

STUDIA PRAWNICZE

STUDIA PRAWNICZE

ROZPRAWY I MATERIAŁY

pod redakcją Tadeusza Biernata

Kraków 2009

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzje: Prof. dr hab. Ryszard Mastalski
Prof. dr hab. Leszek Starosta
Prof. dr hab. Janusz Szwaja
Dr hab. Leszek Wilk

Adiustacja:
Izabela Pabisz-Zarębska

Projekt okładki:
Joanna Sroka

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2009

ISSN 1689-8052

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana
w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych,
kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela
praw autorskich

Na zlecenie:
Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ksw.edu.pl

Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM,
Kraków 2009

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia „U Frycza”
Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1
30-705 Kraków
tel./faks: (012) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa: Eikon

Spis treści

<i>Tadeusz Biernat</i> , Wprowadzenie	7
<i>Bogusława Gnela</i> , Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną niewydaniem aktu normatywnego	11
<i>Marcin Sala-Szczypiński</i> , Racjonalność pracodawcy a odpowiedzialność za „bubel ustawowy”	27
<i>Beata Więzowska-Czepiel</i> , Odpowiedzialność za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej na zasadzie słuszności	39
<i>Teresa Gardocka</i> , Odpowiedzialność państwa za niezasadne pozbawienie wolności	57
<i>Piotr Stec</i> , Odpowiedzialność władzy publicznej za odmowę przeprowadzenia aborcji	73
<i>Apoloniusz Kostecki</i> , System ochrony praw podatników przed organami podatkowymi w Niemczech	89
<i>Allan F. Tatham</i> , Liability of Public Authorities in England and France. Damages for Breach of EC law after Francovich and Brasserie	101

<i>Irena Czaja-Hliniak</i> , Odpowiedzialność prawnofinansowa na przykładzie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych	117
<i>Ryszard Szostak</i> , Z problematyki odpowiedzialności „kierownika zamawiającego” za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych	135

*Tadeusz Biernat**

Wprowadzenie

Temat, a raczej zespół zagadnień podjętych przez autorów niniejszego tomu, należy do problemów niezwykle istotnych z punktu widzenia nauki prawa, nauki o państwie i władzy publicznej.

Wagę tej problematyki dobrze scharakteryzował Marek Safjan w wykładzie zatytułowanym „Konstytucyjne podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej – tendencje i nowe wyzwania”, wygłoszonym w siedzibie Sądu Najwyższego Izraela 20 października 2003 roku. „Zagadnienie odpowiedzialności władzy publicznej coraz mocniej skupia uwagę nie tylko przedstawicieli świata prawniczego w Polsce. Można bowiem bez większej przesady stwierdzić, że odbija się w tej dziedzinie, jak w soczewce, wiele zasadniczych problemów o charakterze konstytucyjnym, jak i aksjologicznym oraz filozoficznym. Jest to wreszcie również pasjonujące zagadnienie z klasycznej dziedziny odpowiedzialności cywilnej. Śledząc losy tej odpowiedzialności w poszczególnych systemach prawnych, jak i w wymiarze międzynarodowym, jej dynamiczną ewolucję – zwłaszcza w ostatnich latach – można uznać, że

* Wydział Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Katedra Polityki Prawa.

odzwierciedla ona w jakimś stopniu naturę relacji państwo–jednostka, pozwala na identyfikację dokonujących się przemian w myśleniu prawniczym oraz w funkcjonowaniu mechanizmów demokratycznych”¹.

Należy zwrócić uwagę na dwa aspekty, które są ważne z punktu widzenia podejmowanego tematu badawczego, jego silnego związku z rzeczywistością oraz realiami współczesnych form organizacji życia społecznego w ramach demokratycznego państwa prawa i form ponadpaństwowych. Pierwszy, to wymiar bezpośrednio prawny. Drugi – dotyczy szerszego zjawiska, niesłychanej dynamiki zmian w sferze prawa, państwa i polityki. Wiąże się ze szczególnymi konsekwencjami ogólnej tendencji, w wyniku której w ostatnich dziesięcioleciach mamy do czynienia z przekształceniami w ramach politycznego i prawnego systemu państwa, systemu europejskiego, a także globalizacją stosunków społeczno-politycznych.

Jest to szczególnego rodzaju wyzwanie dla badań z zakresu prawnoznawstwa, sprowadzające się do konieczności nie tylko przełamywania dominujących paradygmatów, ale również włączenia w obręb analiz zagadnień nowych, np. kwestii polityki publicznej (*public policy*) i skomplikowanych relacji podmiotowych występujących w działaniach władzy publicznej. „W tradycyjnym, a przecież jakże nieodległym myśleniu prawniczym, istota suwerenności i autonomii państwa w relacjach wewnętrznych wiązana była z autorytatywnym określaniem reguł postępowania, a więc prawem kierowanym do wszystkich podmiotów podlegających władzy tego państwa. Suweren, którego akty władcze są źródłem i podstawą oceny legalności zachowań innych nie może sam podlegać ocenie, a tym bardziej być z tytułu swych aktów władczych odpowiedzialny. Taka koncepcja dobrze współgrała zwłaszcza z ujęciami pozytywistycznymi, które *ex definitione* wykluczały wartościowanie aktów suwerena, a zwłaszcza aktów tworzenia prawa, według jakichkolwiek zewnętrznych kryteriów. Nosiiciel suwerennej władzy nie może bowiem z tytułu wykonywania tej władzy odpowiadać. Twórca reguł postępowania

¹ M. Safjan, *Konstytucyjne podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej – tendencje i nowe wyzwania*. Wykład wygłoszony w siedzibie Sądu Najwyższego Izraela 20 października 2003 roku. Tekst dostępny na: <http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Prezes/005.htm> (26.04.2010).

nia nie może odpowiadać za ich naruszenie. Koncepcja ta, umocniona doktrynalnie XIX-wiecznym pozytywizmem ważyła przez długi okres na kierunkach rozwoju odpowiedzialności odszkodowawczej. Dobrze wyrażała tę myśl formuła anglosaska: *The King can't do wrong*².

Nie ulega wątpliwości, że omawiane zagadnienia mają przede wszystkim ogromną wagę dla praktyki prawniczej i praktyki funkcjonowania państwa oraz jego organów. Wymiar praktyczny jest szczególnie istotny zarówno ze względu na lawinowo rosnącą liczbę spraw, jak również ze względu na poszerzanie się zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, która pojawia się w dziedzinach do niedawna całkowicie wyłączonych z tego rodzaju relacji.

Temat jest więc wyjątkowo aktualny, a to stwierdzenie wykracza poza rutynowe podkreślanie aktualności podejmowanych badań. Wprawdzie w ostatnich kilku latach pojawiło się wiele opracowań dotyczących odpowiedzialności władzy publicznej, to jednak, biorąc pod uwagę sygnalizowaną wyżej dynamikę zjawiska, wciąż mamy do czynienia raczej z „otwarcie pola badawczego” niż z jego wyczerpaniem. Włączając się w tę ważną dyskusję, autorzy przedstawiają, w sposób syntetyzujący, własne oryginalne spojrzenie.

Na marginesie warto zauważyć, że poruszane problemy należą do tych, które wymagają specyficznego, złożonego podejścia metodologicznego, uwzględniającego ujęcie historyczne, systemowe i instytucjonalne. Zachodzi też konieczność odnalezienia się wobec dominującego w doktrynie prawniczej modelu genezy i rozwoju odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, którego cechą charakterystyczną jest nowość tej instytucji oraz jej progresywny rozwój. W takim ujęciu temat ten jest niezwykle trudny, wymaga bowiem znacznej wiedzy nie tylko z zakresu prawoznawstwa, ale także z historii prawa, konstytucjonalizmu, dogmatyki prawa, filozofii prawa, a także filozofii i teorii władzy publicznej. Warto podkreślić, że realizowane w tak zakreślonym kręgu badawczym poszczególne tematy uzupełniają się, dając podstawę do „kompleksowego” spojrzenia na kwestie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, co więcej – wypełniają istotną lukę w literaturze przedmiotu.

² *Ibidem.*

Podstawowa część artykułów zawartych w prezentowanym tomie odnosi się do całego spektrum zagadnień związanych z instytucją odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za działania władzy publicznej. Uzupełniają je studia dotyczące zjawisk, które pośrednio łączą się z tematem głównym.

Prezentowane prace zawierają wiele interesujących ustaleń dokonanych z zastosowaniem różnego typu podejścia filozoficznego i teoretycznego do omawianego zagadnienia oraz podstawowego katalogu argumentów. Ułatwia to włączenie się w nurt rzeczowej dyskusji nad realizowanymi współcześnie modelami odpowiedzialności odszkodowawczej za działania władzy publicznej. Przedstawione prace dotyczą również ważnych wymiarów kształtowania się i funkcjonowania instytucji odpowiedzialności władzy publicznej w różnych porządkach prawnych.

Bogusława Gnela*

Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną niewydaniem aktu normatywnego

Wprowadzenie

Celem opracowania jest analiza uregulowanej w Kodeksie cywilnym¹ odpowiedzialności za szkody spowodowane niewydaniem aktu normatywnego. Jest to „nowe”² rozwiązanie legislacyjne, mieszczące się w reżimie odpowiedzialności za szkody spowodowane wykonywaniem władzy publicznej. W związku z powyższym, przed przystąpieniem do analizy głównego tematu warto przypomnieć genezę regulacji odpowiedzialności za szkody związane z wykonywaniem władzy publicznej oraz jej obowiązujący charakter prawny w Polsce. Spostrzeżenia w tym zakresie mają bowiem pewien wpływ na dokonanie prawidłowej wykładni

* Dr hab. prof. nadzw. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Katedra Prawa Cywilnego; prof. nadzw. Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

² Odpowiedzialność państwa za tzw. bezprawie legislacyjne (art. 417¹ § 1 KC) oraz za zaniechanie legislacyjne (art. 417¹ § 4 KC) uznaje się za nowość „i to w skali europejskiej” – por. J. M. Kondek, *Polskie uregulowanie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez władzę publiczną na tle regulacji Republiki Czeskiej i Wielkiej Brytanii*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 4, s. 54.

art. 417¹ § 4 KC regulującego odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną niewydaniem aktu normatywnego.

Geneza regulacji odpowiedzialności za szkody związane z wykonywaniem władzy publicznej

Zasada, że ten, kto sprawuje władzę suwerenną nie może odpowiadać za szkody związane z wykonywaniem tejże władzy, została przełamana (we Francji) dopiero pod koniec XIX wieku. Od tej daty poglądy na temat relacji prawnych pomiędzy państwem a podlegającą jego władzy jednostką podlegały stopniowej (o różnym nasileniu) ewolucji. W wielu porządkach prawnych powoli, choć w coraz szerszym zakresie, przyznawano tej jednostce możliwość występowania wobec władzy publicznej z roszczeniami odszkodowawczymi. Te roszczenia miały równoważyć ujemne skutki władczych działań władzy publicznej, przede wszystkim kwalifikowanych jako sprzeczne z prawem³.

W Polsce prawo do odszkodowania za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej zostało unormowane w tzw. Konstytucji marcowej z dnia 17 marca 1921 r.⁴ Późniejsze ustawy zasadnicze (tj. Konstytucja kwietniowa i Konstytucja PRL z 1952 r.) odstąpiły od reguły wyrażonej w Konstytucji marcowej⁵. Dopiero ustawa z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych⁶ wprowadziła do polskiego systemu prawa jako zasadę odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej. Ustawa ta zniosła podział czynności Skarbu Państwa na dokonane w sferze *dominium* bądź *imperium*. Odpowiedzialność za działania w sferze *imperium* była ograniczona wymogiem stwierdzenia kwalifikowanej postaci winy funkcjonariuszy państwowych w wypadku odpowiedzialności za szkody spowodowane wydaniem orzeczenia lub zarządzenia (wyjątki przewidywały art. 4 ust. 2 oraz art. 5 tej ustawy). Uregulowana w ustawie odpowie-

³ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2009, s. 753.

⁴ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. RP, Nr 44, poz. 267 z późn.zm.).

⁵ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego*, *op. cit.*, s. 755–756.

⁶ Dz.U. Nr 54, poz. 243 z późn. zm.

działność była odpowiedzialnością Skarbu Państwa za cudzy czyn zawiniony (za winę funkcjonariusza)⁷.

Przepisy omawianej ustawy (z wyjątkiem art. 3 zawierającego odesłanie do Kodeksu zobowiązań z 1933 r.⁸) zostały „przejęte” do art. 417–421 tytułu VI „Czyny niedozwolone” Księgi trzeciej Kodeksu cywilnego.

W pierwotnym brzmieniu art. 417 § 1 KC stanowił: „Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności”. Rozbieżności interpretacyjne dotyczyły jednak tego, czy przepis ten stanowi samodzielną podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa, czy wymaga stosowania odpowiednich przepisów Kodeksu cywilnego o czynach niedozwolonych (np. art. 416 KC o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez organy osoby prawnej). Wobec wspomnianych rozbieżności, Sąd Najwyższy uchwalił wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej. W uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego III CZP 33/70 z dnia 15 lutego 1971 r.⁹ (wytyczne) Sąd Najwyższy stwierdził, że przepis ten stanowi odrębną i samodzielną podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa, która jest odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka za cudzy czyn zawiniony, tj. za zawinione zachowanie się funkcjonariusza państwowego. Warto dodać, że ta interpretacja nie wynikała z literalnego brzmienia art. 417 KC, ale „korespondowała” z art. 418 KC, który regulował odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariusza państwowego na skutek wydania orzeczenia lub zarządzenia. Przepis art. 418 KC modyfikował ogólną regułę odpowiedzialności Skarbu Państwa, gdyż stanowił, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność tylko wtedy, gdy przy wydaniu orzeczenia lub zarządzenia nastąpiło naruszenie prawa ścigane w trybie postępowania karnego lub dyscyplinarnego, a wina sprawcy szkody (funkcjonariusza państwowego) została stwierdzona wyrokiem karnym lub orzeczeniem dyscyplinarnym albo uznana przez organ przełożony nad sprawcą szkody.

⁷ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego, op. cit.*, s. 757.

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. Kodeks zobowiązań, Dz.U. RP Nr 82, poz. 598.

⁹ OSNCP 1971, nr 2, poz. 59.

Następujące w Polsce zmiany ustrojowe dotyczyły także samorządu terytorialnego i spowodowały konieczność nowelizacji przepisów Kodeksu cywilnego w postaci wprowadzenia do niego odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy jednostek samorządu terytorialnego¹⁰. W stosowaniu przepisów kodeksowych dotyczących odpowiedzialności za funkcjonariuszy publicznych (państwowych i samorządowych) nie uwzględniano jednak art. 77 ust. 1 Konstytucji z 1997 r., w myśl którego: „Każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”¹¹. Odpowiedzialność uregulowana w tym przepisie obciąża organ (strukturę), a nie konkretnego funkcjonariusza publicznego i nie jest oparta na zasadzie winy. Jej przesłanką jest „działanie niezgodne z prawem”, które ma węższy zakres niż cywilistyczne pojęcie bezprawności. W art. 77 ust. 1 Konstytucji chodzi bowiem o niezgodność działania władzy publicznej z prawem rozumianym jako to zawarte w aktach normatywnych wymienionych w art. 87–94 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 4 grudnia 2001 r. (SK 18/2000¹²) ustalił odmienną od dotychczasowej wykładnię ówczesnego art. 417 KC, ale zgodną z treścią art. 77 ust. 1 Konstytucji (w uzasadnieniu zgłosił także postulaty pod adresem ustawodawcy)¹³. Podkreślił, że nie ma przeszkód konstytucyjnych, aby na poziomie ustawy związać odpowiedzialność władzy publicznej z szeroką koncepcją bezprawności¹⁴, oraz – że art. 77 ust. 1 Konstytucji nie wpływa na pojmowanie szkody i związku przyczynowego, które należy rozumieć tak, jak w prawie cywilnym¹⁵. W nowym rozumieniu ówczesnego art. 417 KC wina funkcjonariusza utraciła zatem charakter „niezbędnej” przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone czynnościami władczymi.

W omawianym wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził także niezgodność art. 418 KC z art. 77 ust. 1 oraz z art. 64 Konstytucji.

¹⁰ Por. Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego*, *op. cit.*, s. 768–772.

¹¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

¹² Dz.U. Nr 145, poz. 1638.

¹³ J. M. Kondek, *Polskie uregulowanie odpowiedzialności...*, *op. cit.*, s. 49.

¹⁴ E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 174–175.

¹⁵ *Ibidem*, s. 175.

Utrata mocy obowiązującej art. 418 KC oraz nowa interpretacja ówczesnego art. 417 KC w zgodzie z art. 77 ust. 1 Konstytucji, zrodziły problemy związane ze stosowaniem pozostałych przepisów dotyczących odpowiedzialności Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy publicznych przy wykonywaniu powierzonych im czynności (art. 419–421 KC).

W związku z przedstawionymi faktami, ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹⁶ do Kodeksu cywilnego wprowadzono nowe uregulowanie odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem lub zaniechaniem przy wykonywaniem władzy publicznej.

Ogólne zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wykonywaniem władzy publicznej

W nowym brzmieniu art. 417, art. 417¹, art. 417² i 421 KC¹⁷ stanowią autonomiczny reżim odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej. Zasadę ogólną tej odpowiedzialności wyraża art. 417 KC, który ma zastosowanie do sytuacji wyrządzenia szkody przy wykonywaniu władzy publicznej, chyba że dany przypadek jest ujęty w art. 417¹, 417² KC lub w przepisach szczególnych (art. 421 KC). Pomiedzy art. 417 KC a art. 417¹ i 417² KC istnieje zależność jak między przepisami ogólnymi i szczególnymi (*lex generalis – lex specialis*)¹⁸. Wobec tego, elementy konstrukcyjne art. 417 KC mają zastosowanie m.in. w art. 417¹ § 4 KC dotyczącym niewydania aktu normatywnego, chyba że przepis ten stanowi inaczej.

Warto zatem podkreślić, że zdarzeniem sprawczym w art. 417 KC jest niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej. Osobami zobowiązanymi do naprawienia szkody są Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego bądź inna osoba prawna wykonująca władzę publiczną z mocy prawa (art. 417 § 1 KC).

¹⁶ Dz.U. Nr 162, poz. 1692.

¹⁷ Art. 418 KC utracił moc w związku z omawianym orzeczeniem TK, natomiast art. 419–420 KC zostały uchylone.

¹⁸ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego, op. cit.*, s. 785.

Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca, a także zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego lub Skarb Państwa (art. 417 § 2 KC).

Odpowiedzialność podmiotów wskazanych w art. 417 § 1 KC jest odpowiedzialnością za czyn własny¹⁹ związany z wykonywaniem *imperium* (a nie *dominium*) i nie jest oparta na zasadzie winy²⁰. W myśl rozbieżnych poglądów, jest to odpowiedzialność za „niezgodność z prawem”, rozumianą jako sprzeczność z prawem pozytywnym w ujęciu Konstytucji albo jako sprzeczność z prawem lub zasadami współżycia społecznego w postaci tradycyjnie rozumianej bezprawności²¹. Według innego poglądu, pojęcie „niezgodności z prawem” jest nową (oprócz winy, ryzyka i słuszności) zasadą odpowiedzialności opartą na przesłance niezgodności z prawem, rozumianej jako sprzeczność zachowania się władzy publicznej z konstytucyjnie ujętymi źródłami prawa²². Zwolennicy tego poglądu dopuszczają szersze rozumienie „niezgodności z prawem”, jeżeli przepis wprost odwoływałby się do zasad słuszności czy też dobrych obyczajów²³. Niektórzy autorzy nie widzą jednak potrzeby konstruowania nowej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, gdyż – ich zdaniem – omawiane rozwiązanie normatywne daje się ująć w regułach odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadzie ryzyka²⁴. Oponenti tego poglądu podkreślają, że odpowiedzialność na zasadzie ryzyka jest odpowiedzialnością za skutek, a odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej uzależniona jest od jej zachowania się noszącego znamiona obiektywnej nieprawid-

¹⁹ E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.* s. 214.

²⁰ Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2004, nr 2, s. 13.

²¹ Z. Banaszczuk [w:] *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, s. 796 i n.

²² M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 roku)*, Warszawa 2004, s. 39–40; Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, *op. cit.*, s. 13.

²³ Por. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej...*, *op. cit.*, s. 40.

²⁴ Z. Radwański, *Zmiany w KC dotyczące odpowiedzialności organów wykonujących władzę publiczną*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 21, s. 974.

łowości (niezgodności z prawem, bezprawności). Wskazują również, że odpowiedzialność za szkodę spowodowaną wykonywaniem władzy publicznej jest odpowiedzialnością za czyn własny, a odpowiedzialność na zasadzie ryzyka obejmuje przypadki odpowiedzialności za zdarzenia lub stany rzeczy wywołane czynem cudzym²⁵. Wydaje się, że to drugie stanowisko jest trafne, jednak z uzasadnieniem, że omawiana odpowiedzialność jest odpowiedzialnością za czyn własny, a odpowiedzialność na zasadzie ryzyka nie jest odpowiedzialnością za czyn własny (co jednak nie oznacza, że jest to zawsze odpowiedzialność za czyn cudzy).

Szkoda w odpowiedzialności związanej z wykonywaniem władzy publicznej obejmuje uszczerbek majątkowy i niemajątkowy²⁶. Zakres obowiązku odszkodowawczego wyznacza w szczególności art. 361 § 2 KC. Aby można było żądać naprawienia szkody w omawianym reżimie odpowiedzialności, szkoda ta musi być wyrządzona przy wykonywaniu władzy publicznej. Niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie powinno być zatem związane z realizacją celu wynikającego z kompetencji danego organu, a nie przy okazji wykonywania tej kompetencji.

Jak już wspomniano, pojęcie „niezgodności z prawem” użyte w art. 417 KC jest sporne²⁷ oraz inaczej rozumiane niż w art. 417¹ KC. W pierwszym z wymienionych przepisów pojęcie „niezgodność z prawem”, niezależnie od przyjęcia którejś z wyżej omówionych koncepcji, rozumiane jest szeroko. Natomiast w art. 417¹ KC kryteria bezprawności ujmowane są wąsko i różnie rozumiane w poszczególnych przypadkach ujętych w tym przepisie²⁸. Związek przyczynowo-skutkowy w sytuacjach wchodzących w zakres art. 417 KC jest oceniany w świetle art. 361 § 1 KC.

Geneza regulacji odpowiedzialności za niewydanie aktu normatywnego i problem braku tzw. prejudykatu

Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkodę spowodowaną niewydaniem aktu normatywnego (tzw. zaniechanie normatywne) jest w polskim

²⁵ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, op. cit., s. 799.

²⁶ *Ibidem*, s. 785.

²⁷ *Ibidem*, s. 797 i n.

²⁸ *Ibidem*, s. 800–801.

prawie instytucją nową, podobnie jak odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody spowodowane wydaniem aktu normatywnego niezgodnego z prawem (tzw. czynna bezprawność normatywna – art. 417¹ § 1 KC). Zaniechanie legislacyjne jest zatem szczególnym przypadkiem bezprawia legislacyjnego (normatywnego), w którym mimo obowiązku wydania aktu normatywnego, organ władzy publicznej nie dokonuje tej czynności²⁹.

Do czasu wejścia w życie nowej regulacji w doktrynie wypowiadał się pogląd, że na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego nie można wnosić powództw o naprawienie szkody wyrządzonej przez organy prawodawcze państwa³⁰. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 kwietnia 1970 r. III CZP 4/70³¹ stwierdził nawet, że między osobą fizyczną a organem państwa upoważnionym do wydania aktu prawotwórczego nie zachodzi stosunek cywilnoprawny.

Obecnie ustawodawca w art. 417¹ § 4 KC uznał, że zaniechanie wydania aktu normatywnego przez organ prawodawczy może być przyczyną odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej. Jednakże w sprawach dotyczących tej odpowiedzialności nie ma przewidzianego wymogu postępowania prejudycjalnego, który występuje w art. 417¹ § 1–3 KC. Ten „brak” odróżnia przypadki zaniechania legislacyjnego m.in. od czynu niedozwolonego w postaci wydania niezgodnego z prawem aktu normatywnego (art. 417¹ § 1 KC).

Zaniechanie normatywne może polegać na braku regulacji lub na regulacji niepełnej, fragmentarycznej, określanej także jako pominięcie prawodawcze³². Brak regulacji może być skutkiem zamierzonej polityki legislacyjnej lub „czystym” zaniechaniem polegającym na tym, że właściwe organy publiczne (państwowe lub samorządowe), mimo istnienia obowiązku wyrażonego w przepisie prawa, nie wydają aktu normatywnego.

²⁹ J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, s. 233.

³⁰ Por. A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 101.

³¹ OSNCP 1970, nr 9, poz. 146.

³² E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 402.

W art. 417¹ § 4 KC chodzi o przypadek „czystego zaniechania”³³ legislacyjnego, który nie podlega kontroli przez Trybunał Konstytucyjny, a zatem może być rozpatrywany przez sąd powszechny³⁴ rozpoznający sprawę o odszkodowanie. Z powodu braku przepisów ustrojowych, Trybunał Konstytucyjny nie ma możliwości stwierdzenia niekonstytucyjności czystego „zaniechania normatywnego”, nie ma także szczególnego postępowania, w którym kompetentny organ mógłby dokonać kontroli legalności zaniechania legislacyjnego. Z tych przyczyn w pierwotnym tekście projektu omawianej nowelizacji Kodeksu cywilnego Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego nie przewidziała art. 417¹ § 4 KC, uznając, że „zaniechanie legislacyjne” jest objęte zakresem art. 417 KC. Ostatecznie wprowadzono jednak ten przepis do Kodeksu cywilnego, wyraźnie przesądzając, że odpowiedzialność taka może mieć miejsce i ograniczając ją do przypadku niewydania aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa³⁵.

W toku prac legislacyjnych Senat RP zamierzał ograniczyć przewidzianą w art. 417¹ § 4 KC odpowiedzialność do przypadków, w których aktu normatywnego nie wydano w terminie określonym w przepisie prawa. Uznał, że wówczas będzie dostatecznie jasne dla sądu, czy zaniechanie legislacyjne miało miejsce³⁶. Sejm odrzucił tę poprawkę Senatowi, ale przebieg prac legislacyjnych jest wskazówką dla sądów orzekających w sprawie, że nie tylko niedotrzymanie określonego terminu wydania aktu normatywnego może uzasadniać odpowiedzialność za jego niewydanie³⁷.

Oceny, czy istniał obowiązek wydania aktu normatywnego i czy jego niewydanie jest niezgodne z konkretnym przepisem prawa, dokonuje sąd orzekający w sprawie o odszkodowanie na podstawie art. 417¹ § 4 KC, właściwy według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego³⁸.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Zob. uzasadnienie SN w orzeczeniu z dnia 24 września 2003 r., I CK 143/03 (OSNC 2004, nr 11, poz. 179).

³⁵ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, s. 848.

³⁶ *Ibidem*, s. 848–849.

³⁷ *Ibidem*, s. 849.

³⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

Elementy konstrukcyjne odpowiedzialności za szkody spowodowane niewydaniem aktu normatywnego

Podmiot odpowiedzialny

W myśl art. 417¹ § 4 KC: „Jeżeli szkoda została wyrządzona przez niewydanie aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa, niezgodność z prawem niewydania tego aktu stwierdza sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody”.

Przepis ten stosowany w związku z art. 417 KC przesądza, że za szkody związane z niewydaniem aktu normatywnego przez organy państwowej odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa, a w przypadku niewydania tzw. aktów prawa miejscowego – z reguły właściwa jednostka samorządu terytorialnego.

Osoba poszkodowana

Poszkodowanym w myśl art. 417¹ § 4 KC nie może być każdy, kto doznał jakiegokolwiek uszczerbku wskutek niewydania aktu normatywnego. Bez racjonalnego ograniczenia podmiotowego w granicach związku przyczynowego, każdy bowiem mógłby dochodzić odszkodowania na podstawie art. 417¹ § 4 KC. Tak np.: jeżeli niewydany akt normatywny miałby na celu przyznanie praw przedsiębiorcy, to – bez wprowadzenia wspomnianego ograniczenia – odszkodowania za szkody związane z niewydaniem tego aktu mogliby dochodzić członkowie najbliższej rodziny poszkodowanego przedsiębiorcy, jego pracownicy lub inni wierzyciele. Wobec tego, kierując się wykładnią ETS (w sprawach dotyczących niewydania aktów normatywnych wdrażających dyrektywy, mimo istnienia obowiązku ich wydania) należy przyjąć, że poszkodowany powinien należeć do kręgu podmiotów, na których zmianę sytuacji prawnej nakierowany miał być niewydany akt normatywny³⁹. Delikt zaniechania legislacyjnego nie obejmuje zatem pośrednich i wtórnych konsekwencji tego zaniechania, jakie poniosły osoby nienależące do kręgu podmiotów, których sytuację prawną miał kształtować lub modyfikować niewydany akt normatywny.

³⁹ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, *op. cit.*, s. 852 i cytowane tam orzecznictwo ETS.

Charakter i przesłanki odpowiedzialności z art. 417¹ § 4 KC

Odpowiedzialność ujęta w art. 417¹ § 4 KC jest odpowiedzialnością deliktową Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego za czyn własny, niezależny od winy, związany z wykonywaniem „niezgodnie z prawem” władzy publicznej w postaci zaniechania wydania aktu normatywnego. „Niezgodność z prawem” w tym przepisie polega na niewydaniu aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa.

W ramach art. 417¹ § 4 KC, naprawieniu podlegają szkody majątkowe i szkody niemajątkowe. Między niewydaniem aktu normatywnego a powstałą szkodą musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy. Ponieważ zagadnienia tego związku z zaniechaniem legislacyjnym, jak i samo pojęcie tego zaniechania są skomplikowane, w dalszej części niniejszego opracowania zostanie im poświęcone więcej uwagi.

Zaniechanie legislacyjne

Jeżeli minimalna treść przyszłego aktu normatywnego jest precyzyjnie określona w konkretnym przepisie prawa, a także podany jest w nim termin wydania tego aktu, ocena zaniechania normatywnego określonego organu publicznego nie powinna stwarzać trudności. W przypadku braku tych okoliczności, powstaje problem kryteriów oceny „zaniechania legislacyjnego”, albowiem to legislatywa ma władzę dyskrecjonalną⁴⁰ w przedmiocie decyzji o wydaniu aktu normatywnego, którego obowiązek wydania nie wynika wyraźnie z przepisu prawnego. W literaturze zgłaszany jest postulat, aby w takim przypadku oprzeć się na kryteriach wypracowanych w orzecznictwie ETS, w którym za prawnie relewantne (doniosłe) uznaje się „dostatecznie poważne (kwalifikowane) naruszenie prawa wspólnotowego”⁴¹.

W przypadku obowiązku wydania rozporządzenia wykonawczego na podstawie delegacji ustawowej, można łatwo określić prawdopodobną treść tego rozporządzenia. Jeśli chodzi o ustawę, zakres dyskrecjonalny władzy ustawodawczej jest znaczny – tym samym znaczny stałby się

⁴⁰ *Dyskrecjonalny* – pozostawiony do swobodnego uznania, nieokreślony, nieograniczony przepisami prawa.

⁴¹ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, op. cit., s. 849.

zakres uznaniowości oceny dokonywanej przez sąd cywilny orzekający w sprawie o odszkodowanie za szkodę wynikłą z zaniechania legislacyjnego. Sąd musiałby w takiej sprawie ocenić, czy zachodził obowiązek wydania ustawy. Ustalenie istnienia takiego obowiązku pociągałoby za sobą obowiązek ustalenia obligatoryjnej treści ustawy. Sąd mógłby wówczas przyjąć niezgodność zaniechania legislacyjnego z prawem, gdyby obowiązek wydania ustawy był oczywisty, a jej obligatoryjna treść mogłaby być ustalona w sposób niebudzący wątpliwości na podstawie przepisu (przepisów), z którego wynikałby obowiązek wydania takiego aktu⁴². Wobec tego postuluje się, aby w procesie ustalania bezprawności zaniechania legislacyjnego, ocena sądu zmierzała do stwierdzenia, czy na podstawie samego tylko przepisu, z którego ma wynikać obowiązek wydania aktu normatywnego, możliwe jest ustalenie, że brak działania ustawodawcy stanowił naruszenie tego przepisu. Sąd powinien ustalić choćby minimalną i konieczną treść oraz termin wydania aktu normatywnego. Ocena sądu powszechnego dotycząca obowiązku wydania aktu normatywnego nie powinna opierać się na kryteriach aksjologicznych, bowiem tego rodzaju ocena należy do ustawodawcy⁴³. Dla ustalenia odpowiedzialności z art. 417¹ § 4 KC, obowiązek wydania aktu normatywnego musi wynikać z konkretnego przepisu nakazującego działanie legislacyjne. Przesłanka odpowiedzialności w postaci „niezgodności z prawem” jest w tym przepisie ograniczona do przypadku zaniechania legislacyjnego sprzecznego z „przepisem prawa”. Sąd orzekający w sprawie o odszkodowanie nie może zatem stwierdzić obowiązku wydania aktu normatywnego przez odwołanie się np. do „porządku ponadstawowego lub ponadkonstytucyjnego”, gdyż wówczas władza sądownicza ustalałaby obowiązek wydania oraz hipotetyczną treść nieistniejącej normy na podstawie własnych przekonań społecznych, politycznych czy gospodarczych⁴⁴. Zdaniem niektórych autorów niedopuszczalna jest sytuacja, w której sąd rozstrzygający sprawę o odszkodowanie ustaliłby, że obowiązek wydania aktu normatywnego wynika np. z ogólnych norm konstytucyjnych przewidujących działanie władzy publicznej w obsza-

⁴² *Ibidem*, s. 849–850.

⁴³ Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 21.

