmiennictwie niekiedy wskazuje się, że dokonanie oceny, czy określone zachowanie może być uznane za „czynność seksualną", nie jest w ogóle możliwe bez odwołania się do sfery ocen społecznych – z uwagi na możliwość występowania znacznych różnic kulturowych w ocenie konkretnej czynności[27]. Jest to jednak założenie niebezpieczne, albowiem może doprowadzić do powstania na terytorium państwa (dodać trzeba – jednolitego pod względem obowiązującego porządku prawnego) swoistych enklaw, na obszarze których sprawca, dopuszczający się pewnej kategorii czynów, byłby bezkarny ze względów li tylko obyczajowych[28]. Należy bowiem z całą stanowczością podkreślić, że wyłączenie konkretnego zachowania z zakresu pojęcia „czynność seksualna" – z uwagi na jego obiektywnie aseksualny charakter – nie może być utożsamiane z sytuacją, w której dla pewnej części społeczeństwa (a zwłaszcza dla pokrzywdzonego) popełniony czyn posiada oczywiście seksualne zabarwienie, a jedynie w odczuciu wąskiego kręgu zainteresowanych (sprawcy, jego otoczenia) dane zachowanie było pozbawione takiego wyrazu[29].

Na marginesie powyższych rozważań trzeba jednak zaznaczyć, że kwestie kulturowe mogą – przy spełnieniu stosownych wymogów – stanowić przesłankę wyłączenia winy sprawcy z uwagi na jego (usprawiedliwioną) nieświadomość bezprawności danego czynu (mowa zatem o konstrukcji tzw. błędu co do prawa)[30].

Próbując kazuistycznie przedstawić zakres znamienia „inna czynność seksualna", należałoby stwierdzić, że w pojęciu tym mieszczą się następujące zachowania: stosunek oralny w formie *cunnilingu*, onanizowanie pokrzywdzonego

[26] Por. J. Warylewski, *Glosa*...

[27] Por. M. Bielski, *op.cit*., s. 586.

[28] Na niebezpieczeństwo odwoływania się do wzorców kulturowych przy wykładni znamion przedmiotowych czynu zabronionego wskazuje m.in. B. Kurzępa. Por. B. Kurzępa, *Inna czynność seksualna jako znamię przestępstw*, Prokuratura i Prawo 2005, nr 5, s. 62.

[29] Depenalizacja takiego zachowania z uwagi na subiektywną ocenę sprawcy lub wąskiego kręgu innych osób mogłaby bowiem wyłączyć karalność takich zachowań, jak np. molestowanie seksualne pracownika przez pracodawcę.

[30] Z uwagi jednak na przyjęty przedmiot analiz, szczegółowe rozważenie wszelkich aspektów tej kwestii wykracza poza ramy niniejszej publikacji.

przez inną osobę, zmuszanie pokrzywdzonego do onanizowania się lub onanizowania innej osoby, stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*), dotykanie męskimi narządami rodnymi kobiecych piersi lub symulowanie stosunku przy ich wykorzystaniu (*cinepimastria*), ocieranie członkiem o inne elementy ciała drugiej osoby, a także wszelkie inne formy niepenetracyjnego, seksualnego kontaktu z ciałem człowieka (np. poprzez kontakt piersi czy naturalnych otworów ciała z językiem). Nie można natomiast zaliczyć do niego np. aktów ekshibicjonizmu czy prezentowania wykonania określonych czynności (czy to „na żywo", czy też w formie odtworzenia utrwalonego materiału) – z uwagi na brak wspomnianego wyżej, cielesnego oraz seksualnego zaangażowania ofiary[31].

Zarówno „obcowanie płciowe", jak i „inna czynność seksualna" – jako odmiany form aktywności seksualnej człowieka – ze swej istoty nie są zachowaniami przestępnymi. Taki charakter nadaje się im dopiero wówczas, gdy czynność tego rodzaju narusza wolność seksualną drugiego człowieka[32], ewentualnie gdy godzi ona w szeroko pojętą obyczajność społeczną[33].

Tytułem przykładu wskazać w tym miejscu należy na konstrukcję ustawowych znamion przestępstwa: zgwałcenia, pedofilii oraz kazirodztwa. Zgodnie z brzmieniem art. 197 § 1 k.k., „Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12". Art. 200 § 1 k.k. stanowi, że karze określonej w tym przepisie podlega ten, „kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania", natomiast art. 201 k.k.

[31] Por. B. Kurzępa, *op.cit.*, s. 65; odmiennie J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 1992, nr 2, s. 81.

[32] Rozumianą jako możliwość samostanowienia o swej seksualności, w tym również dysponowania nią w dowolnym zakresie. Należy podkreślić, że wolność seksualna – podobnie jak wolność w znaczeniu ogólnym – może być rozumiana dwojako: wolność w sensie pozytywnym („wolność do"), czyli możliwość podejmowania swobodnych decyzji w przedmiocie dysponowania własną seksualnością, oraz negatywnym („wolność od"), przez co należy rozumieć wolność od niechcianych, niepożądanych lub wymuszonych zachowań o charakterze seksualnym, jak również wolność od przymusu fizycznego czy nacisków na sferę psychiki w kwestiach związanych z szeroko pojętą seksualnością człowieka. W tej kwestii por. w szczególności: A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 4, s. 144; J. Warylewski, w: *Kodeks*..., teza 20 uwag do art. 197.

[33] Obyczajność społeczna jest dobrem o charakterze ponadindywidualnym, niepodzielnym i abstrakcyjnym, którego naruszenie wywołuje skutek w postaci przekroczenia pewnych norm moralnych czy etycznych, powszechnie uznawanych za wartości.

otrzymał brzmienie: „Kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5".

Już pobieżna lektura przywołanych wyżej regulacji wskazuje, że czynność seksualna obciążona zostaje określonym ładunkiem społecznej szkodliwości wówczas, gdy dochodzi do niej wespół z realizacją innych, wskazanych w ustawie znamion. I tak, w przypadku przestępstwa zgwałcenia sprawca działać musi ze szczególną, kierunkową postacią zamiaru, stosując przy tym środki, mające na celu doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego (innej czynności seksualnej). W przypadku przestępstwa pedofilii czy też kazirodztwa, do zaktualizowania się karalności za tego rodzaju czyn sprawca musi „obcować płciowo" lub też „dopuścić się obcowania płciowego" z inną osobą.

Zgodnie z definicją słownikową, „doprowadzać" znaczy tyle, co: „poprzez określone działania osiągnąć zamierzony cel, wywołać jakąś sytuację; uskutecznić, zrealizować"[34]. Na gruncie prawa karnego oznaczać to będzie przyczynowy rezultat wszystkich form zachowania się sprawcy, w wyniku którego następuje podjęcie przez drugą osobę obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej – przez co przestępstwo, określone poprzez znamię „doprowadza", jest przestępstwem skutkowym (skutkiem będzie tu doprowadzenie drugiej osoby do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej). W grę wchodzą w tym przypadku zarówno zachowania cechujące się stycznością ciał sprawcy i pokrzywdzonego, jak i takie, w które sprawca fizycznie się nie angażuje[35]. Istotne jest, że tego typu czynu zabronionego może się dopuścić jedynie sprawca inicjujący określoną czynność seksualną (czy to mieszczącą się w zakresie pojęcia „obcowanie płciowe", czy też „innej czynności seksualnej")[36]. Poza zakresem penalizacji pozostawać więc będzie sytuacja, w której był on jedynie biernym wykonawcą woli drugiej osoby (ponieważ wówczas nie „doprowadza" on jej do czynności seksualnej, a jedynie sam jest „doprowadzonym")[37].

---

[34] Por. *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 190.

[35] Por. M. Bielski, *op.cit.*, s. 579.

[36] Por. w tej kwestii wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2008 r., sygn. II KK 338/07 (Legalis).

[37] Niektórzy autorzy interpretują jednak to znamię szeroko, przypisując mu zakres właściwy dla terminu „dopuszcza się". Por. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 154–155.

Wyrażeniu „dopuszczać się" przypisuje się natomiast znaczenie: „robić coś, zwłaszcza złego"[38]. W tym przypadku nie jest konieczne wystąpienie jakiegokolwiek skutku, ponieważ samo „dopuszczenie się" nie musi przynieść jakiegokolwiek rezultatu. Wobec tego znamię to zostanie zrealizowane już w momencie podjęcia przez sprawcę odpowiedniego działania o charakterze seksualnym (przestępstwo takie będzie zatem przestępstwem formalnym). Nie jest przy tym konieczne, aby był on stroną inspirującą całe zdarzenie. Przekroczy on więc normę sankcjonowaną, wyrażoną w danym przepisie k.k. nawet wówczas, gdy jedynie „podda" się woli innej osoby, samemu przyjmując postawę stricte bierną (oczywiście zakładając, że będzie miał świadomość całego zajścia)[39].

Stwierdzić zatem należy, że w przypadku obu znamion – „doprowadza" oraz „dopuszcza się" – ostateczny rezultat działań sprawcy będzie identyczny, różne są natomiast sposoby wyrażenia czynności, jakie mają do tego rezultatu prowadzić. Rozróżnienie to wynika ze specyfiki poszczególnych czynów zabronionych, godzących w wolność seksualną i obyczajność.

Sformułowane powyżej, zwięzłe oraz – z konieczności – wybiórcze ustalenia terminologiczne stanowić mają kolejny głos w dyskusji nad przyjęciem jednej z koncepcji wykładni znamion czynów zabronionych, godzących w wolność seksualną i obyczajność społeczną. W procesie stosowania prawa dokonanie prawidłowego zakwalifikowania konkretnego zachowania jako naruszającego normę sankcjonowaną, leżącą u podstaw danego typu czynu zabronionego[40], jawi się bowiem jako niezwykle istotne z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego[41].

[38] Por. *Słownik współczesnego języka polskiego*, s. 190.

[39] Zaznaczyć należy, że identyczna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku zastosowania wyrażenia „obcuje płciowo", albowiem również w przypadku tego znamienia nie jest konieczne wywołanie przez sprawcę żadnego skutku, a także bez znaczenia pozostaje fakt, który z uczestników czynności był jej inspiratorem.

[40] W kwestii budowy normy prawnokarnej oraz struktury normy sankcjonowanej por. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 62 i n.

[41] Istotą funkcji gwarancyjnej prawa karnego jest zabezpieczenie jednostek przed arbitralnym działaniem ze strony aparatu przymusu państwowego. Funkcję tę tradycyjnie wiąże się z oświeceniowymi, racjonalnie uargumentowanymi zasadami: *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*, a więc zasadami, które głoszą, że bez ustawy nie ma ani przestępstwa, ani kary.

DIE SEXUALTAT IN BEZUG AUF DIE SEXUELLE HANDLUNG UND DIE ANDERE SEXUALTAT – DER VERSUCH, DIE BEGRIFFE ZU ORDNEN

Zusammenfassung

Der Verfasser versucht in diesem Artikel die Auslegung der Merkmale von manchen verbotenen Taten durchzuführen, die auf die sexuelle Selbstbestimmung und die Sittlichkeit gezielt sind, sowie auch die Neuordnung von manchen terminologischen Fragen.

Die Merkmale „Sexualtat", „andere Sexualtat" und „Geschlechtsverkehr" sind unangemessen, wodurch in der Theorie, sowie auch in der Praxis des Strafgesetzes, die Interpretationszweifel entstehen.

Die unangemessene Auslegung der obengenannten Merkmale kann zu negativen Folgen führen, was zweifellos die falsche Einstufung der menschlichen Handlung bedeuten kann, in diesem Falle als Begehen einer gesetzwidrigen Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die Sittlichkeit, die zur entbehrlichen Verurteilung des Täters führen kann. Andererseits kann die falsche Auslegung dem wirklichen Täter helfen, die Verantwortung wegen der Straftat zu meiden.

Der Verfasser der Veröffentlichung stellt zur Erklärung von bestehenden Zweifeln die Beispiele von den obengenannten Begriffen dar, indem er sich auf den Forderungen der Lehre des Strafgesetzes und der gerichtlichen Rechtsprechung stützt.

Übersetzt von Mieczysław Sokołowski

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 720 ACTA IURIS STETINENSIS 3 2012

ANETA WESOŁOWSKA
Doktorantka Katedry Prawa Finansowego Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Szczecińskiego

PRZEMYSŁAW ROSICKI
Doktorant Katedry Prawa Finansowego Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego

NOWELIZACJA ART. 119 § 3 KODEKSU KARNEGO SKARBOWEGO CHRONI PRAWO WŁASNOŚCI WŁAŚCICIELA RZECZY PODLEGAJĄCEJ PRZEPADKOWI, A NIE BĘDĄCEGO SPRAWCĄ CZYNU ZABRONIONEGO

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5 maja 2011 roku, sygn. SK 50/08[1] orzekł o niezgodności z konstytucją przepisu art. 119 § 3 Kodeksu karnego skarbowego[2], dotyczącego dwuletniego terminu wniesienia roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia właściciela przedmiotu, który podlega przepadkowi w prawie karnym skarbowym. Przy czym termin ten obowiązywał również wówczas, gdy właściciel przedmiotu z przyczyn od siebie niezależnych nie wiedział o przysługującym mu roszczeniu.

Na podstawie tego wyroku, a przede wszystkim po analizie przepisów z nim związanych uwidacznia się szereg problemów dotyczących przepadku przedmiotu przestępstwa karnego skarbowego. Chodzi szczególnie o taką sytuację, gdy

[1] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 maja 2011 r., sygn. SK 50/08 (Dz.U. 2010, nr 88, poz. 583).

[2] Ustawa z 10 września 1999 roku – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. 2007, nr 111, poz. 765 ze zm.).

orzeka się o przepadku przedmiotu, który nie należy do sprawcy przestępstwa, i który nie miał z nim nic wspólnego, a obecny właściciel przedmiotu dokonał nabycia w dobrej wierze, nie wiedząc nic na temat tego, że przedmiot ten miał związek z danym przestępstwem.

Ze względu na tematykę procedury karnoskarbowej niniejszego artykułu należy wskazać, iż w ogólnoprawnych zasadach procesu karnego skarbowego wyróżnia się zasadę praworządności, która sprowadza się do nakazu ścisłego przestrzegania prawa przez organy procesowe, albowiem w procesie karnym skarbowym idzie o najważniejsze dla człowieka dobra i interesy[3]. W związku z powyższym ścisłe respektowanie przepisów prawa daje stronie postępowania gwarancje prawidłowego i rzetelnego przeprowadzenia całego procesu, ze szczególnym uwzględnieniem części dowodowej, której to rzetelne i wyczerpujące zrealizowanie prowadzi do właściwego odtworzenia stanu faktycznego oraz dokonania trafnej kwalifikacji prawnej owego stanu, a co za tym idzie, wydania prawidłowego orzeczenia.

Aby rozpocząć rozważania na temat wyroku Trybunału Konstytucyjnego, należy przybliżyć źródła prawa, na podstawie których Trybunał orzeka, wraz z samą instytucją tego sądu.

Każdy współczesny system prawny rozpatrywany w granicach danego państwa prawnego posiada ustawę zasadniczą, która wyznacza najistotniejsze zasady funkcjonowania państwa, w tym określa jego ustrój, prawa i obowiązki obywateli, wskazuje jego naczelne organy i ich kompetencje, wymienia, jakie akty prawne są źródłem prawa w danym kraju. Podstawowym warunkiem, który winny spełniać przepisy, jest ich zgodność z ustawą zasadniczą. Warunek ten wyprowadzany jest bezpośrednio z zasady państwa prawa, która pojawiła się po raz pierwszy w ustawie zasadniczej w Polsce po zmianach ustroju, będących wynikiem przeobrażeń związanych z wydarzeniami roku 1989. Zmianę tę wprowadzono Ustawą o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej[4].

Zasada wprowadzona przez tzw. nowelę kwietniową była podstawą do orzekania przez Trybunał Konstytucyjny o niezgodności z konstytucją wielu przepisów, które swoje źródło miały jeszcze w poprzednim ustroju. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej ze zmianami wprowadzonymi nowelą

[3] F. Prusak, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 1996, s. 139.

[4] Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 roku o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. 1989, nr 19, poz. 101).

kwietniową oraz tzw. nowelą grudniową[5] obowiązywała w okresie od 8 kwietnia 1989 roku do 8 grudnia 1992 roku. Zastąpiła ją ustawa o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej[6], zwana również Małą Konstytucją z 1992 roku. Obowiązywała ona od 8 grudnia 1992 do 16 października 1997 roku. 17 października 1997 roku weszła w życie Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[7], aktualnie obowiązująca. We wszystkich przedstawionych powyżej aktach rangi konstytucyjnej, począwszy od noweli kwietniowej, jedną z najważniejszych obowiązujących zasad jest zasada państwa prawnego.

Zasada demokratycznego państwa prawa wyrażona jest w art. 2 i art. 7 obowiązującej konstytucji. Oznacza ona, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawa, które podejmuje najważniejsze decyzje zgodnie z obowiązującymi procedurami i w którym organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa. Obowiązujący zaś porządek prawny państwa gwarantuje równość wszystkim obywatelom. Zasada państwa prawnego nazywana jest inaczej zasadą praworządności i funkcjonuje wśród zasad wynikających z ustawy nadrzędnej, ale jej odzwierciedlenie widać w poszczególnych dziedzinach prawa, zarówno materialnego, jak i proceduralnego.

W Polsce o zgodności aktów prawnych z konstytucją orzeka niezależny i niezawisły organ zwany Trybunałem Konstytucyjnym. Najważniejszym zadaniem tego organu władzy sądowniczej jest kontrola hierarchicznej zgodności norm prawnych. Sprowadza się ona do orzekania o tym, czy normy prawne niższego rzędu są zgodne z normami prawnymi wyższego rzędu, w tym przede wszystkim z konstytucją. W razie stwierdzenia niezgodności danego przepisu z przepisami wyższego rzędu zostaje wszczęta procedura mająca na celu wyeliminowanie danego przepisu z systemu prawnego.

Szczególną procedurą kontroli norm jest rozpatrywanie skarg konstytucyjnych.

Na podstawie art. 79 ust. 1 konstytucji skargę konstytucyjną do Trybunału Konstytucyjnego ma prawo wnieść każdy obywatel, którego prawa i wolności mające swoje źródło w konstytucji zostały naruszone. Skarga ta zostaje wniesio-

[5] Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. 1989, nr 75, poz. 444).

[6] Ustawa z dnia 17 października 1992 roku o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1992, nr 84, poz. 426).

[7] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483).

na w sprawie stwierdzenia, czy ustawa lub inny akt normatywny, na podstawie którego sąd albo inny organ administracyjny orzekł ostatecznie o jego prawach, wolnościach albo obowiązkach, jest zgodny z konstytucją. Szczegółowe wymogi wniesienia skargi uregulowane są w art. 42–52 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym[8]. Aby wyeliminować braki formalne w dokumentacji oraz zapewnić dopełnienie stosownych procedur – skargę za skarżącego może wnieść adwokat lub radca prawny. Samodzielnie we własnej sprawie skargę konstytucyjną może sporządzić sędzia, notariusz, prokurator, profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych. Jeżeli skarżący nie dysponuje środkami finansowymi na opłacenie sporządzenia skargi, może zwrócić się do sądu rejonowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania o wyznaczenie adwokata lub radcy prawnego do sporządzenia skargi. Wniesienie skargi jest wolne od opłat sądowych. Skargę konstytucyjną wnosi się do Trybunału w terminie do trzech miesięcy od doręczenia skarżącemu ostatecznego wyroku, ostatecznej decyzji albo innego ostatecznego rozstrzygnięcia. Przy czym do czasu trwania tych trzech miesięcy nie wlicza się okresu trwania postępowania w sprawie ustanowienia pełnomocnika z urzędu. Dokument skargi winien być sporządzony zgodnie z wymogami pism procesowych. W podstawach skargi należy dokładnie opisać zaskarżone orzeczenie organu władzy publicznej, wskazać, jakie prawa i wolności o charakterze konstytucyjnym zostały naruszone, z podaniem sposobu ich naruszenia, a także wskazać argumenty, które potwierdzą ostateczność aktu, z podaniem daty jego doręczenia. Jeżeli chodzi o określenie przedmiotu skargi, to należy dokładnie określić zaskarżony akt normatywny, który był podstawą ostatecznego rozstrzygnięcia, ze wskazaniem konkretnych przepisów, nazwy aktu, daty wydania i miejsca publikacji. Poza tym trzeba wskazać dokładnie przepisy konstytucji, których naruszenie zarzuca się w skardze. Powyższe musi być poparte uzasadnieniem, w którym należy wyjaśnić, na czym polega naruszenie zakwestionowanych regulacji prawnych w odniesieniu do konstytucji.

Analizując prezentowane powyżej rozwiązania prawne można stwierdzić, że skarga konstytucyjna ma na celu wyeliminowanie z obrotu prawnego niekonstytucyjnych przepisów, przy czym znajduje ona u swoich podstaw naruszenia zasady demokratycznego państwa prawnego. Skarga konstytucyjna, która inicjuje postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym, odgrywa ogromną rolę dla ogółu społeczeństwa, gdyż z powodu indywidualnej sprawy wytoczonej przez

[8] Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 1 sierpnia 1997 roku (Dz.U. 1997, nr 102, poz. 643 ze zm.).

konkretnego obywatela, w przypadku uznania skargi za zasadną, po wdrożeniu odpowiedniej procedury, dochodzi do wyeliminowania z systemu prawnego danego przepisu dotyczącego ogółu obywateli.

Z powyższego wynika, że rola skargi konstytucyjnej jest doniosła. Na poparcie tego stwierdzenia analizie zostanie poddana skarga konstytucyjna indywidualnego przedsiębiorcy, która doprowadziła do wydania orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny o niezgodności części przepisu z konstytucją i uruchomienia procedury zmiany zakwestionowanego przepisu.

Właśnie skarga konstytucyjna złożona przez przedsiębiorcę w indywidualnej sprawie spowodowała wszczęcie procedury przed Trybunałem Konstytucyjnym o wyeliminowanie dwuletniego terminu złożenia roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia przez właściciela przedmiotu w związku z orzeczeniem przepadku przedmiotu w postępowaniu karnoskarbowym.