⁴⁴ M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu bezprawia normatywnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1, s. 25.

rach wynikających z konstytucyjnych zasad polityki państwa. W tych bowiem przypadkach zakres działania władzy ustawodawczej jest określony tak szeroko, że bez wkraczania w jej kompetencje nie można określić hipotetycznego brzmienia przepisów, których niewydanie miałyby stanowić przesłankę odpowiedzialności⁴⁵. Tego rodzaju działanie sądów naruszyłyby zasadę trójpodziału władz, gdyż pozycja ustrojowa sądów uniemożliwia im wyrażanie swoich przekonań polityczno-prawnych i społecznych. Tak wyznaczone granice ustalania przez sąd przypadków zaniechania legislacyjnego uznaje się za powszechnie akceptowane⁴⁶. Jednakże warto podkreślić, że sądy mają dużą swobodę w interpretacji przepisów. Sędziowie w orzekaniu związani są przepisami Konstytucji i ustaw, wolno im zatem interpretować przepisy tych aktów normatywnych. Jeżeli przepisy te pozwalają na wyinterpretowanie podstawy prawnej wydania ustawy lub aktu do niej wykonawczej bez wkraczania w sferę władzy ustawodawczej i wykonawczej, wolno im wskazać taką podstawę. Można jednak przypuszczać, iż będą to rzadkie przypadki.

Rygorystyczna wykładnia art. 417¹ § 4 KC powoduje, że tzw. postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego nie może być rozumiane przez sąd rozstrzygający sprawę o odszkodowanie jako podstawa wydania aktu normatywnego w rozumieniu tego przepisu. Podobnie należy ocenić wyrok Trybunału Konstytucyjnego o niekonstytucyjności danego aktu normatywnego. Jeżeli jednak w wyroku tym Trybunał Konstytucyjny określi termin na przywrócenie stanu zgodnego z Konstytucją, ustawodawca będzie zobowiązany do wydania określonego aktu normatywnego w zakreślonym terminie. W literaturze twierdzi się, że uchybienie temu terminowi będzie stanowiło podstawę do konstruowania roszczenia odszkodowawczego na podstawie art. 417¹ § 4 KC⁴⁷. W związku z tym, w zakresie pojęcia „przepis prawa” mieści się także przedstawione orzeczenie TK.

Powstaje pytanie, czy art. 417¹ § 4 KC obejmuje także przypadek zaniechania tworzenia unormowań pełnych, niesprzecznych wewnętrznie lub zgodnych z innymi przepisami prawa? Niektórzy autorzy

⁴⁵ *Ibidem*, s. 25.

⁴⁶ Por. Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 850–851 oraz cytowana literatura.

⁴⁷ *Ibidem*.

wyrażają pogląd, że objęcie zakresem art. 417¹ § 4 KC tego przypadku rozszerzyłyby zastosowanie tego przepisu, a ponadto, rozstrzygnięcie, czy norma uniemożliwia lub ogranicza realizację praw przyznanych jednostce przez Konstytucję, umowę międzynarodową czy ustawę, należy wyłącznie do Trybunału Konstytucyjnego⁴⁸. Inni autorzy zajmują stanowisko, że wydawanie aktów normatywnych bez kluczowych dla danej materii przepisów nie spełnia wymogu wydania aktu przewidzianego prawem⁴⁹. Jeszcze inni twierdzą, że omawiany przypadek jest objęty zakresem art. 417¹ § 1 KC⁵⁰.

Związek przyczynowo-skutkowy w art. 417¹ § 4 KC

Charakter zaniechania legislacyjnego powoduje, że mogą pojawić się trudności w ustaleniu związku przyczynowego między tym zaniechaniem a powstałą szkodą. Jeżeli osoba występująca z roszczeniem odszkodowawczym z art. 417¹ § 4 KC wykaże, że niewydany akt normatywny nakierowany miał być na dodatnie zmiany jej sytuacji prawnej (np. zapewnienie pewnych dóbr lub ochrona przed zagrożeniem), a w związku z niewydaniem tego aktu została ona poszkodowana, to należy przyjąć normalność związku przyczynowego między zaniechaniem legislacyjnym a powstałą szkodą. Akt normatywny miał być bowiem właściwym środkiem do realizacji wyznaczonego celu, a delegacja konstytucyjna lub ustawowa do wydania aktu normatywnego uzasadniona była racjonalnymi motywami legislacyjnymi i opierała się na uzasadnionym przekonaniu, że wydanie tego aktu zapewni realizację jego celu. Zakładając racjonalność ustawodawcy można przyjąć, że brak wydania „nakazanego” aktu normatywnego zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnych efektów albo niewystąpienia pożądaných skutków. Szkada wynikła ze zrealizowania się zagrożenia, któremu miało zapobiec wydanie aktu normatywnego, albo z nieosiągnięcia pozytywnego celu, któremu miał służyć ten akt, podlega naprawieniu w ramach art. 417¹ § 4 KC. Związek przyczynowy między tymi następstwami

⁴⁸ E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 403.

⁴⁹ J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkody...*, *op. cit.*, s. 403 i n..

⁵⁰ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa prywatnego...*, s. 852.

a zaniechaniem organu zobowiązanego do wydania aktu normatywnego jest bowiem normalny w myśl art. 361 § 1 KC⁵¹.

Wnioski

Wprowadzenie do Kodeksu cywilnego art. 417¹ § 4 wraz z pozostałymi przepisami dotyczącymi odpowiedzialności za szkody związane z wykonywaniem władzy publicznej oznacza obowiązywanie w nim nowej zasady odpowiedzialności za tzw. bezprawie konstytucyjne. W wymienionym przepisie bezprawie to polega na zaniechaniu wydania aktu normatywnego, którego obowiązek wydania wynika z przepisu prawnego. Wydaje się, że praktyka sądów orzekających w sprawie omawianej odpowiedzialności ograniczy się do stwierdzania niezgodności z prawem tego zaniechania w przypadku ustalenia przepisu wyraźnie przewidującego obowiązek wydania aktu normatywnego. Wobec braku takiego jednoznacznego przepisu, sąd powszechny będzie obawiał się wejścia w konflikt kompetencyjny z Trybunałem Konstytucyjnym, władzą ustawodawczą i władzą wykonawczą w zakresie, w jakim posiadają one uprawnienia legislacyjne. Stosowaniu art. 417¹ § 4 KC sprzyjać będzie zatem stanowienie przepisów przewidujących wyraźnie obowiązek wydania określonego aktu normatywnego.

Niewątpliwie odpowiedzialność ujęta w art. 417¹ § 4 KC ma charakter „nowatorski” i teoretycznie powinna przyczynić się do poprawy pozycji prawnej jednostki wobec organów władzy, a także do realizowania przez tę władzę obowiązku wydawania aktów normatywnych, przewidzianego przepisem prawa. Należy mieć nadzieję, że nie będzie to nowatorska regulacja, ale „martwa” w praktyce stosowania prawa.

Bibliografia

Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006.

⁵¹ Por. *Ibidem*, s. 853 oraz cytowana literatura.

- Banaszczyk Z. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2009.
- Kondek J. M., *Polskie uregulowanie odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez władzę publiczną na tle regulacji Republiki Czeskiej i Wielkiej Brytanii*, „Przeгляд Prawa Handlowego” 2007, nr 4.
- Radwański Z., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, nr 2.
- Radwański Z., *Zmiany w KC dotyczące odpowiedzialności organów wykonujących władzę publiczną*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 21.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 roku)*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu bezprawia normatywnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, nr 1.
- Skoczylas J., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez władzę publiczną*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005.
- Szpunar A., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985.

SUMMARY

The aim of this article is to analyze the liability for damage caused by a failure to issue a legislative act, as regulated in the Civil Code. It is a “new” legislative solution, rated under the regime of the liability for damage caused by the exercise of public authority. The article indicated the origins of the regulation and conditions of the application of article 4171 § 4 of the Civil Code which regulates the tort called “normative lawlessness” in the form of a failure to issue a normative act whereas the duty to issue the latter is set forth in legal provisions.

*Marcin Sala-Szczypiński**

Racjonalność pracodawcy a odpowiedzialność za „bubel ustawowy”

W czasach intensywnej działalności ustawodawczej¹, bliskiej niekiedy inflacji prawa, szczególnie istotny staje się problem poziomu stanowionych przepisów (tak, by jakość nie ustąpiła ilości), a także odpowiedzialności za szkody wywołane stosowaniem przepisów odbiegających od tego poziomu. Niniejszy artykuł poświęcony jest analizie niektórych aspektów relacji pomiędzy zakresem tej odpowiedzialności a obowiązującym w teorii prawa założeniem racjonalności ustawodawcy.

* Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Prywatnego Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

¹ Przykładowo, w Sejmie V kadencji (2005–2007) autorzy instytucjonalni wnieśli 708 projektów – zob. *Wybrane aspekty funkcjonowania Sejmu w latach 1997–2007*, red. J. Sokołowski i P. Poznański, Kraków 2008, s. 249.

Racjonalność pracodawcy

Pojęcie racjonalności ustawodawcy² wielokrotnie było przedmiotem refleksji naukowej³ i niemal równie często poddawane było w literaturze krytyce⁴. Kwestionowano oba człony tej formuły – wytykano brak jednoznacznej na gruncie tego pojęcia definicji ustawodawcy, jak również podważano atrybut jego racjonalności. Stawiając w wątpliwość rozumienie pojęcia samego ustawodawcy, wahano się, przykładowo, pomiędzy ujęciem idealizującym ustawodawcę jako samodzielną kategorię ontologiczną, uzasadniającą interpretację wypowiedzi językowych tekstu prawnego a ujęciem personifikującym to pojęcie jako podmiot decyzyjny w procesie legislacyjnym. Z kolei, w odniesieniu do atrybutu racjonalności wskazywano przede wszystkim brak jednoznacznego określenia, o jaką racjonalność ma chodzić (ekonomiczną?, instrumentalną?, komunikacyjną?, techniczną? – czy może powinniśmy wypracować jeszcze inne rozumienie tego pojęcia, chociażby utożsamiać je z ideą pararozumu teoretycznego i/lub praktycznego?).

Sytuację pogarsza brak relewantności (przy czym nikle są szanse na jej osiągnięcie) tego pojęcia powoływanego w odniesieniu do etapów tworzenia i stosowania prawa, choć – jak się wydaje – tylko jego ideotypyczne rozumienie przez twórców i interpretatorów prawa pozwoliłoby na prawidłową wykładnię tekstu prawnego. Niemniej faktem jest, iż pojęcie racjonalności prawodawcy występuje w naukach prawnych w dwojakim sensie – wiązanym właśnie bądź to z procesem tworzenia prawa, bądź też z procesem jego stosowania⁵. W pierwszym wypadku chodzi o formułowanie warunków, jakie powinien wypełnić prawodawca, aby jego działanie mogło być uznane za racjonalne.

² Choć w literaturze przedmiotu częściej pojawia się określenie „racjonalność ustawodawcy”, jako bardziej ugruntowane, Autor niniejszego artykułu sądzi, iż nie powinno się nawet nazwą sugerować ograniczenia tego wymogu wyłącznie do twórców ustaw, dlatego też w dalszych rozważaniach posłużono się określeniem „racjonalny prawodawca”.

³ Zob. zwłaszcza S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982; J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985.

⁴ Zob. np. J. Czaja, *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001 oraz powoływana tam literatura.

⁵ A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2003, s. 110 i n.

Wyróżniamy dwa modele racjonalności prawotwórstwa – statyczny i dynamiczny⁶. Styczny sprowadza się do określenia aksjologicznych i intelektualnych przesłanek procesu prawotwórczego (np. przyjęcia trwałej hierarchii wartości, preferowanych ocen moralnych, a także sformułowania wymogu kompletnej wiedzy o uwarunkowaniach społeczno-przyrodniczych przedsiębranej regulacji prawnej), natomiast model dynamiczny wyodrębnia etapy działań prawodawcy prowadzących do realizacji zamierzonego celu.

Powyższe wątpliwości nie zmieniają jednak faktu, iż w ujęciu rudymenarnym pojęcie racjonalnego prawodawcy jest utrwalonym w prawoznawstwie założeniem interpretacyjnym, pozwalającym na wykładnię tekstu prawnego niezrozumiałego w bezpośrednim znaczeniu i budzącego wątpliwości. I choć niektórzy wysuwają sprzeciw wobec faktu, iż wątpliwości interpretacyjne usuwane są za pomocą wątpliwego założenia, to pojęcie racjonalnego prawodawcy wciąż powoływane jest zarówno w teorii, jak i praktyce orzeczniczej⁷. Z drugiej strony powszechna jest zgoda co do tego, że założenie to jest założeniem kontrfaktycznym, wprowadzającym fikcję, zgodnie z którym przyjmujemy, iż teksty prawne są dziełem prawodawcy konsekwentnie kierującego się określoną wiedzą i usystematyzowanymi ocenami⁸. Najbardziej rozpowszechnione wydaje się w tym kontekście techniczne rozumienie racjonalności, której istotą jest wymóg adekwatnego doboru środków do zamierzonych celów. Racjonalny jest zatem ten prawodawca, który potrafi wyznaczyć sobie cel działania i obiera do jego osiągnięcia najbardziej stosowne spośród dostępnych mu metod⁹.

W tym miejscu można podjąć próbę wskazania etapów działania racjonalnego prawodawcy¹⁰ (w odniesieniu do wspomnianego powy-

⁶ *Ibidem*, s. 111.

⁷ W tym zakresie zob. cytowane w dalszej części niniejszego tekstu orzeczenia.

⁸ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2001, s. 231 i n.

⁹ Zob. M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.

¹⁰ Autor odwołuje się tutaj w pierwszej kolejności do modelu sformułowanego przez J. Wróblewskiego w cytowanej powyżej pracy *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, pamiętając przy tym, iż model ten stanowił punkt odniesienia dla wielu innych koncepcji – zob. R. Sarkowicz [w:] R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 119.

żej dynamicznego modelu racjonalności prawodawstwa), które przedstawiają się następująco:

1. Określenie celu, który ustawodawca zamierza osiągnąć (sformułowanie takiego celu może być wynikiem uwzględniania postulatów społecznych bądź też realizacji planów politycznego suwerena);
2. Wskazanie powiązań pomiędzy wytyczonym celem a środkami, które mogą być użyte do jego osiągnięcia;
3. Oznaczenie środków mogących prowadzić do osiągnięcia celu w drodze regulacji prawnej, to znaczy sposobów realizacji celu zarówno od strony materialnej, jak i proceduralnej;
4. Wybór określonego środka przy uwzględnieniu rozmaitych kryteriów (socjologicznych, psychologicznych, ekonomicznych itd.);
5. Ustanowienie przepisów prawnych.

Idealna procedura stanowienia prawa powinna obejmować wszystkie wskazane powyżej etapy, choć oczywiście rozkład ciężaru pomiędzy tymi etapami może być różny, a uzależniony jest od materii będącej przedmiotem regulacji. W niektórych przypadkach wybór celu będzie oczywisty i bezdyskusyjny (np. ograniczenie liczby wypadków drogowych), a dyskusyjna będzie droga do jego realizacji (np. ograniczanie prędkości, zakaz rozmów przez telefony komórkowe przez kierowców w czasie jazdy, obniżenie dopuszczalnej zawartości alkoholu we krwi kierowcy, podniesienie wieku uprawniającego do uzyskania prawa jazdy itd.). W innych przypadkach może być odwrotnie (np. problem uznania związków partnerskich), jednak tego tematu Autor nie podejmie, gdyż ma on charakter bardziej polityczny i socjologiczny, a nie teoretyczno-prawny.

Odpowiedzialność za „bubel ustawowy” według kodeksu cywilnego

Pod pojęciem „bubel ustawowy” należy rozumieć przede wszystkim unormowanie niekompletne, które w praktyce uniemożliwia lub znacząco utrudnia realizację określonych w nim uprawnień, ale także akty wadliwe formalnie, a nawet „lukę ustawową”. Wobec braku definicji le-

galnej tego pojęcia, konieczne jest odwołanie się do jego potocznego rozumienia, jednak Autor uważa, iż należy ograniczyć się do formalnej oceny możliwości stosowania danej regulacji, nie wnikając w jej analizę moralną czy etyczną. Uwzględnić natomiast należy ocenę ekonomiczną, bowiem koszty związane z realizacją prawa niewątpliwie stanowią kryterium oceny jego jakości i efektywności.

Nieprawidłowości procesu legislacyjnego, których efektem jest określone brzmienie aktu normatywnego mogą prowadzić do różnych form odpowiedzialności politycznej (np. utraty wyborców zrażonych działaniami obdarzonych uprzednio zaufaniem przedstawicieli), jak również prawnej. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na niektóre aspekty odpowiedzialności cywilnej, jaka może być skutkiem naruszenia zasad racjonalności procesu stanowienia prawa.

Ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.04.162.1692) uregulowana została odpowiedzialność władzy publicznej za czynności konwencjonalne. Nowelizacja była następstwem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r. (Sk 18/2000, Dz.U.01.145.1638), w którym uchylony został art. 418 k.c. oraz nakazana została taka wykładnia art. 417 k.c., która nie uzależniałaby statuowanej przez ten przepis odpowiedzialności od winy funkcjonariusza. W aktualnie obowiązującym art. 417¹ k.c. uregulowana została odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez: 1) wydanie aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą (jest to odpowiedzialność za tzw. bezprawie legislacyjne); 2) wydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji niezgodnych z prawem; 3) niewydanie orzeczenia lub decyzji, gdy istniał obowiązek ich wydania; 4) niewydanie aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa (jest to odpowiedzialność za tzw. zaniechanie legislacyjne). Dla podjętych w niniejszym opracowaniu rozważań interesująca jest odpowiedzialność określona powyżej w punktach 1 i 4 (są to odpowiednio paragrafy 1 i 4 art. 417¹ kodeksu cywilnego).

Pomijając analizę wymaganych przesłanek odpowiedzialności w postaci szkody i związku przyczynowego, na gruncie art. 417¹ kodeksu cywilnego można sformułować następujące uwagi.

Ustalenie odpowiedzialności za bezprawie legislacyjne w sprawie indywidualnej uzależnione jest od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją (ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą) „we właściwym postępowaniu”. Sąd rozstrzygający konkretną sprawę nie może samodzielnie stwierdzić takiej niezgodności (nawet w zakresie aktów podstawowych, co do których może przecież odmówić zastosowania i oprzeć swe rozstrzygnięcia w konkretnej sprawie bezpośrednio na ustawie – nie dotyczy to jednak spraw o odszkodowanie na podstawie art. 417¹ k.c.) – organem, który ma w tym zakresie wyłączną kompetencję orzekania co do tej niezgodności jest Trybunał Konstytucyjny (art. 188 Konstytucji) i jedynie jego wyrok może uchylić domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją. Wprowadzenie tego „przesądu” uzasadnione jest intencją, aby o obowiązywaniu norm prawnych „nie rozstrzygały sądy w indywidualnej sprawie, w sposób wiążący tylko dla stron sporu. Stworzyłyby to także realne niebezpieczeństwo niejednolitości orzecznictwa”¹¹. Uznawanie nieobowiązywania poszczególnych aktów normatywnych jest bowiem ingerencją w system obowiązującego prawa, stanowiąc przejaw tzw. prawotwórstwa negatywnego. Nie ma wątpliwości, iż kompetencje do takich działań muszą być ograniczane i przyznawane wyłącznie wyspecjalizowanym, precyzyjnie wskazanym organom.

Natomiast powstanie odpowiedzialności za zaniechanie legislacyjne nie jest uzależnione od uprzedniego „przesądu”. Sąd rozstrzygający w sprawie o roszczenie odszkodowawcze może samodzielnie stwierdzać, czy zaniechanie legislacyjne jest niezgodne z prawem. Należy przy tym zauważyć, iż rozstrzygnięciem takim sąd nie ingeruje w system obowiązującego prawa, nie eliminuje z niego żadnych aktów, a jedynie ocenia fakt nieistnienia aktu normatywnego, którego obowiązek wydania nakazywał przepis prawa, a którego celem było przyznanie jednostkom konkretnych roszczeń. Warto w tym miejscu podkreślić, iż ocena ta winna mieć charakter formalny, i obowiązku wydania ustawy nie można wyprowadzać z ogólnych założeń aksjologicznych, jak na przykład od-

¹¹ G. Bieniek [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, ks. III, *Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2008. Komentarz do art. 417¹ k.c., pkt 3.

czuwana potrzeba uregulowania ustawowego jakiejś kwestii ze względów moralnych¹².

Znowelizowany art. 417¹ k.c. nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności za stworzenie unormowania niepełnego, fragmentarycznego, którego następstwem jest faktyczne pozbawienie adresata normy możliwości realizacji jego uprawnień. Dominujące w doktrynie poglądy¹³ nie dopuszczają opcji wyinterpretowania podstaw takiej odpowiedzialności z art. 417¹ k.c., uzasadniając to tym, iż w takim wypadku obowiązek wydania aktu normatywnego, o którym mowa w tym przepisie, rozumiany byłby znacznie szerzej, jako obowiązek wydania aktu zawierającego normy o określonej treści, które powinny być wprowadzone do porządku prawnego. Autor częściowo podziela powyższy pogląd – myśl ta rozwinięta zostanie we wnioskach niniejszego artykułu.

Analiza przypadku – „ustawa 203”

Niezwykle użyteczna dla podejmowanych w niniejszym opracowaniu rozważań okazuje się analiza orzecznictwa, w tym poprzedzającego wspomnianą powyżej nowelizację kodeksu cywilnego. Warto poświęcić tu chwilę uwagi orzecznictwu powstałemu na gruncie tzw. ustawy 203. Chodzi o nowelizację Ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. o negocjacyjnym systemie kształtowania przyrostu przeciętnych wynagrodzeń u przedsiębiorców oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. z dnia 6 stycznia 1995 r.) – dalej: u.n.s.k.w. – dokonaną ustawą z dnia 22 grudnia 2000 r. (Dz.U.01.5.45), dodającą art. 4a, zgodnie z którym pracownikom samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej przysługiwał od dnia 1 stycznia 2001 r. przyrost przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia, nie niższy niż 203 zł miesięcznie, w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy. Powyższe ustawy nie wskazywały jednak źródeł pochodzenia środków na realizację przyznanego wzrostu wynagrodzeń. Regulacja ta

¹² *Ibidem*, s. 419.

¹³ Zob. zwłaszcza G. Bieniek [w:] *Komentarz...*, *op. cit.*, Komentarz do art. 417¹ k.c., pkt 35, s. 422.

stanowi przykład „bubla ustawowego” – przyznając prawa nie dawała jednoznacznej odpowiedzi co do sposobu realizacji tych uprawnień.

Bezsporny jest fakt, iż przedmiotowa ustawa uchybia zasadom przyzwoitej legislacji, ponieważ, „tworząc prawo, uczyniono to, wskazując cel regulacji (podwyżka wynagrodzeń) przy jednoczesnym pominięciu środków koniecznych do realizacji tego celu. W ten sposób powstało prawo z lukami instrumentalnymi (źródła finansowania podwyżek, instrumenty umożliwiające doprowadzenie zasilenia finansowego uzyskanego przez kasy chorych do osób, które, wedle zaskarżonej nowelizacji, miały otrzymać podwyżki)”. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 grudnia 2002 r. (K 43/01, Dz.U.01.145.1638) stwierdził jednak, że art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r., rozumiany jako tworzący współodpowiedzialność systemu finansów publicznych za jego wykonanie, jest zgodny z art. 2, 7 i 32 Konstytucji. Trybunał „dostrzegł kwestię braku wyraźnego określenia podmiotu obciążonego realizacją zobowiązań płacowych oraz braku wskazania źródeł i mechanizmu przekazywania środków na wprowadzone podwyżki. Odrzucił jednak zapatrywanie, że art. 4a ustawy z dnia 16 grudnia 1994 r. nie ma – w rozważanym zakresie – samodzielnego znaczenia normatywnego”.

Powyższe orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie rozstrzygnęło jednoznacznie wątpliwości co do konsekwencji przedmiotowej ustawy w zakresie obowiązku odszkodowawczego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiły się różne zapatrywania na problem wadliwości art. 4a u.n.s.k.w. i wynikających stąd konsekwencji prawnych. Wskazywano np., że mimo ewidentnych niedostatków zakwalifikowanie art. 4a u.n.s.k.w. jako szczególnego przypadku „patologicznej legislacji” nie jest bezdyskusyjne i wymaga bardzo szczegółowej analizy. Można wskazać zarówno orzeczenia wykluczające odpowiedzialność Skarbu Państwa, jak i taką odpowiedzialność dopuszczające. Do pierwszej grupy zaliczymy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2007 r. (III CSK 264/06, Lex nr 457705), zgodnie z którym „nie zachodzą szczególnie naganne, patologiczne okoliczności uzasadniające deliktową odpowiedzialność Skarbu Państwa za zaniedbania legislacyjne, skoro właściwa wykładnia art. 4a ustawy o negocjacyjnym

systemie kształtowania wynagrodzeń, dokonana przez Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy pozwala na dochodzenie pokrycia przez Narodowy Fundusz Zdrowia wypłaconej przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej podwyżki wynagrodzeń”. Natomiast przykładem orzeczenia dopuszczającego taką odpowiedzialność jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2003 r. (I CK 143/03, OSNC 2004/11/179, Biul.SN 2004/2/10), w którym wskazano, iż „Skarb Państwa może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą za niezgodne z prawem unormowanie zawarte w ustawie, które nakłada na osobę prawną obowiązek świadczeń niebędących daniną publiczną, jeżeli ich spełnienie powoduje stratę w rozumieniu art. 361 § 2 k.c.”. W ocenie Sądu, Trybunał Konstytucyjny uznał przedmiotową ustawę za zgodną m.in. z art. 2 Konstytucji, ze względu na zasadę zaufania obywateli do państwa i prawa. „Nie znaczy to jednak, że uchybienie zasadzie rzetelnej legislacji (polegające na braku w ustawie nowelizującej »instrumentarium«) nie narusza art. 2 Konstytucji”.

Wnioski

Wnioski *de lege lata*, jakie można wyciągnąć z powoływanych do tej pory przepisów prawa, wypowiedzi doktryny i orzeczeń nie tworzą optymistycznego obrazu odpowiedzialności ustawodawcy za bubel ustawowy. Kodeks cywilny kształtuje bowiem wprost odpowiedzialność jedynie za bezprawie legislacyjne w przypadku wydania aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą oraz za zaniechanie legislacyjne w przypadku niewydania aktu normatywnego, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa. Brak natomiast wyrażonej wprost podstawy odpowiedzialności za bubel ustawowy rozumiany jako unormowanie niezrozumiałe, niekompletne, w praktyce uniemożliwiające lub znacząco utrudniające realizację określonych w nim uprawnień. Jeżeli taka wadliwa regulacja nie zostanie uznana za sprzeczną z Konstytucją (a musiałaby to być sprzeczność z przepisami gwarantującymi konkretne prawa, samo niechlujstwo legislacyjne jak widać ma nikłe szanse na to, by zostać uznane za pozosta-

jące w sprzeczności z wymogami państwa prawa) lub ze względu na jej fragmentaryczność nie będzie można dopatrzeć się w niej zaniechania legislacyjnego – pozostajemy bez środków prawnych. Doktryna wyraża bowiem wątpliwości co do stwierdzania w tym zakresie zaniechania legislacyjnego, wbrew ewidentnym potrzebom, a także wbrew pojawiającym się wypowiedziom orzecznictwa, uznającym – przykładowo – iż „uchylanie się państwa od tworzenia adekwatnych instrumentów prawnych umożliwiających realizację wcześniej przyznanych uprawnień może być oceniane jako delikt będący zaniechaniem legislacyjnym o cechach bezprawności”¹⁴. Ciężar „maskowania” błędów legislatora przerzucony został na organy stosujące prawo, które w realizacji tego zadania posługują się różnymi metodami wykładni, w tym wykładnią funkcjonalną, jakże często odwołującą się do pojęcia racjonalnego prawodawcy, które w tym kontekście brzmi dość ironicznie.

Natomiast *de lege ferenda* należy stwierdzić, iż występuje ewidentna potrzeba uregulowania odpowiedzialności prawodawcy za akty normatywne naruszające wymóg racjonalności prawodawcy. Wydaje się, że odpowiedzialność ta, analogicznie jak w przypadku odpowiedzialności za wydanie aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą, uzależniona powinna być od „przesądu” wyrażającego wiążącą, negatywną ocenę danej regulacji z punktu widzenia spełnienia wymogu racjonalności procesu stanowienia prawa. Jedynym organem, który mógłby sprostać takiemu zadaniu jest Trybunał Konstytucyjny, jednak przyznanie mu takiej kompetencji prowadziłoby do ponownej aktualizacji wątpliwości, które poprzedzały pozbawienie Trybunału kompetencji ustalania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw (byłoby to bowiem swego rodzaju stwierdzenie niemożności dokonania racjonalnej wykładni danej ustawy). Wydaje się jednak, że jest to cena jaką warto ponieść dla osiągnięcia wyższej jakości stanowionego prawa i zdyscyplinowania prawodawcy.

¹⁴ Wyrok SN z 9 lutego 2005 roku, III CK 235/04, niepublikowane, cyt. za G. Bieniek [w:] *Komentarz...*, *op. cit.*, Komentarz do art. 417¹ k.c., pkt 35.

Bibliografia

- Bieniek G. [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, ks. III, *Zobowiązania*, t. I, LexisNexis, Warszawa 2008. Komentarz do art. 417¹ k.c., pkt 3, 35.
- Czaja J., *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”* [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2001.
- Korybski A., Leszczyński L., Pieniążek A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2003.
- Sarkowicz R. [w:] R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998.
- Wronkowska S., *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 1982.
- Wróblewski J., *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1985.
- Wybrane aspekty funkcjonowania Sejmu w latach 1997–2007*, red. J. Sokołowski, P. Poznański, Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2008.
- Ziembiński Z., *Logika praktyczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2000.

SUMMARY

The article touches upon two essential problems of law making: rationality and responsibility of the legislator. The lawmaker's basic goal should be the establishment of a rational system of norms. It is possible for the legislator to achieve that goal only by the observance of the same simple rules that could be enumerated in the following way: 1. defining the aim of issuing an act of law, 2. formulating adequate measures, 3. pointing at relations between that aim and measures having regard for social, economic, political and legal background, 4. issuing an act of law. However, there is still possibility of creating defective, faulty act of law. That is the reason, for which the article also touches upon the problem which ought to be thoroughly studied, namely the liability for damage caused by the legislator.

*Beata Więzowska-Czepiel**

Odpowiedzialność za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej na zasadzie słuszności

Idea odpowiedzialności cywilnej na zasadzie słuszności istnieje już od stuleci, spełniając uzupełniająco – obok dominującej przez wieki zasady winy oraz zasady ryzyka – istotną funkcję w zakresie kompensacji szkód doznanych w następstwie czynów niedozwolonych. Przyjęcie motywu słuszności jako podstawy uwzględnienia roszczenia o naprawienie szkody wiąże się ze wzrostem znaczenia funkcji kompensacyjnej w dziedzinie odpowiedzialności odszkodowawczej, a także spojrzeniem na problem naprawienia szkody z punktu widzenia poszkodowanego. Zdarza się bowiem, że w zachowaniu sprawcy brak jest winy i zawodzi zasada ryzyka, natomiast naprawienie szkody uzasadnione jest ze względu na motywy etyczne wskazane w zasadach słuszności. Współcześnie słuszność jako podstawa odpowiedzialności znajduje odzwierciedlenie w systemach prawa cywilnego wielu państw, przy czym szczególnie istotna rola przypada praktycznemu zastosowaniu odpowiedzialności na zasadzie słuszności w dziedzinie odpowiedzialności państwa.

* Dr, Wydział Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego.

W ustawodawstwie polskim realizacja koncepcji odpowiedzialności państwa na zasadzie słuszności znalazła swój wyraz już w uregulowaniu przewidzianym w art. 5 ustawy z dnia 15 listopada 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych¹. Przepis ten miał, według intencji ustawodawcy, zapewnić poszkodowanemu, ze względów słuszności, uprawnienie do całkowitego lub częściowego odszkodowania za szczególnego rodzaju, najbardziej dla poszkodowanego drastyczne szkody na osobie wówczas, gdy takiej możliwości nie zapewniałyby mu ogólne zasady prawa cywilnego. Za zasądzeniem odszkodowania miały przemawiać wyjątkowe okoliczności sprawy, zwłaszcza niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne. Unormowanie zawarte w przepisie art. 5 o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych zostało przejęte do kodeksu cywilnego z 1964 r. Obowiązek odszkodowawczy ukształtowany na zasadzie słuszności kodeks cywilny uregulował w art. 419, przewidując odpowiedzialność na zasadzie słuszności Skarbu Państwa i państwowych osób prawnych², a następnie także jednostek samorządu terytorialnego³ za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych (samorządowych) przy wykonywaniu powierzonych im czynności⁴. Kontynuacją myśli legislacyjnej wyrażonej w art. 5 o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych, a następnie w art. 419 k.c., stał się przepis art. 417² wprowadzony do kodeksu cywilnego na mocy nowelizacji do-

¹ Dz.U. Nr 54, poz. 243 z późn. zm. Szerzej na ten temat zob. B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, s. 115 i n.

² Na mocy przepisu art. 420 k.c. Przepis ten został uchylony przez ustawę z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 162, poz. 1692) i stracił moc obowiązującą z dniem 1 września 2004 r.

³ Na mocy przepisu art. 420¹ § 1 zdanie drugie k.c. wprowadzonego przez nowelizację kodeksu cywilnego z dnia 23 sierpnia 1996 r. (Dz.U. Nr 114, poz. 542), zmienioną ustawą z dnia 24 lipca 1998 r. (Dz.U. Nr 106, poz. 668). Przepis ten został uchylony przez ustawę z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1692) i stracił moc obowiązującą z dniem 1 września 2004 r.

⁴ Szerzej na ten temat zob. B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 120 i n.

konanej ustawą z 2004 r.⁵ Artykuł 417² k.c. przyznaje poszkodowanemu możliwość żądania całkowitego lub częściowego naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę, jeżeli przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej została wyrządzona szkoda na osobie. Możliwość uzyskania odszkodowania uzależniona jest od okoliczności sprawy; za zasądzeniem odszkodowania mogą przemawiać w szczególności niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne.