Trybunał Konstytucyjny po przeprowadzeniu właściwej procedury, w trakcie której zapoznał się z opiniami stosownych organów, wydał wyrok SK 50/08 z dnia 10 maja 2010 roku[9], w którym stwierdził niezgodność z konstytucją art. 119 § 3 Kks[10] co do dwuletniego terminu wytoczenia powództwa o roszczenie przewidziane w art. 119 § 2 Kks, czyli o wystąpienie z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Dotyczy to podstawy i warunków dochodzenia od Skarbu Państwa roszczeń w sytuacji, w której właściciel tych przedmiotów nie zgłosił we właściwym czasie interwencji w postępowaniu karnoskarbowym z przyczyn od siebie niezależnych. Skutkiem tego wyroku jest zmiana przepisu art. 119 § 3 Kks dokonana poprzez wyeliminowanie zapisu „nie później jednak niż przed upływem dwóch lat od daty uprawomocnienia się tego orzeczenia". Derogacja tego terminu spowoduje, że do przedawnienia roszczenia będzie stosowany termin z przepisów ogólnych, a konkretnie z art. 118 Kc[11] . Termin ten wynosi dziesięć lat.

Należy stwierdzić, że dzięki takiej regulacji zostanie zachowana konstytucyjna zasada ochrony prawa własności, wynikająca z art. 64 konstytucji. Doniosłość tej zasady, a konkretnie jej uszczegółowienie w ust. 2 wyżej wymienionego przepisu, potwierdza wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13.06.2011,

[9] Dz.U. 2010, nr 88, poz. 583.

[10] Dz.U. 2007, nr 111, poz. 765 ze zm.

[11] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks Cywilny (Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 ze zm.).

SK 41/09[12], z którego uzasadnienia wynika, że jest to zasada oparta na równej ochronie praw z niej wynikających w zakresie zarówno jej przestrzegania, jak i zobowiązania ustawodawcy albo organu, który ustanowione prawo stosuje do zapewnienia wszystkim podmiotom, których prawa te dotyczą równej ochrony, ale także nadaje tymże podmiotom uprawnienia do żądania zachowania istoty równości chronionej prawem własności.

Roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, regulowane w art. 119 § 2 Kks jest bez wątpienia „prawem majątkowym", podlegającym konstytucyjnej ochronie. Własność i inne prawa majątkowe podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej, a jej ograniczenie może być dokonane tylko w drodze ustawy i tylko w takim zakresie, w jakim ograniczenie to nie narusza prawa własności. Dlatego jak najbardziej właściwe jest zrównanie terminu z terminem wynikającym z Kc, a wynoszącym 10 lat.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że konieczność równego traktowania wszystkich praw majątkowych nie oznacza konieczności nadania im ochrony w zakresie takiej samej intensywności czy też analogicznego kształtowania ich treści. A różnicowanie długości dochodzenia roszczeń wynikających z poszczególnych praw, nawet gdy należą do tej samej kategorii praw, nie uzasadnia zarzutu naruszenia zasady równości[13].

Jednakże rozbieżność w terminach dochodzenia roszczeń (2–10 lat) jest zbyt znacząca dla interwenienta dla obrony jego praw. Interwenientem jest co do zasady osoba fizyczna, ale może nim być także jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, za tę jednostkę czynności dokonuje organ umocowany do działania w jej imieniu[14]. Warto w tym miejscu wskazać, że prawa interwenienta są chronione już od pierwszej ustawy karnej skarbowej z roku 1926[15].

Przepadek przedmiotów jest uregulowany w art. 29 Kks. Przepis ten ma na celu szczególne wskazanie na nieopłacalność przestępstwa poprzez odebranie jego „owoców" (*fructa sceleris*), czyli ma wymiar ekonomiczny. Z drugiej strony przepis ten uniemożliwia dalsze popełnianie przestępstwa poprzez odebranie „narzędzi" (*instrumenta sceleris*) służących do jego popełnienia. Można stwierdzić, że przepadek przedmiotów przestępstwa karnego skarbowego ma charak-

[12] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2011.06.13, SK 41/09 (Dz.U. 2011, nr 130, poz. 762).

[13] *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, t. I, Warszawa 2011.

[14] M. Zbrojewska, ABC nr 71 511, www.abc.online.wolterskluwer.pl, dostęp 15.05.2012.

[15] O. Włodkowski, ABC nr 11 4225, www.abc.wolterskluwer.pl, dostęp 15.05.2012.

ter represyjny, wiąże się bowiem z utratą rzeczy mającej wartość ekonomiczną, a tym samym jest pewną dolegliwością.

Na podstawie art. 29 Kks przepadek uregulowany w tym przepisie obejmuje swoim zakresem przedmioty, które pochodzą bezpośrednio z przestępstwa skarbowego, narzędzia lub inne przedmioty, które stanowią mienie ruchome służące lub przeznaczone do popełnienia przestępstwa karnego skarbowego, a także opakowania oraz przedmioty połączone z przedmiotem przestępstwa skarbowego w taki sposób, że nie można dokonać ich rozłączenia bez uszkodzenia któregoś z połączonych przedmiotów. Przepadek obejmuje także przedmioty, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przechowywanie, przewóz, przenoszenie, przesyłanie jest zabronione.

Problem, który jest istotny, wyłania się na gruncie art. 31 Kks, wskazuje on bowiem na możliwość orzeczenia przepadku przedmiotów w sytuacji, w której nie są one własnością sprawcy. Dolegliwość w postaci przepadku przedmiotów jest dopuszczalna w państwie prawa, nawet w stosunku do rzeczy będących własnością osób, które nie były sprawcami przestępstwa, a nawet nie wiedziały, że przedmiot, który nabywają, miał jakikolwiek związek z popełnionym przez inną osobę czynem zabronionym. Jak wspomniano, przepadek jest dolegliwością, która ma wymiar ekonomiczny, dlatego osoba będąca właścicielem rzeczy podlegającej przepadkowi winna mieć możliwość skutecznej obrony swoich praw. Ochronie takiej służy w tym wypadku instytucja interwencji, w wyniku której właściciel rzeczy niebędący sprawcą przestępstwa albo wykroczenia karnego skarbowego może zgłosić swój udział w postępowaniu, aby chronić swoje prawo własności. Interwenient, który od czasu zgłoszenia interwencji jest stroną procesową, ma możliwość występowania z inicjatywą dowodową dla wykazania, że istnieją istotne przeszkody do orzeczenia przepadku przedmiotów. Może również dowodzić, że sprawca nie popełnił przypisywanego mu czynu, a także wnosić uwagi, co do kwalifikacji prawnej danego czynu, jeżeli może to mieć wpływ na orzeczenie co do przepadku przedmiotów. Po stronie organu orzekającego powstaje wówczas obowiązek przeanalizowania zgłaszanych wniosków dowodowych oraz ich uwzględnienia i przeprowadzenia w sytuacji, w której mogą mieć one wpływ na rozstrzygnięcie. Istotną kwestią jest to, że w przypadku uznania interwencji przedmioty, które miały zostać objęte przepadkiem, nie przechodzą na własność Skarbu Państwa, ale zostaną przyznane zgłaszającemu co do nich interwencję.

Właśnie z instytucją interwencji, a dokładniej niezgłoszenia interwencji we właściwym czasie, jest ściśle związany termin wystąpienia z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, który w wyniku wydania wyroku przez Trybunał Konstytucyjny został przedłużony z dwóch do dziesięciu lat. Jest to korzystne rozstrzygnięcie, gdyż właściciel przedmiotów podlegających przepadkowi mógł w istocie dowiedzieć się dopiero od organu egzekucyjnego, że rzeczy, których jest właścicielem, podlegają przepadkowi. Trzeba stwierdzić, że jest to również słuszne rozstrzygnięcie, gdyż dotyczy sytuacji, w której właściciel przedmiotów nie zgłaszał interwencji z przyczyn od siebie niezależnych. A za takie przyczyny uznaje się sytuację, w której dana osoba nie wiedziała o toczącym się postępowaniu, ale również sytuację, gdy mimo ustalenia danych osoby będącej aktualnym właścicielem rzeczy, która wcześniej miała związek z przestępstwem karnoskarbowym, organ prowadzący postępowanie, mimo ciążącego na nim obowiązku zgodnie z art. 127 § 2 i 3 Kks, nie zawiadomił tej osoby. Należy zaznaczyć, że każdorazowo należy uważnie przyglądać się procedurze, a w tym szczególnie obowiązkom organu ją prowadzącego. Właśnie przy terminie dwuletnim wyłania się problem dotyczący sytuacji, w której osoba będąca właścicielem rzeczy dowiedziała się zbyt późno o tym, że w stosunku do jej własności toczy się postępowanie w sprawie przepadku przedmiotów mających związek z przestępstwem lub wykroczeniem karnoskarbowym. Tym bardziej że od chwili rozpoczęcia przewodu sądowego ustaje obowiązek poinformowania uprawnionego podmiotu o tym, że może zrealizować przysługujące mu prawo dochodzenia od państwa roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia się. Dlatego istotne jest wydłużenie terminu zgłoszenia roszczenia przez właściciela rzeczy do lat dziesięciu. Niejednokrotnie bowiem postępowanie egzekucyjne toczy się dłużej niż dwa lata, które to w zapisie art. 119 § 3 Kks przed zmianą uniemożliwiało uprawnionemu dochodzenie swoich praw, niejednokrotnie należycie uzasadnionych.

Istotną kwestią związaną z omawianymi zagadnieniami jest to, że wskutek zmiany terminu zgłoszenia interwencji do czasu zamknięcia rozprawy w procedurze karnoskarbowej, zmniejszeniu uległyby koszty procesowe poprzez wyeliminowanie ewentualnych późniejszych procesów sądowych, których można uniknąć, zgłaszając interwencję w trakcie całego procesu.

Jednak w aktualnym stanie faktycznym interwencję można zgłosić do chwili rozpoczęcia przewodu sądowego, a zgodnie z literaturą termin ten ma charakter

prekluzyjny[16]. Oznacza to, że termin ten jest nieprzywracalny, czyli czynność dokonana po jego upływie jest bezskuteczna

Wnioski

Wydłużenie terminu do lat dziesięciu ujednoliciło niewątpliwie gwarantowane właścicielom konstytucyjne równe prawa ochrony własności, jednakże nadal otwarta pozostaje kwestia pozbawienia ochrony praw własności uprawnionych w postępowaniu karnoskarbowym, w okresie od rozpoczęcia przewodu sądowego w pierwszej instancji, w sprawie orzeczenia przepadku przedmiotów, aż do jego prawomocnego zakończenia.

Rozgraniczyć należy bowiem zgłoszenie interwencji od wystąpienia z roszczeniem o bezpodstawnym wzbogaceniu przeciwko Skarbowi Państwa. Do czasu rozpoczęcia procesu istnieje możliwość zgłoszenia interwencji, której zasadne racje mogłyby uniknąć późniejszych roszczeń przeciwko Skarbowi Państwa z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, a tym samym zakończyć postępowanie na etapie interwencji, bez prowadzenia dodatkowych procesów sądowych celem odzyskania rzeczy w sytuacjach, w których interwencja jest zasadna.

Należy również uwidocznić doniosłość informacji, jaką jest poinformowanie przez organ podmiotu, który może zgłosić interwencję o toczącym się postępowaniu przygotowawczym. Obowiązek ciążący na organie, a wynikający z art. 127 § 2 Kks winien zostać rozszerzony w taki sposób, aby organ powziął wszelkie możliwe działania celem odnalezienia właściciela rzeczy, a nie zaniechał działań w sytuacji, w której nie można ustalić miejsca zamieszkania, pobytu lub siedziby takiej osoby. W obecnym brzmieniu przepisy dopuszczają zaniechanie informowania w sytuacji, w której nie można ustalić miejsca pobytu danej osoby, jednak stan taki powinien być stwierdzony notatką urzędową w aktach sprawy. Z pewnością w sytuacji, w której początkowo organ nie posiada danych miejsca przebywania osoby, która spełnia warunki do zgłoszenia interwencji i stwierdził to urzędową notatką wpisaną do akt sprawy, a następnie powziął wiadomość co do nieznanych wcześniej danych jeszcze przed rozpoczęciem przewodu sądowego, powinien on dopełnić obowiązku zawiadomienia o prawie do interwencji[17]. Tym bardziej że instytucja interwencji znajduje szerokie zastosowanie, gdyż do-

[16] M. Hudzicka, *Interwencja w prawie karnym skarbowym*, Monitor Prawniczy 2002, nr 14.