Artykuł 417² k.c. stanowi fragment szerszego zespołu przepisów art. 417–420 k.c., normujących kwestię odpowiedzialności władzy publicznej. W obecnym stanie prawnym szczególny reżim odpowiedzialności przewidziany w art. 417–420 k.c. oparty został na kryterium przedmiotowym⁶. Odpowiedzialność na podstawie art. 417² k.c. znajduje zastosowanie wtedy, gdy działanie sprawcze wyrządzające szkodę mieści się w pojęciu wykonywania władzy publicznej. Konstrukcja pojęcia władzy publicznej opiera się na kryterium funkcjonalnym. Odpowiedzialność obejmuje zatem swoim zakresem takie działania, które ze względu na charakter i rodzaj funkcji przynależą do władzy publicznej. Termin „władza” w pojęciu „wykonywanie władzy publicznej” podkreśla korzystanie z uprawnień silniejszych niż uprawnienia zwykłych osób. Należy

⁵ Na mocy ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 162, poz. 1692). Ustawodawca uchylił regulację słusznościową zawartą w art. 419 k.c. i zastąpił ją, wprowadzając nowy art. 417² k.c., unormowaniem przewidującym odpowiedzialność za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej na zasadzie słuszności. Zmiana przepisów kodeksu cywilnego normujących odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy publicznych – art. 417 i n. k.c. – wiąże się z przewartościowaniem przez ustawodawcę polskiego zasad rządzących odpowiedzialnością podmiotów publicznoprawnych i stanowi w głównej mierze skutek konieczności dostosowania wspomnianych przepisów do Konstytucji RP, która w art. 77 ust. 1 podniosła do rangi konstytucyjnej zasadę naprawienia szkody wynikającej z niezgodnego z prawem działania władzy publicznej. Zob. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Projekt ustawy o zmianie niektórych przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za szkodę*, KPP 2003, z. 3, s. 715.

⁶ Por. Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, RPEiS 2004, z. 2., s. 12; G. Bieniek [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania*, t. I, wyd. 6, Warszawa 2005, s. 281.

przyjąć, że o zakwalifikowaniu danej działalności do sfery władczej decydować powinny następujące warunki: a) działalność władcza powinna przejawiać się w sferze zewnętrznej władztwa organów władzy (wobec osób fizycznych, prawnych i innych jednostek), b) w celu zagwarantowania jej skuteczności dopuszcza się stosowanie środków przymusu bezpośredniego, c) jej podstawą materialno-prawną może być tylko wyraźna norma prawna dopuszczająca określone działanie i mieszcząca się w systemie zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego bądź też, gdy chodzi o czynności faktyczne, indywidualny akt władczy, wydany na podstawie takiej normy⁷.

Ujęcie funkcjonalne, odwołujące się do charakteru aktywności danego podmiotu sprawia, że o przyznaniu statusu podmiotu władzy publicznej nie decyduje formalne kryterium podmiotowe państwowego lub komunalnego charakteru danej jednostki, lecz typ aktywności – wykonywanie władzy publicznej. Stąd reżimowi normy art. 417² k.c. mogą podlegać działania osób prawnych innych niż państwowe i samorządowe, o ile wykonują one władzę publiczną z mocy prawa lub na podstawie porozumienia.

Z drugiej strony, ograniczenie odpowiedzialności z art. 417² k.c. tylko do takich czynów, które związane są z pojęciem wykonywania władzy publicznej powoduje, iż unormowanie to odnosi się jedynie do skutków działań podmiotów publicznoprawnych podejmowanych w sferze imperium. Odpowiedzialność z art. 417² k.c. obejmuje zatem swoim zakresem szkody wyrządzone przy realizacji zadań państwa jako aparatu przymusu – np. czynności policji, służby więziennej. W tym względzie nastąpiła więc istotna zmiana w stosunku do poprzednich regulacji statujących odpowiedzialność państwa na zasadzie słuszności, ujmujących znacznie szerzej pole odpowiedzialności władzy publicznej⁸. W poprzednim ujęciu, w zakresie stosowania reżimu art. 417–420 k.c. mieściły się bowiem również akty należące do sfery prywatnoprawnej. Obecnie, w odniesieniu do innych czynności niż władcze podstawę roszczeń odszkodowawczych stanowią ogólne zasady odpowiedzialności z tytułu

⁷ Por. E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 236.

⁸ Zob. B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 284 i n.

czynów niedozwolonych (art. 415, 416, 429, 430 k.c.). Taki kierunek ewolucji prawa jest niekorzystny dla poszkodowanych, zwłaszcza dla szkód wyrządzonych podczas leczenia. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym regulacja słusznościowa znajdowała bowiem często zastosowanie jako podstawa odpowiedzialności za szkody wyrządzone w publicznej służbie zdrowia. Obecnie odpowiedzialność zakładu leczniczego na podstawie art. 417² k.c. przybiera charakter wyjątkowy i ograniczona zostaje do tych sytuacji, w których działania tego zakładu znamionują elementy władczego kształtowania praw i obowiązków jednostek – np. szkody wyrządzone na skutek przymusowych szczepień ochronnych czy przymusowego leczenia. Takie rozwiązanie jest jednak zrozumiałe wobec postulowanej przez doktrynę konieczności zmian dotychczasowych regulacji prawnych w zakresie, w którym różnicowały one odpowiedzialność zakładów opieki zdrowotnej w zależności od ich publicznego bądź niepublicznego charakteru (podmiotowa stratyfikacja odpowiedzialności osób prawnych⁹) oraz nadmiernie obciążały finansowo publiczne, samodzielne zakłady opieki zdrowotnej. W tym kontekście, jako rozwiązanie przewidujące ochronę pacjenta w przypadku niezawinionych, poważnych szkód na osobie proponuje się raczej przyjęcie odpowiedzialności typu ubezpieczeniowo-gwarancyjnego, spełniającej analogiczne zadania do dotychczasowej odpowiedzialności na zasadzie słuszności w tej dziedzinie¹⁰.

⁹ M. Safjan, *Odpowiedzialność deliktowa osób prawnych. Stan obecny i kilka uwag de lege ferenda* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiiego*, *Studia Iuridica* 1994, t. XXI, s. 192.

¹⁰ Tak: M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna publicznego zakładu opieki zdrowotnej za wyrządzoną szkodę w świetle kodeksu cywilnego i art. 77 ust. 1 Konstytucji RP*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2, s. 60; tenże, *O gwarancyjną odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przy leczeniu* [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej Prof. dr. hab. Adama Szpunara*, red. A. Rembieniński, Warszawa–Łódź 1983, s. 157–160; tenże, *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (Uwagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa)*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 1, s. 19; E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 301–302; K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Toruń 2007, s. 355–358; J. Parchomiuk, *Zasada słuszności jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej* [w:] *Księga pamiątkowa z okazji 10-lecia Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, Lublin 2006, s. 466–467.

Przepisy art. 417–420 k.c. w brzmieniu nadanym nowelą z 2004 r. odrywają czynnik sprawczy szkody od zachowania funkcjonariusza państwowego, tworząc odpowiedzialność za czyn własny podmiotu sprawującego imperium¹¹. Odpowiedzialność została tym samym zlokalizowana po stronie instytucji wykonującej władzę publiczną i obejmuje działania bądź to przypisane bezpośrednio organom administracji, samorządu, osobom prawnym, czyli czynności władcze podmiotu wykonującego władzę publiczną, bądź to działania zlecane na podstawie porozumienia podmiotom, które są poza strukturą organów publicznych i samorządowych.

W tak ukształtowanym reżimie odpowiedzialności jej podstawową zasadę wyraża art. 417 k.c., przewidujący odpowiedzialność władzy publicznej na zasadzie ryzyka, przy istnieniu niezbędnej przesłanki odpowiedzialności w postaci bezprawności działania lub zaniechania¹². Według przepisu art. 417 k.c., przesłanką odpowiedzialności jest wykonywanie władzy publicznej niezgodnie z prawem, co oznacza, że wykonawcy można postawić zarzut naganności działania¹³. Odpowiedzialność władzy publicznej na podstawie art. 417 k.c. zostanie zatem wyłączona w sytuacji, w której działanie polegające na wykonywaniu władzy publicznej podjęte było zgodnie z prawem. Art. 417² k.c. przewiduje dla takich sytuacji odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej, gdyż byłoby niesłuszne, aby skutki wyrządzenia szkody obciążały wyłącznie poszkodowanego. Specyfika regulacji wyrażonej w art. 417² k.c. znajduje zatem wyraz w charakterze zdarzenia sprawczego, które stało się źródłem szkody¹⁴. Przepis art. 417² k.c. w dziedzinie odpowiedzialności cywilnej władzy publicznej znajdzie zastosowanie wówczas, gdy szkoda została wyrządzona działaniem

¹¹ J. J. Skoczylas, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa i innych podmiotów przy wykonywaniu władzy publicznej w noweli do kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 9, s. 30.

¹² E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 216; Z. Radwański, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 14.

¹³ J. Kremis, *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 6, s. 42.

¹⁴ Por. J. Parchomiuk, *Zasada słuszności...*, *op. cit.*, s. 459.

legalnym na skutek czynności zgodnych z uprawnieniami wynikającymi z całokształtu obowiązujących przepisów.

Przesłanka wyrządzenia szkody przez zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej wskazuje na subsydiarny i wyjątkowy charakter instytucji przewidzianej w przepisie art. 417² k.c.¹⁵ Zasadę słuszności z art. 417² k.c. będzie można zastosować wówczas, gdy brak jest podstaw odpowiedzialności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej osoby prawnej, według przepisu art. 417 k.c. Subsydiarny charakter odpowiedzialności z art. 417² k.c. chroni przede wszystkim interesy poszkodowanego. Stąd zastosowanie art. 417² k.c. powinno być poprzedzone wnikliwym zbadaniem, czy konkretne, wyrządzające szkodę działanie lub zaniechanie władzy publicznej nie pozwala na postawienie władzy publicznej zarzutu, iż działała ona niezgodnie z prawem. Ustalenie bowiem istnienia przesłanek zastosowania art. 417 k.c. stwarza podstawę do pełnego naprawienia szkody doznanej przez poszkodowanego. Natomiast odszkodowanie przyznane na podstawie art. 417² k.c. może być co do zasady niższe, jego granice określa bowiem słuszność, a nie rzeczywisty rozmiar szkody. Z drugiej strony, zgodnie z zasadą, według której art. 417² k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 417 k.c., należy uznać, że przepis art. 417² k.c. może być stosowany jedynie w ramach hipotezy art. 417 k.c. Oznacza to, iż dla zastosowania art. 417² k.c. konieczne jest stwierdzenie, że szkoda powstała w następstwie wykonywania władzy publicznej. Przepis ten nie znajdzie zastosowania do szkód wyrządzonych przy okazji wykonywania władzy publicznej. W tym celu należy poddać ocenie cel podejmowanego przy wykonywaniu władzy publicznej działania, który powinien być funkcjonalnie związany z realizacją określonej kompetencji organu władzy publicznej.

Ponadto, jak w przypadku każdej szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym, koniecznym warunkiem kompensacji na podstawie art. 417² k.c. jest istnienie normalnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a działaniem lub zaniechaniem, z którego szkoda wynikła. Zgodnie z treścią reguły ogólnej wyrażonej w art. 361 § 1 k.c., Skarb Państwa, jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna odpowiada tylko za szkody na osobie pozostające w normalnym związku przyczy-

¹⁵ P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 226.

nowym z wykonywaniem, zgodnie z prawem, władzy publicznej¹⁶. Ta ostatnia kwestia jest jednak w doktrynie sporna. Na tle wykładni art. 417² k.c. można bowiem spotkać się z głosami podważającymi konieczność istnienia adekwatnego związku przyczynowego między wykonywaniem władzy publicznej a szkodą¹⁷. Poglądy te nawiązują do stanowiska, które część doktryny wyrażała już na gruncie d. art. 419 k.c., że dla realizacji humanitarnego celu realizowanego przez regulację słusnościową można odstąpić od określonego w art. 361 § 1 k.c. wymagania, aby między szkodą a zachowaniem się funkcjonariusza istniał normalny związek przyczynowy, a poprzestać na ustaleniu istnienia niekwalifikowanego powiązania kauzalnego (relacja *sine qua non*)¹⁸. W tym kierunku zmierza również najnowsze orzecznictwo Sądu Najwyższego. W orzeczeniu z dnia 11 lutego 2004 r. Sąd Najwyższy przyjął, że: „W okolicznościach konkretnych spraw wymóg istnienia normalnego związku przyczynowego pomiędzy działaniem (nawet całkowicie legalnym) funkcjonariusza a szkodą może być w imię zasad słusności interpretowany z większą swobodą. W każdym jednak wypadku zachowana powinna być łączność przyczynowo-skutkowa pomiędzy zdarzeniem powodującym szkodę a szkodą. Łączność tego rodzaju, że bez określonego działania funkcjonariusza (choćby w pełni prawidłowego) nie doszłoby do powstania uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia czy utraty żywiciela. Postępowanie funkcjonariusza pozostaje więc istotną przyczyną sprawczą szkody. Tego rodzaju zabieg interpretacyjny w konkretnych okolicznościach jest realizacją postulatu zadośćuczynienia zasadom współżycia społecznego”¹⁹. Podobnie, w orzeczeniu z dnia 4 marca 2008 r. Sąd Najwyższy postano-

¹⁶ Tak: E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 221. Takie stanowisko reprezentował też SN na tle art. 419 k.c. w orzeczeniach z dnia 14 stycznia 1970 r. II CR 609/67, OSPiKA 1970, z. 12, poz. 250, orzeczeniu z dnia 13 marca 1969 r. II PR 11/69, LEX nr 14010 oraz w orzeczeniu z dnia 6 czerwca 1969 r. I CR 66/69, LEX nr 6514. Zob. szerzej: B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 129 i n.

¹⁷ M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2004, s. 27; Z. Banaszczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449*¹¹, red. K. Pietrzykowski, wyd. 3, Warszawa 2004, s. 1022–1023.

¹⁸ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 4, Warszawa 2003, s. 180; A. Śmieja, *Związek przyczynowy i zasady współżycia społecznego w świetle art. 419 k.c.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Prawo, nr 1152, Wrocław 1990, s. 336.

¹⁹ I CK 222/03, LEX nr 175945.

wił, że „dla spełnienia humanitarnego celu realizowanego przez art. 419 k.c. można odstąpić od wymagania, aby między szkodą a zachowaniem się funkcjonariusza istniał normalny związek przyczynowy, a poprzestać na ustaleniu istnienia niekwalifikowanego powiązania kazualnego”²⁰.

Jako dodatkową przesłankę odpowiedzialności art. 417² k.c. wymaga istnienia szkody na osobie. Zasięg stosowania art. 417² k.c. jest tym samym węższy od treści normatywnej art. 417 k.c., który przewiduje odpowiedzialność władzy publicznej za wszelkie szkody wyrządzone przez wykonywanie władzy publicznej. Przepis art. 417² k.c. nie precyzuje, w przeciwieństwie do poprzednich regulacji statuujących odpowiedzialność państwa na zasadzie słuszności, konkretnych szkód na osobie, które mogą podlegać naprawieniu na podstawie tego przepisu. Na gruncie wcześniejszych unormowań dotyczyło to szkody polegającej na uszkodzeniu ciała, rozstroju zdrowia, utracie żywiciela. Należy przyjąć, że nowe ujęcie wyraża te rodzaje szkód w sposób syntetyczny. Szkody polegające na uszkodzeniu ciała, rozstroju zdrowia, utracie żywiciela są to niewątpliwie szkody, które zalicza się do kategorii szkód na osobie.

Inne rodzaje szkody nie mogą uzasadniać odpowiedzialności na podstawie art. 417² k.c. Szkada na mieniu nie może stać się podstawą roszczenia z art. 417² k.c. W tym względzie ustawodawca wprowadza zatem niejednolitość co do zakresu wynagradzanych szkód w obrębie odpowiedzialności opartej na zasadzie słuszności, w regulacjach zawartych w art. 428 k.c. czy art. 431 § 2 k.c., przewidujących odpowiedzialność na zasadzie słuszności osób nieposiadających rozeznania oraz odpowiedzialność na zasadzie słuszności za szkodę wyrządzoną przez zwierzę, takie ograniczenie bowiem nie występuje. Warto wskazać, że ta decyzja jest świadomym wyborem ustawodawcy. Dokonana w 2004 r. nowelizacja poprzedzona była szeroką dyskusją nad kilkoma projektami. W jednym z nich przewidziane zostało rozwiązanie przyjmujące odpowiedzialność za szkodę na mieniu. Według tego projektu, w którym regulację słusznościową przewidziano w art. 418 k.c., wynagrodzenie

²⁰ IV CSK 453/07, LEX nr 371407.

szkody na mieniu było fakultatywne, a odszkodowanie ograniczone poprzez: wymaganie podjęcia działania w interesie publicznym oraz określenie granic odszkodowania do wysokości szkody rzeczywistej (*damnum emergens*). Decyzja o ograniczeniu w art. 417² k.c. wynagrodzenia szkód do szkód na osobie podjęta została niewątpliwie pod wpływem przekonania, że regulacja słusznościowa przewidziana w przepisie art. 417² k.c. uzasadniona jest szczególnym charakterem naruszonych praw jednostki. Przedmiotem ochrony ze strony porządku prawnego są tutaj te dobra osobiste – życie, zdrowie, które mają najwyższą wartość indywidualną i społeczną. Zniesienie zróżnicowania, jakie obecnie istnieje, co do rodzaju szkód podlegających naprawieniu na zasadzie słuszności należałoby jednakże rozważyć jako postulat *de lege ferenda*. Koncepcja ograniczenia w art. 417² k.c. wynagrodzenia szkód do szkód na osobie budzi bowiem zastrzeżenia z punktu widzenia zarówno standardów wyrażonych w rekomendacji Rady Europy nr R/84/15 z dnia 18 września 1984 r. w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej,²¹ jak i idei, jaka towarzyszy założeniom prawa słusznościowego, a mianowicie realizacji postulatu słuszności rozstrzygnięć. Mogą bowiem istnieć takie przypadki, gdy nie ma szkody na osobie, a jedynie poważna szkoda na mieniu, której naprawienie przez władzę publiczną wymaga słuszność²².

Zakres obowiązku odszkodowawczego na podstawie art. 417² k.c. podlega ogólnym zasadom kodeksu cywilnego. W myśl art. 444 § 1 k.c.:

²¹ Rekomendacja przewiduje regulację słusznościową w dziedzinie odpowiedzialności władzy publicznej w Zasadzie 2, która w uzupełnieniu do ogólnej zasady odpowiedzialności władzy publicznej, opartej na przesłance domniemanego naruszenia należytej staranności (Zasada 1) stanowi: „1. Jeśli nawet nie są spełnione przesłanki przewidziane w Zasadzie 1, odszkodowanie może być przyznane w przypadku, gdy byłoby oczywiście niesłuszne, aby skutki szkody ponosiła wyłącznie osoba pokrzywdzona, biorąc pod uwagę następujące okoliczności: czynność została podjęta w interesie ogólnym, szkodę poniosła jedna osoba lub ograniczona liczba osób, a czynność ma charakter wyjątkowy lub szkoda powstała wyjątkowo na skutek tej czynności. 2. Stosowanie tej zasady może być ograniczone do ściśle określonej kategorii czynności”. Zob. M. Safjan (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. II, *Prawo cywilne*, Warszawa 1995.

²² Por. E. Łętowska, *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 7, s. 81; E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 224. Zob. też B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 195, 196.

„W razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, naprawienie szkody obejmuje wszelkie wyniki z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu”. Jeżeli poszkodowany utracił całkowicie lub częściowo zdolność do pracy zarobkowej albo jeżeli zwiększyły się jego potrzeby lub zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość, może on żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody w postaci odpowiedniej renty – art. 444 § 2 k.c. Gdy na skutek naruszenia dóbr osobistych człowieka w postaci uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia następuje śmierć poszkodowanego, istnieje możliwość dochodzenia odszkodowania przez osoby bliskie, jedynie pośrednio poszkodowane w następstwie śmierci osoby bezpośrednio dotkniętej czynem niedozwolonym. Zgodnie z treścią art. 446 § 2 k.c., osobom, które pozostawały na utrzymaniu zmarłego albo były uprawnione do żądania, aby za swego życia dostarczał im środków utrzymania, kodeks przyznaje uprawnienie do żądania renty od osoby odpowiedzialnej za wynikłą szkodę. Takiej samej renty mogą żądać inne osoby bliskie, którym zmarły dobrowolnie i stale dostarczał środków utrzymania, jeżeli z okoliczności wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego. Według art. 446 § 3 k.c., sąd może ponadto przyznać najbliższemu członkowi rodziny stosowne odszkodowanie, jeżeli wskutek śmierci poszkodowanego nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej. W tym ostatnim przypadku należy jednak wziąć pod uwagę ograniczenia wynikające z faktu, iż pogorszenie sytuacji życiowej z art. 446 § 3 k.c., niepołączone z utratą żywiciela, zalicza się raczej do uszczerbku na mieniu, który nie podlega kompensacji na podstawie regulacji słusznościowej²³. Przyznanie stosownego odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. uzasadnione będzie zatem na gruncie art. 417² k.c. jedynie w wyjątkowych przypadkach²⁴.

²³ J. Parchomiuk, *Zasada słuszności...*, *op. cit.*, s. 457.

²⁴ Możliwość przyznania stosownego odszkodowania najbliższemu członkowi rodziny zmarłego była przedmiotem rozważań SN na tle regulacji słusznościowej z d. art. 419 k.c. W orzeczeniu z dnia 23 października 1969 r. (I CR 328/69, niepubl.) Sąd Najwyższy odmówił przyznania odszkodowania z art. 446 § 3 k.c., przyjmując, iż: „W myśl art. 419 k.c. – w wypadku śmierci – do żądania całkowitego lub częściowego naprawienia szkody

W art. 417² k.c. ustawodawca wprost przewiduje, obok naprawienia szkody, możliwość dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę. Rozróżnienie przez ustawodawcę szkody i krzywdy na gruncie regulacji słusznościowej jest, jak się wydaje, *superfluum* ustawowym. Zgodnie z ustalonym poglądem, naprawienie szkody na osobie obejmuje również kompensację krzywdy niemajątkowej. Zadośćuczynienie ma rekompensować szkodę niemajątkową i może być przyznane tylko wówczas, gdy wystąpiła krzywda polegająca na ujemnych przeżyciach poszkodowanego związanych z cierpieniem fizycznym lub psychicznym związanym z uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia, stosownie do art. 445 k.c. lub z powodu śmierci osoby najbliższej, stosownie do art. 446 § 4 k.c. W doktrynie został ponadto wyrażony pogląd o możliwości uzupełniającego stosowania art. 448 k.c. Według tego stanowiska, opierającego się na założeniu, że art. 445 k.c. jest regulacją szczególną wobec normy art. 448 k.c., pokrzywdzony wykonywaniem władzy publicznej może alternatywnie żądać zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej

na podstawie tego przepisu, uprawniony jest tylko ten, kto utracił żywiciela, czyli, inaczej mówiąc, ten, kto odpowiada warunkom z art. 446 § 2 k.c. Skoro zaś zarówno z twierdzeń powoda, jak i ustaleń zaskarżonego wyroku wynika, że tego rodzaju przesłanka nie zachodzi, gdyż denat nie był żywicielem swego ojca, to nawet znaczne pogorszenie się sytuacji życiowej powoda, które mogłoby usprawiedliwiać przyznanie odszkodowania na podstawie art. 446 § 3 k.c., nie dawało podstaw do uwzględnienia powództwa opartego na art. 419 k.c.” W orzeczeniu z dnia 20 listopada 1969 r. (I CR 372/69, niepubl.) Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał na ograniczenie odszkodowania z art. 446 § 3 k.c. do wyjątkowych sytuacji: „Zestawienie obu przepisów wskazuje, że odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. mieścić się może w odszkodowaniu z art. 419 k.c. tylko w szczególnych sytuacjach, gdy zmarły był nie tylko najbliższym członkiem rodziny osoby dochodzącej odszkodowania, lecz także jej żywicielem, a nadto, gdy utrata żywiciela zarówno w znacznym stopniu pogorszyła jej życiową sytuację, jak i doprowadziła do tego, że jej materialne położenie stało się ciężkie. Z powodu niepokrywania się przytoczonych przesłanek odszkodowania z obu powyższych przepisów odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. – poza powyższymi szczególnymi sytuacjami – nie może być zasądzone na zasadzie art. 419 k.c.” W orzeczeniu z dnia 11 lutego 2003 r. (I CK 223/03, LEX nr 175945) Sąd Najwyższy uznał brak przesłanek do przypisania Skarbowi Państwa odpowiedzialności w oparciu o przepis d. art. 419 k.c., przyjmując, iż powodowie mogliby ubiegać się o naprawienie szkody jedynie wykazując, że zmarły był ich żywicielem, „tymczasem niekwestionowane ustalenia sądów obydwu instancji wskazują, że syn powodów odbywał służbę wojskową, planował założenie własnej rodziny i nie przyczyniał się do utrzymania rodziców, którzy zaspokajali swoje potrzeby ze swoich dochodów”.

na cel społeczny²⁵. Wobec najnowszego stanowiska Sądu Najwyższego²⁶ w kwestii stosowania art. 448 k.c., zgodnie z którym przesłanką roszczenia o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny jest wina kwalifikowana sprawcy naruszenia dobra osobistego, mianowicie wina umyślna albo rażące niedbalstwo, taką możliwość należy jednak wykluczyć w przypadku, gdy odpowiedzialność zobowiązanego do naprawienia szkody opiera się na zasadzie słuszności²⁷.

²⁵ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 7, Warszawa 2007, s. 224, 262. Pogląd ten jest kontrowersyjny. W doktrynie na temat wzajemnego stosunku art. 445 k.c. do 448 k.c. istnieją bowiem trzy stanowiska. Według pierwszego z nich, przepis art. 445 k.c. stanowi wyłączną podstawę prawną przyznania zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia wymienionych w nim dóbr osobistych. Oznacza to, że art. 448 nie znajduje zastosowania w odniesieniu do dóbr osobistych enumeratywnie wyliczonych w art. 445 k.c. Zob.: A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 208 i n. Według drugiego stanowiska, art. 448 k.c. znajduje zastosowanie w odniesieniu do wszelkich dóbr osobistych, a zatem również w przypadku, gdy naruszone zostały dobra wymienione w art. 448 k.c. Zgodnie z tym poglądem, wobec częściowego krzyżowania się pola zastosowania obu przepisów (np. zawinione naruszenie integralności cielesnej może uzasadniać przyznanie zadośćuczynienia zarówno na podstawie art. 445 k.c., jak i art. 448 k.c.) możliwe jest przyjęcie koncepcji alternatywnego zbiegu roszczeń z art. 445 k.c. i 448 k.c., co jednak nie dotyczy przypadku, gdy odpowiedzialność zobowiązanego do naprawienia szkody opiera się na zasadzie słuszności, ponieważ dla zastosowania art. 448 k.c. wymagana jest przesłanka winy. Tak: M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449^{1/}...*, *op. cit.*, s. 1468. Według trzeciego stanowiska, art. 445 k.c. jest regulacją szczególną wobec normy art. 448 k.c. Taka konstrukcja prawna pozwala na uzupełniające stosowanie do art. 445 k.c. ogólnych postanowień art. 448 k.c. w zakresie niesprzecznym z treścią art. 445 k.c. Przy przyjęciu tej koncepcji w każdym stanie faktycznym określonym w art. 445 k.c. pokrzywdzony może żądać zadośćuczynienia nie tylko dla siebie, ale alternatywnie na wskazany przez niego cel społeczny. Tak: Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 267.

²⁶ W orzeczeniu z dnia 17 marca 2006 r. Sąd Najwyższy przyjął o dopuszczalności żądania na gruncie art. 448 k.c. łącznego zasądzenia zadośćuczynienia zarówno na rzecz poszkodowanego, jak i na wskazany przez niego cel społeczny. Sąd Najwyższy wskazał ponadto, iż przesłanką roszczenia o zasądzenie odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny (art. 448 k.c.) jest wina kwalifikowana sprawcy naruszenia dobra osobistego, mianowicie wina umyślna albo rażące niedbalstwo. Kontrowersyjne stanowisko SN z dnia 17 marca 2006 r. dotyczące kumulatywnego zbiegu roszczeń przewidzianych w art. 448 k.c. potwierdzone zostało uchwałą SN z dnia 19 czerwca 2007 r., wskazującą, iż w razie naruszenia dobra osobistego dopuszczalna jest kumulacja roszczeń określonych w art. 448 k.c. (roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne i świadczenia pieniężnego na określony cel społeczny).

²⁷ Por. B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 199 i n.

Przepis art. 417² uzależnia powstanie i rozmiar obowiązku odszkodowawczego od zgodności z kryterium względów słuszności. Poszkodowanemu należy się odszkodowanie (całkowite lub częściowe) wówczas, gdy wymagają tego względy słuszności. Ustawodawca odstąpił w uregulowaniu art. 417² k.c. od pojęcia „zasady współżycia społecznego”, obowiązującego dotychczas w regulacjach kodeksowych statuujących odpowiedzialność na zasadzie słuszności – a zatem również w d. art. 419 k.c. i powrócił w tym względzie do terminologii obowiązującej na gruncie ustawy z 1956 r. o odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych. Pojęcie „względów słuszności” należy traktować jako odesłanie do norm moralnych, które odnoszą się do wzajemnych stosunków między ludźmi. Przyznanie odszkodowania na podstawie art. 417² k.c. musi być zatem wsparte odpowiednią aprobatą moralną.

W celu ustalenia, kiedy zasady słuszności będą przemawiać za przyznaniem poszkodowanemu całkowitego lub częściowego naprawienia szkody należy w pierwszej kolejności kierować się treścią art. 417² k.c. Ustawodawca wskazał w tym przepisie jako okoliczności, które należy brać pod uwagę, niezdolność poszkodowanego do pracy lub jego ciężkie położenie materialne. Z drugiej strony, wymienione w treści art. 417² k.c. przepisu okoliczności należy traktować jedynie przykładowo, za czym przemawia użyty przez ustawodawcę zwrot „a zwłaszcza”. W konkretnej sprawie mogą zatem pojawić się inne okoliczności, w świetle których przyznanie odszkodowania wsparte będzie odpowiednią aprobatą moralną. Z tego punktu widzenia, w świetle dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego regulacji słusznościowej²⁸ statuującej odpowiedzialność państwa na zasadzie słuszności, szczególne znaczenie ma okoliczność, że szkoda powstała w następstwie działań podejmowanych przez władzę publiczną dla realizacji celów leżących w interesie ogółu. Powyższa tendencja została ukształtowana pod wpływem myśli, iż nie byłoby uzasadnione, aby jednostka ponosiła wyłącznie ciężar skutków działalności organów państwowych podejmowanej w interesie całego społeczeństwa.

²⁸ Por. B. Więzowska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 159 i n. oraz powołane tam orzeczenia.

W związku z tym, w każdym konkretnym przypadku należy poddać przede wszystkim analizie te okoliczności, które wyznaczają finansową sytuację poszkodowanego (jego możliwości zarobkowe, inne dochody, majątek), stopień niezdolności poszkodowanego do pracy oraz wskazujące na istnienie interesu ogólnego leżącego u podstaw konkretnego działania władzy publicznej. Rozstrzygnięcie podejmowane *in concreto* powinno opierać się jednak na wszechstronnym rozważeniu wszelkich, istotnych dla dokonania oceny natury słusznościowej okoliczności sprawy – należeć do nich będą inne indywidualne okoliczności dotyczące poszkodowanego, jego sytuacja rodzinna, zawodowa oraz okoliczności dotyczące zdarzenia sprawczego, takie jak ciężkość doznanej szkody lub jej trwałość²⁹. Dla oceny, czy względy słuszności przemawiają w konkretnej sprawie za przyznaniem odszkodowania istotne znaczenie ma również zachowanie się samego poszkodowanego.³⁰

Bibliografia

- Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Banaszczyk Z. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Bączyk-Rozwadowska K., *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2007.

²⁹ M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, *op. cit.*, s. 8; P. Dzienis, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 234.

³⁰ W sprawie, która była podstawą wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2003 r. (II KKN 96/01, LEX nr 137609) Sąd Okręgowy oddalił powództwo przeciwko Skarbowi Państwa powołując się na to, że działania funkcjonariuszy Policji mieściły się w granicach prawa oraz były uzasadnione agresywnym zachowaniem powoda, który w stanie upojenia alkoholowego uniemożliwił, używając wulgarnych słów i grożąc użyciem siekiery, wykonywanie obowiązków służbowych polegających na konieczności doprowadzenia na komendę jego syna. Sąd Okręgowy nie znalazł podstawy do uwzględnienia powództwa na podstawie d. art. 419 k.c. ze względu na zachowanie powoda, który sprowokował całe zajście.

- Bieniek G. [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga III. Zobowiązania*, t. I, wyd. 6, LexisNexis, Warszawa 2005.
- Dzienis P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Projekt ustawy o zmianie niektórych przepisów kodeksu cywilnego o odpowiedzialności za szkodę*, KPP 2003, z. 3.
- Kremis J., *Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 6.
- Łętowska E., *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkodę wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 7.
- Nesterowicz M., *O gwarancyjną odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przy leczeniu* [w:] *Studia z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa dla uczczenia 50-lecia pracy naukowej Prof. dr. hab. Adama Szpunara*, red. A. Rembieliński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa–Łódź 1983.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna publicznego zakładu opieki zdrowotnej za wyrządzoną szkodę w świetle kodeksu cywilnego i art. 77 ust. 1 Konstytucji RP*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2.
- Nesterowicz M., *Odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa (Uwagi de lege ferenda i o stosowaniu prawa)*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 1.
- Parchomiuk J., *Zasada słuszności jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej* [w:] *Księga pamiątkowa z okazji 10-lecia Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2006.
- Radwański Z., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, z. 2.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 7, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2003.

- Safjan M. (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. II, *Prawo cywilne*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1995.
- Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, red. K. Pietrzykowski, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Safjan M., *Odpowiedzialność deliktowa osób prawnych. Stan obecny i kilka uwag de lege ferenda* [w:] *Z zagadnień współczesnego prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tomasza Dybowskiego*, *Studia Iuridica* 1994, t. XXI.
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Skoczylas J. J., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa i innych podmiotów przy wykonywaniu władzy publicznej w noweli do kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 9.
- Szpunar A., *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz 1999.
- Śmieja A., *Związek przyczynowy i zasady współżycia społecznego w świetle art. 419 k.c.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 1152, Wrocław 1990.
- Więzowska B., *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.

SUMMARY

The concept of liability of public authority based on the principle of equity was introduced into the Polish law under the article 5 of the Act of 15 November 1956, “On the Liability of the State for Damage Caused by State Agents”. The regulation of article 5 of the Act was transposed into the Civil Code of 1964 without major modifications. It covered liability of the state and local self-government units for damage inflicted by a tort of a functionary (article 419 of the Civil Code). By the amendment to the Civil Code of 2004, article 419 of the Civil Code was abolished and the new article 4172 of the Civil Code, which provides liability for lawful exercise of public authority based on considerations of equity, was introduced. Article 4172 of the Civil Code provides that if by lawful exercise of public authority an injury to the person was caused, the

injured person is entitled to obtain a full or partial compensation as well as monetary compensation for moral losses, when it is evident from the circumstances of the case, especially from victim's incapacity to work or his/her poor financial situation that compensation is required by the considerations of equity.

The amendment to the Civil Code of 2004 has brought about essential changes in the regime of state liability. Under the present law, the decisive factor of liability is the character of the conduct that results in the damage. The domain of special state liability is limited to torts committed in the exercise of public powers. For its private economic activities the state is liable according to the general rules of civil law. This change – in comparison to the former regulations of liability of public authority based on principle of equity – is unfavourable for the injured party, especially as regards damage sustained in medical practice, as medical care of patients, in general, is not considered to belong to the sphere of public administration.

*Teresa Gardocka**

Odpowiedzialność państwa za niezasadne pozbawienie wolności

Pomyłki sądowe zdarzają się wszędzie. Nie ma ludzi nieomylnych i nie ma sądów nieomylnych. Pomyłka sądowa jest zawsze na czyjaś niekorzyść. niesłuszne uniewinnienie boli pokrzywdzonego przestępstwem, niesłuszne skazanie często wręcz burzy życie osądzonych. Obecne prawo nie pozwala zmienić niesłusznego prawomocnego uniewinnienia, poza jednym rzadkim przypadkiem, gdy nastąpiło ono skutkiem przestępstwa¹. Z pewnością istnieje konieczność i możliwość zmiany tych wyroków, skutkiem których obywatel zostaje niesłusznie ukarany, szczególnie ważna w przypadku, gdy karą jest pozbawienie wolności. Niewątpliwie konieczność naprawienia sytuacji budzą również te postanowienia sądu, które pozbawiają obywatela wolności na czas postępowania karnego poprzez zastosowanie tymczasowego aresztowania.

Wobec faktu omylności sądów, jest zupełnie oczywiste, że mylą się również lub działają zbyt pochopnie inne organy zaangażowane w ściganie przestępstw, zatrzymując niesłusznie podejrzanych o popełnienie przestępstwa.

* Dr hab. prof. nadzw. Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego.

¹ Por. art. 540 § 1 ust. 1 k.p.k.

Gdy państwo zastrzega sobie monopol karania przez swoje organa, musi także odpowiadać za szkodę spowodowaną niesłusznymi wyrokami tych organów².

Mimo wielu sporów wokół instytucji odszkodowania za niesłuszne pozbawienie wolności, bez żadnych wątpliwości możemy dziś stwierdzić, że istnieje zgoda w doktrynie co do podstawowych kwestii. Po pierwsze, instytucja odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie jest fragmentem ustawowo uregulowanej odpowiedzialności Państwa za działania funkcjonariuszy państwowych³. W związku z tym wszystkie przypadki, które nie mieszczą się w tym wyjętym z kodeksu cywilnego i przeniesionym do kodeksu postępowania karnego wycinku odpowiedzialności, muszą być rozpatrywane w oparciu o ogólne przepisy dotyczące odpowiedzialności funkcjonariuszy (art. 417 i n. k.c.). Chodzi tu zarówno o kwestie samych okoliczności szkody, np. odszkodowania za zastosowanie środków karnych z art. 39 k.k., jak i osób, które poniosły szkodę w związku ze skazaniem, a nie mieszczą się w określonym w art. 556 k.p.k. kręgu uprawnionych⁴.

Regulacja rozdziału 58 k.p.k. nie stanowi zatem wyłącznej podstawy dochodzenia odszkodowania od Skarbu Państwa za szkodę spowodowaną orzeczeniem sądu karnego, a tylko jest określoną w art. 421 k.c. regulacją szczególną, wyłączającą ściśle określone kwestie związane

² Por. L. Peiper, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 898.

³ Szerzej na ten temat T. Woźny, *Charakter prawny postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 8, s. 61 i n.

⁴ Por. np. wyrok SN z dnia 1.04.2008, sygn. V kk 33/08 z tezą: *W dniu orzekania przez SN, orzeczony wobec skazanego środek karny w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych kategorii B został niemal w całości wykonany. Jeżeli po uchyleniu wyroku Sądu Okręgowego w w/w części dotyczącej tego środka, dojdzie do wymierzenia mu obligatoryjnego środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych kategorii C, oskarżonemu przysługiwać będzie roszczenie wobec Skarbu Państwa za wykazaną szkodę wyrządzoną na skutek wykonania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych kategorii B. Odszkodowanie z tego tytułu nie może być jednak dochodzone na zasadach określonych w rozdziale 57 Kodeksu postępowania karnego, lecz na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie postępowania cywilnego*. Także wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7.12.2006, sygn. II AKa 162/06, LEX nr 283403 stwierdza: *Odszkodowanie z tytułu wykonania środka karnego, z którego wynika szkoda może być dochodzone przez pokrzywdzonego w postępowaniu cywilnym, a nie w trybie art. 552 § 1 k.p.k.*

z dochodzonym od Skarbu Państwa odszkodowaniem do szczególnego reżimu, zarówno materialnego, jak i procesowego.

Co do samego faktu umieszczenia tej regulacji w k.p.k., trzeba uznać, że sąd karny jest bardziej kompetentny do oceny sytuacji, w jakiej powstało prawo do odszkodowania, bardziej kompetentny do oceny przyczynienia samego poszkodowanego (zwanego przez k.p.k., zapewne niesłusznie, także w tej sytuacji procesowej oskarżonym) do niesłusznego skazania lub aresztowania.

Po drugie, co wyraźnie wynika z regulacji k.p.k. (art. 558) w kwestiach nieregulowanych w tym rozdziale k.p.k. stosuje się przepisy k.p.c. W tekście przepisu znalazło się słowo „tylko” (przepisy k.p.c. stosuje się tylko w kwestiach nieregulowanych w niniejszym kodeksie). Słowo to ma oznaczać, że regulacja k.p.k. jest co do zasady samodzielna, a przepisy prawa cywilnego stosuje się właściwie wyjątkowo, gdy nie można ustalić wyczerpująco treści regulacji na podstawie tego rozdziału k.p.k. Z drugiej strony wydaje się niewątpliwe, że sprawa o odszkodowanie za niesłuszne skazanie jest w rozumieniu art. 1 k.p.c. sprawą cywilną, wyłączoną do procesu karnego⁵.

Po trzecie, odpowiedzialność Skarbu Państwa jest odpowiedzialnością opartą na zasadzie ryzyka. Było to zawsze oczywiste w zakresie odpowiedzialności za niesłuszne skazanie, ale dopiero z czasem, dzięki orzecznictwu Sądu Najwyższego, przyjęto ryzyko jako podstawę odpowiedzialności także za niesłuszne tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie.

Kłopot z ustaleniem podstawy odpowiedzialności związany był z odnoszaniem się do odpowiedzialności za tymczasowe aresztowanie zwrotem „niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie” (w obowiązującym k.p.k.), a poprzednio – w k.p.k. 1969 zwrotem „oczywiście niesłuszne tymczasowe aresztowanie”⁶.

⁵ Tak P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 126.

⁶ Zwrot ten nie został zmieniony w nowelizacji k.p.k. 1969 dokonanej w 1985 r. K.p.k. 1928 nie przewidywał zaś w ogóle odszkodowania za niesłuszne tymczasowe aresztowanie chociaż projekt Komisji Kodyfikacyjnej proponował w projektowanym art. 640 przyznanie odszkodowania „osobie, która była tymczasowo aresztowana i została uniewinniona”, czyli chciano przyjąć pełne ryzyko Skarbu Państwa. Por. A. Mogilnicki, E. S.. Rappaport, *Kodeks Postępowania Karnego. Motywy Ustawodawcze*, Warszawa 1929.

Z brzmienia ustawy wynikało, że nie chodzi tu o odpowiedzialność opartą na ryzyku, skoro wymaga się niesłuszności z przymiotnikiem „niewątpliwa” czy też „oczywista”. Taka linia utrzymywała się wówczas w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁷.

Pod rządem obowiązującego k.p.k. kwestię jednoznacznie rozstrzygnęła uchwała SN⁸. Wynika z niej, że sam wyrok uniewinniający daje podstawę uznania, że aresztowano człowieka niesłusznie w sposób niewątpliwy. Ta istotna zmiana linii orzecznictwa po wejściu w życie k.p.k. 1997 była właściwie prawotwórcza, choć niewątpliwie słuszna. Przymiotnik „niewątpliwie” towarzyszący określeniu „niesłuszne tymczasowe aresztowanie” okazał się zwyczajnie bez znaczenia.

Odpowiedzialność z ryzyka zwykle wyłączają wskazane w ustawie okoliczności egzoneracyjne. Tak jest też przy odpowiedzialności za niesłuszne skazanie, aresztowanie lub zatrzymanie. Okoliczności wyłączające odpowiedzialność Skarbu Państwa wskazuje obowiązująca ustawa procesowa w art. 553.

Roszczenie o odszkodowanie nie przysługuje temu, kto w zamiarze wprowadzenia w błąd sądu lub organu ścigania złożył fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa lub fałszywe wyjaśnienie i spowodował tym niekorzystne dla siebie orzeczenie w przedmiocie skazania, tymczasowego aresztowania, zastosowania środka zabezpieczającego albo zatrzymanie. Dowód na okoliczność wyłączającą odpowiedzialność Skarbu Państwa obciąża Skarb Państwa i konieczność przeprowadzenia tego dowodu także przemawia za tym, że tradycyjne przeniesienie tego postępowania do sądu karnego i poddanie regulacji karno-procesowej nie cywilnej jest słuszne. Oczywiście sądowi karnemu będzie zawsze

⁷ Por. szczególnie orzeczenia i argumenty przytoczone w Kodeks Postępowania Karnego. *Kodeks karny. Komentarz*, J. Bafia i inni, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 652 i n.

⁸ Uchwała SN (z dnia 15.09.1999 I KZP 27/99, opubl. OSNKW 1999, z. 11–12, poz.72), której tezy brzmią: *1. Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania (art. 552 § 4 k.p.k.) opiera się na zasadzie ryzyka. 2. Niewątpliwie niesłusznym, w rozumieniu art. 552 § 4 k.p.k. jest takie tymczasowe aresztowanie, które było stosowane z obrazą przepisów rozdziału 28 k.p.k. oraz tymczasowe aresztowanie oskarżonego (podejrzanego), powodujące dolegliwość, której nie powinien być doznać w świetle całokształtu okoliczności ustalonych w sprawie, a także, w szczególności, prawomocnego jej rozstrzygnięcia.*

łatwiej ustalić zarówno istnienie tak ujętych okoliczności egzoneracyjnych, jak też przyczynienia się oskarżonego do skazania, co musi mieć wpływ na obniżenie odszkodowania. Warto zwrócić uwagę, że nie może być uważane za przyczynienie ani tym bardziej za okoliczność egzoneracyjną to, że oskarżony w procesie karnym korzysta z przysługujących mu praw np. prawa do składania nieprawdziwych wyjaśnień i powoduje przez to zastosowanie tymczasowego aresztowania⁹. Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności tylko wówczas, gdy oskarżony sam się nieprawdziwie oskarżył, bądź to zawiadamiając o przestępstwie, którego nie popełnił, bądź przesłuchiwany jako podejrzany lub jako świadek przyznał się do czynu niepopełnionego. Ani w przypadku ubiegania się o odszkodowanie za niesłuszne pozbawienie wolności, ani w jakimkolwiek innym oskarżony nie może być w żaden sposób ukarany za to, że skorzystał z przysługujących mu praw, nawet gdy utrudniły one dotarcie do prawdy o inkryminowanym zdarzeniu.

K.p.k. 1928 wyłączał obowiązek odszkodowawczy Skarbu Państwa wyraźniej niż prawo dziś obowiązujące, w art. 651 § 1 stanowiąc, że „nie ma prawa do wynagrodzenia ten, kto poprzednie swe skazanie spowodował umyślnie lub przez oczywiste niedbalstwo”. Ciężar dowodu, że okoliczności wyłączające odpowiedzialność istnieją obciążał oczywiście Skarb Państwa. Przy czym słowo „oczywiste” dodano do projektowanego przez komisję kodyfikacyjną przepisu w czasie prac sejmowych, według projektu Komisji Kodyfikacyjnej wystarczać miało po prostu niedbalstwo.

Warto też zwrócić uwagę, że k.p.k. 1928 w aspekcie odszkodowania za niesłuszne skazanie dzielił wyroki uniewinniające na takie, które stwierdzają pozytywnie niewinność oskarżonego (czynu zarzucanego nie popełnił) i takie, które stwierdzają tylko, że brak jest dowodów do skazania. Uniewinnienie następuje wówczas skutkiem działania zasady domniemania niewinności. Możliwość wyłączenia odpowiedzialności Skarbu Państwa w przypadku tych drugich wyroków przewidywał k.p.k. 1928, stanowiąc w artykule 651 § 2, że „Sąd może odmówić wynagro-

⁹ Por. np. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22.06.1999, sygn. II AKA 205/99, którego teza brzmi: *Rażąco sprzeczne z uprawnieniami do obrony i gwarancją swobody wyboru sposobów i środków obrony byłoby utożsamianie zmiany wyjaśnień oskarżonego z przesłanką utrudniania postępowania karnego*. Opubl. OSA 2000 nr 6, poz. 47.

dzenia, jeżeli poszlaki, zebrane w poprzednim postępowaniu, nie zostały w sposób stanowczy odparte w postępowaniu wznowionym¹⁰. A. Mogilnicki wywodził, że podstawa uniewinnienia mieć będzie wpływ na wysokość odszkodowania. Powinno ono być istotnie wyższe, gdy udowodniono niewinność skazanego, a niższe, gdy uniewinnienie nastąpiło z braku dostatecznych dowodów winy. I choć tok rozumowania wydaje się niepozbawiony racji, autor opatruje ten pogląd wyraźnymi zastrzeżeniami – „Jeżeli oskarżonego uniewinniono tylko dla braku dowodów, zawsze może pozostać pewna doza wątpliwości, czy nie jest on winien i, aczkolwiek, wszystkie wyroki uniewinniające są sobie równe i z punktu widzenia skutków prawnych żadnych różnic w tym względzie robić nie można, to jednak jest rzeczą nieuniknioną, że ta pewna wątpliwość może wyrzucić wpływ na sąd apelacyjny i odbić się na zmniejszeniu sumy odszkodowania¹¹”.

Przytoczenie okoliczności egzoneracyjnych zniknęło w 1956 roku skutkiem nowelizacji k.p.k. 1928, nie było ich też w k.p.k. 1969, choć nie twierdzono, że odpowiedzialność Skarbu Państwa jest bezwzględna. Pojawiły się znowu w obowiązującym k.p.k. w postaci bardziej rozbu-

¹⁰ L. Peiper w komentarzu wydanym w 1933 roku tak kończy rozważania dotyczące tego zagadnienia: „przy takim stanie rzeczy przyznanie wynagrodzenia w regule zawisłem będzie jedynie i wyłącznie od uznania sadu; należy jednak spodziewać się, że sąd nie odmówi wynagrodzenia, jeżeli nie będzie miał poważnych wątpliwości co do winy uniewinnionego. Postępowanie przeciwne byłoby niegodne idei sprawiedliwości, a wysokie napięcie etyczne i wysokie poczucie prawa i słuszności właściwe naszym sędziom, tudzież fakt, że przeciw potężnemu Skarbowi Państwa staje człowiek moralnie i materialnie złamany wyrokiem skazującym – napawać nas musi otuchą, że praktyka nie będzie w zakamarkach § 2 szukała motywów do odmówienia wynagrodzenia”. Patrz *Kodeks postępowania karnego*, Kraków 1933, s. 906. Zdaje się zresztą – nie szukała.

¹¹ A. Mogilnicki, E. S. Rappaport, *Kodeks postępowania karnego...*, op. cit., s. 760. Obecnie o różnicowaniu wyroków uniewinniających por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22.02.2007, sygn. II AKa 9/07, którego teza brzmi: *Powszechna praktyka sądowa ukształtowana poglądami Sądu Najwyższego wyrażonymi w uchwale z dnia 15 września 1999 (SNKW 11-12/99, poz. 72) uznaje za niewątpliwie niesłuszne w zasadzie każde tymczasowe aresztowanie zastosowane w postępowaniu zakończonym wyrokiem uniewinniającym lub umarzającym postępowanie, niezależnie od przyczyn, dla których aresztowanie stosowano i niezależnie od powodów, które uzasadniały uniewinnienie, bez różnicowania wyroków na zapadłe, bo oskarżony czynu nie popełnił, bądź tylko nie zdołano mu tego udowodnić itd. Domniemanie niewinności działa we wszystkich tych sytuacjach jednakowo.*

dowanej niż poprzednio. Określono sytuacje wyłączające wyłączenie odpowiedzialności Skarbu Państwa, mimo fałszywego samooskarżenia lub przyznania się do winy, gdy naruszone zostały zasady przesłuchania oskarżonego określone w art. 171 § 3, 4 i 6 oraz gdy szkoda lub krzywda powstała na skutek przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza państwowego (art. 553 § 2 k.p.k.). Wymienienie wśród tych okoliczności § 3 art. 171 wydaje się niezrozumiałe, bowiem regulacja odszkodowania w k.p.k. nie odnosi się do nieletnich, a w żadnym wypadku osoba, która nie ukończyła lat 15 nie może być skazana na podstawie kodeksu karnego. Intencja ustawodawcy jest jednak bez wątpienia czytelna. Skarb Państwa nie może odnosić korzyści w postaci nieistnienia obowiązku odszkodowawczego, jeżeli przesłanki egzoneracyjne powstały skutkiem niezgodnego z prawem działania funkcjonariuszy organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości.

Obecna regulacja jest także najszersza z dotychczasowych polskich, obejmuje bowiem obowiązkiem odszkodowawczym obok niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania i zastosowania środka zabezpieczającego, także zatrzymanie.¹²

Po krótkim przedstawieniu kształtowania się instytucji odszkodowania za niesłuszne skazanie w polskim prawie, pragnę zwrócić uwagę na trzy kwestie szczegółowe:

- I. Czy słuszne jest, że obowiązujące obecnie dwa reżimy odszkodowań za niesłuszne skazanie tak istotnie się różnią?
- II. Jakie powinno być słuszne uregulowanie kwestii zaliczenia odbytego tymczasowego aresztowania na karę w innej sprawie lub zapłacenia za nie odszkodowania?

¹² Projekt Komisji Kodyfikacyjnej przedwojennej obejmował obowiązkiem odszkodowawczym także tymczasowe aresztowanie (art. 640 projektu), ale nie pojawiło się ono w uchwalonym tekście k.p.k. 1928 (art. 627, po nowelizacji z 1932 r. – 650). Po wojnie skutkiem nowelizacji w 1956 r. pojawiło się prawo do odszkodowania dla „osoby, która oczywiście bezzasadnie została pozbawiona wolności przez tymczasowe aresztowanie”. K.p.k. 1969 dodał odszkodowanie za niesłuszne zastosowanie środka zabezpieczającego, zaś od nowelizacji z 1995 r. odszkodowaniem objęte zostało również niesłuszne zatrzymanie.

III. Kogo obciąża zapłacenie odszkodowania za niesłusznie odbytą karę pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający po przejęciu obywatela celem odbycia kary w Polsce, jako państwie ojczystym?

I. Drugi obok k.p.k. reżim przyznawania odszkodowań za niesłuszne skazanie przewiduje ustawa z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego¹³. Sama ta ustawa dotyczy czterech wyraźnie różniących się od siebie sytuacji. Pierwsza, określona w art. 8 dotyczy wszystkich osób, wobec których stwierdzono nieważność orzeczenia wydanego przez polskie organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości albo wydano decyzję o internowaniu w związku z wprowadzeniem w dniu 13 grudnia 1981r. w Polsce stanu wojennego. Odszkodowanie przyznane za poniesioną szkodę i zadośćuczynienie za doznaną krzywdę wynikłe z orzeczeń lub decyzji nie mogą łącznie przekroczyć 25 000 zł. Ograniczenie kwotowe nie obowiązuje, jeżeli represje miały miejsce przed 31 grudnia 1956 r. lub osoba poszkodowana poniosła śmierć. Druga dotyczy osób mieszkających w chwili ubiegania się o odszkodowanie lub w chwili śmierci w Polsce, a represjonowanych przez radzieckie organy ścigania lub organy pozasądowe, działające na obecnym terytorium Polski w okresie od 1 lipca 1944 (data wkroczenia wojsk radzieckich na ziemie za Bugiem) do dnia 31 grudnia 1956 (przybliżona data faktycznego zaprzestania działania organów radzieckich na ziemiach polskich) za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego lub z powodu takiej działalności. Trzecia dotyczy osób mieszkających w chwili ubiegania się o odszkodowanie lub w chwili śmierci w Polsce, represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego na terytorium Polski ustalonym w Traktacie Ryskim, w okresie od 17 września 1939 (data wkroczenia wojsk sowieckich na wschodnie tereny Polski) do 5 lutego 1946 (data prawego uregulowania granicy polsko-sowieckiej po II wojnie). Czwarta obejmuje osoby, wobec których zapadły orzeczenia skazujące wydane przez organy Polskich Sił Zbrojnych w Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich, niepodlegających Rządowi RP, niezależnie od daty i miejsca wydania.

¹³ Dz.U. 1991, Nr 34, poz. 140 z późn. zm.

W każdym przypadku uznanie orzeczenia za nieważne jest równoznaczne z uniewinnieniem.

Ustawa ta w zakresie, w jakim obejmuje obowiązkiem odszkodowawczym Skarbu Państwa przypadki unieważnienia orzeczenia wydanego przez władze radzieckie wobec polskich obywateli jest skutkiem rzadkiego w prawie międzynarodowym przypadku przyjęcia przez państwo obowiązku odszkodowawczego wobec własnych obywateli za działania innego państwa. Podstawą było porozumienie zawarte przez rząd polski z władzami radzieckimi¹⁴.

Reżim ustanowiony tą ustawą różni się istotnie od odpowiednich uregulowań k.p.k. w dwóch punktach: co do ustalenia wysokości odszkodowania oraz co do kręgu uprawnionych w sytuacji, gdy sam represjonowany nie żyje. Ustawa ustala wysokość odszkodowania za represję po 1956 roku, z wyjątkiem sytuacji, gdy osoba poszkodowana poniosła śmierć (skazana została na karę śmierci lub zmarła podczas pozbawienia wolności) na kwotę 25 000 zł. Zapewne przyczyną są ograniczone możliwości Skarbu Państwa i znaczna liczba osób, które uznają się za represjonowane w różnych formach. Oznacza to, że kwota 25 000 zł musi być przyznana już za kilka dni internowania po 13 grudnia 1981, ale zarazem oszczędza sądom konieczność „wyceny pokrzywdzenia”. Ustawa ustanawia przejście uprawnienia po śmierci pokrzywdzonego na jego małżonka, dzieci i rodziców (art. 8.1), podczas gdy roszczenie o odszkodowanie na podstawie k.p.k. nie przechodzi na nikogo, a tylko określone kategorie osób mogą w razie śmierci poszkodowanego zgłosić określone w art. 556 k.p.k. roszczenie własne, wynikające z faktu, że niesłusznie skazany dostarczał im środki utrzymania.

Znowu oznacza to, że dziecko internowanego na kilka dni w stanie wojennym uzyskuje uprawnienie do 25 000 zł odszkodowania. Zapewne ustawodawca kierował się przeświadczeniem, że w związku z represjami władz komunistycznych polskich lub sowieckich cierpiały z reguły całe rodziny i zapewne bardzo często tak było, ale wszelkie schematy w tym zakresie wydają się nieusprawiedliwione. Zresztą rodzina cierpi zawsze

¹⁴ Porozumienie między ZSRR i PKWN z dnia 26 lipca 1944 r. o stosunkach między radzieckim wodzem naczelnym a polską administracją po wkroczeniu wojsk radzieckich na terytorium Polski.

w przypadku niesłusznego odbywania kary przez któregokolwiek z jej członków.

II. Zagadnienie zaliczenia okresu tymczasowego aresztowania uregulowane jest w art. 63 k.k. oraz w art. 417 k.p.k. I właśnie regulacja k.p.k. stała się powodem bardzo wyraźnej niesprawiedliwości. Art. 417 k.p.k. nakazuje zaliczyć na poczet orzeczonej kary okres tymczasowego aresztowania odbytego przez oskarżonego w innej sprawie, w której postępowanie toczyło się równocześnie, a zapadł w niej prawomocny wyrok uniewinniający, umorzono postępowanie albo odstąpiono od wymierzenia kary. Znamienne są w tym przedmiocie szczególnie dwa orzeczenia Sądu Najwyższego. Postanowienie SN z dnia 15.11.2007 (IVKK 82/07) stanowi: *Zaliczenie okresu aresztowania na podstawie art. 63 k.k. lub art. 417 k.k. wyłącza możliwość zasądzenia odszkodowania w trybie przepisów rozdz. 58 k.p.k., zaś postanowienie z 08.01.2008 (VKK 157/07): W trybie określonym w rozdziale 58 k.p.k. rekompensowane mogą być tylko szkoda i krzywda istniejące w chwili orzekania przez sąd w przedmiocie wniosku. Jeżeli do tego czasu nastąpi zrekompensowanie w innej przewidzianej procesowo formie niesłusznie odbytej kary lub tymczasowego aresztowania, np. przez chociażby nieprawidłowe zastosowanie art. 417 k.p.k., potrzeba i możliwość zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia dezaktualizuje się, a roszczenie staje się bezprzedmiotowe.* Określone w § 2 art. 63 k.k. zasady zaliczania oznaczają, że gdy okres tymczasowego aresztowania w innej sprawie, zakończonej uniewinnieniem, zaliczony zostanie na orzeczoną w toczącym się równocześnie postępowaniu grzywnę, jeden dzień tymczasowego aresztowania może zostać wyceniony na maximum 2000 zł, a minimum 10 zł. Nie należy przy tym mieć wątpliwości, że sąd zaliczający dopasuje wysokość stawki dziennej do czasu trwania zaliczanego aresztu. Zasada zaliczania aresztu na karę orzeczoną w innej sprawie nie budzi żadnych wątpliwości, gdy jest to kara pozbawienia wolności. W każdym innym przypadku, zaliczanie czasu odbytego aresztu, który w ogóle nie powinien mieć miejsca, sprzeczne jest z podstawowym poczuciem sprawiedliwości. W żadnym też wypadku decyzja zaliczenia na grzywnę lub ograniczenie wolności czy też odszkodowanie za niesłuszne aresztowanie tymczasowe nie może zależeć od przypadku. To samo dotyczy sytuacji, gdy przy istnieniu kil-

ku postawionych oskarżonemu zarzutów o różnym ciężarze (np. zabójstwa i znęcania się), w wyroku następuje uniewinnienie od tego zarzutu, z którym związane było stosowanie tymczasowego aresztowania, a jednocześnie cały czas aresztowania zostaje zaliczony na karę orzeczoną za drugi zarzut, w związku z którym w krańcowych przypadkach w ogóle nie można by zastosować tymczasowego aresztowania, wobec niskiego zagrożenia karą. Wydaje się, że należy zmierzać do wyeliminowania z kodeksu karnego możliwości zaliczania okresu tymczasowego aresztowania na inną karę niż kara pozbawienia wolności, przede wszystkim w przypadku, gdy chodzi o aresztowanie stosowane w innej umorzony lub zakończony uniewinnieniem sprawie. Zmiana taka z pewnością przyczyniłaby się co najmniej do skrócenia czasu trwania aresztów. Dziś, czytając informacje o aresztach trwających kilka lat bez wniesienia aktu oskarżenia, odnosi się niekiedy wrażenie, że organy ścigania „pracują na odszkodowanie” dla aresztowanego, które ten wcześniej czy później uzyska, jeżeli nie w postępowaniu przed polskim sądem to przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu.

III. Polska wykonuje zagraniczne wyroki karne, przejmując wyrok oraz skazanego na podstawie jednej z dwóch wiążących Polskę konwencji¹⁵, bądź też w oparciu o przepisy k.p.k. (rozdział 66 zatytułowany Przejęcie i przekazanie orzeczeń do wykonania).

Wyroki przejęte podlegają konwersji czyli przystosowaniu do systemu polskiego prawa, której ramy określają konwencje zaś w przypadku przejęcia w oparciu o przepisy k.p.k. art. 611c. Konwersji nie dopuszcza się tylko wówczas, gdy przejęcie wyroku wraz ze skazanym ma miejsce po wydaniu obywatela polskiego drogą Europejskiego Nakazu Aresztowania. Wynika to z wyraźnych, choć niedobrych, przepisów art. 607t i powołanego w nim art. 607s § 3–5. Potwierdził to również Sąd Najwyższy w orzeczeniu dotyczącym skazanego w Wielkiej Brytanii Jakuba T.¹⁶

¹⁵ Konwencja o przekazywaniu osób skazanych na karę pozbawienia wolności w celu odbycia kary w państwie, którego są obywatelami, sporządzona w Berlinie dnia 19 maja 1978, Dz.U. 1980, Nr 8, poz. 21 oraz Konwencja o przekazywaniu osób skazanych sporządzona w Strasburgu dnia 21 marca 1983, Dz.U. 1995, Nr 51, poz. 279.

¹⁶ Por. uchwała SN z dnia 3 marca 2009 r., sygn. I KZP 30/08, opubl. OSN KW 2009, nr 4, poz. 26.

Obie konwencje wyraźnie, choć każda z nich nieco inaczej określają, co w odniesieniu do skazania należy do każdego z dwóch zainteresowanych państw¹⁷. W żadnej nie ma mowy o odszkodowaniu za niesłuszne skazanie lub niesłuszne tymczasowe aresztowanie.

Zagadnienie obejmuje dwie różne sytuacje: cudzoziemca skazanego przez polski sąd i przekazanego celem odbycia kary w państwie ojczystym oraz obywatela polskiego, skazanego przez sąd zagraniczny i odbywającego karę w Polsce (z konwersją lub bez konwersji).

Co do cudzoziemca, k.p.k. zawiera w art. 559 wyraźny przepis, że odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub tymczasowe aresztowanie może być przyznane cudzoziemcowi tylko na zasadach wzajemności. Rozstrzygnięcia wymaga natomiast kwestia polskiego obywatela, który na podstawie zagranicznego wyroku odbywał karę w Polsce, po czym skazanie okazało się niesłuszne. Tu możliwe są dwa rozwiązania. Pierwsze: Polska nie odpowiada za prawidłowość wyroku, a tylko za jego wykonanie. Nie może odpowiadać za szkodę wynikłą z wykonania kary, której nie orzekły sądy krajowe. Drugie: Polska uczestniczy w wymiarze sprawiedliwości innego państwa w stosunku do własnego obywatela, przejmując obcy wyrok i wykonując karę w Polsce. Wyrok przechodzi przy tym procedurę *exequatur* przed polskim sądem, ten sąd ma więc pewien wpływ na jego treść. Państwo ma także wobec własnego obywatela obowiązek zapewnienia mu sprawiedliwego traktowania i wynikający z tego obowiązek odszkodowawczy, gdy stanie mu się krzywda w związku z nieprawidłowym działaniem wymiaru sprawiedliwości. Ponośi zatem odpowiedzialność opartą na ryzyku uczestniczenia w obcym wy-

¹⁷ Konwencja berlińska w art. 13 stanowi, że wykonanie kary oraz całkowite lub częściowe zwolnienie od kary po wydaniu orzeczenia następuje zgodnie z ustawodawstwem Państwa, któremu przekazano skazanego; podobnie to Państwo stosuje prawo łaski; amnestię stosuje się wedle przepisów obu państw zainteresowanych, zaś rewizji wyroku może dokonać tylko sąd Państwa, w którym wyrok wydano. Zgodnie z art. 14 w przypadku, gdy wyrok zostanie uchylony i postępowanie umorzone w państwie, gdzie wyrok wydano, odpis wyroku przesyła się niezwłocznie państwu, do którego przekazano skazanego.

Konwencja strasburska stanowi w art. 12 że każde z państw może zastosować ułaskawienie, amnestię lub zmienić karę na inną, państwo skazania jest wyłącznie właściwe w przedmiocie dopuszczalności postępowania zmierzającego do zmiany orzeczenia, zaś gdyby nastąpiła zmiana pozbawiająca karę wykonalności, należy niezwłocznie zawiadomić o tym państwo, które karę wykonuje, a ono powinno zaprzestać wykonywania .

miarze sprawiedliwości, niezależnie od tego, że w zasadniczej mierze o skazaniu zdecydował obcy sąd. Skazany nie jest przy tym cudzoziemcem, wobec którego ma zastosowanie reguła art. 559, a obywatelem polskim. P. Cioch¹⁸ próbuje rozwiązać zagadnienie przez brak jurysdykcji krajowej regulowanej przepisami k.p.c.

Nawet jeżeli przyjąć, że wobec faktu, iż postępowanie w kwestii odszkodowania za niesłuszne skazanie jest sprawą cywilną, mają do niego zastosowanie przepisy jurysdykcyjne z k.p.c., zupełnie nieuprawnione jest twierdzenie, że takiej jurysdykcji nie da się z k.p.c. wywieść. Postępowanie z art. 57 k.p.k. jest postępowaniem procesowym, dla którego łączniki jurysdykcyjne określa art. 1103 k.p.c. Pierwszym z nich jest siedziba pozwanego, a jest nim Skarb Państwa, bez wątplenia mający siedzibę w Polsce. Drugim zobowiązanie, które powstało lub ma być wykonane w Polsce. Jurysdykcja sądu polskiego istnieje więc bez wątplenia. Nie przeszkadza nawet jej wykonywaniu fakt, że może się toczyć sprawa o odszkodowanie w państwie, gdzie zapadł uchylony prawomocny wyrok skazujący (art. 1098 k.p.c.). Pozostaje kwestia uzasadnienia istnienia po stronie Skarbu Państwa obowiązku odszkodowawczego. Wydaje się, że jest takim uzasadnieniem fakt odejścia od prawa obywatela polskiego do polskiego wymiaru sprawiedliwości, które nastąpiło w wyniku trzech zaszłości: wprowadzenia skutkiem implementacji decyzji ramowej przepisów o europejskim nakazie aresztowania¹⁹, związanej z tym zmiany art. 55 Konstytucji oraz przyjęciem zasady wynikającej z konwencji wykonawczej do Traktatu z Schengen wykonywania obcych wyroków i uznania rzeczy osądzonej w przypadku wydania wyroku zagranicą²⁰.