[17] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007.

tyczy postępowań w sprawach karnych skarbowych dotyczących zarówno przestępstw, jak i wykroczeń skarbowych[18].

W zakresie poszukiwania danych potencjalnego interwenienta, w celu poinformowania go o trwającym postępowaniu przygotowawczym, należałoby tak sformułować przepis, aby nałożyć na organ obowiązek podjęcia wszelkich dostępnych działań, popartych urzędowymi możliwościami co do ustalenia danych takiej osoby, w celu jej poinformowania. Wynika to, jak wcześniej wspomniano, z istotnej roli instytucji interwencji, której zasadne zgłoszenie we właściwym czasie eliminuje późniejsze procesy sądowe, bez zbędnego wydłużania i podrażania stosownych procedur. Przy czym w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na rozprawie prawidłowo zawiadomionego o niej interwenienta nie ma przeszkód do przeprowadzenia rozprawy[19].

Analizując sytuację, w której interwenient jednak nie zgłosił interwencji z przyczyn od siebie niezależnych, a o całej sprawie dowiedział się po wszczęciu procesu, i rozpatrując taką sytuację w kontekście obowiązku informacyjnego, należy stwierdzić, że organ winien powiadomić właściciela rzeczy o możliwości wystąpienia z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z art. 119 § 2 i 3 Kks. Wynika to wprost z zasady prawa do informacji, a także z art. 113 § 1 Kks, na postawie którego stosujemy przepis art. 16 § 2 Kpk[20], zgodnie z którym „Organ prowadzący postępowanie powinien ponadto w miarę potrzeby udzielać uczestnikom postępowania informacji o ciążących obowiązkach i o przysługujących im uprawnieniach także w wypadkach, gdy ustawa wyraźnie takiego obowiązku nie stanowi". Uwzględnianie powyższego przepisu jest w istocie realizacją zasady rzetelnego procesu, która nakazuje organom prowadzącym postępowanie karne udzielanie jego uczestnikom informacji prawnej[21].

Jeżeli chodzi o sam termin zgłoszenia interwencji w aktualnym brzmieniu: „do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego", należy stwierdzić, analizując inne przepisy, że zasadne byłoby przedłużenie go do czasu zakończenia procesu. Na podstawie art. 75 Kpc[22] osoba, która występuje z roszczeniem o rzecz lub prawo,

[18] O. Włodkowski, *op.cit*.

[19] M. Hudzicka, *op.cit.*

[20] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997, nr 89, poz. 555 ze zm.).

[21] L. Wilk, J. Zagrodnik, *op.cit.*

[22] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964, nr 43, poz. 296 ze zm.).

o które toczy się sprawa pomiędzy innymi osobami, może to zrobić do czasu zamknięcia rozprawy w pierwszej instancji.

Przyglądając się obu przepisom, czyli art. 126 § 1 Kks, który wskazuje na możliwość zgłoszenia interwencji do chwili rozpoczęcia przewodu sądowego w pierwszej instancji i na art. 75 Kpc, który daje możliwość zgłoszenia interwencji do czasu zakończenia rozprawy w pierwszej instancji, należy stwierdzić, że z punktu widzenia prawa własności mamy do czynienia z właścicielami rzeczy, co do których toczą się inne postępowania. Jednakże fakt prowadzenia co do prawa własności różnych procedur nie powinien ograniczać praw ich obywateli, gdyż prawo do równej ochrony wynika wprost z art. 64 konstytucji. Biorąc pod uwagę jeszcze fakt, że zmiana terminu do czasu zamknięcia rozprawy w procedurze karnoskarbowej spowodowałaby uproszczenie, skrócenie i zmniejszenie kosztów procesowych, zasadne jest rozważenie możliwości zmiany tego przepisu. Tak jak w przypadku zmiany terminu z dwóch do dziesięciu lat co do możliwości zgłoszenia roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wzorowano się na terminie wynikającym z Kodeksu cywilnego, warto przeanalizować termin wniesienia interwencji z Kodeksu postępowania cywilnego, uwzględniając jednak różnice obu postępowań.

Wobec powyższego zmiana art. 119 § 3 Kks, stanowiąca wykonanie obowiązku dostosowania przepisów do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 10 maja 2010 roku, polegająca na wydłużeniu z dwóch lat do dziesięciu terminu wystąpienia z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia względem Skarbu Państwa w związku z orzeczeniem przepadku przedmiotów niebędących własnością sprawcy przez właściciela tych rzeczy, zasługuje na pełną aprobatę. Przede wszystkim służy ochronie własności, otwierając możliwości roszczeniowe dla właścicieli rzeczy podlegających przepadkowi, eliminując przy tym możliwość przeprowadzania egzekucji przez urzędy skarbowe z majątku podatników w przypadku upływu ustawowego terminu dwóch lat, a jednocześnie wydłuża do lat dziesięciu możliwość odzyskania majątku w przypadku jego utraty przez właściciela niebędącego sprawcą.

Analiza prezentowanego wyroku i instytucji prawnych z nim związanych może przyczynić się do zainicjowania kolejnych korzystnych zmian przepisów, które mogą wpłynąć na ograniczenie występowania z roszczeniami o bezpodstawne wzbogacenie przeciw Skarbowi Państwa, a tym samym wcześniejsze, korzystne zakończenie prowadzonych postępowań, co wiąże się ze zmniejszeniem kosztów procesowych ponoszonych przez strony.

AMENDMENT ART. 119 § 3 OF PENAL FISCAL CODE PROTECTS THE PROPERTY RIGHT OF THE OWNER OF THE IMPLEMENTS SUBJECT TO FORFEIT, NOT BEING THE AUTHOR OF FORBIDDEN DEED

Summary

The Constitutional Tribunal has issued a ruling regarding inconsistency between the Constitution and the provision regarding two-year time to submit a claim concerning the unjustified enrichment of the owner of the object which is subject to forfeit in penal-fiscal code. This provision was also in effect when the owner, for reasons beyond his control, did now know about the vested claim. Alteration of art. 119 § 3 as the realisation of obligation of adapting the provisions to the ruling of the Constitutional Tribunal from 10th May 2011 regarding the two to ten year extension of the period of time for the owner to submit a claim against State Treasury concerning the unjustified enrichment in connection with decree of forfeiture of the objects not being the property of the author earns a full approval. First of all, it enhances the protection of property right, giving claim opportunities to the owners of the implements subject to forfeiture, eliminating, as well, the possibility to carry out enforcement proceeding by tax offices concerning the tax payers' property when the two-year legal time period passes, increasing for the owner not being the author of the forbidden deed up to 10 years, the possibility to recover the property in case of its forfeiture.

At the same time, the analysis of the ruling and the legal institutions linked with it may lead to initiation of other positive changes in regulations, which could result in limitation of taking legal actions against State Treasury concerning the unjustified enrichment, and quicker, favourable closure of legal proceedings which is connected with reduction of the amount of the legal costs incurred by parties involved.

Translated by Elżbieta Cielecka

ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

NR 720 ACTA IURIS STETINENSIS 3 2012

AGNIESZKA WIKTORZAK
Doktorantka Katedry Prawa Finansowego
Uniwersytetu Szczecińskiego

KONSEKWENCJE NOWELIZACJI USTAWY O KSIĘGACH WIECZYSTYCH I HIPOTECE DLA BANKÓW

Z uwagi na wejście w życie znowelizowanych przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece, które m.in. wprowadzają ograniczenie zasady akcesoryjności hipoteki bądź zasady rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, można postawić pytanie, czy nowe przepisy będą równie korzystne dla banków jak przepisy, które obowiązywały dotychczas. Można także zadać pytanie, czy pozycja banków wobec dłużników ulegnie poprawie, czy wręcz przeciwnie – pogorszy się. Ponadto można również postawić pytanie, czy wprowadzone regulacje dotyczące hipoteki będą w stanie sprostać wymaganiom związanym ze sprawnym i szybkim uruchomieniem kredytów.

Hipoteka jako ograniczone prawo rzeczowe podlega regulacjom zawartym w Kodeksie cywilnym, regulacjom szczegółowym zawartym w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece[1], jak również pewnym regulacjom, które znajdują się w ustawach szczegółowych, takich jak np. Prawo bankowe[2]. Hipoteka jest podstawową formą prawną rzeczowego zabezpieczenia wie-

[1] Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. 2001, nr 124, poz. 1361 ze zm.).

[2] I. Makowska, *Hipoteka bankowa*, Studia Prawnicze 2003, nr 3, s. 91.

rzytelności pieniężnych[3]. Hipoteka powstaje na podstawie umowy z chwilą wpisu do księgi wieczystej. Wpis ma charakter prawotwórczy, co oznacza, że sama umowa o ustanowienie hipoteki, bez dokonania wpisu, nie powoduje obciążenia nieruchomości[4]. Na mocy hipoteki wierzyciel ma prawo dochodzić zaspokojenia wierzytelności z nieruchomości bez względu na to, czyją jest własnością, jak również z pierwszeństwem przed osobistymi wierzycielami właściciela nieruchomości[5].

Hipoteka jest instrumentem zabezpieczającym wierzytelności banków, w szczególności służy zabezpieczeniu kredytów długoterminowych[6]. Hipoteka zabezpieczająca wierzytelności z tytułu udzielonego przez bank właścicielowi nieruchomości kredytu zwana jest potocznie hipoteką bankową[7]. Pojęcie „hipoteka bankowa" ukształtowało się w praktyce bankowej, orzecznictwie, jak również w doktrynie prawa w związku z funkcjonowaniem w obrocie gospodarczym hipoteki ustanowionej na podstawie dokumentów bankowych, które stwierdzają udzielenie kredytu, bez konieczności zachowania przez ustanawiającego hipotekę wymaganej przez przepisy Kodeksu cywilnego formy aktu notarialnego[8]. Mianem hipoteki bankowej określa się hipotekę, która została wpisana do ksiąg wieczystych na podstawie dokumentów bankowych wymienionych w art. 95 ustawy Prawo bankowe[9]. Niemniej jednak możliwość dokonania wpisu hipoteki na podstawie dokumentu bankowego nie wyłącza konieczności wynegocjowania warunków zabezpieczenia, a także zawarcia w tym zakresie stosownej umowy pomiędzy stronami, która jest źródłem jej powstania. Ponadto sama umowa powinna być zawarta w formie pisemnej[10]. Dokonanie wpisu hipoteki bez umowy zawartej pomiędzy bankiem a dłużnikiem byłoby niedozwolone, a dokonany

[3] H. Ciepła, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz. Wzory wniosków o wpis. Wzory wpisów do księgi wieczystej*, Kraków 2007, s. 76.

[4] S. Rudnicki, *Hipoteka*, w: *Nieruchomości. Problematyka prawna*, red. G. Bieniek, S. Rudnicki, Warszawa 2007, s. 107.