Polska, uczestnicząc w obcym wymiarze sprawiedliwości i nie gwarantując obywatelowi prawa do sądu krajowego, ponosi tym samym

¹⁸ P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 122.

¹⁹ Decyzja Ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/54/WSiSW), opubl. *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty Karne cz. II*, red. naukowa E.Zielińska, z komentarzem A. Górskiego i A. Sakowicza, Warszawa 2005. Rozdział 65a k.p.k. dodany ustawą z dnia 18.03.2004 (Dz.U. 2004, Nr 69, poz. 626).

²⁰ BRAK PRZYPISU

ryzyko błędu tego obcego wymiaru. Odrębną zaś kwestią jest ewentualne zaliczenie na poczet odszkodowania ustalanego przez sąd polski odszkodowania uzyskanego już zagranicą. Oczywiście, chodzi tylko o sytuacje, gdy wyrok pozbawienia wolności lub aresztowanie tymczasowe (np. związane z wnioskiem ekstradycyjnym²¹ dotyczącym polskiego obywatela) miało miejsce w Polsce.

Kwestia obowiązków odszkodowawczych państwa związanych z jego udziałem w obcym wymiarze sprawiedliwości dotyczącym własnego obywatela zasługuje zresztą na głębszą analizę, przekraczającą ramy tego opracowania.

Bibliografia

- Cioch P., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Wolters Kluwer, Kraków 2007.
- Decyzja Ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/54/WSiSW), opubl. Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. *Dokumenty Karne*, cz. II, red. naukowa E. Zielińska, z komentarzem A. Górskiego i A. Sakowicza, Warszawa 2005.
- Dz.U. 1991, Nr 34, poz. 140 z późn. zm.
- Kodeks karny. Komentarz*, J. Bafia i inni, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971.
- Mogilnicki A., Rappaport E. S., *Kodeks Postępowania Karnego. Motywy Ustawodawcze*, Warszawa 1929.
- Peiper L., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933.
- Postanowienie SN z dnia 3 lutego 2009 (IV KK 367/08), niepubl.
- Uchwała SN z dnia 15 września 1999 (SNKW 11-12/99, poz. 72).
- Uchwała SN z dnia 15.09.1999 I KZP 27/99, opubl. OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 72.
- Uchwała SN z dnia 3 mara 2009 r., sygn. I KZP 30/08, opubl. OSN KW 2009, nr 4, poz. 26.

²¹ Por. w tej kwestii słuszne postanowienie SN z dnia 3 lutego 2009 (IV KK 367/08), niepubl.

Woźny T., *Charakter prawny postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 8.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22.02.2007, sygn. II AKa 9/07.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22.06.1999, sygn. II AKa 205/99.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7.12.2006, sygn. II AKa 162/06, LEX nr 283403.

Wyrok SN z dnia 1.04.2008, sygn. V kk 33/08.

*Piotr Stec**

Odpowiedzialność władzy publicznej za odmowę przeprowadzenia aborcji

Wprowadzenie

Problem odpowiedzialności za odmowę przeprowadzenia aborcji nie ma charakteru akademickiego. Już dawno przestał on być omawiany wyłącznie w oparciu o orzecznictwo obce – również nasze sądy zaczęły stykać się z takimi sprawami. Dotychczas praktyka miała możliwość wypowiedzieć się jedynie w kwestii odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej, względnie, jego organu prowadzącego, którym bywa niekiedy jednostka samorządu terytorialnego. Mniej uwagi poświęcono przypadkom odpowiedzialności władzy publicznej z tytułu odmowy przeprowadzenia aborcji. Zadaniem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na pewne problemy, które mogą pojawić się na tym tle. Nie pretenduje on, co należy podkreślić, do miana wyczerpującej analizy, stanowi jedynie punkt wyjścia do dalszych badań.

* Dr hab., Politechnika Śląska.

Kryteria dopuszczalności przerywania ciąży określa art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży¹. W myśl przywołanego przepisu, aborcja jest dopuszczalna, jeżeli ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, badania prenatalne lub inne wskazania medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, względnie jeśli istnieje uzasadnione podejrzenie, że ciąża jest wynikiem czynu zabronionego. Nadto możliwość przeprowadzenia zabiegu przerywania ciąży uzależniona jest od stanu jej zaawansowania.

Charakter tzw. „prawa do aborcji” jest sporny w doktrynie. Generalnie rysują się tu cztery stanowiska – w świetle pierwszego z nich istnieje prawo podmiotowe do aborcji, którego zakres wyznacza art. 4a u.p.r. Zwolennicy drugiego stanowiska umieszczają prawo do aborcji w obrębie dóbr osobistych, uznając je za emanację prawa do wolności, albo nienazwanego prawa do decydowania o sobie. Wreszcie, część doktryny uznaje, że nie istnieje prawo podmiotowe do aborcji, tylko kontrakt jej karalności². Najnowszą propozycję zgłosił D. Korszeń. Jego zdaniem, z przepisów u.p.r. da się wywieść szersze prawo podmiotowe do ochrony zdrowia kobiety, którego granice wyznaczają m.in. przepisy o dopuszczalności przerywania ciąży³. To ostatnie stanowisko wydaje się zasługiwać na poparcie.

Zasada odpowiedzialności władzy publicznej za szkody wyrządzone obywatelowi jej bezprawnym wykonywaniem wyrażona została w art. 77 Konstytucji. Do brzmienia tego zapisu dostosowano przepisy art. 417 i nast. k.c. Dla porządku wypada tutaj pokrótce przypomnieć kształt tej odpowiedzialności. Władza publiczna odpowiada za szkody wyrządzone przy bezprawnym jej wykonywaniu na zasadzie ryzyka. W przypadku zlecenia przez Skarb Państwa w drodze porozumienia jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, odpowiedzialność ponosi so-

¹ Dz.U. 1993, Nr 17, z późn. zm. poz. 76 [dalej jako u.p.r.].

² Zob. przegląd stanowisk [w:] T. Justyński, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2006 r. (sygn. akt IV CK 161/05)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6, s. 113 i n.

³ D. Korszeń, *Koncepcja prawa podmiotowego przysługującego na podstawie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży*, „Przebieg Sądowy” 2008, nr 4, s. 138.

lidarnie Skarb Państwa i ta jednostka (art. 417 k.c.). Do przypisania odpowiedzialności Kodeks cywilny wprowadza też odpowiedzialność władzy publicznej za szkodę wyrządzoną wydaniem, względnie niewydaniem, decyzji, orzeczenia i aktu normatywnego. W tych ostatnich przypadkach obowiązek odszkodowawczy powstaje dopiero po stwierdzeniu naruszenia prawa przez odpowiedni organ (art. 417¹ k.c.)⁴.

Adresatem roszczeń z tytułu niewłaściwego urodzenia jest zazwyczaj zakład opieki zdrowotnej, w którym odmówiono przeprowadzenia zabiegu. W sprawach będących przedmiotem zainteresowania orzecznictwa odpowiedzialność ponosiła np. gmina, jako organ prowadzący ZOZ będący *statio communitatis*. Ta odpowiedzialność jest jednak odpowiedzialnością z tytułu działania władzy publicznej w sferze *dominium*. Jak się powszechnie przyjmuje, podmioty władzy publicznej działające w tym zakresie są traktowane tak, jak inne podmioty prawa cywilnego, a w konsekwencji ich odpowiedzialność nie wykazuje cech swoistych⁵.

Inaczej jest jednak, jeżeli szkoda została wyrządzona bezprawnym działaniem w ramach wykonywania *imperium*. W takim przypadku mamy do czynienia z odpowiedzialnością władzy publicznej na zasadach określonych w art. 417 i nast. k.c. Powstaje pytanie, czy w przypadku odmowy przerwania ciąży możemy mieć do czynienia z wykonywaniem władzy publicznej, a jeżeli tak, to jaki jej podmiot będzie ponosił odpowiedzialność? Autor uważa, iż można wskazać dwa przypadki, w których ta odpowiedzialność powstaje. Przede wszystkim związana jest ona z realizacją zadań publicznych w zakresie zapewnienia opieki zdrowotnej. W zakresie zapewnienia podstawowej opieki zdrowotnej obowiązki te spoczywają na jednostkach samorządu gminnego i powiatowego, jako zadania lokalne, których adresatami są mieszkańcy danej wspólnoty samorządowej⁶. W interesującym nas zakresie obowiązek ten będzie spoczywał na gminie zobowiązanej na mocy art. 7 ust. 1 pkt. 16 u.s.g.⁷. W li-

⁴ Szerzej zob. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 roku)*, Warszawa 2004, *passim*; J. J. Skoczylas, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez władzę publiczną*, Warszawa 2005, *passim*.

⁵ M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 32.

⁶ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Kraków 2006, s. 59–60.

⁷ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, tj. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 z późn. zm. [dalej jako u.s.g.].

teraturze przedmiotu podkreśla się, że sprywatyzowanie pewnych zadań publicznych nie zwalnia organów administracji z odpowiedzialności za ich właściwą organizację. Dotyczy to zwłaszcza świadczeń medycznych. O ile więc wyrządzenie szkody „błędem w sztuce” będzie rodzić jedynie odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej, o tyle niezapewnienie kobiecie możliwości realizacji jej uprawnień w zakresie opieki medycznej mieści się w pojęciu bezprawnego wykonywania władzy publicznej. Będzie więc źródłem odpowiedzialności jednostki samorządu terytorialnego⁸. Jeżeli natomiast szkoda będzie spowodowana nieprawidłowym działaniem sądu lub prokuratury – względnie bezprawiem legislacyjnym – odpowiedzialność ponosić będzie Skarb Państwa.

Urodzenie dziecka jako szkoda

Kwestia, czy sam fakt urodzenia dziecka przez matkę, której odmówiono aborcji może stanowić szkodę jest sporna⁹. Istnieje przy tym rozbieżność pomiędzy stanowiskiem orzecznictwa i doktryny. Sąd Najwyższy kilkakrotnie miał okazję wypowiedzieć się w tej sprawie¹⁰.

Generalnie stanowisko judykatury w tej mierze można streścić następująco:

- Sam fakt urodzenia dziecka nie może stanowić szkody w sensie cywilistycznym. Pojawienie się życia nie powoduje uszczerbku majątkowego, przeciwnie, jest zdarzeniem normalnym i w zwykłym toku rzeczy pożądanym.
- Szkodę stanowią zwiększone, w stosunku do zwykle ponoszonych, koszty utrzymania i wychowania dziecka związane z jego niepełno-

⁸ M. Safjan, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.* s. 52; J. J. Skoczylas, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 183.

⁹ Kontrowersje te podsumowuje L. Bosek, *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 1, s. 34 i n.

¹⁰ *Wyrok Sądu Najwyższego z 13 X 2005, IV CK 161/05 z glosą T. Justyńskiego i W. Borysiaka*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 7; *Wyrok Sądu Najwyższego z 21 XI 2003, V CK 16/03 z glosą T. Justyńskiego*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9; *Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 22 II 2006 r. III CZP 8/06 z glosą T. Justyńskiego*, OSP 2/2007.

sprawnością. Nie stanowią jej natomiast normalne koszty ponoszone przez rodziców wychowujących dziecko.

- Osobną szkodę stanowi uszczerbek na zdrowiu matki wynikły z faktu urodzenia dziecka.

Stanowisko to spotkało się z niejednoznaczną oceną ze strony doktryny. Podkreśla się w szczególności, że jest ono niekonsekwentne ze względu na jednoczesną odmowę uznania urodzenia się dziecka za szkodę i przyznanie odszkodowania z tego tytułu. Jak podkreśla T. Justyński, rozstrzygnięcia w tych sprawach miały wyraźnie charakter słuszciościowy. W konkretnej sprawie sąd był przy tym związany żądaniem pozwu, to zaś ograniczało się do wyrównania zwiększonych kosztów utrzymania dziecka niepełnosprawnego w stosunku do kosztów utrzymania dziecka zdrowego¹¹.

Niezależnie od podnoszonych w doktrynie wątpliwości, możemy przyjąć, że praktyka sądowa zaakceptowała, co do zasady, istnienie szkody w postaci urodzenia niechcianego, niepełnosprawnego dziecka. Nie jest natomiast nieco niekonsekwentnie aproblemowany pogląd, że urodzenie zdrowego dziecka w wyniku odmowy aborcji rodzi po stronie matki roszczenie odszkodowawcze. Nie budzi natomiast wątpliwości doktrynalnych uznanie, że matka, której stan zdrowia pogorszył się wskutek urodzenia dziecka, którego nie mogła usunąć, pomimo zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 4a u.p.r., doznaje szkody na osobie. Odszkodowanie z tego tytułu liczone jest na zasadach ogólnych.

Okoliczność, że rozstrzygnięcia sądu zapadają na kanwie konkretnego stanu faktycznego sprawy, że orzekające w sprawach „aborcyjnych” sądy nie badały, czy i w jakim stopniu do powstania szkody lub zwiększenia się jej rozmiarów przyczyniła się poszkodowana, jak również, czy nie oceniały ewentualnego *compensatio lucri cum damno*.

Jak wiadomo, zgodnie z art. 362 k.c., o rozmiarze szkody decydują także i te dwa czynniki. Ponieważ przyjęliśmy, że urodzenie dziecka w wyniku odmowy przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży może rodić odpowiedzialność odszkodowawczą, nie ma więc powodu, by w dalszych rozważaniach pomijać także i te dwie kwestie.

¹¹ T. Justyński, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 13 X 2005, op. cit.*, s. 115 i n.

W literaturze polskiej problem przyczynienia się poszkodowanego rozważany był przez T. Justyńskiego. Autor ten, za doktryną obcą, wyodrębnił dwie grupy przypadków, w których można mówić o przyczynieniu się poszkodowanego: nieostrożność matki, jeśli chodzi o stosowanie środków antykoncepcyjnych (przykładowo: wzięcie niewłaściwej dawki, względnie – pomylenie medykamentów) oraz nieoddanie dziecka do adopcji¹². W pierwszym przypadku nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia ze znacznym, według niektórych orzeczeń niemieckich sięgającym 50%, przyczynieniem się poszkodowanej¹³. Natomiast jeśli chodzi o odmowę oddania dziecka do adopcji, to, zdaniem T. Justyńskiego, nie może ona być potraktowana jako przyczynienie się do powiększenia rozmiarów szkody ze względu na konieczność ochrony rodziny¹⁴.

Przedstawiony tu pogląd może być zaaprobowany tylko częściowo, gdyż powołana w przykładzie kobieta byłaby w lepszej sytuacji niż jej sąsiadka, która w identycznej sytuacji nie chciała przerwać ciąży. Ten ostatni argument nie może mieć jednak charakteru rozstrzygającego.

Z przyczynieniem się poszkodowanej raczej nie będziemy mieć do czynienia tam, gdzie ciąża jest wynikiem czynu zabronionego. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której przyjście na świat dziecka jest następstwem przestępstwa zgwałcenia. Nie można jednak *a limine* wykluczyć przyczynienia się poszkodowanego w przypadku ciąży będącej owocem związku kazirodczego lub związku dorosłej kobiety z małoletnim niemającym lat 15. O przyczynieniu można mówić, jak się wydaje, także wtedy, gdy oboje rodzice mają ukończone 13 lat, a nie ukończyli jeszcze lat 15, o ile działali z należytym rozeznaniem.

Jeśli chodzi o kompensację, to kwestia ta pojawia się w związku ze szkodą polegającą na zwiększonych kosztach utrzymania niepełnosprawnego dziecka. Wydaje się, że do tej kwestii należałoby podchodzić dość ostrożnie. Korzyści odniesione z tego tytułu są stosunkowo nieliczne, a ich związek ze szkodą – wątpliwy¹⁵.

¹² T. Justyński, *Poczucie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, s. 136 i n.

¹³ *Ibidem*, s. 137.

¹⁴ *Ibidem*, s. 141 i n.

¹⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 14, poz. 89 [dalej jako u. zoz].

Odrębną kwestią jest przyznanie matce dziecka zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Musiałaby ona polegać na bólu i cierpieniu moralnym związanym z koniecznością donoszenia niechcianej ciąży lub też z wywołanym rozstrojem zdrowia matki. W pierwszym przypadku zadośćuczynienie byłoby możliwe, gdyby przyjąć, co – jak wspomniano wyżej – jest wątpliwe, że istnieje dobro osobiste w postaci prawa do przerwania ciąży. W tych tylko wypadkach możliwe jest zasądzenie zadośćuczynienia w oparciu o art. 448 k.c. Samoistną podstawą zasądzenia odszkodowania z tego tytułu może być też art. 19a ust. 1 u. zoz.¹⁶ Przepis ten przyznaje pacjentowi roszczenie do zadośćuczynienia za naruszenie jego praw, w tym prawa do otrzymania świadczeń zdrowotnych oraz informacji o stanie zdrowia. Nie ulega wątpliwości, że obejmuje on także sytuacje, w których kobiecie odmówiono prawa do przerwania ciąży, względnie informacji o istnieniu okoliczności powodujących dopuszczalność aborcji¹⁷.

Należy zauważyć, że ewentualne odszkodowanie lub zadośćuczynienie przysługuje zasadniczo rodzicom dziecka, a nie samemu dziecku. Oni bowiem ponieśli ewentualną szkodę. W tym przypadku stanowiska doktryny i praktyki są zgodne. Dziecku nie przysługuje „prawo do nieurodzenia się”, którego naruszenie byłoby podstawą ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Zatem nie można przyjąć, że sam fakt urodzenia się dziecka obarczonego ułomnością rodzi po jego stronie roszczenia odszkodowawcze. Na stanowisko to nie mogą mieć wpływu także okoliczności, w jakich doszło do poczęcia. Nie wyklucza to oczywiście możliwości dochodzenia odszkodowania przez dziecko, które przeżyło nieudolnie przeprowadzoną aborcję

¹⁶ Kwestie te omawia szczegółowo T. Justyński, *Poczęcie...*, *op. cit.*, s. 125 i n.

¹⁷ Zob. *Wyrok Sadu Najwyższego z 13 X 2005, IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6. Na marginesie należy zauważyć, że przepis ten jest wadliwie sformułowany. Odsyła on do art. 448 k.c., jako samoistnej podstawy roszczenia o zadośćuczynienie. Wydaje się, że naruszenie praw pacjenta jest odrębną od wskazanych w art. 445 k.c. podstawą zadośćuczynienia, zaś przepis, do którego odsyła art. 19 ust. 1 u. zoz. znajduje zastosowanie tylko w zakresie, w jakim odsyła do art. 445 § 3 k.c. Wątpliwe jest, czy pacjent mógłby na tej podstawie dochodzić zobowiązania sprawcy do zapłaty odpowiedniej sumy na cel społeczny, gdyż środek ten przewiduje wyłącznie art. 19 ust. 3 u. zoz.

i z tego powodu przyszło na świat niepełnosprawne¹⁸. Możliwe są tutaj następujące przypadki:

1. Szkoda została wyrządzona przez odmowę przeprowadzenia aborcji ze względu na błędne ustalenie faktu nieistnienia przesłanek jej dopuszczalności.
2. Szkoda została wyrządzona na skutek niezapewnienia kobiecie możliwości przerwania ciąży, pomimo zaistnienia w sposób niekwestionowany okoliczności ją dopuszczających.
3. Szkoda została wyrządzona przez zaniechanie legislacyjne powodujące niemożność poddania się przez kobietę zabiegowi przerwania ciąży.

Sytuacja wskazana w punkcie 1. może zajść we wszystkich przypadkach określonych w art. 4a ust. 1 pkt. 1 i 2 u.p.r. Chodziłoby tu przede wszystkim o sytuację, w której lekarz, wbrew regułom sztuki ustali, że ciąża nie zagraża życiu lub zdrowiu kobiety, względnie, że nie istnieje lub jest nieznaczne ryzyko ciężkiego i nieusuwalnego uszkodzenia płodu lub wystąpienia choroby zagrażającego jego życiu¹⁹. Błąd w sztuce mógłby polegać także na nietrafnym ustaleniu, że płód jest zdolny do samodzielnego życia, a w przypadku, gdy ciąża jest wynikiem czynu zabronionego – że od początku ciąży upłynęło więcej niż 12 tygodni. Odpowiedzialność z tego tytułu ponosi głównie zakład opieki zdrowotnej, którego pracownicy dopuścili się błędu, zaś jednostki władzy publicznej mogą odpowiadać tylko ze względu na niedopełnienie ewentualnego obowiązku zapewnienia świadczeń medycznych należytej jakości. Wydaje się jednak, że trudno byłoby w takim przypadku wykazać istnienie adekwatnego związku przyczynowego. Jeżeli natomiast zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża jest wynikiem czynu zabronionego (art. 4a ust. 1 pkt. 3 u.p.r.) źródłem szkody może być przede wszystkim odmowa wydania przez prokuratora zaświadczenia, o którym mowa w art. 4a ust. 5 u.p.r. Zaświadczenie takie jest niezbędne do tego, by uprawniony

¹⁸ Szerzej zob. T. Justyński, *Poczęcie...*, *op. cit.*, s. 156 i n.; M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 220 i n.

¹⁹ Odpowiedzialność ta nie powstanie oczywiście, jeżeli w świetle obowiązującej wiedzy medycznej nie można stwierdzić zajścia okoliczności, o których mowa w art. 4a ust. 1 pkt. 1) i 2) u.p.r. Zob. Wyrok z dnia 5 listopada 2004 r. Sąd Apelacyjny w Białymstoku I ACa 550/04, LEX 143477.

lekarz mógł przeprowadzić zabieg przerwania ciąży. Odpowiedzialność władzy publicznej powstawałaby, gdyby prokurator nietrafnie ustalił, że nie zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Problematiczne jest, czy do ustalenia odpowiedzialności w tym przypadku potrzebne będzie ustalenie bezprawności działania prokuratora orzeczeniem odpowiedniego organu. Wydanie takiego zaświadczenia nie jest bowiem orzeczeniem ani decyzją administracyjną, o której mowa w hipotezie art. 417¹ § 1 k.c., a tylko wydaniem zaświadczenia. Wydaje się więc, że bezprawność działania władzy publicznej sąd może ustalić sam w ramach postępowania dowodowego, nie czekając na prejudykat w tej sprawie.

Jeśli chodzi o zdarzenia z drugiej grupy, to mamy tu do czynienia z kilkoma sytuacjami. Przede wszystkim może zajść sytuacja, w której aborcja nie będzie mogła być przeprowadzona ze względu na powołanie się przez lekarzy na klauzulę sumienia. Wprawdzie lekarz odmawiający przerwania ciąży ze względów światopoglądowych ma obowiązek wskazać innego lekarza, który podejmie się zabiegu, jednak może się zdarzyć, że znalezienie lekarza gotowego przeprowadzić zabieg nie powiedzie się. Możliwe jest też, że osoba zdecydowana podjąć się operacji znajdzie się po upływie terminów umożliwiających aborcję. Odmowa taka nie rodzi odpowiedzialności lekarza, nie powoduje też, zdaniem Autora, odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej. Nie do obrony byłby bowiem pogląd, że instytucja taka ma obowiązek zapewnienia kobiecie możliwości przerwania ciąży. Obowiązek taki musiałyby bowiem ciążyć nie tylko na szpitalach, ale i indywidualnych gabinetach lekarskich. Co więcej, należałoby wtedy przyjąć, że lekarza niezwiązanego klauzulą sumienia i przeprowadzającego aborcję musiałyby zatrudnić także zakłady opieki zdrowotnej prowadzone przez związki wyznaniowe, których światopogląd tego zabrania. Nie ulega wątpliwości natomiast odpowiedzialność władzy publicznej z tego tytułu. Skoro prawo zapewnia obywatelowi możliwość skorzystania z konkretnych świadczeń medycznych, władza publiczna ponosi odpowiedzialność, jeżeli nie zapewni dostępu do lekarzy gotowych wykonać dany zabieg²⁰.

²⁰ Odmienne, zdaniem Autora, nietrafnie: M. Nesterowicz, w opinii którego lekarz zatrudniony w publicznym zoz-ie nie ma prawa powoływania się na klauzulę sumienia, m.in. ze względu na zawarty w ogólnych warunkach umów o świadczeniu usług

Kolejnym przypadkiem, w którym potencjalnie może powstać odpowiedzialność Skarbu Państwa jest odmowa udzielenia zgody na przeprowadzenie aborcji przez sąd opiekuńczy. Zgodnie z art. 4a ust. 4 u.p.r. jest ona wymagana, jeżeli zabieg ma dotyczyć małoletniej poniżej 13 roku życia. Zgoda taka jest wymagana również w przypadku małoletniej lub kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie, jeżeli wyrażają one zgodę na aborcję, a sprzeciwia się temu jej przedstawiciel ustawowy. Przepisy ustawy nie wskazują przy tym, jakimi kryteriami miałby kierować się sąd opiekuńczy, udzielając takiej zgody, bądź odmawiając jej. Wydaje się, że w grę wchodzić może kryterium dobra osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej, sąd winien też brać pod uwagę ochronę rodziny²¹. Można też zastanawiać się, czy nie należałoby brać pod uwagę także dobra *nasciturusa*. Poza tym, wydanie lub udzielenie zgody będzie podlegać kontroli instancyjnej. Odpowiedzialność mogłaby powstać w przypadku wydania sprzecznego z prawem postanowienia o odmowie udzielenia zgody, którego niezgodność z prawem została stwierdzona we właściwym postępowaniu (art. 417¹ § 1 i 2 k.c.). Ze szczególną sytuacją będziemy mieć do czynienia, jeżeli odmowa aborcji będzie spowodowana przez zbyt późne wydanie zgody lub zaświadczenia o tym, że ciąża jest wynikiem czynu zabronionego.²² Może wtedy nastąpić przekroczenie terminów określonych w art. 4a ust. 2 u.p.r., co uniemożliwi przeprowadzenie zabiegu. Zbyt późne rozpoznanie sprawy przez sąd opiekuńczy będzie stanowić, według Autora, naruszenie prawa kobiety do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Tym samym przysługiwać jej będzie prawo do zryczałtowanego odszkodowania przewidzianego w art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki²³. Dyskusyjne jest natomiast, czy odszkodowania w oparciu o przywołane wyżej przepisy będzie można żądać w przypad-

medycznych obowiązek przeprowadzania tego typu zabiegów przez publiczne zoz-y. Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 225.

²¹ Na ochronę rodziny jako zasadniczy cel postępowania w sprawach opiekuńczych wskazuje K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1997, s. 341.

²² Na marginesie należy zauważyć, że ustawa nie wprowadza obowiązku rozpoznania sprawy przez sąd opiekuńczy lub wydania zaświadczenia przez prokuratora w określonym terminie.

²³ Dz.U. Nr 179, poz. 1843 [dalej jako u.s.n.p.].

ku opóźnienia wydania zaświadczenia przez prokuratora. Zgodnie z art. 1 u.s.n.p., zakres przedmiotowy ustawy obejmuje naruszenie prawa do rozpoznania sprawy bez uzasadnionej zwłoki na skutek działań sądu lub prokuratora prowadzącego lub nadzorującego postępowanie przygotowawcze. Powstaje jednak problem, czy tak zakreślony zakres przedmiotowy ustawy obejmuje także zwłokę w wydaniu zaświadczenia? Wydaje się, że *ratio* ustawy jest zapobieżenie przewlekłości postępowania przygotowawczego, a nie rozstrzygnięcie kwestii wypadkowych niewpływających, choćby pośrednio, na sprawność działań zmierzających do zakończenia tego etapu postępowania karnego. Ewentualnie możliwe byłoby zastosowanie przepisów o odpowiedzialności za przewlekłość postępowania w drodze ostrożnej analogii.

Przyznanie odszkodowania z tytułu naruszenia prawa do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie nie pozbawia strony prawa do dochodzenia naprawienia szkody wynikłej ze stwierdzonej przewlekłości od Skarbu Państwa (art. 15 ust. 1 u.s.n.p.). Wypada przyjąć, że przyznana na podstawie przepisów u.s.n.p. suma nie będzie podlegała zaliczeniu na poczet odszkodowania należnego od Skarbu Państwa. Ma ona wynagrodzić obywatelowi jedynie skutki naruszenia jego praw, niezależnie od ewentualnej szkody.

Last but not least pojawia się kwestia odpowiedzialności Skarbu Państwa za zaniechanie wydania aktu normatywnego umożliwiającego realizację prawa do aborcji. Problem ten pojawia się w dwóch aspektach – naruszenia przez władzę publiczną ustawowego obowiązku uregulowania normatywnie pewnych kwestii oraz niewypełnienia luki aksjologicznej.

W doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że odpowiedzialność Skarbu Państwa powstaje, jeżeli istnieje obowiązek wydania aktu normatywnego, którego władza publiczna nie spełnia. Chodzi tu przede wszystkim o niewydanie aktów wykonawczych do ustaw, co może utrudnić, jeśli nie sparaliżować, stosowanie prawa. Możliwa jest także odpowiedzialność za niewydanie aktu rangi ustawowej, jeżeli taki obowiązek wynika z innego aktu prawnego²⁴. W interesującym nas zakresie odpowiedzial-

²⁴ Szerzej zob. R. Trzaskowski, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za zaniechanie normatywne*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1, s. 5 i n.

ność Skarbu Państwa powstałaby w przypadku niewydania aktów wykonawczych do u.p.r., jeżeli spowodowałyby to odmowę przerwania ciąży u kobiety spełniającej kryteria ustalone w art. 4a ust. 1 u.p.r.

Problematyczne jest natomiast, czy Skarb Państwa odpowiada w przypadku niewypełnienia luki aksjologicznej, to jest, jeżeli nie ureguluje aktem normatywnym właściwej rangi kwestii, które wymagają takiej regulacji. W interesującym nas zakresie przykładem takiej niewypełnionej luki jest brak przepisów określających sposób kontroli orzeczeń lekarskich o braku wskazań medycznych do przerwania ciąży. Luka ta była przedmiotem orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie A. Tysiąc²⁵. Skarżąca nie uzyskała zaświadczenia o tym, że ciąża może spowodować u niej negatywne skutki. O braku wskazań do aborcji było przekonanych kilku lekarzy, których opinii zasięgała, jednak prawo polskie nie przewiduje środka odwoławczego od tego rozstrzygnięcia, choćby w postaci obowiązku zasięgnięcia opinii innego lekarza. Ta luka w prawie stanowiła naruszenie prawa do sądu, co skutkowało przyznaniem A. Tysiąc odszkodowania.

Powstaje przede wszystkim pytanie, czy obywatel miałby prawo także w takim przypadku dochodzić odszkodowania od Skarbu Państwa? Wydaje się, że na to pytanie należałoby udzielić odpowiedzi przeczącej. Na władzy publicznej nie spoczywa obowiązek wypełniania takich luk. Ich istnienie jest zresztą w znacznej mierze kwestią ocenną. Ponadto przepis art. 417¹ k.c. odwołuje się tylko do szkody wyrządzonej przez niewydanie przepisu, w wykonaniu obowiązku nałożonego innymi przepisami. Zatem, do uznania, że zachowanie władzy publicznej było bezprawne potrzebne jest wskazanie ustawowego źródła obowiązku wydania aktu normatywnego²⁶. Źródłem takim nie mogą być, w przekonaniu Autora, ogólne zasady prawa, czy nawet sam fakt przyznania obywatelowi określonych uprawnień. Przykładowo, z normy konstytucyjnej, stanowiącej, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym czy z zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn można wywnioskować potrzebę regulacji wielu dziedzin życia społecznego dotychczas nieuregulowanych. Choćby konieczność zapewnienia ustawowego parytetu

²⁵ M. Nesterowicz, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 226.

²⁶ Zob. też R. Trzaskowski, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 21.

kobiet i mężczyzn w ciałach przedstawicielskich i administracji publicznej. Co więcej, a ma to znaczenie zwłaszcza w prawach człowieka, treść praw zawartych w ratyfikowanych przez Polskę konwencjach jest wciąż na nowo interpretowana. Wydawałoby się znane pojęcia prawa do wolności, zdrowia czy poszanowania sfery prywatnej nabierają nowych kontekstów i zaczynają obejmować takie wrażliwe kwestie, jak przyznanie równych praw małżeństwom jedнопłciowym czy prawo do niczym nieograniczonej aborcji traktowanej jako „prawo reprodukcyjne”. Ustawodawca nie wie, jaki będzie zakres tych praw w przyszłości i czy taka dynamiczna ich wykładnia nie sprawi, że będzie odpowiadał za każdym razem, gdy nie dostosuje prawa wewnętrznego do nowych sposobów rozumienia praw podstawowych. Ten stan niepewności może być uchylony przez orzeczenie sądu konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazującego na konieczność uregulowania konkretnej kwestii w prawie wewnętrznym. Dopiero od tej chwili można mówić o istnieniu obowiązku wydania aktu normatywnego.

Odpowiedzialność za zgodną z prawem odmowę przeprowadzenia aborcji

Na zakończenie wypada rozważyć możliwość przyznania kobiecie odszkodowania w przypadku zgodnej z prawem odmowy przeprowadzenia aborcji. Możliwość taka istnieje, przynajmniej teoretycznie, jeżeli kobieta odniesie na skutek takiej odmowy szkodę na osobie.

Przypadki, w których może się to zdarzyć nie są czysto akademickie. Chodziłoby tu po pierwsze o sytuacje, w których ciąża wywołała uszczerbek na zdrowiu matki, której odmówiono aborcji, choć, według wskazań medycznych, nie było takiego niebezpieczeństwa. Po drugie, o sytuacje, w których sąd opiekuńczy, zgodnie z prawem, odmówił zgody na przerwanie ciąży przez małoletnią lub kobietę ubezwłasnowolnioną całkowicie. Po trzecie wreszcie o przypadki, w których zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ujawniło się na etapie ciąży, na którym niemożliwe jest jej przerwanie.

Zasadzenie odszkodowania na rzecz matki wymagałoby, rzecz jasna, wykazania szkody, a nadto musiałyby przemawiać za tym zasady

współzycia społecznego. W literaturze wyrażono pogląd, że z tytułu nieprawego poczęcia nie należy się nigdy odszkodowanie na zasadzie słuszności. Wydaje się jednak, że pogląd ten jest zbyt daleko idący. Każdy taki przypadek należałoby oceniać *in concreto*. Podawanie przykładów, w których ta zasada mogłaby znaleźć zastosowanie jest tutaj ryzykowne, gdyż będą one zawsze skrajne i Autor mógłby narazić się na zarzut grania na emocjach po to tylko, by potwierdzić założoną przez siebie tezę. Wydaje się jednak, że w niektórych ze wskazanych wyżej sytuacji zasady słuszności wymagają, by Skarb Państwa rekompensował obywatelowi szkodę poniesioną na skutek stosowania obowiązującego prawa.

Wnioski

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że odpowiedzialność władzy publicznej z tytułu odmowy przeprowadzenia aborcji powstanie głównie, jeżeli jej organy nie dopełnią swoich obowiązków, jeśli chodzi o udzielenie zgody na zabieg lub wydanie stosownego zaświadczenia. Możliwa jest też odpowiedzialność ze względu na niezapewnienie dostępu do świadczenia medycznego, a nawet, choć wyjątkowo, zgodną z prawem odmowę aborcji. Skarb Państwa nie odpowiada natomiast w oparciu o art. 417 i nast. k.c. za niezlikwidowanie luki aksjologicznej w prawie. Kobiecie nie będzie więc przysługiwało roszczenie odszkodowawcze z tego np. tytułu, że ustawodawca nie umożliwił jej przerwania ciąży z innych przyczyn niż przewidziane w art. 4a ust. 1 u.p.r.

Bibliografia

- Bosek L., *Roszczenia wrongful life i wrongful birth w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 1.
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Wolters Kluwer Polaka – Oficyna, Kraków 2006.
- Korszeń D., *Koncepcja prawa podmiotowego przysługującego na podstawie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży*, „Przeгляд Sądowy” 2008, nr 4.

- Korzan K., *Postępowanie nieprocesowe*, C.H. Beck, Warszawa 1997.
- Justyński T., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 X 2005, IV CK 161/05*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6.
- Justyński T., *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Dom Organizatora, Toruń 2007
- Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej (po 1 września 2004 roku)*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Oficyna Naukowa, Warszawa 1998.
- Skoczylas J. J., *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez władzę publiczną*, LexisNexis, Warszawa 2005.
- Trzaskowski R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za zaniechanie normatywne*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1.

SUMMARY

The paper deals with the liability of public authorities for denial of abortion. Polish law allows termination of pregnancy only if the mother's life or health is at risk, if the foetus is terminally ill or handicapped and if the pregnancy is a result of a criminal act. The liability of public authorities for denial of abortion arises if it fails to provide the woman with access to medical services (including abortion). In cases where performing abortion requires court consent or public prosecutor's affidavit, the state is liable for delay in delivery of such permit or for unjustified refusal to issue it.

*Apoloniusz Kostecki**

System ochrony praw podatników przed organami podatkowymi w Niemczech

1. Naruszenie przepisów prawnych przez organy publiczne w wyniku ich działalności niezgodnej z prawem godzi z reguły w prawa osób fizycznych lub osób prawnych. Ochrona tych praw wymaga zatem stosowania odpowiednich instytucji eliminujących te zjawiska, a w każdym razie – instytucji zapobiegających ich negatywnym skutkom. Instytucje tego rodzaju powinny znaleźć się w aktach normatywnych najwyższej rangi, jak również w aktach prawnych regulujących procedurę prawną organów orzekających, w tym także sądownictwa. Wymóg powyższy spełnia szczególną rolę w odniesieniu do spraw podatkowych, z którymi – jak dowodzi praktyka – bardzo często wiąże się, z różnych zresztą przyczyn, naruszenie praw podatników przez organy publiczne, działające w tej sferze.

Interesujący przykład ukształtowania się tego typu regulacji prawnych, w wyniku których powstawały różne instytucje chroniące prawa podatników, stanowić może ustawodawstwo niemieckie i to z trzech

* Prof. zw. dr hab., Krakowska Akademia im. A. Frycza Modrzewskiego.

przyczyn. Po pierwsze, wystąpienie tych instytucji nastąpiło w Niemczech bardzo wcześnie, po drugie – dotyczyły one państwa federacyjnego (związkowego), a po trzecie – znaczna była liczba zarzutów podnoszonych pod adresem organów podatkowych. Ten ostatni fakt miał zresztą istotne znaczenie dla przyjęcia określonych rozwiązań w zakresie prawnego kształtu instytucji mających chronić prawa jednostek w sferze podatkowej. Ponadto nie można także pominąć wyrażanego w literaturze światowej poglądu, że niemiecki system ochrony praw podatników zajmuje czołowe miejsce w porównaniu z innymi państwami¹.

2. Zwrócenia uwagi wymaga fakt, że w Niemczech tuż po roku 1813 w związku z zakończeniem wojen napoleońskich w poszczególnych krajach związkowych pojawiła się potrzeba zastosowania przez odpowiednie organy administracyjne instytucji ochrony praw obywateli i to właśnie w sferze podatkowej. Instytucjami tymi były z reguły różnie określone komisje, w skład których w znacznej liczbie wchodziłi obywatele powoływani przez podatników. Stanowili oni przeciwwagę dla wchodzących w skład tych komisji urzędników skarbowych. Dla przykładu wymienić można m.in. w Prusach komisje do spraw oszacowania, w Bawarii tzw. komisje obywatelskie, a w Saksonii komisje do spraw reklamacji.

Później, to jest dopiero w drugiej połowie XIX w., zaczęły powstawać w poszczególnych krajach związkowych instytucje ochrony praw podatników w ramach niezależnych sądów administracyjnych. Nie było to przypadkowe, biorąc pod uwagę znaczną liczbę naruszeń prawa przez organy podatkowe. Wystarczy wskazać, że znany ze swych orzeczeń pruski Wyższy Sąd Administracyjny w latach 1891–1896 miał rocznie ponad 14 tysięcy odwołań w sprawach naruszeń prawa podatkowego, godzących w interes podatników, podczas gdy naruszenia prawa we wszystkich innych możliwych sprawach nigdy nie przekraczały dwóch tysięcy rocznie².

¹ Por. m.in. Ch. Langereis, *Belastingprocedures, Hoofdlijnen, van het procesrecht in belastingzaken*, Deventer 1981; *La Protection du Contribuable*, Wyd. Confédération fiscale européenne, 1989; D. Birk, *Rechtsschutz in Steuersachen in den USA*, StuW 1991.

² Por. H. W. Kruse, *Lehrbuch des Steuerrechts*, t. I, Allgemeiner Teil, Wyd. C.H. Beck, 1991.

Ponieważ jednak stale przybywało nowych skarg w sprawach podatkowych w 1916 roku rozważano powołanie specjalnych sądów orzekających w sprawie danin publicznych, głównie jednak podatków. W rezultacie, na podstawie ustawy z dnia 26 lipca 1918 r. dla podatków obrotowych i majątkowych powołano Federalny Sąd Podatkowy, który po wyczerpaniu środków prawnych w ramach poszczególnych krajów związkowych stanowić miał wyższą instancję dla rozpatrywania spraw podatkowych. Ponadto, zgodnie z postanowieniem Ordynacji dotyczącej danin publicznych z 1919 r. powoływane były w ciągu 1920 roku Sądy Finansowe, podlegające jednak urzędom finansowym krajów związkowych, a później Wyższej Dyrekcji Podatkowej. Sądy te orzekały w składach dwóch członków będących urzędnikami i trzech członków honorowych. Członkowie tych Sądów byli „jako tacy niezależni i podlegający tylko ustawie”. Być może było to jedną z przyczyn zamknięcia tych Sądów z początkiem II wojny światowej na podstawie ustawy o usprawnieniu administracji państwowej. Z kolei po zakończeniu II wojny światowej w 1945 r. następowało ponowne powoływanie sądów administracyjnych, a także sądów finansowych w poszczególnych strefach okupacyjnych Niemiec. Miały one jednak różny kształt prawny i różny zakres samodzielności w zależności od tego, czy chodziło o strefę okupacyjną brytyjską, francuską lub Stanów Zjednoczonych.

Prawne uregulowanie zakresu działania sądów finansowych nastąpiło dopiero na podstawie Finansowej Ordynacji Sądowej z dnia 6 października 1965 roku, która weszła w życie 1 stycznia 1966 r.³ Od tego momentu sądownictwo finansowe jest wykonywane jednolicie przez niezależne od władz administracyjnych Sądy Finansowe.

Zgodnie z powyższą Ordynacją, sądownictwo finansowe obejmuje w krajach związkowych Sądy Finansowe „jako wyższe sądy krajowe”, a na szczeblu Federacji jako sąd najwyższy Federalny Trybunał Finansowy z siedzibą w Monachium. Cechą charakterystyczną sądownictwa finansowego jest jego dwuinstancyjność w odróżnieniu od wszystkich innych rodzajów sądownictwa, dla których właściwe są trzy instancje.

³ Por. Finanzgerichtsordnung (FGO) z dnia 6 października 1965 r. (BGBl I 1477 z 1965 r.).

Sądy Finansowe oraz Federalny Trybunał Finansowy orzekają poprzez senaty, którym przewodniczą prezydenci sądów lub sędziowie będący przewodniczącymi. Senaty Sądów Finansowych orzekają w składzie trzech sędziów zawodowych oraz dwóch sędziów honorowych. Natomiast senaty Federalnego Trybunału Finansowego orzekają w składzie pięciu sędziów zawodowych.

Jeśli chodzi o właściwość rzeczową Sądów Finansowych, orzekają one w pierwszej instancji we wszelkich spornych sprawach finansowych, dla których przewidziana jest finansowa droga sądowa. Federalny Trybunał Finansowy w zakresie swojej właściwości rzeczowej jest instancją rewizyjną i orzeka w zakresie środków prawnych w odniesieniu do wyroków i innych orzeczeń Sądów Finansowych. Wyjątkowo orzeka on jednak także w pierwszej instancji m.in. w sprawach unieważniania aktów administracyjnych federalnego ministra finansów dotyczących wprowadzanych danin publicznych.

3. Jest rzeczą charakterystyczną, że trwałą podstawę prawną dla współczesnych regulacji w zakresie ochrony praw podatników stworzył art. 19 niemieckiej ustawy zasadniczej z dnia 23 maja 1949 r.⁴. Została w nim sformułowana zasada, że każdy, kogo prawa zostały naruszone przez władzę publiczną, uprawniony jest do wkroczenia na drogę prawną, a więc na drogę sądową. Jak podkreśla się w orzecznictwie, przepis powyższy stworzył systemowe rozwiązanie na korzyść indywidualnej ochrony prawnej, zawierając konstytucyjną gwarancję ochrony praw jednostki. Istotne jest przy tym, że przepis ten – jak wynika z orzecznictwa – gwarantuje nie tylko dostęp do sądu, lecz również rzeczywistą, efektywną ochronę praw jednostki⁵. Interesujące jest, że w oparciu o tę przytoczoną konstytucyjną zasadę ukształtowany został szczególnie rozbudowany system indywidualnej ochrony praw jednostek w sprawach wszelkich danin publicznych, w tym oczywiście, w pierwszym rzędzie – podatków. System ten obejmuje różne drogi prawne, którymi posłużyć się może podmiot podatkowy, uznający że nastąpiło naruszenie jego

⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bundesgesetzblatt 1949 I, S. 1.

⁵ Por. Stałe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Bawarii (Bayerische Verfassungsgerichtshof) nr 166, 226 z 1994 r. i nr 298, 315 z 1997 r.

praw osobistych przez władze publiczne w sprawach podatkowych. Z uwagi na związane z poszczególnymi drogami prawnymi różne instytucje i stosowane w ich ramach szczególne instrumenty, wyraźnie rysuje się pięć możliwości w zakresie ewentualnego wyboru właściwej drogi prawnej dla danej sprawy podatkowej.

4. Pierwszą – w pewnym sensie naturalną – drogę prawną w zakresie dochodzenia naruszenia uzasadnionych interesów podmiotu podatkowego stanowi postępowanie administracyjne przed organami podatkowymi, zwane często zwyczajnym pozasądowym postępowaniem podatkowym. Jego celem jest sprawdzenie właściwego działania organów podatkowych. Jest ono konieczne zarówno z punktu widzenia ochrony praw podatnika, jak i interesu publicznego, z uwagi na to, że poszczególne przypadki decyzji podatkowych nie są często tak intensywnie sprawdzane w postępowaniu podatkowym, jak w postępowaniu sądowym. Powoduje to w rezultacie sytuację, że procent niewłaściwych decyzji organów podatkowych jest relatywnie niezwykle wysoki. Wystarczy wskazać, że – jak wynika z danych Federalnego Ministerstwa Finansów – spowodowały one m.in. w 2003 r. 3,5 miliona odwołań⁶. Z tego też powodu, ażeby wszystkie one nie trafiały ze skargami do sądów finansowych, powodując sparaliżowanie ich działalności, stworzono organom podatkowym możliwość ponownego przebadania kwestionowanych przez podatników decyzji w tzw. zwyczajnym pozasądowym postępowaniu podatkowym. Postępowanie powyższe zostało potraktowane w art. 347 i nast. Niemieckiej Ordynacji podatkowej jako *lex specialis* w stosunku do przepisów niemieckiej Ordynacji Sądu Finansowego (FGO). Jak podkreśla się w literaturze, postępowanie to ma z jednej strony charakter przedłużonego postępowania administracyjnego, a z drugiej – obligatoryjnie poprzedzając, zgodnie z art. 44–46 Ordynacji Sądów Finansowych – postępowanie sądowe stanowi, zgodnie z terminologią niemiecką, „postępowanie wstępne” (*Vorverfahren*). Wymaga podkreślenia, że postępowanie powyższe jako postępowanie administracyjne służy nie tylko indywidualnej ochronie praw podatnika, ale także innym celom. Należą do nich w szczególności: a) samokontrola administracji polega-

⁶ K. Tipke, J. Lang, *Steuerrecht*, Wyd. Dr Otto Schmidt, Kolonia 2005.

jąca na tym, że organ podatkowy bada sprawę w pełnym zakresie (art. 367 II 1 AO) i ma możliwość poprawienia poprzedniego stanu (§ 367 II 2 AO); b) odciążenie sądu finansowego w wyniku pełnienia przez postępowanie administracyjne funkcji swoistego „filtra”, który umożliwił m.in. w 2002 r. zredukowanie ogólnej liczby odwołań do zaledwie 2,3% skarg wnoszonych do sądów finansowych. Instrumentami stosowanymi w zakresie postępowania administracyjnego są adresowane do organów skarbowych odwołania i zażalenia.

Odwołania skierowane są przeciw decyzjom podatkowym oraz równoznacznym z nimi decyzjom, a także przeciw enumeratywnie określonym w § 348 Ordynacji podatkowej aktom administracyjnym. Odwołania dotyczą jednak głównie decyzji ustalających kwoty podatku lub wysokość podstawy opodatkowania. Jak podkreśla się w niemieckiej literaturze, decyzje te są wydawane w znacznych ilościach i dlatego zawierają liczne błędy. Dlatego też instytucja odwołań stwarza możliwość dla organu podatkowego, który wydał tego rodzaju decyzje, do ich zbadania i dokonania niezbędnych zmian.

Z kolei zażalenia stosowane są we wszystkich tych przypadkach, w których nie może być stosowane odwołanie. Jest rzeczą charakterystyczną, że zażalenia dotyczą z reguły tej sfery decyzji podatkowych, w zakresie których organ podatkowy może wykorzystywać w mniejszym lub większym stopniu przysługujący mu zakres uznaniowości.

Jest rzeczą znamionną, że z pozasądowym postępowaniem podatkowym nie jest związany w zasadzie obowiązek pokrycia jego kosztów.

5. Dochodzenie przez podatników przysługujących im praw na drodze sądowej ma istotne znaczenie, tym bardziej, że może być realizowane na różnych drogach prawnych – zwyczajnych i nadzwyczajnych. Jest to związane z istnieniem różnych instytucji sądowych, jak i różnych instrumentów prawnych służących podatnikom do realizacji ich praw.

Jako podstawową sądową drogę prawną skierowaną przeciwko negatywnym działaniom władz publicznych traktuje się z reguły ogólne sądy administracyjne. Do rozstrzygnięć w sprawach podatkowych właściwe są jednak Sądy Finansowe, jako szczególnego rodzaju sądy administracyjne. Dlatego też ta droga prawna jest często określana jako „finansowa droga prawna”. Ogólne sądy administracyjne właściwe są

jedynie do rozstrzygnięcia w sprawach podatków lokalnych. Podobnie w sprawach karno-skarbowych mają zastosowanie sądy karne, a w sprawach skierowanych przeciwko urzędnikom organów skarbowych za naruszenie ich obowiązków – sądy cywilne. Warto na marginesie dodać, że sprawy ubezpieczeń społecznych nie są bynajmniej objęte zakresem działania Sądów Finansowych, lecz należą do zakresu specjalnych sądów socjalnych⁷.

Dla jasności obrazu należy, w związku z poprzednimi wywodami stwierdzić, że zwyczajna sądowa droga prawna w sprawach podatkowych realizowana jest przez tzw. Wyższe Sądy Finansowe krajów związkowych, będące sądami pierwszej instancji. Jak poprzednio wspomniano, charakterystyczne jest przyjęcie w odniesieniu do sądownictwa w sprawach podatkowych zasady dwuinstancyjności w odróżnieniu od powszechnych sądów administracyjnych, w których występują trzy instancje. Sądy Finansowe pierwszej instancji są przewidziane w zasadzie dla poszczególnych krajów związkowych. Istnieje jednak możliwość utworzenia jednego, wspólnego sądu finansowego dla kilku krajów związkowych. Sądy Finansowe – jak wyżej wspomniano – orzekają z reguły poprzez senaty, które składają się z trzech sędziów zawodowych i dwóch sędziów honorowych, jednakże w pewnych nieskomplikowanych sprawach, określonych przez przepisy, mogą orzekać poszczególni sędziowie.

Podstawowym instrumentem ochrony praw podatników w krajowych sądach finansowych jest skarga. Istnieje szereg rodzajów skarg tworzących swoisty system skarg określonych przez przepisy Ordynacji sądów finansowych⁸.

Zgodnie z § 40 ust.1 Ordynacji, podstawowy rodzaj skargi może zawierać żądanie unieważnienia lub zmiany aktu administracyjnego naruszającego interes prawny wnoszącego skargę, jak również żądanie zasądzenia odrzucenia lub zaniechania stosowania aktu administracyj-

⁷ Interesująca była inicjatywa ministra sprawiedliwości przedłożona Radzie Federacji w sprawie połączenia sądów administracyjnych, sądów socjalnych i sądów finansowych w jednolity „sąd wyższy”. Inicjatywa ta nie została jednak z różnych przyczyn – i słusznie – zaaprobowana.

⁸ Ordynacja sądów finansowych (Finanzgerichtsordnung – FGO) z dnia 6 października 1965 r., BGBl I, s. 1477, z późn. zm.

nego. Przepisy Ordynacji przewidują także możliwość zgłoszenia skargi w celu ustalenia istnienia lub nieistnienia danego stosunku prawnego albo też jego unieważnienia.

W literaturze podkreśla się, że najczęściej stosowanymi skargami są właśnie skargi żądające unieważnienia aktu administracyjnego lub jego zmiany. Skargi wnoszone są do Sądu Finansowego w formie pisemnej, którą szczegółowo określają przepisy Ordynacji. Również w zakresie treści skarg obowiązują określone wymogi.

Sądy Finansowe rozstrzygają w sprawach skarg w formie wyroku lub tzw. decyzji wstępnej. Szczególne znaczenie mają wyroki. Są one sporządzane w formie pisemnej. Podpisują je wszyscy zawodowi sędziowie współdziałający w postępowaniu sądowym. Niezbędną treść wyroku określają przepisy Ordynacji Sądów Finansowych. Wymaga podkreślenia, że sądy są swoimi wyrokami związani. Nie mogą ich ani zmieniać, ani uchylać. Od tej zasady istnieją jednak pewne wyjątki.

6. Jako odrębną sądową drogę prawną dochodzenia naruszonych przez organy podatkowe praw podatników należy potraktować postępowanie przed sądem finansowym drugiej instancji, a mianowicie przed Federalnym Trybunałem Finansowym z siedzibą w Monachium. Jest to bowiem instytucja, w odniesieniu do której podatnicy posługują się w zakresie dochodzenia swych praw naruszonych przez władze publiczne szczególnymi instrumentami, tworzącymi – jak to się określa w doktrynie – odrębny system środków prawnych. System ten obejmuje rewizję i zażalenia.

Rewizja jest, ogólnie rzecz biorąc, skierowana głównie przeciwko wyrokom Sądów Finansowych krajów związkowych, wydawanym z reguły na wnoszone skargi. Jedynie, wyjątkowo, rewizje skierowane są również przeciwko decyzjom sądów pierwszej instancji.

Rewizja stanowiąca szczególny środek prawny może być wniesiona, jeżeli wartość przedmiotu sporu przekracza jeden tysiąc marek niemieckich, albo, jeżeli zostanie przez sąd finansowy dopuszczona.

Rewizja jest dopuszczalna w trzech sytuacjach:

1. gdy dana sprawa podatkowo-prawna ma podstawowe znaczenie;
2. gdy wyrok sądu finansowego różni się od stanowiska Federalnego Trybunału Finansowego;

3. gdy zaskarżona decyzja opiera się na istotnym błędzie popełnionym w postępowaniu podatkowym.

Należy podkreślić, że niedopuszczenie rewizji może być zakwestionowane na podstawie zażalenia złożonego w ciągu jednego miesiąca od daty doręczenia wyroku. Początkowo zażalenie było przedkładane Sądowi Finansowemu, którego decyzja ulegała zakwestionowaniu. Od 2001 roku zażalenie jest przedkładane bezpośrednio Federalnemu Trybunałowi Finansowemu. W przedkładanym na piśmie zażaleniu winna być przedstawiona zasadnicza waga danej sprawy, albo decyzja Federalnego Trybunału Finansowego, od której odbiega wyrok stanowiący przedmiot zażalenia, albo też zasadniczy błąd w zakończonym postępowaniu w danej sprawie.

Środek prawny, jakim jest rewizja służy wielu celom. Poza podstawowym celem rewizji, jakim jest – z punktu widzenia danej jednostki – zapewnienie indywidualnej ochrony praw przysługujących podatnikowi, celem o charakterze ogólnym jest zapewnienie właściwego rozwoju prawa podatkowego oraz jednolitego jego stosowania. Za cel dodatkowy rewizji – równie istotny – uznać należy możliwość sprawowania przez Federalny Trybunał Finansowy efektywnej kontroli nad Sądami Finansowymi.

Za środek prawny uznawane są przez niemieckiego ustawodawcę oraz doktrynę także wymienione wyżej zażalenia. W odróżnieniu od rewizji, znajdują one zastosowanie w odniesieniu do różnych sądowo-finansowych decyzji i postanowień. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że zażalenie wstrzymuje jednak – jak podkreśla się w niemieckiej doktrynie – prawną siłę wyroku. Interesujące jest to, że zażalenia z roku na rok nabierają coraz większego znaczenia. W porównaniu ze środkami prawnymi w formie rewizji, których wniesiono do Federalnego Trybunału Finansowego w 2004 r. 851, liczba wniesionych środków prawnych w formie zażaleń wyniosła aż 2001 zażaleń.

Rozstrzygnięcia końcowe Federalnego Trybunału Finansowego przyjmują w sprawach rewizji różne formy. Właściwy do ich podejmowania jest kompetentny w danej sprawie Senat. Ponieważ istnieje 11 Senatów, przydział określonych spraw poszczególnym Senatom następuje w formie rocznego planu podziału spraw, sporządzanego przez Prezydium Trybunału.

W zakresie stosowania form końcowych rozstrzygnięć Senat Federalnego Trybunału Finansowego ma następujące możliwości:⁹

- a) w przypadku niedopuszczalności rewizji odrzucenie jej, które następuje w formie postanowienia;
- b) w przypadku braku uzasadnienia rewizji Senat w składzie 5 sędziów zwraca rewizję w zależności od konkretnej sytuacji:
 - 1) na podstawie postanowienia podjętego jednomyślnie,
 - 2) w formie wyroku,
 - 3) w formie tymczasowej decyzji,
- c) w przypadku, gdy rewizja jest w całości lub częściowo uzasadniona Senat sam podejmuje decyzję.

Zwrócić należy uwagę na fakt, że decyzja w sprawie rewizji w zasadzie nie wymaga uzasadnienia ze strony Federalnego Trybunału Finansowego. Ponadto w przypadku, gdy dany senat ma zamiar różnić się w określonej kwestii prawnej od innego senatu lub Wielkiego Senatu, wówczas kompetentnym dla rozstrzygnięcia danej sprawy prawnej jest Wielki Senat.

7. Na szczególną uwagę zasługuje odrębna droga prawna w zakresie ochrony praw jednostki w sprawach podatkowych, jaka pojawiła się z chwilą utworzenia w 1951 roku Federalnego Sądu Konstytucyjnego na mocy ustawy z dnia 12 marca 1951 r., obowiązującej aktualnie w brzmieniu ustawy z dnia 11 sierpnia 1993 r.¹⁰ Federalny Sąd Konstytucyjny cechuje jako trybunał stojący na czele judykatury Federacji samodzielność i niezależność wobec wszystkich pozostałych organów konstytucyjnych. Przysługują mu kompetencje w zakresie uchylania wszelkich sprzecznych z konstytucją orzeczeń innych sądów, a także kontrola przestrzegania zasad konstytucyjnych przez wszystkie władze państwowe w zakresie wszelkich form tworzonego przez nie prawa.

Instrument ochrony praw podmiotów podatkowych stanowi na tej drodze prawnej skarga konstytucyjna, przy pomocy której podmiot podatkowy może spowodować wszczęcie postępowania przed Federalnym Sądem Konstytucyjnym, jeżeli twierdzi, że władze publiczne

⁹ Por. K. Tipke, J.Lang, Steuerrecht, Köln 1991, s. 999 i n.

¹⁰ Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BGBl. 1951 I. s. 243, BGBl. 1993 I s, 1477, z późn zm.

naruszyły jego prawa podstawowe. Skarga konstytucyjna jest nadzwyczajnym środkiem prawnym, którego zastosowanie uwarunkowane jest poprzednim wykorzystaniem innych środków prawnych pozostających do dyspozycji podmiotu uprawnionego, a także po wyczerpaniu przez niego – jeśli to było możliwe – normalnego toku instancji. Jest to zgodne z subsydiarnym charakterem skargi konstytucyjnej¹¹.

8. Jako szczególnego rodzaju droga prawna, mająca na celu m.in. ochronę praw podmiotów podatkowych, traktowane jest w Niemczech postępowanie podatkowe przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Wieńczy ono w pewien sposób postępowania prowadzone w ramach krajowych systemów ochrony praw podmiotów podatkowych, które jednak w wielu przypadkach tych podmiotów nie satysfakcjonują. Warto zauważyć, że, o ile orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odgrywało początkowo znaczną rolę tylko w odniesieniu do podatków pośrednich, głównie podatku VAT, to obecnie przedmiotem jego zainteresowania stały się również podatki bezpośrednie, zwłaszcza podatki dochodowe. Wynika to w znacznej mierze stąd, że krajowe sądy niemieckie, w tym także Sądy Finansowe, traktują wspólnotowe prawo podatkowe jako część prawa podatkowego Niemiec, przyznając mu jednak pierwszeństwo w zakresie stosowania w razie kolizji z przepisami prawa krajowego. W przypadku naruszenia prawa wspólnotowego przez krajowego ustawodawcę lub organy finansowe, dotknięty tym podatek może wnieść skargę do krajowych sądów finansowych, które pełnią istotną funkcję w zakresie ochrony prawa wspólnotowego.

Żeby zapobiec różnej interpretacji prawa wspólnotowego przez krajowe sądy, w art. 234 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej przewidziano dla Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości tzw. postępowanie prejudycjalne, którego zadaniem jest jednolita wykładnia prawa wspólnotowego. Ma to istotne znaczenie dla ochrony praw podatników, które to prawa mogą ulegać naruszeniu w wyniku niewłaściwej interpretacji przepisów wspólnotowych. W przypadku, gdy pytanie tego rodzaju podniesione zostanie przed sądem krajowym państwa członkowskiego, sąd ten może, jeżeli uzna decyzję w tej kwestii za niezbędną do wydania wyroku, zwrócić się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z wnios-

¹¹ Por. I. Mirek, *Daniny publiczne w prawie niemieckim*, Wyd. Prawo i praktyka gospodarcza, Warszawa 1999.

skiem o rozpatrzenie tego pytania. Zależy to jednak w dużej mierze od woli sądu. Wymaga w związku z tym podkreślenia, że w sytuacji, gdy sprawa toczy się przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu – jak to ma miejsce m.in. w sądach drugiej instancji – sąd ten obowiązany jest wnieść sprawę do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Jakkolwiek postępowanie tego rodzaju toczy się niejednokrotnie dwa lata, a nawet dłużej, ma to jednak – jak dowodzi praktyka – istotne znaczenie dla ochrony praw podatnika i rozstrzygnięcia sprawy na jego korzyść. Warto podkreślić, że do tego rozwiązania niektórzy przedstawiciele doktryny niemieckiej odnieśli się jednak krytycznie.

Bibliografia

- Birk D., *Rechtsschutz in Steuersachen in den USA*, StuW 1991.
- Kruse H. W., *Lehrbuch des Steuerrechts*, t. I, Allgemeiner Teil, Wyd. C.H. Beck, 1991.
- Langereis Ch., *Belastingprocedures, Hoofddlijnen, van het procesrecht in belastingzaken*, Deventer 1981; *La Protection du Contribuable*, Wyd. Confédération fiscale européenne, 1989.
- Mirek I., *Daniny publiczne w prawie niemieckim*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 1999.
- Tipke K., Lang J., *Steuerrecht*, Wyd. Dr Otto Schmidt, Kolonia 2005.

SUMMARY

Violation of tax law regulations by public fiscal authorities usually harms the interests of taxpayers. Thus it is necessary to apply the specified taxpayers' rights protection system. A German taxpayers' rights protection system, which is being developed from 19th century, is interesting in this respect. This system presently includes different legal ways to protect the rights of taxpayers. Institutions related to them and legal instruments of taxpayers' protection are of the interest for the latter. There are both legal-administrative ways and more widely judicial ways in use.

*Allan F. Tatham**

Liability of Public Authorities in England and France. Damages for Breach of EC law after Francovich and Brasserie

1. Introduction

The principle of administrative or state liability for breach of EC law is not stated in the EC Treaty but has rather been developed by the European Court of Justice (ECJ). With the establishment of the fundamental conditions of liability in a series of cases¹, the emphasis has switched to the practical application of those conditions by national courts. This work will examine the requirement of national remedies for breach of EC law by public authorities, focusing on damages, and then turn to examine the grounds for administrative liability in France and England as exemplified by domestic cases. The analysis will also include a reflection on the Europeanisation of administrative liability.

* Assistant Professor, EU and International Law Department, Faculty of Law and Political Sciences, Pázmány Péter Catholic University, Budapest.

¹ See generally A. Biondi & M. Farley, *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn (2009).

2. Right to damages in national courts for breach of EC law

In the absence of any relevant Community provisions, the rights conferred upon individuals must be exercised before national courts² in accordance with the system of remedies, procedures and evidence under domestic law. This matter is subject to the principles of:

- (1) non-discrimination or equivalence according to which the remedy available depends on the provisions of national law and should be provided to protect Community rights on a non-discriminatory or equivalent basis to that provided for the protection of solely national legal rights³;
- (2) effectiveness, i.e., the remedy must be effective in protecting the infringed Community right: the Member State is accordingly under an obligation to afford real and effective protection for breach of EC law as well as providing a remedy having a real deterrent effect⁴.

Among these remedies, it has long been possible for parties to claim damages against EU Member State public authorities for breach of rights derived from Community law⁵. However, in the last 20 years, the ECJ has sought to give more guidance to national courts by laying down certain preconditions for founding a compensation claim against the domestic administration for infringing EC law.

² Case 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989. National law also normally governs questions of evidence and procedure. These include such matters as the appropriate court or tribunal to hear the case, time-limits for commencing proceedings, and the burden of proof: Case 45/76 *Comet BV v. Produktshap voor Siergewassen* [1976] ECR 2043; Cases 205-215/82 *Deutsche Milchkontor v. Germany* [1983] ECR 2633. On the question of time-limits, however, see Case C-208/90 *Emmott v. Minister for Social Welfare* [1991] ECR I-4269.

³ Case 158/80 *Rewe Handelsgesellschaft Nord mbH v. Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805; Case C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) v. Ministero delle Finanze* [1998] ECR I-4951; Case C-326/96 *Levez v. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd* [1998] ECR I-7835; Case C-78/98 *Preston v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust* [2000] ECR I-3201.

⁴ Case 79/83 *Harz v. Deutsche Tradax GmbH* [1984] ECR 1921; Case 14/83 *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891; Case 152/84 *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1986] ECR 723; Case C-271/91 *Marshall v. Southampton & South West Hampshire AHA* [1993] ECR I-4367.

⁵ Case 60/75 *Russo v. AIMA* [1976] ECR 45, paras. 8–9.

In *Francovich*⁶, the case centred on the question as to whether the State was liable in damages for having failed to implement a Directive. Having recognized the principle of state liability as “inherent in the system of the Treaty”, the ECJ set out three specific criteria that governed the existence of liability for failure to implement – either partially or totally – an EC Directive: (1) the result prescribed by the Directive should entail the grant of rights to individuals; (2) it should be possible to identify the content of those rights on the basis of the provisions of the Directive; and (3) there existed a causal link between the breach of the State’s obligation and the loss and damage suffered by the injured parties. Once these conditions were met, EC law directly conferred on individuals the right to compensation and the action for damages in such a case was governed by national law.