[5] W. Nosek, *Zarys ogólny problematyki*, w: *Nieruchomości. Zagadnienia prawne*, red. H. Kisilowska, Warszawa 2009, s. 34.

[6] R. Adamus, *Upadłość a hipoteka na mieniu upadłego*, Warszawa 2010, s. 13.

[7] P. Borkowski, J. Trześniewski-Kwiecień, *Wpisy do ksiąg wieczystych*, Warszawa 2008, s. 151.

[8] I. Makowska, *op.cit*., s. 93.

[9] M. Lemkowski, *Glosa do uchwały z dnia 21 czerwca 2001 r. (III CZP 21/01)*, Przegląd Sądowy 2003, nr 2, s. 98.

[10] M.H. Kamiński, *Księgi wieczyste i hipoteka. Poradnik*, Zielona Góra 2002, s. 67.

wpis powodowałby niezgodność stanu prawnego ujawnionego w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym[11].

Bank może być również wierzycielem hipotecznym w wyniku ustanowienia hipoteki w trybie zwyczajnym lub stać się nim w wyniku nabycia wierzytelności zabezpieczonej hipoteką ustanowioną pierwotnie na rzecz innego wierzyciela. Jednak zdecydowana większość hipotek ustanawianych na rzecz banku powstaje obecnie jako hipoteka bankowa[12].

Hipoteka bankowa charakteryzuje się uprawnieniem banku do uproszczonej podstawy wpisu hipoteki na rzecz banku. W porównaniu z innymi rodzajami hipotek odmienna jest więc jedynie podstawa wpisu hipoteki do księgi wieczystej, a nie cały tryb ustanawiania tego ograniczonego prawa rzeczowego, dla którego powstania wpis jest tylko jedną z niezbędnych, lecz niewystarczających przesłanek. Szczególne uprawnienie banków wyraża się więc jedynie w zmianie podstawy dokonania wpisu do księgi wieczystej, polegającej na tym, że notarialne oświadczenie podmiotu ustanawiającego hipotekę zastępują dokumenty bankowe[13], o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe.

Banki są szczególnie zainteresowane zabezpieczeniami hipoteką kredytu bankowego, ponieważ taka forma zabezpieczenia zapewnia, że w sytuacji niewykonywania umowy przez kredytobiorcę należna wierzytelność zostanie pokryta w całości z sumy uzyskanej ze sprzedaży nieruchomości, która została obciążona hipoteką[14].

Z uwagi na fakt, że hipoteka jest w obecnym stanie prawnym podstawowym sposobem zabezpieczenia wierzytelności na nieruchomości, istnieje konieczność dostosowania regulacji dotyczącej hipoteki, aby sprostać wymaganiom związanym ze sprawnym oraz szybkim uruchomieniem kredytów. Nowelizacja ustawy o księgach wieczystych i hipotece zmierza do uproszczenia przepisów o hipotece, aby ułatwić ich stosowanie w praktyce. W wyniku przyjęcia nowych regulacji, hipoteka powinna stać się efektywniejszym, jak również elastyczniejszym sposobem zabezpieczenia wierzytelności pieniężnych[15].

[11] S. Rudnicki, *Hipoteka jako zabezpieczenie wierzytelności*, Warszawa 2008, s. 76.

[12] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *Bank w sądzie. Hipoteka po nowelizacji oraz bankowe tytuły egzekucyjne*, Warszawa 2010, s. 38.

[13] P. Borkowski, J. Trześniewski-Kwiecień, *op.cit*., s. 151.

[14] P. Antkiewicz, *Prawne zabezpieczenia spłaty wierzytelności banku*, Glosa 2003, nr 12, s. 30.

[15] A. Maziarz, *Zmiany dotyczące hipoteki – cel i zakres nowelizacji*, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 10, s. 15.

Regulacje, które weszły w życie z dniem 20 lutego 2011 r., powodują ograniczenie zasady akcesoryjności hipoteki. Według znowelizowanych przepisów, tj. art. 94 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wygaśnięcie zabezpieczonej wierzytelności pociąga za sobą wygaśnięcie hipoteki, chyba że z danego stosunku prawnego mogą powstać w przyszłości kolejne wierzytelności podlegające zabezpieczeniu. Regulacja ta jest korzystna dla banków, ponieważ będą one mogły jedną hipoteką zabezpieczyć kolejne wierzytelności, które powstaną w wyniku wykorzystania przez klientów tzw. linii kredytowych. Ponadto w myśl znowelizowanych przepisów, jeśli od wpisu hipoteki upłynęło 10 lat i w ciągu tego czasu nie powstała żadna wierzytelność podlegająca zabezpieczeniu oraz okoliczności wskazują, że taka wierzytelność nie może powstać, właściciel nieruchomości będzie miał prawo żądać zniesienia hipoteki bez wynagrodzenia. Natomiast w myśl art. 99^1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, jeżeli od wpisu hipoteki upłynęło 10 lat, a nie powstała żadna wierzytelność podlegająca zabezpieczeniu, lecz mogłaby powstać, właściciel nieruchomości będzie mógł żądać zniesienia hipoteki za wynagrodzeniem. Wprowadzone regulacje wskazują wyraźnie na ograniczenie zasady akcesoryjności nowej hipoteki. W praktyce bankowej ważne znaczenie ma fakt, że brak wierzytelności zabezpieczonej hipotecznie nie będzie prowadził do automatycznego wygaśnięcia hipoteki[16].

Ponadto wejście w życie nowych przepisów zniosło podział na hipotekę zwykłą i kaucyjną, co z pewnością przyczyni się do uproszczenia procesu zabezpieczenia wierzytelności. Umożliwi uniknąć pojawiających się niekiedy pomyłek dotyczących doboru rodzaju hipoteki względem konkretnej wierzytelności. Uelastycznienie związku pomiędzy hipoteką a zabezpieczaną wierzytelnością powoduje, że w myśl nowych przepisów wpis hipoteki nie kreuje domniemania istnienia zabezpieczanej wierzytelności, jak również nie chroni nabywcy poprzez rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych. Ustawodawca, decydując się na zlikwidowanie podziału na hipotekę zwykłą oraz kaucyjną, miał na celu zabezpieczenie wierzytelności wynikających z określonego stosunku prawnego, bez dokonywania rozróżnienia na wierzytelności istniejące i przyszłe. Fundamentalna dotychczas zasada powiązania hipoteki z konkretną wierzytelnością ustępuje zasadzie powiązania hipoteki ze stosunkiem prawnym, wskazanym przez strony w umowie o ustanowieniu hipoteki. Zabezpieczeniem hipotecznym zostaną objęte wierzytelności pochodzące z określonego stosunku prawnego, pod warunkiem, że wymienione zostaną w dokumencie będącym podstawą wpisu hipo-

[16] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 31 i n.

teki. Ponadto strony będą miały prawo ustalić sumę hipoteki według własnego uznania. W interesie banku będzie więc ustalenie takiej sumy hipoteki, aby obejmowała zarówno należność główną, jak i wszystkie mogące powstać należności uboczne[17], ponieważ w myśl znowelizowanego art. 69 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, hipoteka zabezpiecza mieszczące się w sumie hipoteki roszczenia o odsetki, a także o przyznane koszty postępowania oraz inne roszczenia o świadczenia uboczne, pod warunkiem, że zostały wymienione w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu hipoteki do księgi wieczystej. Rozwiązanie takie umożliwia zabezpieczenie wymagań o odsetki o stałej stopie, jak również o stopie zmiennej, gdyż hipoteka zabezpiecza wszystkie odsetki, pod warunkiem, że mieszczą się w jej sumie. Ponadto zmiana wysokości odsetek po jej ustanowieniu nie będzie stanowić zmiany treści hipoteki i dlatego też nie będzie wymagała ujawnienia w księdze wieczystej[18]. Poza tym takie rozwiązanie przyczyni się do wyeliminowania dodatkowych kosztów związanych z koniecznością zmiany wpisu hipoteki[19].

Nowa hipoteka będzie mogła zabezpieczyć wszelkiego rodzaju wierzytelności pieniężne. W rozumieniu nowelizowanego art. 68 ustawy o księgach wieczystych i hipotece hipoteka zabezpiecza wierzytelność pieniężną, w tym także wierzytelność przyszłą. Hipoteka zabezpiecza wierzytelność do określonej sumy pieniężnej. W sytuacji, gdy zabezpieczenie hipoteczne jest zbyt duże, właściciel obciążonej nieruchomości ma prawo żądać obniżenia sumy hipoteki. Sumę hipoteki wyraża się w tej samej walucie co zabezpieczona wierzytelność, jeśli strony w umowie ustanawiającej hipotekę nie postanowiły inaczej. Zatem kredyt, który został udzielony w walucie polskiej, będzie mógł zostać zabezpieczony hipoteką w walucie obcej, zaś kredyt w walucie obcej będzie mógł zostać zabezpieczony hipoteką wyrażoną w walucie polskiej. Niemniej jednak działanie takie wymaga umieszczenia stosownego zastrzeżenia w umowie o ustanowieniu hipoteki[20].

Ustawa o księgach wieczystych i hipotece umożliwia, w myśl art. 68^2, zabezpieczenie jedną hipoteką kilku wierzytelności różnych wierzycieli, z wykorzystaniem instytucji administratora hipoteki. Dla ustanowienia tego rodzaju hipoteki ustawodawca przewidział istotne ograniczenia, wymagając, by objęte hipoteką wierzytelności służyły sfinansowaniu tego samego przedsięwzięcia.

[17] *Ibidem*, s. 27.

[18] T. Białek, *Zmiany w hipotece*, Bank 2010, nr 1, s. 42.

[19] A. Maziarz, *op.cit*., s. 15.

[20] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 30 i n.

W praktyce będą to przypadki finansowania przez konsorcja bankowe dużych inwestycji infrastrukturalnych[21]. W praktyce bankowej często pojawia się potrzeba zabezpieczenia wielu osobnych wierzytelności przysługujących kilku bankom wobec jednego dłużnika. Zjawisko to występuje zwłaszcza przy kredytowaniu konsorcjalnym, współfinansowaniu oraz w związku z porozumieniami dotyczącymi restrukturyzacji zadłużenia, czy też podziału zabezpieczeń na majątku dłużnika. Zabezpieczenie jedną hipoteką wielu wierzytelności przysługujących różnym osobom umożliwi bankom ograniczenie licznych kosztów transakcyjnych, które powstałyby w przypadku, gdyby zabezpieczenia były ustanawiane na każdego z wierzycieli odrębnie. Poza tym pozwala na redukcję licznych praw zabezpieczających, centralizację w jednej osobie wszystkich czynności związanych z instrumentami zabezpieczającymi. Oprócz tego przyczynia się do zmniejszenia kosztów związanych z obrotem zabezpieczonymi wierzytelnościami na rynku wtórnym[22].

Zgodnie z nowym art. 68^3 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, istnieje możliwość zastąpienia zabezpieczonej wierzytelności inną wierzytelnością tego samego wierzyciela. Do zmiany zabezpieczonej wierzytelności stosuje się przepisy o zmianie treści hipoteki. Ponadto w sytuacji zastąpienia zabezpieczonej wierzytelności inną wierzytelnością tego samego wierzyciela nie jest potrzebna zgoda osób, którym przysługują prawa z pierwszeństwem równym lub niższym.

Takie rozwiązanie służyć ma uelastycznieniu hipoteki, która dzięki temu będzie mogła zostać wielokrotnie wykorzystana w granicach ujawnionej sumy hipoteki. Wpłynie to na obniżenie kosztów zabezpieczenia wierzytelności, które były dotychczas generowane przez ustanawianie kolejnych hipotek. Zastąpienie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką inną wierzytelnością jest przykładem zmiany treści hipoteki. Zgodnie z art. 248 § 1 Kodeksu cywilnego, takie działanie wymaga zmiany dotychczasowego wpisu hipoteki. Ze znowelizowanych przepisów wynika, że zastąpienie wierzytelności zabezpieczonej hipoteką inną wierzytelnością nie wymaga zgody osób, którym przysługują w stosunku do nieruchomości uprawnienia z pierwszeństwem niższym lub wyższym, czyli w praktyce innych wierzycieli hipotecznych. Funkcję ochronną wobec tych osób zapewnia ujawniona w księdze wieczystej suma hipoteki, która przy zastąpieniu wierzytelności pierwotnie zabezpieczonej inną wierzytelnością nie ulega zmianie[23].

[21] *Ibidem*, s. 30.

[22] T. Białek, *op.cit*., s. 43.

[23] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 29.

Zgodnie z nowelizowanym art. 65 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, w celu zabezpieczenia oznaczonej nieruchomości wynikającej z określonego stosunku prawnego można nieruchomość obciążyć prawem, na mocy którego wierzyciel, tj. bank ma prawo dochodzić zaspokojenia z nieruchomości niezależnie od tego, czyją stała się własnością, oraz z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości.

Pierwszeństwo zaspokajania się z nieruchomości przysługuje wierzycielowi hipotecznemu względem wierzycieli osobistych, tj. takich, którzy nie korzystają z zabezpieczenia hipotecznego. Natomiast zasada, w myśl której hipoteka jest skuteczna w stosunku do każdoczesnego właściciela nieruchomości, oznacza, że wierzyciel ma prawo wykonywać uprawnienia wynikające z hipoteki, a więc przede wszystkim zaspokoić się z nieruchomości obciążonej, choćby własność tej nieruchomości przeszła na inną osobę[24].

Wierzycielowi hipotecznemu nie przysługuje jednak prawo rozporządzania nieruchomością ani też prawo do pobierania z niej dochodów i pożytków. Zmiana właściciela nie ma żadnego wpływu na uprawnienia wierzyciela. Hipoteka nie ogranicza właściciela w rozporządzaniu nieruchomością, a wszelkie porozumienia, na skutek których właściciel nieruchomości zobowiązuje się względem wierzyciela hipotecznego, że nie dokona zbycia lub obciążenia nieruchomości przed wygaśnięciem hipoteki, są niedopuszczalne. Ze względu na koszty związane z ustanowieniem hipoteki banki korzystają z tej formy zabezpieczenia z reguły na zabezpieczenie kredytów długoterminowych oraz przy znaczącym zaangażowaniu banku[25]. Z kolei właścicielowi, który korzysta z nieruchomości obciążonej hipoteką, nie wolno dokonywać takich czynności faktycznych, które mogłyby doprowadzić do tak istotnego zmniejszenia wartości nieruchomości obciążonej, że wartość jej spadłaby poniżej zabezpieczonej wierzytelności[26]. W sytuacji naruszenia przez właściciela tych ograniczeń wierzyciel może im przeciwdziałać, w szczególności ma prawo zażądać zaniechania takich działań, przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego w wyznaczonym terminie, jak również może żądać ustanowienia dodatkowego zabezpieczenia[27].

---

[24] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2009, s. 265 i n.

[25] P. Antkiewicz, *op.cit*., s. 31.

[26] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit*., s. 267.

[27] A. Jurek-Zbrojska, *Hipoteka i inne zabezpieczenia kredytu na finansowanie inwestycji*, w: *Nieruchomości, kredyt, hipoteka*, red. G. Główka, Warszawa 2009, s. 116.

Nowa hipoteka, w myśl art. 77 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, umożliwi egzekucję, niezależnie od upływu terminu przedawnienia, wyłącznie zabezpieczonej hipoteką wierzytelności głównej. Z ochrony przed przedawnieniem wyłączone zostały wszelkie należności uboczne, tj. m.in. odsetki, opłaty, prowizje, czy też koszty upomnienia. Wprowadzona zmiana ma znaczenie porządkujące i nie wydaje się, by mogła negatywnie oddziaływać na sytuację prawną banków, ponieważ banki wyposażone są w przywilej wystawiania bankowych tytułów egzekucyjnych na należności, które wynikają z czynności bankowych, a więc także na należności uboczne. Wystąpienie do sądu o nadanie klauzuli wykonalności takiemu tytułowi stanowi okoliczność, która przerywa bieg terminu przedawnienia[28].

W myśl art. 93 ust. 1 ustawy Prawo bankowe[29], bank ma prawo, w celu zabezpieczenia wierzytelności wynikających z czynności bankowych, żądać zabezpieczenia, które jest przewidziane w Kodeksie cywilnym, prawie wekslowym jak również w zwyczajach przyjętych zarówno w obrocie krajowym jak i zagranicznym.

Biorąc pod uwagę sposób powstania hipoteki, można wyróżnić hipotekę umowną, przymusową oraz ustawową[30].

Powstanie hipoteki umownej podlega przepisom zawartym w dwóch aktach prawnych, tj. w Kodeksie cywilnym oraz ustawie o księgach wieczystych i hipotece. Hipoteka tego rodzaju powstaje w wyniku złożonego zdarzenia prawnego, obejmującego umowę o ustanowienie hipoteki, jak również wpis do księgi wieczystej. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje, że hipoteka nie może powstać. Hipoteka umowna jest najczęściej wykorzystywana przy realizacji inwestycji przemysłowych oraz mieszkaniowych. Środki uzyskane z kredytu są tutaj z reguły inwestowane w obciążony hipoteką przedmiot, co przyczynia się do wzrostu jego wartości oraz zwiększa możliwości uzyskania zaspokojenia przez wierzyciela hipotecznego[31].

Nowelizacja przepisów zakłada istnienie jednego rodzaju hipoteki umownej, która będzie mogła zabezpieczyć kilka wierzytelności, np. dwa kredyty lub kredyt wraz z wymaganymi i przyszłymi odsetkami[32]. Według nowego, doda-

[28] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 20 i n.

[29] Tekst jedn. Dz.U. 2002, nr 72, poz. 665 ze zm.

[30] R. Adamus, *op.cit*., s. 26.

[31] B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Warszawa 2007, s. 24 i n.

[32] A. Maziarz, *op.cit*., s. 15.

nego do ustawy o księgach wieczystych i hipotece art. 68^1 hipoteka umowna może zabezpieczyć kilka wierzytelności z różnych stosunków prawnych przysługujących temu samemu wierzycielowi. Przyjęcie przez ustawodawcę takiego rozwiązanie stanowi odejście od tzw. zasady szczegółowości hipoteki. Dzięki nowelizacji przepisów nawiązanie przez bank kilku stosunków prawnych wymagających zabezpieczenia, np. zawarcie kilku umów kredytowych, będzie mogło zostać objęte jedną hipoteką. Wprowadzona zmiana ma na celu ułatwienie obrotu cywilnoprawnego jak również minimalizację kosztów, które wiążą się z ustanowieniem hipoteki, w szczególności kosztów dotyczących opłat sądowych oraz podatku od czynności cywilnoprawnych. Zaznaczyć jednak należy, iż ustanowienie hipoteki dotyczącej wielu stosunków prawnych wymaga, według zasad ogólnych, dokładnego wskazania wszystkich stosunków prawnych, jak również sumy hipoteki i rodzaju wierzytelności, które zostaną objęte zabezpieczeniem. Niedopuszczalne jest bowiem ustanowienie zabezpieczenia całościowego, które objęłoby wszystkie niesprecyzowane wierzytelności ze wszystkich stosunków prawnych, łączących określone podmioty[33].

W nowelizowanym art. 68^1 ust. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece ustawodawca wprowadził wymóg określenia stosunków prawnych, jak również wynikających z nich wierzytelności objętych zabezpieczeniem. Przepis ustawy wymaga, aby wierzytelności istniały faktycznie, tj. by wynikały ze zdefiniowanych stosunków, a nie by były jedynie abstrakcyjne[34]. Ponadto według art. 68^1 ust. 3 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wierzycielowi hipotecznemu przysługuje prawo do podziału hipoteki. Oświadczenie o podziale hipoteki powinno się złożyć właścicielowi nieruchomości. Dokonany podział hipoteki staje się skuteczny z chwilą wpisu w księdze wieczystej.

Z kolei hipoteka przymusowa powstaje bez zgody właściciela nieruchomości, tj. podmiotu innego prawa mającego stanowić przedmiot hipoteki, na skutek dokonania wpisu do księgi wieczystej, z wniosku wierzyciela, który dysponuje właściwym dokumentem[35]. W przypadku hipoteki przymusowej, stosownie do art. 109 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wierzyciel, którego wierzytelność została stwierdzona tytułem wykonawczym, określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym, ma prawo na podstawie tego tytułu uzyskać hipotekę na wszystkich nieruchomościach dłużnika.

---

[33] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 29 i n.

[34] K. Lewandowski, *Nowe regulacje prawa hipotek*, Nieruchomości 2010, nr 1, s. 4.

[35] R. Adamus, *op.cit*., s. 26.

W myśl nowelizowanego art. 110 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, istnieje też możliwość uzyskania hipoteki przymusowej na podstawie postanowienia sądu o udzieleniu zabezpieczenia, jak również na podstawie postanowienia prokuratora, na mocy przepisów szczególnych na podstawie decyzji administracyjnej, choćby decyzja nie była ostateczna, albo zarządzenia zabezpieczenia dokonanego na podstawie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Według nowego, dodanego do ustawy o księgach wieczystych i hipotece art. 110^1 wierzyciel ma prawo żądać wpisu hipoteki przymusowej na sumę nie wyższą niż wynikająca z treści dokumentu, który stanowi podstawę jej wpisu do księgi wieczystej. W przypadku, gdy z dokumentu stanowiącego podstawę wpisu hipoteki przymusowej do księgi wieczystej nie wynika wysokość sumy hipoteki, wówczas suma hipoteki nie może przewyższać więcej niż o połowę zabezpieczonej wierzytelności wraz z roszczeniami o świadczenia uboczne określonymi w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu hipoteki na dzień złożenia wniosku o wpis hipoteki.

Hipoteka przymusowa odgrywa rolę szczególnego rodzaju środka egzekucyjnego w szerokim znaczeniu, którego zasadniczym celem jest zabezpieczenie realizacji wierzytelności stwierdzonej tytułem wykonawczym poprzez obciążenie nieruchomości dłużnika hipoteką. Tego rodzaju hipoteka jest skuteczna wobec każdorazowego właściciela przedmiotu hipoteki i przysługuje jej pierwszeństwo przed pozostałymi wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości[36].

Natomiast hipoteka ustawowa powstaje *ex lege*. W polskim prawie hipoteka ustawowa ma charakter wyjątkowy[37]. Podstawą hipoteki ustawowej jest w szczególności regulacja[38] art. 1037 § 3 Kodeksu postępowania cywilnego oraz art. 115d § 3 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[39]. Współcześnie ustawodawstwa nadają tego rodzaju hipotekom ograniczone znaczenie lub z nich rezygnują. Powstające z samego prawa hipoteki przyczyniają się do ograniczenia bezpieczeństwa obrotu. Przede wszystkim godzą w innych wierzycieli hipotecznych, jak również ograniczają zdolność kredytową właścicieli nieruchomości[40].