In *Brasserie de Pêcheur and Factortame (No. 3)*⁷, the issue to be decided was whether or not the State could be liable in damages for loss caused to individuals by legislation adopted in contravention of directly effective Treaty Articles⁸. The ECJ established that a Member State would incur liability for breach of EC law whenever the following three substantive conditions were satisfied: (1) the legal rule infringed had to be intended to confer rights on individuals; (2) the breach had to be sufficiently serious; and (3) there had to be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage sustained by the injured parties.

However, since these conditions were not sufficiently detailed to cover all issues arising from state liability claims before national courts then (as with *Francovich*) parties would have recourse to national substantive and procedural law to determine the nature and the content of the right. In principle, the compensation available had to be commensurate with the loss or damage sustained so as to ensure effective protection, but that the criteria which determined the extent of the compensation

⁶ Joined Cases C-6 and C-9/90 *Francovich v. Italian Republic* [1991] ECR I-5357.

⁷ Joined Cases C-46 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* and *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* [1996] ECR I-1029.

⁸ EC Art. 28 (on the prohibition between Member States of quantitative restrictions and all measures having equivalent effect on imported products) and EC Art. 43 (on the freedom of establishment).

available and the various heads of damage which might be claimed, were a matter for each Member State – again on condition that the relevant criteria were not less favourable than those applying to similar claims based on domestic law and did not make it impossible or excessively difficult to obtain reparation.

2.1. Damages against French public authorities

Since the 1873 *Blanco* judgment⁹, it has been accepted that the State may be held liable in damages but such liability is neither general nor absolute and is governed not by the principles which apply in private law (unlike in England), but by special rules which take account of the need to reconcile the rights of the State and of the citizens respectively. In general, *ultra vires* acts are held to be simultaneously illegal and wrongful and may therefore be declared void and give rise to a duty to pay compensation¹⁰.

There are two types of state liability recognized by French administrative courts: liability based on *faute* and liability *sans faute*¹¹. Liability based on *faute* may either require *faute simple* or *faute lourde*, the latter being necessary when the task of the public service is particularly difficult or sensitive. The notion of *faute* is broad, encompassing any illegality on the part of the State, while liability *sans faute* is based on the twin principles of “*risque*” and “equality”¹². The theory of *risque* is founded on the idea that the activities of the State – even when conducted without fault – may in certain circumstances constitute the creation of a risk which, if it materialises and causes injury or loss, the State should make good. The second key concept is that of the equality of citizens in respect of public burdens (*égalité des citoyens devant les charges publiques*). What is meant by this is that since the activities of the State are carried on in the interest of the entire community, the burdens that accrue

⁹ *Blanco*, TC 8 février 1873, Rec. 1er Supp. 61.

¹⁰ L. Neville Brown & J.S. Bell, *French Administrative Law*, 5th ed., OUP, Oxford (1998) at 181–212.

¹¹ M. Jarvis, *Remedies for Breach of EC Law before French Courts* [in] J. Lonbay & A. Biondi (eds.), *Remedies for Breach of EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester (1997), chap. 17, 187 at 188.

¹² R. Errera, “The scope and meaning of no-fault liability in French administrative law” (1986) 39 *Current Legal Problems* 181.

should not weigh more heavily on some than on others. Thus, should state action result in individual damage to particular citizens, the State should make good that damage irrespective of whether or not there was a fault committed by the public officers concerned. Liability *sans faute* has been accepted by the French courts on the basis of *risque* or equality for damage suffered as a result of statutes¹³, administrative regulations¹⁴ and international treaties¹⁵. Liability *sans faute* has only rarely been found to exist since the conditions regarding the level of seriousness are quite strict¹⁶.

2.2. Damages for breach of EC law by French authorities

It seemed initially that the administrative courts were going to found the liability of the French State for breach of EC law on the principle of liability *sans faute*¹⁷. However, partly due to fears that the *Conseil d'État* had unduly extended the concept of liability without fault which was only to be found exceptionally in cases of economic intervention of the State¹⁸, and partly due to the ECJ in *Francovich*, there has been a discernable shift towards accepting fault-based liability.

The leading authority of the *Conseil d'État* which confirmed this change is *Rothmans*¹⁹ which concerned, on the one hand, domestic legal

¹³ *Société des produits laitiers La Fleurette*: CE 14 janvier 1938, Rec. 25.

¹⁴ *Ministre de l'intérieur c. Bovero*: CE 25 janvier 1963, Rec. 53.

¹⁵ *Compagnie général d'énergie radioélectrique* CE Ass. 30 mars 1966, Rec. 257.

¹⁶ The harm suffered must be shown to have been "abnormal" or "special": *Caucheteux et Desmont*: CE 21 janvier 1944, Rec. 22; and *Ministre de la Culture et de la Communication c. CAPRI*: CE 18 décembre 1981, Rec. 478.

¹⁷ *SARL Les fils d'Henri Ramel v. Ministre de l'intérieur et Préfet de l'Hérault*: CE 7 décembre 1979, Rec. 456; and *Ministère du Commerce extérieur v. Société Alivar*: CE 23 mars 1984, Rec. 127. See Jarvis (1997) at 188–191.

¹⁸ P. Roseren, "The application of Community law by the French Courts from 1980 to 1993" (1994) 31 CML Rev. 315, at 337; and N. Dantoni-Cor, "La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire" (1995) 31 RTDE 471 at 500.

¹⁹ *Rothmans International France SA and Philip Morris France SA*; and *Arizona Tobacco Products GmbH Export KG and Philip Morris France SA*: CE 28 février 1992, Rec. 78 et 81; [1993] 1 CMLR 253. Noted by R. Errera [1992] PL 340 and J. Dutheil de la Rochère (1993) 30 CML rev. 187.

provisions, namely (a) section 6 of the Tobacco Monopoly Act 1976 that provided for there to be a single retail price for each tobacco product in France; and (b) section 10 of a 1976 implementing decree that provided such prices would be fixed by the Minister for the Economy, Finance and the Budget. On the other hand, Directive 72/464/EEC (“the Tobacco Monopoly Directive”)²⁰ laid down a general rule that manufacturers and importers were entitled to set their own maximum retail prices, with a proviso to retain the implementation of national systems of laws on the control of price levels and the observance of imposed prices. The ECJ had ruled in two cases²¹ that the proviso only applied to general national laws aimed at curbing price rises.

The applicant tobacco companies were refused ministerial permission to raise their prices and therefore sought annulment of the decisions to refuse as well as compensation. The *Conseil d'État* found that section 6 of the 1976 Act was incompatible with the Directive and that thus section 10 of the 1976 decree, adopted on the basis of section 6 of the 1976 Act, itself had no legal basis. Since there was no legal justification in implicitly refusing the applicants' requests, the ministerial decisions to refuse the applicants' requests had to be annulled.

In respect of the liability of the State, the *Conseil d'État* held that: “the ministerial decisions adopted pursuant to the Decree of 31 December 1976, refusing to fix the price of manufactured tobacco at the levels sought by the applicant companies for the period from 1 November 1982 to 31 December 1983, are illegal. Their illegality is such as to render the State liable”. This finding of State liability on the basis of “illegality” thus established that *faute* was the correct legal basis for finding liability for breaches by French public authorities of EC law.

2.3. Damages against English public authorities

Public authorities enjoy no dispensation from the ordinary law of tort and contract except to the extent provided for by statute. Unless acting

²⁰ 1972 JO L303/1; OJ English Spec. Ed., Series 1, Chapter 1972 (31.12), L303/3.

²¹ Case 90/82 *Commission v. France* [1983] ECR 2011; and Case 169/87 *Commission v. France* [1988] ECR 4093.

within their powers, they are liable like any other person for wrongful civil acts²². Likewise they are subject to the ordinary law of master and servant, by which the employer is liable for torts committed by the employee in the course of his employment, the employee also being personally liable²³. Since it is necessary to bring a claim for damages for breach of EC law within one of the existing categories of tort, for present purposes one particular cause of action giving rise to a remedy in damages appeared – at least until *Brasserie* – to be most relevant and is known as “breach of statutory duty”.

The general rule governing the liability of public bodies or public officers for breach of statutory duty is defined in general terms²⁴, viz. where a public body has a duty imposed on it by statute, a private action to recover damages may lie at the suit of anyone²⁵ injured by a breach thereof.

Although, even today, it is not clear where the limits of this liability lie²⁶, it is generally accepted that these are to be ascertained by determining the legislative intention behind the particular statute. Consequently, where Parliament has stated or clearly implied its intention in the wording of the Act, no problem arises²⁷ and where a duty is imposed by statute but no sanction of any kind is provided, there is a presumption

²² H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 6th ed., OUP, Oxford (1988) at 751–753.

²³ But there are situations in which an officer of central or local government has an independent statutory liability by virtue of his office, imposing duties upon him as a designated officer rather than on the public authority who appoints him. Where there is a breach of such a duty only the employee will be liable: see Wade (1988) at 752–753.

²⁴ Wade (1988), at 772–776. *Ferguson v. Earl of Kinnoul* (1842) 9 Cl & F 251 at 279; 9 ER 412 at 523. See also *Pickering v. James* (1873) LR 8 CP 489 at 503, per Bovill CJ.

²⁵ Towards the end of the 19th century the courts sought to narrow the scope of the duty on the grounds that with the vast increase in legislative activity, the old rule might lead to liabilities wider than the legislature could possibly have contemplated: *Atkinson v. Newcastle Waterworks Co* (1877) 2 Ex D 441. Although distinguished in *Dawson & Co v. Bingley UDC* [1911] 2 KB 149, the courts have in the main applied the now more restrictive criteria which govern breach of statutory duty.

²⁶ Wade (1988) at 775: “almost all administrative duties are statutory, but not every default entails liability in damages”.

²⁷ Occasionally the statute will confer that right, e.g., Sex Discrimination Act 1975 (c 65), s. 65(1)(b) and Race Relations Act 1976 (c 74), s. 56(1)(b); and sometimes it will exclude it.

that a person injured by its breach has a right of action²⁸. But where the statute provides a sanction in the form of a penalty or administrative action and yet remains silent on the question whether a civil remedy is also available, it is then a matter of construction whether or not a civil remedy may be awarded.

In such circumstances the plaintiff must prove that: (1) the statute imposes a clear and precise duty that is owed to him, i.e., he has *locus standi* in that he is a member of a “class” sought to be protected by the statute and not a member of the public at large²⁹; (2) the damage suffered is of a species which the statute is intended to protect³⁰; (3) the defendant infringed his statutory obligations³¹; and (4) the infringement caused the plaintiff’s loss³². Such considerations are subject to the proviso that if the enactment itself provides an alternative remedy or an adequate common law remedy exists, the court will be reluctant to permit the cause of action³³.

2.4. Damages for breach of EC law by English authorities

In *Garden Cottage Foods v. Milk Marketing Board*³⁴, an alleged breach of (now) EC Art. 82 (abuse of dominant position) by the defendant Board – considered to be acting as an undertaking in competition terms rather than as a public body in the exercise of its public powers – which had caused damage to a private party, gave rise to a cause of action for breach

²⁸ *Doe v. Bridges* (1831) 1 B & Ad 847 at 849, per Lord Tenterden CJ; *Cutler v. Wandsworth Stadium Ltd* [1949] AC 398 at 407, per Lord Simonds; *Thornton v. Kirklees* [1979] QB 626.

²⁹ *Clegg, Parkinson & Co v. Earby Gas Co* [1896] QB 592; *Groves v. Wimbourne* [1896] 2 QB 402; but cf. *Phillips v. Britannia Hygienic Laundry Co* [1923] 2 KB 832.

³⁰ *Gorris v. Scott* (1874) LR 9 Exch 125. It has been said that this second condition is in practical effect the same as the first condition: see R.A. Buckley, “Liability in Tort for Breach of Statutory Duty” (1984) 100 LQR 204 at 210-213 and at 232.

³¹ *Chipcase v. British Titan Productions Co* [1956] 1 QB 545; *John Summers & Sons Ltd v. Frost* [1955] AC 740.

³² *Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw* [1956] AC 613; *Wigley v. British Vinegars Ltd* [1964] AC 307; *Lineker v. Raleigh Industries* [1980] ICR 83.

³³ *Phillips v. Britannia Hygienic Laundry Co* [1923] 2 KB 832; *Monk v. Warbey* [1935] 1 KB 75; *McCall v. Abelesz* [1976] QB 585.

³⁴ [1984] AC 130.

of statutory duty. Lord Diplock delivering the judgment of the majority of the House of Lords, stated that EC Art. 82 had been declared by the ECJ to be of direct effect³⁵ and created direct rights in respect of the individuals concerned which national courts had to protect³⁶:

This decision of the European Court of Justice as to the effect of article [82] is one which section 3(1) of the European Communities Act 1972 requires your Lordships to follow. The rights which the article confers upon citizens in the United Kingdom accordingly fall within section 2(1) of the Act. They are without further enactment to be given legal effect in the United Kingdom and enforced accordingly.

A breach of the duty imposed by article [82] not to abuse a dominant position in the common market or a substantial part of it, can thus be categorised in English law as a breach of statutory duty that is imposed (...) for the benefit of private individuals to whom loss or damage is caused by a breach of that duty.

In *Bourgoin v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*³⁷, the case was concerned with the revocation of a licence to import frozen turkeys from France which the ECJ had held to be a breach of EC Art. 30. In the High Court, Mann, J. said: "Accordingly, I hold that a contravention of Article 30 which causes damages to a person gives to that person an action for damages for breach of statutory duty, the duty being one composed by Article 30 (as interpreted by the European Court) and s. 2(1) of the Act of 1972 when read in conjunction." Although the Court of Appeal (by a majority) decided that damages in this case should be claimed on the basis of misfeasance in a public office³⁸, breach of statutory duty

³⁵ Case 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR 51.

³⁶ [1984] AC 130 at 141.

³⁷ [1986] QB 716.

³⁸ Misfeasance in public office is the only specifically "public law" tort (*Bourgoin SA v. MAFF* [1986] QB 716 at 776; *Dunlop v. Woollahra Municipal Council* [1982] AC 158 at 172) and provides a remedy for citizens who have suffered loss due to the abuse of power by a public officer acting in bad faith. The specificity of the tort derives from the fact that to make out misfeasance, it must be shown that the defendant is a public officer, and that the claim relates to the defendant's exercise of power as a public officer: *Three Rivers DC v. Bank of England (No. 3)* [2003] 2 AC 1 at 191.

has been recently revived as the main cause of action for damages for administrative liability *vis-à-vis* EC law particularly since the ECJ stated in *Brasserie*³⁹ that the preconditions for basing a claim on misfeasance would make it in practice impossible to obtain damages.

Thus in 1997 a three-judge Divisional Court delivered a judgment in *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd*⁴⁰ in which it indicated that the appropriate cause of action should be breach of statutory duty. The main issue in the case was the assessment of whether the UK Government had committed a sufficiently serious breach of law to give rise to liability in damages by enacting the Merchant Shipping Act 1988. The Divisional Court found that it had. In relation to the appropriate cause of action the Court held that:

210. In Community law, the liability of a State for a breach of Community law is described as non-contractual. In English law there has been some debate as to the correct nature of the liability for a breach of Community law. In our judgment it is best understood as a breach of statutory duty [...].

212. Thus, whilst it can be said that the cause of action is *sui generis*, it is of the character of a breach of statutory duty. The United Kingdom and its organs and agencies have not performed a duty which they were statutorily required to perform [by the European Communities Act 1972].

Nevertheless, this reasoning has not been subject to universal acceptance: the notion that a breach of EC law gives rise to a right in damages in the English courts because there has been a breach of the European Communities Act 1972 is a fiction, albeit a convenient one⁴¹.

³⁹ Joined Cases C-46 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA v. Germany* [1996] ECR I-1029 at para. 73.

⁴⁰ [1997] EWHCC 755, 31 July 1997.

⁴¹ M. Hoskins, *Rebirth of the Innominate Tort?* [in] J. Beatson and T. Tridimas (eds.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford (1998), chap. 7, 91 at 97.

3. Impact of Europeanisation of administrative/state liability

More recent cases have given rise to speculation of a fundamental sea-change in national judicial attitudes. In France, the *Conseil d'État* in *Gardedieu*⁴² created a new cause of action to engage state liability for state legislative acts in breach of international treaties. Despite no direct connection to EC law, this case was nonetheless of significant importance for the relationship between French and EC law since it went beyond what was required by the ECJ's case-law on state liability. It held:

[S]tate responsibility for legislative acts can be engaged, on the one hand, on the basis of the equality of citizens before public burdens [...] on the other hand, by reason of its obligations to guarantee the respect of international conventions by public authorities, to compensate for all damage resulting from the intervention of a statute adopted in violation of France's international commitments.

The *Conseil d'État* thus refrained from expressly classifying such violation as falling under the regime of liability *pour/sans faute*⁴³. It thus opened a new ground for liability *du fait des lois* (for legislative acts), based on a violation of an international treaty. Unlike the regime of breach of equality before public burdens, this new regime allowed full compensation and did not require a special and unusual damage. Although it could be argued that this new regime is a fault-based regime "without the name", commentators seem to agree that the new regime remains a no-fault one⁴⁴. What is important for present purposes is that the *Conseil d'État* adopted a solution which went further than that adopted by the ECJ, since it neither required that the international law provision intended to confer rights on individuals nor imposed to demonstrate the

⁴² *Gardedieu*: CE Ass., 8 février 2007, RFDA.2007.361.

⁴³ F. Lenica & J. Boucher, "Chronique générale de jurisprudence administrative française: Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité" (2007) 63 AJDA 11 at 585 et seq.

⁴⁴ C. Broycelle, "La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle: une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur" (2007) 14 *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2083.

existence of a sufficiently serious breach as required by the *Francovich-Brasserie* case-law.

In England this was occasioned by the decisions of two High Court judges. First, Clark J. in *Three Rivers District Council v. Bank of England (No. 3)*⁴⁵ commented on the ECJ's recent case-law on state liability and noted: "In such a case the claim should not be regarded as a claim for damages for the tort of misfeasance in public office, but rather as a claim of a different type not known to the common law, namely a claim for damages for breach of duty imposed by Community law or for the infringement of a right conferred by Community law".

Secondly, Toumlin J. in another round of the *Factortame* litigation⁴⁶ in which he concluded that although the nature of the breaches of Community law could be characterised as breaches of duty or obligations, the assessment of those breaches was undertaken in a way which was novel under English law. He defined a tort as⁴⁷ "a breach of non-contractual duty which gives a private law right to the party injured to recover compensatory damages at common law from the party causing the injury". His conclusion was that action by an individual against a government for breach of EC law was an action founded on tort within the meaning of the Limitation Act 1980 and that the term "Eurotort" might be apt.⁴⁸

Soon after Clark J.'s *Three Rivers* decision, the Court of Appeal in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gallagher*⁴⁹ directly applied the ECJ's *Brasserie* test without reference to breach

⁴⁵ [1996] 3 All ER 558 at 624.

⁴⁶ *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd* [2001] 1 WLR 942 at 958.

⁴⁷ *Ibidem* at 965.

⁴⁸ This concept of a "Eurotort" had already been proposed in 1974 by Lord Denning MR in the case of *Application des Gaz SA v. Falks Veritas Ltd* ([1974] 3 All ER 51 at 58) when he held that (current) EC Arts. 81 and 82 were part of national law and created "new wrongs or torts" for which the English courts could remedy any breach. Such suggestion (echoed by Lord Wilberforce in *Garden Cottage Foods* ([1983] 3 All ER 777 at 783) was based on the fact that under the European Communities Act 1972, rights arising under EC law were referred to as "enforceable Community rights" and not as rights arising under UK law: C. Boch, *EC Law in the UK*, Longman, Harlow (2000) at 148.

⁴⁹ [1996] 2 CMLR 951.

of statutory duty. The House of Lords followed accordingly in *Factortame (No. 5)*⁵⁰ and made no reference to a breach of statutory duty. It did however apply the *Brasserie* formula to the case before it and directed its judgment to determining whether or not there had been “a breach of Community law” or a “breach of a Community obligation”.

4. Conclusion

The ECJ decisions in *Francovich* and *Brasserie* have already had (and will continue to have) an important effect on administrative liability in France and England. From the courts of both countries and the way in which they have considered administrative or state liability cases *vis-à-vis* EC law, there appears to be an implied recognition of a revolutionary change in remedies provision that the ECJ case-law has provoked. The ECJ has thus occasioned a fundamental rethink in how rights (not just under Community law) should be protected within the field of administrative liability. It is not that the problem has centred on the question of whether or not damages should be awarded for a public authority’s breach of EC law but rather on the question as to what should be the appropriate basis of that liability in the national system: the problem of “how to make actions suit the case”⁵¹.

Francovich and *Brasserie* have proved important steps in the development of the armoury of fundamental EC rights to underpin the principle of effective protection. In relation to both French and English law, they highlight some of the current shortcomings in the system of domestic damages remedies and point to further changes in the availability of such remedies against the public administration. With the French and English courts finding new ways to allow damages against the public authorities, they are assisting in the development of a “principle of homogeneity in the field of legal remedies”⁵² in the legal systems of the Member States.

⁵⁰ [2000] 1 AC 524.

⁵¹ J. Steiner, “How to make the action suit the case: domestic remedies for breach of EC law” (1987) 12 EL Rev. 102.

⁵² W. Van Gerven, “Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies” (1995) 32 CML Rev. 679.

Accordingly, EC law will continue to prove to be a most welcome catalyst in bringing change to French and English administrative law⁵³.

Bibliography

Biondi A. & Farley M., *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, Alphen an den Rijn (2009).

Broyelle C., "La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle: une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur" (2007) 14 *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2083.

Dantone-Cor N., "La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat français pour violation du droit communautaire" (1995) 31 *RTDE* 471.

Errera R., "The scope and meaning of no-fault liability in French administrative law" (1986) 39 *Current Legal Problems* 181.

Gerven W. Van, "Bridging the gap between Community and national laws: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies" (1995) 32 *CML Rev.* 679.

Hoskins M., *Rebirth of the Innominate Tort?* [in] J. Beatson and T. Trimmas (eds.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford (1998), chap. 7.

Jarvis M., *Remedies for Breach of EC Law before French Courts* [in] J. Lonbay & A. Biondi (eds.), *Remedies for Breach of EC Law*, John Wiley & Sons, Chichester (1997), chap. 17.

Lenica F. & Boucher J., "Chronique générale de jurisprudence administrative française: Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité" (2007) 63 *AJDA* 11 at 585 et seq.

Neville Brown L. & Bell J.S., *French Administrative Law*, 5th ed., OUP, Oxford (1998).

Oliver P., "Enforcing Community Rights in the English Courts" (1987) 50 *MLR* 881.

⁵³ P. Oliver, "Enforcing Community Rights in the English Courts" (1987) 50 *MLR* 881 at 906.

Roseren P., "The application of Community law by the French Courts from 1980 to 1993" (1994) 31 CML Rev. 315.

Steiner J., "How to make the action suit the case: domestic remedies for breach of EC law" (1987) 12 EL Rev. 102.

Wade H.W.R., *Administrative Law*, 6th ed., OUP, Oxford (1988).

ABSTRAKT

Tematem opracowania jest problem odpowiedzialności odszkodowawczej władz publicznych w Anglii i Francji, ale dotyczący odszkodowań za naruszenie prawa wspólnotowego. Ponieważ zasada odpowiedzialności odszkodowawczej za działania władzy administracyjnej i państwowej za naruszenie prawa wspólnotowego nie została wyartykułowana w prawie traktatowym, jej wyrażeniem zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości, dopracowując jej zakres w licznych orzeczeniach. Określając podstawowe warunki odpowiedzialności wpływał na zmianę zastosowania tej zasady przez sądy państw członkowskich. Przedstawione rozważania dotyczą praktyki realizacji odpowiedzialności odszkodowawczej za działania władzy publicznej w Anglii i Francji po wydaniu przełomowych orzeczeń przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Francovich* (1991 ECR I-5357) i w sprawie *Brasserie* (1996 ECR I-1029). W ramach tego opracowania przedstawiam również uwagi i refleksje na temat europeizacji odpowiedzialności administracyjnej.

*Irena Czaja-Hliniak**

Odpowiedzialność prawnofinansowa na przykładzie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Odpowiedzialność w prawie finansowym

Odpowiedzialność organów publicznych stanowi niezwykle istotne zagadnienie w warunkach działalności demokratycznego państwa prawa. Ma ona miejsce w szerokim zakresie tak pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym.

Podobnie jak w innych dyscyplinach prawa również w zakresie regulacji prawnofinansowych występuje odpowiedzialność prawna. Wyróżnić można szerokie spektrum odpowiedzialności, jak np. odpowiedzialność organów wobec innych organów, odpowiedzialność organów wobec jednostek organizacyjnych, czy odpowiedzialność tak organów, jak i jednostek wobec osób fizycznych.

Kwestie odpowiedzialności dotyczą wszystkich działów prawa finansowego, a zwłaszcza prawa budżetowego, podatkowego, bankowego

* Dr hab. prof. nadzw., Katedra Prawa Finansowego, Wydział Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

i dewizowego. Związane są z prowadzoną bezpośrednio działalnością, działalnością nadzorczą oraz kontrolną, a w szczególności z wydawaniem decyzji. Specyficznym rodzajem odpowiedzialności regulowanej przepisami prawa finansowego jest odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w tym dyscypliny budżetowej.

Odpowiedzialność w zakresie prawa finansowego ma przede wszystkim zapewnić stosowanie prawa w szerokim rozumieniu, czyli nie tylko prawa finansowego, ale wszelkich przepisów prawa związanych z działalnością finansową bądź z uwagi na status prawny jednostki organizacyjnej, bądź rodzaj działalności. Ponadto ma zapewnić przestrzeganie statutów jednostek i postanowień zawieranych przez nie umów. Szczególne znaczenie odgrywa tu poprawność wydawanych decyzji.

Odpowiedzialność winna powodować wyeliminowanie naruszeń prawa, usunięcie skutków tychże naruszeń, przywrócenie stanu przestrzegania prawa, a w przypadku spowodowania szkód – ich zrekompensowanie. W związku z tym, w literaturze podkreśla się trojką funkcję odpowiedzialności, tj. represyjną, kompensacyjną i prewencyjną¹.

Charakterystyczną cechą odpowiedzialności w prawie finansowym jest fakt, iż bezpośrednia regulacja sankcji posiada ograniczony zakres, natomiast ma miejsce posługiwanie się sankcjami z innych działów prawa, głównie karnoskarbowego, karnego czy – ewentualnie – administracyjnego, co, nawiasem mówiąc, stanowi przejaw związków prawa finansowego z innymi gałęziami prawa.

Odpowiedzialność dotyczy obu stron stosunków prawnofinansowych, czyli przede wszystkim organów finansowych i jednostek lub osób wchodzących z nimi w tego rodzaju stosunki. Jeśli zaś chodzi o odpowiedzialność organów i jednostek, to wskazać można na ich własną odpowiedzialność lub odpowiedzialność organów wykonawczych tychże jednostek lub pracowników, z uwzględnieniem zajmowanych przez nich stanowisk.

W zakresie odpowiedzialności finansowej w jej różnorodnych aspektach uwidacznia się w znacznej mierze aspekt fiskalny, czyli przesłanka odpowiedzialności dotyczy wpływów budżetowych oraz racjonalności wydatków budżetowych.

¹ Zob. C. Kosikowski, *Odpowiedzialność w prawie finansowym* [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2008, s. 76.

Brak jest także jednolitych zasad postępowania w odniesieniu do odpowiedzialności finansowej. Obok odrębnych zasad, jak postępowanie podatkowe czy postępowanie w zakresie naruszenia dyscypliny finansów publicznych stosuje się postępowanie administracyjne (np. w zakresie prawa dewizowego, bankowego), postępowanie karnoskarbowe czy postępowanie karne.

Odpowiedzialność bankowa

Warto wskazać na wybrane przykłady odpowiedzialności z zakresu prawa bankowego, które przewiduje zarówno odpowiedzialność banku, jak i członków jego organów oraz pracowników. Do jednego z najważniejszych tzw. szczególnych obowiązków banków należy przestrzeganie tajemnicy bankowej. Zgodnie z art. 104 Prawa bankowego², bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe obowiązane są zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Od ogólnej zasady istnieje szereg ustawowych wyjątków oraz regulacji przypadków, w których bank z mocy prawa, bądź na żądanie, przekazuje określone informacje na rzecz uprawnionych organów do ich otrzymywania. W świetle art. 105 ust. 5, bank ponosi odpowiedzialność za szkody wynikające z ujawnienia tajemnicy bankowej i wykorzystania jej niezgodnie z przeznaczeniem³. Nie ponosi jej w przypadku, gdy do ujawnienia tajemnicy doszło przez osoby i instytucje upoważnione do żądania od banków udzielania informacji stanowiących tajemnicę bankową. Z kolei członkowie organów i pracownicy banku ponoszą odpowiedzialność za ujawnienie lub wykorzystanie informacji stanowiących tajemnicę bankową niezgodnie z upoważnieniem określonym w ustawie oraz za podawanie w informacjach nieprawdziwych lub zatajania prawdziwych danych. Prawo ban-

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665, z późn. zm.) – zwana dalej Prawem bankowym.

³ Por. bliżej J. Gliniecka, *Tajemnica finansowa*, Bydgoszcz–Gdańsk 2007, s. 105–106.

kowe przewiduje grzywnę (ewentualnie z podaną górną granicą) i karę pozbawienia wolności do lat 3 (art. 171).

Kolejnym szczególnym obowiązkiem banków jest – zgodnie z art. 106 – obowiązek przeciwdziałania wykorzystywaniu działalności wykonywanej przez bank dla celów mających związek z przestępstwem z art. 299 Kodeksu karnego⁴ lub aktów terrorystycznych. Przestępstwo z art. 299 k.k. w odniesieniu do banków polega zwłaszcza na przyjmowaniu lub przekazywaniu za granicę, czy przenoszeniu własności środków płatniczych, papierów wartościowych lub innych wartości dewizowych pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego. Dotyczy pracowników banku lub instytucji kredytowej, którzy przyjmują w gotówce, wbrew przepisom, pieniądze lub inne wartości dewizowe, dokonują ich transferu lub konwersji w okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenie, że stanowią one przedmiot określonego tym artykułem czynu albo świadczą inne usługi mające ukryć przestępne pochodzenie środków lub usługi w zabezpieczeniu ich przed zajęciem. Podobnie dotyczy zaniechania poinformowania zarządu lub organu nadzoru finansowego o przeprowadzeniu operacji finansowej, mimo że okoliczności przeprowadzenia operacji wzbudzają uzasadnione podejrzenie co do źródła pochodzenia środków. Biorąc pod uwagę szczegółowe postanowienia, kary są zróżnicowane i wynoszą od 6 miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności.

Oprócz kar przewidzianych kodeksem karnym za popełnienie przedstawionych czynów, odrębne sankcje w postaci odpowiedzialności porządkowej przewiduje dla pracowników bezpośrednio Prawo bankowe (art. 107), z tytułu niezawiadomienia, wbrew obowiązkom, o okolicznościach wskazujących na wykorzystywanie banku dla celów mających związek z przestępstwem lub aktami terrorystycznymi.

Jeśli wykonywanie tego typu obowiązków miało miejsce w dobrej wierze, bank nie ponosi odpowiedzialności za ewentualną szkodę. Odpowiedzialność za wstrzymanie czynności bankowych w tym przypadku ponosi Skarb Państwa.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

Art. 112a Prawa bankowego nakłada na banki obowiązek realizowania wpłat dokonywanych gotówką oraz poleceń przelewu dotyczących należności, do których stosuje się Ordynację podatkową⁵ lub Wspólnotowy Kodeks Celny⁶ w terminie 5 dni roboczych od dnia przyjęcia gotówki lub obciążenia rachunku bankowego. Niedotrzymanie terminu powoduje obowiązek banku do zapłacenia na rzecz Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego odsetek w wysokości odsetek za zwłokę od zaległości podatkowych. Do odpowiedzialności banku z tego tytułu stosuje się odpowiednio przepisy Ordynacji podatkowej dotyczące odpowiedzialności podatkowej inkasenta.

Kolejny rodzaj sankcji łączy się z wydawanymi przez Komisję Nadzoru Finansowego w ramach nadzoru zaleceniami i nakazami (art. 138). Sankcje mogą dotyczyć banku lub członków zarządu. Przykładowo można wskazać na następujące rodzaje zaleceń: a) podjęcie środków koniecznych do przywrócenia płynności płatniczej lub osiągnięcia i przestrzegania norm płynności oraz innych norm dopuszczalnego ryzyka, b) zwiększenie funduszy własnych, c) zaniechanie określonych form reklamy, d) zastosowanie szczególnych zasad tworzenia rezerw na ryzyko związane z działalnością banków, czy e) ograniczenie ryzyka. Komisja może natomiast nakazać wstrzymanie wypłat z zysku oraz tworzenia nowych jednostek organizacyjnych do czasu przywrócenia płynności płatniczej lub osiągnięcia w/w norm płynności i ryzyka. Przesłankę odpowiedzialności stanowi nie tylko niezastosowanie się do środków nadzorczych lecz także naruszenie prawa lub statutu bądź stworzenie zagrożenia dla interesów posiadaczy rachunków. W stosunku do banku, Komisja może, po uprzednim upomnieniu na piśmie, ograniczyć zakres działalności, nałożyć karę finansową w wysokości do 1.000.000 zł lub uchylić zezwolenie na utworzenie banku i podjąć decyzję o jego likwidacji. Komisja może również wystąpić do właściwego organu o odwołanie prezesa, wiceprezesa lub innego członka zarządu bezpośrednio odpowiedzialnego za nieprawidłowości oraz zawiesić w czynnościach członków

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60) – zwana dalej Ordynacją podatkową.

⁶ Rozporządzenie Rady EWG nr 2913/92 z dnia 12 października 1992 r. ustanawiające Wspólnotowy Kodeks Celny (Dz.Urz.WE L 302 z 19.10.1992 r.).

zarządu do czasu ich odwołania. Ponadto Komisja, w razie niewykonania zaleceń dotyczących prowadzenia działalności z naruszeniem prawa lub statutów lub niewykonania obowiązków związanych z nadzorem nad oddziałami instytucji kredytowych, posiada uprawnienie nakładania na członków zarządu kar pieniężnych do wysokości trzykrotnego miesięcznego wynagrodzenia brutto danej osoby⁷ (art. 141).