[36] R. Kołodziej, *Hipoteka przymusowa*, Nieruchomości 2010, nr 1, s. 7.

[37] K.A. Dadańska, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2007, s. 275.

[38] R. Adamus, *op.cit*., s. 27.

[39] Tekst jedn. Dz.U. 2005, nr 229, poz. 1954 ze zm.

[40] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit*., s. 283.

Hipoteka zabezpieczająca wierzytelności banku jest hipoteką umowną, ustanowioną na rzecz banku w celu zabezpieczenia wierzytelności bankowych, wymagającą zachowania przy jej ustanowieniu postanowień art. 95 ust. 1 oraz ust. 3–5 ustawy Prawo bankowe[41]. Znamienną cechą hipoteki bankowej jest to, że oświadczenie woli właściciela nieruchomości o ustanowieniu hipoteki wymaga *ad solemnitatem* formy pisemnej, a nie formy aktu notarialnego[42].

Ustanowienie hipoteki jest czynnością prawną złożoną, składającą się z dwóch kluczowych elementów, tj. umowy o ustanowieniu hipoteki oraz wpisu w księgach wieczystych. Hipoteka powstaje w drodze umowy właściciela nieruchomości z wierzycielem hipotecznym. Na treść umowy składa się oświadczenie właściciela nieruchomości, że ustanawia na określonej nieruchomości hipotekę oraz oświadczenie wierzyciela hipotecznego, iż wyraża zgodę na takie zabezpieczenie wierzytelności[43].

Stosownie do art. 67 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, do powstania hipoteki konieczny jest wpis w księdze wieczystej. Zgodnie z art. 31 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, wpis w księdze wieczystej może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, gdy przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r.[44], przepisem szczególnym jest art. 95 ustawy Prawo bankowe. Artykuł ten w całości reguluje podstawę wpisu hipoteki bankowej, którą stanowią dokumenty bankowe wymienione w art. 95 ust. 1. Dokumenty bankowe, które zostały wymienione w art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe mają moc prawną dokumentów urzędowych i stanowią samodzielną podstawę wpisu hipoteki bankowej.

Nowe uregulowania ust. 1 i ust. 5 art. 95 ustawy Prawo bankowe weszły w życie z dniem 20.02.2011 r. Według znowelizowanego art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe księgi rachunkowe banków, jak również sporządzone na ich podstawie wyciągi oraz inne świadczenia podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych banków i opatrzone pieczęcią banku, czy też sporządzone w ten sposób pokwitowania odbioru należności posiadają moc prawną dokumentów urzędowych w odniesie-

[41] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyzioł, Warszawa 2007, s. 464.

[42] J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *op.cit*., s. 279.

[43] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 23 i n.

[44] Uchwała SN z 20 VI 2007, III CZP 50/07, OSNC nr 7–8/2008, poz. 83.

niu do praw i obowiązków wynikających z czynności bankowych oraz ustanowionych na rzecz banku zabezpieczeń i mogą stanowić podstawę do dokonania wpisów w księgach wieczystych.

Przepis art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe wyznacza katalog dokumentów bankowych uznanych przez ustawodawcę za dokumenty, które korzystają z mocy prawnej dokumentów urzędowych. W doktrynie przyjmuje się, że osoby upoważnione do składania oświadczeń w zakresie praw i obowiązków majątkowych banków powinny zostać określone w statucie każdego banku. Przyjmuje się także, że do spełnienia przesłanki z art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe wystarczy sam podpis osoby upoważnionej. Poza podpisem dokonywanym na dokumentach, o których mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, powinna znaleźć się pieczęć, jaką standardowo posługuje się dany bank. W nauce pieczęć danej instytucji jest uznawana za najbardziej charakterystyczną cechę zewnętrzną dokumentu urzędowego[45]. Dokumenty wymienione w art. 95 ust. 1 ustawy Prawo bankowe po spełnieniu warunków dotyczących podpisu upoważnionych osób, jak również zamieszczenia właściwych pieczęci, uzyskują moc prawną dokumentu urzędowego[46]. Od momentu wystawienia takiego dokumentu korzystać on będzie z domniemania swojej autentyczności i domniemania zgodności z prawem tego, co zostało w nim zaświadczone[47].

W myśl art. 95 ust. 2 ustawy Prawo bankowe czynność bankowa lub czynność zabezpieczająca wierzytelność banku, która została stwierdzona dokumentem, o którym jest mowa w ust. 1 art. 95, ma datę pewną od daty tego dokumentu[48]. Dokumenty te odzwierciedlają określone kategorie czynności prawnych dokonywanych z udziałem banku, który dokonał wystawienia dokumentu bankowego. Datą pewną tego rodzaju czynności jest data wystawienia dokumentu bankowego. Dotyczy to również dokumentu stwierdzającego zmiany w zakresie dokonywanych już oraz udokumentowanych czynności bankowych[49]. Dokument bankowy, który ma zostać uznany za posiadający datę pewną, powinien spełnić łącznie dwie przesłanki. Dokument tego rodzaju musi być dokumentem wydanym w zakresie podejmowanych przez bank czynności bankowych lub też

[45] A. Frań, *Prawo bankowe. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 92A–194*, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 92 i n.

[46] B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 302.

[47] A. Frań, *op.cit*., s. 95.

[48] L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 562.

[49] M. Bączyk, *op.cit*., s. 463.

czynności zabezpieczających wierzytelności banku, jak również musi być to dokument spełniający przesłanki do uznania go za posiadający moc dokumentu urzędowego[50].

Ponadto dokumenty, tj. księgi rachunkowe banków oraz sporządzone na ich podstawie wyciągi i inne świadczenia są, w myśl art. 95 ust. 3 ustawy Prawo bankowe, podstawą wpisu hipoteki do księgi wieczystej nieruchomości stanowiącej własność dłużnika banku lub innej osoby ustanawiającej hipotekę na rzecz banku w celu zabezpieczenia wierzytelności dłużnika banku. Jeśli nieruchomość nie posiada księgi wieczystej, zabezpieczenie może być dokonane przez złożenie tych dokumentów do zbioru dokumentów.

Dla nieruchomości nieposiadających założonych ksiąg wieczystych albo których księgi zaginęły lub uległy zniszczeniu prowadzi się, zgodnie z art. 123 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, we właściwych sądach rejonowych, do czasu ustanowienia ksiąg, zbiory dokumentów przeznaczone do składania wniosków oraz dokumentów odnoszących się do ograniczonych praw rzeczowych i ograniczeń w rozporządzaniu tymi nieruchomościami. Niemniej jednak złożenie dokumentu dotyczącego hipoteki jest dozwolone, gdy zezwala na to przepis szczególny. Możliwość taką przewiduje art. 95 ustawy Prawo bankowe, który wymienia dokumenty bankowe mogące stanowić podstawę wpisu hipoteki, przyjmując zarazem, że jeżeli nieruchomość nie posiada księgi wieczystej, zabezpieczenie może być dokonane przez złożenie tych dokumentów do zbioru dokumentów[51].

Urzędowa moc prawna dokumentów bankowych jest uzasadniona specjalnym statutem prawnym banków, jako instytucji zaufania publicznego. Niemniej jednak uprzywilejowany charakter dokumentów bankowych przewidziany jest tylko we własnych sprawach banku, w których jest on stroną, tj. wierzycielem. Stosownie do art. 95 ustawy Prawo bankowe, nie jest uprawnione twierdzenie, że wyciągi z ksiąg bankowych mają znaczenie przy wpisach hipoteki poza stosunkiem prawnym, którego stroną jest bank. Jeśli w stosunku prawnym bank nie występuje jako jego strona, dokumenty bankowe nie posiadają mocy prawnej dokumentów urzędowych, wyposażonych w domniemanie autentyczności oraz

[50] I. Karasek, *Prawo bankowe. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 92A–194*, red. F. Zoll, Kraków 2005, s. 96.

[51] P. Borkowski, J. Trześniewski-Kwiecień, *op.cit*., s. 104.

wiarygodności. Wobec tego dokumenty bankowe nie mogą stanowić podstawy wpisów w księgach wieczystych[52].

Artykuł 95 ustawy Prawo bankowe nie reguluje w sposób szczegółowy sposobu ustanowienia hipoteki bankowej, a jedynie odmiennie od zasad ogólnych rozwiązuje kwestie podstaw wpisu oraz formy oświadczenia dłużnika. W związku z tym w skład stanu faktycznego niezbędnego do powstania hipoteki bankowej wchodzi również zgoda osoby trzeciej w tych wszystkich przypadkach, gdy jest ona wymagana według zasad ogólnych. Zazwyczaj będzie to dotyczyło sytuacji obciążenia nieruchomości, która należy do majątku wspólnego małżonków, jak również w razie stosowania m.in. art. 199 Kodeksu cywilnego oraz 17 Kodeksu cywilnego. W sytuacji, gdy w księdze wieczystej wpisani są oboje małżonkowie na prawach wspólności ustawowej, a dłużnikiem banku jest tylko jeden z nich, do powstania hipoteki niezbędna jest umowa o ustanowienie hipoteki zawarta z oboma małżonkami lub wyrażenie zgody przez współmałżonka dłużnika na ustanowienie hipoteki. Natomiast jeśli oboje małżonkowie są dłużnikami banku oraz oboje złożą oświadczenie o ustanowieniu hipoteki, tj. oboje zawrą z bankiem umowę o ustanowieniu hipoteki, działając razem jako jedna strona tej czynności, zgoda współmałżonka nie jest wymagana[53].

Według art. 95 ust. 4 ustawy Prawo bankowe do ustanowienia hipoteki, o której jest mowa w art. 95 ust. 3, konieczne jest złożenie przez właściciela nieruchomości oświadczenia o ustanowieniu hipoteki na rzecz banku z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r., art. 95 ust. 4 stanowi lex specialis w stosunku do art. 245 § 2 Kodeksu cywilnego, w myśl którego oświadczenie właściciela lub innej osoby, której prawo ma zostać obciążone hipoteką, musi zostać złożone w formie aktu notarialnego[54]. Ponadto według uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2007 r., art. 95 ust. 4 co do oświadczenia właściciela nieruchomości ustanawiającego hipotekę na rzecz banku, zawiera minimum wymagań formalnych, stanowiąc, że powinno być ono złożone w formie pisemnej i tym samym ułatwia ustanowienie hipoteki w interesie kredytobiorcy. Nie powoduje to zagrożenia dla pewności obrotu prawnego, ponieważ banki we własnym imieniu dokładnie sprawdzają tożsamość kredytobiorcy przed podpisaniem umowy.

[52] P. Gumiński, *Ograniczona moc dokumentu*, Gazeta Bankowa 2010, nr 5, s. 103.

[53] I. Karasek, *op.cit*., s. 116.

[54] H. Ciepła, *op.cit*., s. 81.

Zgodnie z art. 95 ust. 5, przepisy ust. 1–4, stosuje się odpowiednio do ujawnienia w księdze wieczystej zmiany treści hipoteki, jak również przeniesienia hipoteki w związku ze zbyciem wierzytelności bankowej. Poza tym przepisy ust. 1–4 stosuje się odpowiednio do dokonania wpisu hipoteki obciążającej użytkowanie wieczyste, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu oraz wierzytelność hipoteczną.

Nie budzi zastrzeżeń fakt, że wpis hipoteki bankowej może nastąpić na podstawie dokumentu wystawionego przez bank, zgodnie z art. 95 ust. 1 oraz złożeniem oświadczenia przez właściciela nieruchomości o ustanowieniu hipoteki na rzecz banku w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Jednak w praktyce można spotkać się z różnymi układami sytuacji faktycznych. Jeśli kredytobiorca jest już właścicielem nieruchomości i zaciąga kredyt, oświadczenie o ustanowieniu hipoteki na rzecz banku, które jest wymagane ust. 4 art. 95 ustawy Prawo bankowe, składa przy zawarciu umowy kredytowej, a bank sporządza własne oświadczenie w trybie art. 95 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo bankowe. Bank oba te oświadczenia załącza do wniosku o wpis do hipoteki. Natomiast w sytuacji, gdy kredyt zostaje zaciągnięty na nabycie nieruchomości, nabywca przedkłada notariuszowi wyłącznie oświadczenie banku o udzielenie kredytu. Następnie kredytobiorca może złożyć oświadczenie o ustanowieniu na rzecz banku hipoteki dla zabezpieczenia spłaty kredytu w akcie notarialnym albo na skierowanym do sądu oddzielnym formularzu wniosku tzw. zewnętrznym (nieaktowym). Wtedy podstawą wpisu hipoteki jest umowa sprzedaży (nabycia lokalu) oraz oświadczenie banku[55].

Największe zastrzeżenia środowiska bankowego budzi nowa instytucja rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, która w zasadzie likwiduje zasadę posuwania się hipotek naprzód. Nowe przepisy art. 101^{1-11} ustawy o księgach wieczystych i hipotece wprowadziły zasadę, według której po wygaśnięciu hipoteki właścicielowi nieruchomości przysługiwać będzie uprawnienie do dysponowania opróżnionym miejscem hipotecznym w postaci możliwości ustanowienia na tym miejscu nowej hipoteki bądź przeniesienia na nie za zgodą uprawnionego którejkolwiek z hipotek obciążających nieruchomość[56].

Zgodnie z art. 101^{1} ust. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, jeżeli hipoteka wygasła tylko częściowo, właściciel nieruchomości może rozporządzać opróżnionym miejscem hipotecznym w tej części. W myśl ustawy przepisy

[55] *Ibidem*, s. 83.

[56] T. Białek, *op.cit*., s. 145.

art. 101^1 stosuje się także w sytuacji, gdy nastąpiło opróżnienie miejsca wskutek przeniesienia jednej z hipotek na miejsce opróżnione przez inną hipotekę. Ponadto, zgodnie z art. 101^3 ustawy, jeśli hipoteka wygasła wskutek egzekucji z nieruchomości, właściciel nieruchomości nie ma prawa do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym. W przypadku wykreślenia hipoteki bez jednoczesnego wpisania na jej miejsce innej hipoteki, według art. 101^4 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, właściciel nieruchomości ma prawo zachować uprawnienie do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, jeżeli jednocześnie z wykreśleniem hipoteki uprawnienie to zostanie wpisane do księgi wieczystej. Niemniej jednak do wykreślenia hipoteki oraz do wpisu uprawnienia do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym niezbędne jest oświadczenie właściciela nieruchomości.

Według art. 101^5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym przysługuje każdoczesnemu właścicielowi nieruchomości. Ponadto w myśl art. 101^6 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, uprawnienie do rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym nie podlega zajęciu. Niemniej jednak zabronione jest ustanowienie hipoteki przymusowej na opróżnionym miejscu. Jeśli nieruchomość stanowiąca przedmiot hipoteki łącznej zostanie zwolniona spod obciążenia, właściciel nieruchomości ma prawo rozporządzać opróżnionym miejscem hipotecznym do wysokości sumy hipoteki. Jednak niedopuszczalne jest zastrzeżenie, przez które właściciel nieruchomości zobowiązuje się do nierozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym.

W myśl art. 101^9 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, roszczenie wierzyciela hipotecznego o przeniesienie jego hipoteki na miejsce opróżnione przez inną hipotekę może być ujawnione w księdze wieczystej. W takiej sytuacji hipoteka uzyskuje przyrzeczone miejsce z chwilą, gdy stało się wolne. Ponadto hipotece ustanowionej na opróżnionym miejscu hipotecznym lub przeniesionej na opróżnione miejsce hipoteczne przysługuje, zgodnie z art. 101^{10} ustawy o księgach wieczystych i hipotece, pierwszeństwo takie samo jak wygasłej hipotece.

Biorąc pod uwagę interesy banku, w sytuacji, gdy na jego rzecz została ustanowiona hipoteka z najwyższym pierwszeństwem, przepis ten nie będzie miał wpływu na skuteczność zabezpieczenia banku. Odmiennie wygląda sytuacja, gdy hipoteka na zabezpieczenie wierzytelności banku ustanowiona jest na miejscu drugim i dalszym. W starym systemie prawnym, gdy hipoteka z miejsca pierwszego wygasła, ta ustanowiona na rzecz banku na miejscu drugim automatycz-

nie wchodziła na miejsce pierwsze. Nowelizacja przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece sprawiła, iż właścicielowi przysługuje uprawnienie do przeniesienia na to miejsce jednej z dalszych hipotek. Oznacza to, że diametralnie zmienia się pozycja wierzyciela hipotecznego z miejsca drugiego, który w przypadku wszczęcia egzekucji zaspokojony będzie w dalszej kolejności. Dla wierzyciela hipotecznego, który znajdzie się na każdym dalszym miejscu niż pierwsze, powstanie więc stan niepewności prawnej, spotęgowany dodatkowo możliwością zachowania uprawnienia do rozporządzania opróżnionym miejscem hipotecznym, gdy jednocześnie z wykreśleniem hipoteki uprawnienie to zostanie wpisane do księgi wieczystej. Stan niepewności prawnej spotęgowany jest także możliwością dysponowania nawet częściowo opróżnionym miejscem hipotecznym oraz zakazem zobowiązania się do nierozporządzania opróżnionym miejscem[57].

W celu ochrony interesów wierzycieli z miejscem niższym niż pierwsze, istnieje możliwość ujawnienia w księdze wieczystej roszczenia wierzyciela hipotecznego o przeniesienie jego hipoteki na miejsce opróżnione przez inna hipotekę. W praktyce okazać się może, że instytucja rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym może przyczynić się do powstania wielu nadużyć, a w szczególności do swoistego handlu opróżnionymi miejscami[58].

W praktyce bankowej, przed podjęciem decyzji o udzieleniu kredytu hipotecznego bank powinien zmierzać do uzyskania od klienta informacji na temat miejsca hipotecznego, które może on zaoferować dla planowanej hipoteki. Jeśli nie zaoferuje miejsca pierwszego, ponieważ może być już ono zajęte i w najbliższym czasie nie będzie zwolnione, bank powinien przeanalizować, czy zajęcie miejsca dalszego daje szansę na zaspokojenie wierzytelności. Bank powinien ocenić, czy hipoteka zajmująca miejsce wartościowsze opiewa na taką sumę, która w porównaniu z wartością nieruchomości daje możliwość zaspokojenia również innym wierzycielom zajmującym dalsze miejsca hipoteczne. Przy tej analizie nie ma znaczenia, czy i w jakiej wysokości została już spłacona wierzytelność zabezpieczona hipoteką zajmującą miejsce wartościowsze, ponieważ po jej wygaśnięciu miejsce to zająć może inna hipoteka, wedle decyzji właściciela nieruchomości. Należy wziąć pod uwagę, że suma hipoteki zajmującej miej-

[57] *Ibidem*, s. 45.

[58] *Ibidem*.

sce wartościowsze limituje w sposób trwały wartość hipotek, jakie mogą zostać wprowadzone na opróżnione miejsce hipoteczne[59].

Podsumowując można stwierdzić, że nowe przepisy o rozporządzeniu miejscem hipotecznym wzmacniają pozycję właściciela nieruchomości w stosunku do wierzycieli hipotecznych. Banki, aby dostosować się do nowej sytuacji prawnej, zmuszone będą odmiennie niż zazwyczaj analizować opłacalność zabezpieczenia hipotecznego. Niemniej jednak nie oznacza to konieczności przyjęcia bardziej niż dotychczas restrykcyjnego stanowiska. Banki będą mogły dokonać wpisu roszczenia „rezerwacyjnego", które skutecznie zabezpieczy interesy banku, nawet jeśli hipoteka nie uzyska od razu pierwszego miejsca hipotecznego. Wpis roszczenia rezerwacyjnego pozwala na ograniczenie możliwości właściciela nieruchomości w zapełnianiu opróżnionych miejsc hipotecznych poprzez wpisanie do księgi wieczystej roszczenia o przeniesienie hipoteki. Wpis takiego roszczenia umożliwia zabezpieczenie interesów wierzyciela hipotecznego z dalszego miejsca hipotecznego na kształt „rezerwacji miejsca"[60].

Wprowadzane regulacje dotyczące hipoteki są dla banków korzystne, ponieważ pozwalają swobodnie określić wysokość sumy hipoteki oraz rodzaj zabezpieczonych wierzytelności. Ponadto przypisują one kluczowe znaczenie co do zakresu ochrony hipoteką dokumentom stanowiącym podstawę jej wpisu. Banki powinny zadbać, by w dokumencie stanowiącym podstawę wpisu hipoteki został określony stosunek prawny łączący bank z dłużnikiem, jak również rodzaje wierzytelności zabezpieczanych hipoteką. Oprócz tego suma hipoteki powinna zostać skalkulowana jako wysokość należności głównej oraz wszystkich istniejących i mogących powstać należności ubocznych[61]. Pozycja banków względem dłużników, nawet po wprowadzeniu przez ustawę o księgach wieczystych i hipotece zasady rozporządzenia opróżnionym miejscem hipotecznym, nie ulegnie pogorszeniu, ponieważ banki mają możliwość skutecznego zabezpieczenia swoich interesów poprzez dokonanie wpisu roszczenia rezerwacyjnego.

[59] B. Łopalewski, P. Cetnarowski, *op.cit*., s. 33 i n.

[60] *Ibidem*, s. 34.

[61] *Ibidem*, s. 28.

THE CONSEQUENCES OF THE AMENDMENT OF THE LAW ON LAND AND MORTGAGE FOR BANKS

Summary

The concept of a bank-registered mortgage has been shaped in banking practice, case-law and the legal doctrine, as economic activities cover mortgages established on the basis of bank documents certifying that a loan has been granted, without the mortgage being necessarily established in the form of a notarial act as required by the Civil Code.

The bank-registered mortgage means a mortgage which has been recorded into land and mortgage registers on the basis of bank documents specified in Article 95 of the Banking Law. However, the possibility of mortgage establishment on the basis of a bank document does not excludes the necessity for negotiating a security and for the parties' concluding an appropriate agreement in this respect, the agreement being the cause of the mortgage establishment.

The distinctive feature of the bank-registered mortgage is a bank's entitlement to apply the simplified basis for recording the mortgage to the benefit of the bank. Thus, compared with other types of mortgages, the only difference is the basis for recording the mortgage into a land and mortgage register; unchanged remains the whole procedure for establishing this restricted property right, for which the registration is just one of the necessary conditions (not sufficient though).

Banks are particularly interested in securing bank loans with mortgages, as such a security ensures that in case of the borrower's breach of the contract debt due will be entirely covered by money from the sale of the mortgaged property.

Translated by Agnieszka Wiktorzak