Prawo bankowe reguluje również odpowiedzialność z tytułu prowadzenia działalności bankowej bez zezwolenia. Sprowadza się ona do obowiązku zwrotu otrzymanego za czynności oprocentowania, prowizji i opłat. Nie występuje konsekwencja w postaci nieważności czynności prawnych dotyczących czynności bankowych⁸. Pociąga natomiast odpowiedzialność karną w postaci grzywny (do 5.000.000 zł) i kary pozbawienia wolności (do 3 lat). Odpowiedzialność występuje także w przypadku np. szeregu uchybień związanych z zapewnieniem funkcjonowania wewnętrznej kontroli danych wymaganych w związku ze sprawowaniem nadzoru skonsolidowanego, udzielaniem informacji Komisji Nadzoru Finansowego czy ze sporządzaniem i przedstawianiem Komisji sprawozdań skonsolidowanych (art. 171). Stosowana jest alternatywnie grzywna (w zróżnicowanej wysokości) lub kara pozbawienia wolności (do 2 lub 3 lat).

Odpowiedzialność skarbową

Niezwykle istotnym rodzajem odpowiedzialności finansowej jest odpowiedzialność skarbową. Znajduje ona wyraz przede wszystkim w Ordynacji podatkowej. Warto wskazać na kilka przykładów. Z tokiem załatwiania spraw przez organy podatkowe wiąże się odpowiedzialność pracowników organów podatkowych, którzy z nieuzasadnionych przyczyn nie załatwili sprawy w terminie lub nie dopełnili obowiązku zawiadomienia strony o niezakończonym załatwieniu sprawy z podaniem przyczyn

⁷ Wszystkie powyższe kary pieniężne są odprowadzane na rzecz Bankowego Funduszu Gwarancyjnego.

⁸ E. Fojcik-Mastalska, *Odpowiedzialność cywilna i karna [w:] Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 797.

niedotrzymania terminu i nowego terminu albo nie załatwili sprawy w dodatkowym terminie ustalonym w związku z ponagleniem. Ordynacja przewiduje odpowiedzialność pracowników porządkową, dyscyplinarną albo inną odpowiedzialność przewidzianą przepisami prawa (art. 142).

Bardzo ważnym rodzajem jest odpowiedzialność odszkodowawcza organów podatkowych. Odszkodowanie przysługuje od organu wydającego decyzję, w odniesieniu do której następnie stwierdzono nieważność lub którą uchylono w wyniku wznowienia postępowania. Do odszkodowania stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Odszkodowanie przysługuje stronie za poniesioną stratę i utracone korzyści, z wyjątkiem sytuacji, kiedy uchylenie decyzji lub stwierdzenie jej nieważności powstały z winy strony (art. 260–261). O odszkodowaniu orzeka organ podatkowy, który uchylił decyzję lub stwierdził jej nieważność. W przypadku odmowy lub orzeczenia odszkodowania niższego od zgłoszonego w żądaniu, stronie przysługuje prawo wniesienia powództwa do sądu powszechnego.

Ordynacja reguluje również kwestię odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy skarbowej (art. 293). Objęte są nią indywidualne dane zawarte w deklaracji oraz innych dokumentach składanych przez podatników, płatników lub inkasentów. Ponadto Ordynacja obejmuje tajemnicą cały szereg innych danych zawartych np. w informacjach podatkowych przekazywanych przez inne podmioty, aktach dokumentujących czynności sprawdzające, aktach postępowania podatkowego, kontroli podatkowej oraz aktach postępowania w sprawach o przestępstwa lub wykroczenia skarbowe, informacjach uzyskanych z banków czy w toku postępowania w sprawach cen transakcyjnych. Sankcja uzależniona jest od rodzaju ujawnionych informacji oraz sposobu działania. Ujawnienie informacji objętych tajemnicą skarbową przez podmiot zobowiązany do jej zachowania podlega karze pozbawienia wolności do lat 5. Jeśli są to informacje uzyskane przez organ w toku postępowania podatkowego, a objęte tajemnicą bankową⁹, ustalona jest również dolna granica kary – 6 miesięcy. W przypadku działania nieumyślnego, górna granica kary

⁹ Bliżej na temat tajemnicy skarbowej oraz powiązania jej z tajemnicą bankową zob. R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, wyd. 5, Warszawa 2009, s. 315–318.

obniżona jest do 2 lat. Jeśli zaś pokrzywdzonym jest Skarb Państwa, ściganie następuje na jego wniosek (art. 306).

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych

W zakresie odpowiedzialności z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych istnieją interesujące koncepcje doktrynalne, jak np. odpowiedzialności jednostek organizacyjnych czy osób wchodzących w skład organów lub podejmujących decyzje. Występuje również szeroki zakres przesłanek odpowiedzialności, odrębny system kar i odrębne zasady proceduralne. Stąd całość tych zagadnień zasługuje na bliższe zaprezentowanie.

Na kanwie obecnej regulacji rysuje się wiele problemów tak natury teoretycznej, jak i praktycznej. Z punktu widzenia odpowiedzialności organów czy – w szerszym ujęciu – jednostek organizacyjnych sektora finansów publicznych, do istotnych kwestii należy pojęcie oraz zakres podmiotowy i przedmiotowy tejże odpowiedzialności, a także system swoistych kar i ich skutków.

Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁰, podobnie jak poprzednio obowiązujące regulacje prawne, nie definiuje pojęcia dyscypliny finansów publicznych¹¹, określając jedynie zakres podmiotowy i przedmiotowy odpowiedzialności za jej naruszenie. Nawiązuje również (art. 2) do rozumienia szeregu pojęć, w tym finansów publicznych, w znaczeniu przyjętym w ustawie z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych¹², czyli dotyczy procesów związanych z gromadzeniem środków publicznych oraz ich rozdysponowaniem¹³. Na podkreślenie zasługuje wyłącze-

¹⁰ Dz.U. Nr 14, poz. 114 z 2005 r., z późn. zm. – zwana dalej ustawą o dyscyplinie.

¹¹ O pojęciu dyscypliny por. C. Kosikowski, *Istota dyscypliny finansów publicznych* [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse...*, *op. cit.*, s. 818 i n.

¹² Dz.U. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm. – zwana dalej ustawą z 2005 r. o finansach publicznych.

¹³ Art. 3 ustawy z 2005 r. o finansach publicznych.

nie stosowania przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny w odniesieniu do należności podatkowych oraz celnych (art. 3).

W zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, dawniej dyscypliny budżetowej¹⁴, istnieją interesujące koncepcje doktrynalne dotyczące zakresu odpowiedzialności. Odpowiedzialność może obejmować bowiem jednostki organizacyjne¹⁵, osoby wchodzące w skład organów jednostek lub podejmujących decyzje z innego tytułu, a także równoległe jednostki i osoby.

Ustawa (podobnie jak i poprzednio) obejmuje odpowiedzialnością wyłącznie ściśle określone kategorie osób fizycznych. Wydaje się, iż takie ujęcie można uznać za zdecydowanie zbyt wąskie. Odpowiedzialność winna dotyczyć również, a może nawet przede wszystkim, jednostek organizacyjnych, choć bezsporne pozostaje, iż naruszenie spowodowane jest zawsze przez osobę działającą jako organ bądź w imieniu organu. Odpowiedzialność ta winna zostać połączona z odpowiedzialnością odszkodowawczą za straty powstałe w wyniku wadliwego działania organu (jednostki). Odpowiedzialność powinna obejmować jednostki sektora finansów publicznych¹⁶ w rozumieniu ustawy z 2005 r. o finansach publicznych (art. 4), a wówczas obejmowałyby szeroki zakres organów, jak organy władzy publicznej, organy administracji rządowej, organy kontroli, ochrony prawa, sądy, jednostki samorządu terytorialnego, jednostki im podległe oraz wiele innych podmiotów, a także wszelkie podmioty wykorzystujące środki publiczne, czyli podmioty realizujące ustawowe zadania z zakresu finansów publicznych. Konsekwencją tak ujętej odpowiedzialności byłyby odpowiedzialność funkcjonariuszy czy pracowników tych jednostek. Również sankcje z tytułu naruszenia dyscypliny winny dotyczyć jednostek sektora finansów publicznych oraz podmiotów

¹⁴ Poprzednio zagadnienia odpowiedzialności regulowane były ustawami dotyczącymi prawa budżetowego, po raz ostatni ustawą z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe, Rozdz. 8 – Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny budżetowej (tekst jedn. Dz.U. Nr 72, poz. 344 z 1993 r., z późn. zm.). Rozszerzenie zakresu nastąpiło w ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, Dział V (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., Nr 15, poz. 148, z późn. zm.), po czym nastąpiło wyodrębnienie regulacji w osobnej ustawie z 2004 r.

¹⁵ Por. K. Ostrowski, *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Warszawa 1970, s. 264.

¹⁶ Taki pogląd reprezentuje w szczególności C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie režimu prawnego finansów publicznych*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12, s. 5.

wykorzystujących środki publiczne, a kolejno, odrębnie osób, którym w tych jednostkach powierzono określone obowiązki¹⁷.

Warto zauważyć, iż namiastką tego rodzaju odpowiedzialności jednostek jest uregulowana w ustawie z 2005 r. o finansach publicznych instytucja blokowania planowanych wydatków budżetowych (art. 154). Blokowanie, oznaczające okresowy lub obowiązujący do końca roku zakaz dysponowania częścią lub całością planowanych wydatków, może być zastosowane w przypadku stwierdzenia niegospodarności w określonych jednostkach, opóźnień w realizacji zadań, nadmiaru posiadanych środków czy naruszenia zasad gospodarki finansowej określonych ustawą. W decyzjach, które podejmuje odpowiednio minister finansów lub dysponent części budżetowych może być zawarty wykaz wydatków, które nie mogą być dokonywane. Instytucja blokowania wydatków ma wprawdzie charakter fakultatywny, ale niewątpliwie stanowi swoistego rodzaju sankcję zastosowaną w odniesieniu do jednostki, w której miały miejsce ustawowo określone negatywne przejawy gospodarowania środkami publicznymi. Sankcja ta oddziałuje szeroko – nie tylko bezpośrednio na jednostkę, ale i na podmioty powiązane z jednostką oraz osoby w niej zatrudnione.

Na wzór instytucji blokowania można by stworzyć katalog naruszeń dyscypliny finansów publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych oraz jednostki dysponujące przekazanymi środkami publicznymi, w szczególności w postaci dotacji budżetowych, podlegających szczególnemu reżimowi ich wykorzystywania¹⁸. Także sankcje można by rozszerzyć, np. o instytucję wstrzymania uruchamiania środków (wydatków) budżetowych, zawartą w szerszej definiowanym w ustawie o finansach publicznych blokowaniu wydatków w przypadku zagrożenia realizacji ustawy budżetowej (art. 155), kiedy to blokowanie, leżące w gestii Rady Ministrów, obejmuje również wstrzymanie przekazywania środków na realizację zadań finansowanych z budżetu państwa. Formę sankcji stanowić również może konieczność uzyskiwania zgody jednostki nadrzędnej lub organu finansowego na dokonywanie określonych wydatków lub w określonej wysokości.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por. art. 130–132 i 144–146 ustawy o finansach publicznych.

Aktualnie, ustawa o dyscyplinie obejmuje zakresem podmiotowym odpowiedzialności wyłącznie osoby fizyczne w kilku kategoriach: osoby wchodzące w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych albo jednostki niezaliczanej do tego sektora otrzymującej środki publiczne lub organu zarządzającego mieniem tych jednostek, kierowników jednostek sektora finansów publicznych, pracowników tych jednostek, którym powierzono określone obowiązki¹⁹ w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych oraz osoby gospodarujące środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych (art. 4). Należy jednak podkreślić, iż wszystkie wymienione osoby działają w imieniu i na rzecz określonych organów bądź jednostek organizacyjnych.

Zastrzeżenia w doktrynie budzi odpowiedzialność członków organów kolegialnych. Art. 20 stanowi bowiem, iż osoba wchodząca w skład organu kolegialnego, uczestnicząca w podejmowaniu uchwały zawierającej polecenie lub upoważnienie do popełnienia czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych, w przypadku niezgłoszenia sprzeciwu do tej uchwały, odpowiada tak, jak osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych (z wyjątkiem czynów wymienionych w ustawie), przy czym za zgłoszenie sprzeciwu uważa się zgłoszenie sprzeciwu do uchwały na piśmie albo ustnie do protokołu, jak również głosowanie przeciwko uchwale w przypadku głosowania imiennego. Wątpliwość budzi fakt równorzędnego potraktowania głosowania nad uchwałą z działaniem organu czy wydaniem polecenia²⁰. Z drugiej strony, inna interpretacja wykluczałaby w zasadzie odpowiedzialność członków organów kolegialnych za treść podejmowanych uchwał. Tym bardziej, że art. 29 zwalnia od odpowiedzialności osobę, która naruszyła dyscyplinę finansów publicznych wskutek wykonania polecenia wydanego przez określone podmioty,

¹⁹ Na temat przypisania i przyjęcia przez pracownika obowiązków jako przesłanki odpowiedzialności por. bliżej: E. Ruśkowski, J. Salachna, *Wpływ zmian regulacji zasad publicznej gospodarki finansowej na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 10, s. 5.

²⁰ Zob. P. Kryczko, *Wprowadzenie do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Kraków 2005, s. 15.

przenosząc odpowiedzialność na te podmioty, pod warunkiem zgłoszenia pisemnie zastrzeżenia i otrzymania pisemnie potwierdzenia wykonania polecenia. Jeśli z kolei (art. 29 ust. 2) osoba naruszyła dyscyplinę finansów publicznych wskutek wykonania uchwały organu, to nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli przed wykonaniem uchwały zgłosiła pisemnie zastrzeżenie i, pomimo tego zastrzeżenia, otrzymała pisemne potwierdzenie wykonania uchwały lub uchwała nie została uchylona albo zmieniona. Wówczas odpowiedzialność ponosi każdy z członków organu, który podpisał się pod pisemnym potwierdzeniem wykonania uchwały, a przy braku takiego dokumentu – każdy z członków organu, który nie zgłosił sprzeciwu do uchwały, która nie została uchylona albo zmieniona.

Kolejną wątpliwość budzi w literaturze fakt objęcia zakresem podmiotowym odpowiedzialności osób gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych. Zastrzeżenia dotyczą objęcia osób, które nie są zatrudnione i nie pełnią funkcji w sektorze finansów publicznych oraz prawnego charakteru środków publicznych przekazanych poza sektor publiczny, a konkretnie – utraty przez nie charakteru środków publicznych w momencie wpływu do jednostki niebędącej jednostką tego sektora²¹. Abstrahując od statusu środków przekazanych tymże jednostkom, wydaje się celowe objęcie odpowiedzialnością osób nimi gospodarujących z uwagi na wagę tych środków, a zwłaszcza, niejednokrotnie, poddanie ich szczególnemu reżimowi, jak np. dotacji celowych, stanowiących najczęściej spotykaną formę przekazywania środków. Odpowiedzialność za wykorzystywanie przekazywanych środków sprzyja w tym wypadku zasadzie racjonalnej realizacji wydatków budżetowych oraz kontroli ich przeznaczenia.

Warto poświęcić nieco uwagi problemowi specyficznych kar stosowanych w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Już samo to postępowanie zasługuje na podkreślenie ponieważ stanowi nieliczny przypadek odrębnych postępowań regulowanych normami prawa finansowego, wraz z odrębną dwuinstancyjną strukturą organów

²¹ Por. J. M. Salachna, *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 2005, nr 6, s. 32 i n.

orzekających i oskarżycielskich²². Karami (art. 31) są: upomnienie, nagana, kara pieniężna oraz zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Dodatkową dolegliwością, niejednokrotnie istotniejszą, kary nagany lub kary pieniężnej jest wywołanie, określonych w odrębnych przepisach, skutków wynikających z ujemnej lub negatywnej oceny kwalifikacyjnej²³ (art. 32). Szczególnego rodzaju karę, wymierzaną w przypadku rażącego naruszenia²⁴ dyscypliny finansów publicznych²⁵, stanowi zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi²⁶. Kara ta może być również wymierzana w przypadku ponownego ukarania za naruszenie dyscypliny. Kara może być orzekana na okres od roku do 5 lat. Najistotniejsze są jednakże konsekwencje kary. Oznacza ona bowiem zakaz pełnienia określonych funkcji, np. kierownika, zastępcy kierownika, członka zarządu, skarbnika, głównego księgowego, jego zastępcy czy kierownika lub zastępcy komórki bezpośrednio odpowiedzialnej za wykonywanie budżetu lub planu finansowego jednostki, zakaz reprezentowania interesów majątkowych Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, a także zakaz członkostwa w organach stanowiących, nadzorczych i wykonawczych państwowych i samorządowych osób prawnych. Kara słusznie zakładała ograniczenie możliwości zajmowania określonych stanowisk związanych z dysponowaniem środkami publicznymi przez osoby rażąco naruszające dyscy-

²² Wspólna komisja orzekająca, resortowe komisje orzekające przy ministrach, komisja orzekająca przy Szeffie Kancelarii Prezesa Rady Ministrów oraz regionalne komisje orzekające przy regionalnych izbach obrachunkowych – w pierwszej instancji oraz Główna Komisja Orzekająca – w drugiej instancji. Odpowiednio: rzecznicy dyscypliny finansów publicznych oraz Główny Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych.

²³ Muszą one wynikać z ustaw stanowiących podstawę kwalifikacji, co, w odniesieniu do pracowników niepełniących funkcji kierowniczych, zdarza się rzadko. Występuje np. w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r., Nr 231, poz. 1701).

²⁴ Por. bliżej L. Lipiec-Warzecha, *Egzekwowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 9, s. 5.

²⁵ W szczególności w przypadku działania lub zaniechania, którego skutkiem jest znaczące uszczuplenie środków publicznych albo świadczącego o nagannym niedopełnieniu obowiązku należytej staranności zawodowej, czy o uporczywym lekceważeniu zasad gospodarowania środkami publicznymi.

²⁶ Art. 31–34 ustawy o dyscyplinie.

plinę finansów. Tymczasem w praktyce, przez przeszło 7 lat jej istnienia, została do połowy 2007 r. prawomocnie orzeczona tylko jeden raz²⁷.

Zgodnie z art. 32 ust. 3 ukaranie karą zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi nie ogranicza prawa wybieralności (biernego prawa wyborczego) na wójta, burmistrza i prezydenta miasta. Zasady ograniczania biernego prawa wyborczego określone w ustawie z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta²⁸ nie wprowadziły stosownego ograniczenia. Ustawa z 2005 r. o finansach publicznych przyznaje wójtowi²⁹ szeroki zakres uprawnień, jak np. nadzorowania realizacji uchwały budżetowej, dysponowania rezerwami budżetowymi, dokonywania przeniesień wydatków w budżecie czy blokowania planowanych wydatków³⁰, podobnie ustawa o samorządzie gminnym – wyłączone prawo do zaciągania zobowiązań, czy prawo dokonywania wydatków³¹. Trudno sobie wyobrazić pełnienie funkcji wójta, burmistrza czy prezydenta (pomimo kolegialnych decyzji zarządu w dwóch ostatnich przypadkach) przez osobę, wobec której orzeczono karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Przepis w ustawie o dyscyplinie ma i tak charakter najwyższej informacyjny. Problematyczne jest wobec tego w ogóle jego zamieszczenie w ustawie, zwłaszcza iż może stwarzać wrażenie swobodnego wyboru osób z orzeczonym zakazem na w/w funkcje, czego w naszych realiach politycznych można się ewentualnie spodziewać.

Przedmiot powodujący odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny uregulowany został w postaci bogatego katalogu czynów, enumeratywnie wymienionych w ustawie, z których znaczna część odpowiada naruszeniu dyscypliny budżetowej. Czyny rozumiane są jako działanie bądź zaniechanie osób, którym można przypisać winę. Jak już wspomniano, odpowiedzialność pociąga za sobą również wydanie polecenia wykonania czynu naruszającego dyscyplinę. Odpowiedzialność

²⁷ L. Lipiec-Warzecha, *Egzekwowanie...*, *op. cit.*, s. 11.

²⁸ Dz.U. Nr 113, poz. 984, z późn. zm.

²⁹ Odpowiednio do kompetencji zarządu.

³⁰ Art. 173, 187, 188 i 192.

³¹ Art. 60 ustawy z dnia 28 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591, z późn. zm.).

wiąże się z umyślnym i nieumyślnym naruszeniem dyscypliny. W określonych przypadkach czyn nie jest uznany za naruszenie dyscypliny bądź nie dochodzi się odpowiedzialności. Regulacja odpowiedzialności przewiduje zastosowanie instytucji przedawnienia zarówno karalności, jak i wykonania kary oraz zatarcia ukarania.

Z punktu widzenia ogólnej konstrukcji odpowiedzialności organów lub osób, najistotniejsze znaczenie odgrywa jednakże zakres podmiotowy, przedmiotowy oraz rodzaj stosowanych kar.

Wnioski

Bezsporna jest waga odpowiedzialności z tytułu działalności regulowanej przepisami prawa finansowego. Niemniej, jak wynika, choćby z kilku tylko przykładów dotyczących rodzajów odpowiedzialności realizowanej w oparciu o przepisy prawa finansowego, wiele kwestii pozostaje kontrowersyjnych. Objętość opracowania nie pozwoliła na charakterystykę prawnoporównawczą odpowiedzialności z tytułu tych samych czynów w różnych dziedzinach prawa. A zwłaszcza na tym polu rysują się niespójności i brak harmonizacji.

Na szczególne podkreślenie zasługuje postulat *de lege ferenda* zwiększenia odpowiedzialności samych organów państwowych i samorządowych oraz jednostek im podporządkowanych wraz z organami (kierownictwem) tychże jednostek. Oczywiście, nie powinno to wykluczyć odpowiedzialności pracowników czy nawet regresu jednostek wobec pracowników.

Podsumowując, najlepiej przedstawiają się regulacje z zakresu prawa bankowego, natomiast najwięcej zastrzeżeń wywołują regulacje odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Bibliografia

Fojcik-Mastalska E., *Odpowiedzialność cywilna i karna* [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. E. Fojcik-Mastalska, wyd. 5, LexisNexis, Warszawa 2007.

- Gliniecka J., *Tajemnica finansowa*, Wydawnictwo Branta, Bydgoszcz–Gdańsk 2007.
- Kosikowski C., *Istota dyscypliny finansów publicznych* [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Kosikowski C., *Odpowiedzialność w prawie finansowym* [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Kosikowski C., *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12.
- Kryczko P., *Wprowadzenie do ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005.
- Lipiec-Warzecha L., *Egzekwowanie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 9.
- Mastalski R., *Prawo podatkowe*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Ostrowski K., *Prawo finansowe. Zarys ogólny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1970.
- Ruśkowski E., Salachna J., *Wpływ zmian regulacji zasad publicznej gospodarki finansowej na odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 10.
- Salachna J., *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 2005, nr 6.

SUMMARY

Liability of public bodies is an important question in activities of a democratic state. Similar as in other law disciplines, legal liability takes place also in the domain of legal-financial regulations. It is possible to distinguish broad spectrum of liability, e.g. liability of bodies to other bodies, liability of bodies to organisational units, and liability of both bodies and units to natural persons.

Liability problems concern all branches of financial law, but especially budget, tax and banking law. They are related to activity of for example banks or tax offices and the duties of their employees. One important kind of liability is related to banking and fiscal secrets.

A particular kind of liability is the responsibility for a violation of public finance discipline, including budgetary discipline. In the range of this liability there exist interesting doctrinal concepts, e.g. liability of organisational units, or persons being the members of bodies or decision making bodies. There also exists a wide range of liability premises, a separate system of punishment and separate procedural principles. Thus all of these issues should be thoroughly studied.

*Ryszard Szostak**

Z problematyki odpowiedzialności „kierownika zamawiającego” za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych

I. Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹ określa – nieco wbrew swojej nazwie – zasady odpowiedzialności o charakterze represyjnym, a nie tylko porządkowym. Jej cele nie ograniczają się bowiem jedynie do samego zdyscyplinowania urzędników przy gospodarowaniu środkami publicznymi, lecz wiążą się bezpośrednio ze środkami typowo penalnymi, właściwymi dla odpowiedzialności karnej, na co wskazuje zwłaszcza operowanie karą pieniężną i zakazem zajmowania stanowisk kierowniczych, a także karnistyczna konstrukcja winy. Uwzględniając jednak administracyjny charakter postępowania zmierzającego do ukarania obwinionego,

* Dr hab. prof. nadzw. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

¹ Dz.U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm. – dalej: „ustawa z 17 grudnia 2004 r.”.

odpowiedzialność ta przedstawia się jako karno-administracyjna². Przy jej stosowaniu rygorystycznie przestrzegać należy zatem konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (art. 42 Konst.) i związanych z nią gwarancji, ponieważ dotyczy ona nie tylko odpowiedzialności karnej *sensu stricto* (za przestępstwa), ale także innych form odpowiedzialności związanych z karaniem ludzi³. W świetle zaś zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konst.) gwarancje zawarte w rozdz. II Konstytucji odnoszą się do wszelkich postępowań represyjnych, mających na celu poddanie jednostki (obywatela) jakiejś formie ukarania⁴. W odniesieniu do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oznacza to przede wszystkim konieczność poszanowania zasady ustawowego określenia czynu zabronionego, zakazu wykładni rozszerzającej i wnioskowania przez analogię oraz podstawowych gwarancji procesowych obwinionego. Przestrzeganie tych wymagań napotyka liczne trudności w orzecznictwie, ponieważ reguły tworzące reżim (dyscyplinę) gospodarki finansowej oraz zamówień publicznych, których naruszenie jest karalne, zawarte są w kilku odrębnych ustawach.

Objęcie uchybień popełnianych przez osoby reprezentujące zamawiającego w toku udzielania zamówień publicznych odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podyktowane zostało względami funkcjonalnymi. Ograniczenia swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych, zwłaszcza wynikające z obligatoryjnych procedur przedumownych mają na celu przede wszystkim zapewnienie dostatecznej efektywności wydatków publicznych w rozumieniu ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵. Wydatki publiczne przewi-

² Por. W. Radecki, *Normatywne ujęcie wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 2, s. 73 i n.; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne czy nowa dziedzina prawa?*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 3 i n.; A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9, s. 17 i n.; T. Bojarski, *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 99 i n.; P. Gryśka, T. Robaczyński, *Dyscyplina finansów publicznych*, Warszawa 2006, s. 8 i n. oraz R. Szostak, *Odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia popełnione przy udzielaniu zamówień publicznych* [w:] *Finanse jako przedmiot badań interdyscyplinarnych*, S. Owsiak (red.), Kraków 2007, s. 121 i n.

³ Por. też art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

⁴ Por. D. Szumiło-Kulczycka, *op. cit.*, s. 3 i n. oraz A. Bajorczyk, *op. cit.*, s. 17 i n.

⁵ Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.

dziane na sfinansowanie dostaw, usług lub robót powinny być nie tylko celowe, ale i dokonywane oszczędnie, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, w sposób umożliwiający terminową realizację finansowanych nimi zadań publicznych. Przy zaciąganiu zobowiązań umownych liczy się zatem przejrzystość i efektywny wybór wykonawcy, zdolnego do należytego wykonania zamówienia, a także zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron. W szczególności nie można dopuszczać do zaburzenia równowagi ekonomicznej transakcji na niekorzyść zamawiającego. Stosowane od kilkuset lat ograniczenia swobody kontraktowej i towarzyszące im procedury mają zapobiegać różnym patologiom związanym z brakiem dostatecznego nadzoru właścicielskiego przy gospodarowaniu środkami publicznymi⁶. Dlatego podstawowe trudności w stosowaniu prawa zamówień publicznych, a pośrednio także w dochodzeniu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, wynikają stąd, że nakazane ustawowo przy udzielaniu tych zamówień czynności przedumowne w obrocie powszechnym objęte są swobodą kontraktową. Podstawy odpowiedzialności muszą być zatem określone w sposób przejrzysty i wyczerpujący. Niestety, obowiązująca regulacja nie w pełni odpowiada temu założeniu⁷.

II. Ustawa z 17 grudnia 2004 r. nie zawiera ogólnej definicji „naruszenia dyscypliny finansów publicznych”, lecz w art. 5–18 wskazuje bezpośrednio na poszczególne typy naruszenia wymagań wyznaczonych ustawą o finansach publicznych, prawem zamówień publicznych lub inną ustawą dotyczącą publicznej gospodarki finansowej. Utrudnia to niewątpliwie rozpoznanie struktury czynu zabronionego, o niektórych bowiem jego elementach trzeba wnioskować z kazuistycznie ujętych zachowań karalnych.

Wyraźne ograniczenie podmiotowe wprowadza jednak art. 4, łącząc powyższą odpowiedzialność tylko z zachowaniami a) osób wcho-

⁶ Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 27.

⁷ Por. też K. Borowska, A. Kościańska-Paszkowska, *Niektóre bariery dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wnioski de lege ferenda i de lege lata* (cz. 1 i 2), „Finanse Komunalne” 2008, nr 12, s. 30 i n. oraz 2009, nr 1–2, s. 31 i n.

dzących w skład organu wykonującego budżet lub plan finansowy jednostki sektora finansów publicznych bądź innej jednostki otrzymującej środki publiczne albo organu zarządzającego mieniem tych jednostek, b) kierowników jednostek sektora finansów publicznych, c) pracowników jednostek sektora finansów publicznych, którym powierzono określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidziane w przepisach o zamówieniach publicznych, d) osób gospodarujących środkami publicznymi przekazanymi jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych. Niektóre z powyższych kategorii podmiotowych krzyżują się, zwłaszcza w odniesieniu do funkcjonariuszy jednostek sektora finansów publicznych (organy, kierownicy, pracownicy). Sytuację ratuje nieco art. 2 ustawy, zgodnie z którym określenia: „jednostka finansów publicznych”, „środki publiczne”, a także „budżet” i „plan” występują w znaczeniu nadanym przepisami ustawy o finansach publicznych (art. 4).

Objęcie odpowiedzialnością osób, wprawdzie gospodarujących środkami publicznymi, lecz poza sektorem finansów publicznych, wyraźnie rozszerza jej zakres ponad granice typowej odpowiedzialności administracyjnej związanej z zależnością służbową⁸. Nieco więcej wnosi tu art. 19 ustawy, stanowiący, że odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, która popełniła czyn naruszający dyscyplinę określony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, w sposób zawiniony, w tym osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. W zakresie zatem swojego podstawowego warunku polegającego na popełnieniu czynu ustawowo zakazanego i zawinionego, odpowiedzialność ta zbliża się do konstrukcji odpowiedzialności karnej⁹ (umocnionej do-

⁸ W odniesieniu do takich osób bardziej właściwa – z uwagi na konstytucyjne gwarancje – byłaby odpowiedzialność karno-sądowa. Por. też wątpliwości przedstawione przez J. M. Salachnę, *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Publiczne” 2005, nr 6, s. 34 i n.

⁹ Por. zwłaszcza P. Kryczko, *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* [w:] *Materiały konferencyjne z ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sanacja finansów publicznych w Polsce – aspekty prawne i ekonomiczne”*, K. Świąch, A. Zalczewicz (red.), Szczecin 2005, s. 404 i n.; C. Kosikowski, *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych (nowa koncepcja)*, „Państwo

datkowo karnistycznym ujęciem winy w art. 22–23), co wpływa przede wszystkim na reguły wykładni przepisów ustawy z 17 grudnia 2004 r.

W odniesieniu do zamówień publicznych naruszenie dyscypliny finansów publicznych polega na popełnieniu a) ustawowo zakazanych uchybień względem wymagań proceduralnych obowiązujących przy udzielaniu zamówienia, b) doprowadzeniu do zakazanej zmiany umowy o zamówienie publiczne albo c) dopuszczeniu przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do popełnienia przez inną osobę niektórych naruszeń dyscypliny wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli. Dodatkowo d) kilka uchybień w sferze gospodarki finansowej wiąże się bezpośrednio z udzielaniem lub wykonywaniem tego rodzaju zamówień, zwłaszcza zaciągnięcie zobowiązania ponad zaplanowany limit wydatkowy bądź z przekroczeniem zakresu upoważnienia, niedochodzenie kar umownych i dopuszczenie do konieczności zapłaty odsetek z tytułu spóźnienia w zapłacie ceny (wynagrodzenia) należnej wykonawcy. Podstawowe znaczenie mają uchybienia proceduralne objęte art. 17–17a ustawy z 7 grudnia 2004 r. Wyodrębnienie przepisów o naruszeniach zasad udzielania koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 17a), podobnie jak i regulacji samej koncesji w osobnej ustawie¹⁰ nie jest rozwiązaniem fortunnym (powtórzenia), tym bardziej, że dyrektywy europejskie ujmują koncesje w kategoriach zwyczajnych zamówień publicznych.

Ustalenie osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych napotyka niekiedy trudności, ponieważ administracyjna regulacja reżimu finansowego nie jest dostatecznie spójna z regulacją udzielania zamówień publicznych, a tym bardziej z unormowaniami zawierania i wykonywania umów majątkowych. Tymczasem podstawowym warunkiem odpowiedzialności represyjnej jest zasada ustawowej określoności czynu zabronionego, także co do jego okoliczności podmiotowych. Według art. 18 Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kie-

i Prawo” 2006, nr 12, s. 3 i n.; P. Gryśka, T. Robaczyński, *op. cit.*, s. 9 i n.; R. Szostak, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 121 i n. oraz W. Fill, *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6, s. 63 i n.

¹⁰ Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. Nr 19, poz. 101).

rownik zamawiającego albo inna osoba, której powierzono określone czynności przygotowawcze lub proceduralne. Jeżeli zaś przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych zastrzeżone jest dla organu innego niż kierownik, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się do tego organu. Z jednej strony szerokie ujęcie „odpowiedzialnego kierownika” w art. 18 Pzp wykracza daleko poza pojęcie „kierownika jednostki sektora finansów publicznych” oraz „osoby gospodarującej środkami publicznymi” w jednostce niezaliczanej do tego sektora, z drugiej zaś strony art. 18 Pzp pomija zupełnie osoby udzielające zamówień i zawierające umowy, które nie posiadają statusu „kierownika”, (innego organu), ani nawet osób, którym powierzono określone czynności, np. gdy zamówienia finansowanego ze środków publicznych udzieliła bezpośrednio (we własnym imieniu) osoba fizyczna. Poza tym niejasna jest relacja pojęciowa pomiędzy „kierownikiem zamawiającego” a „osobą odpowiedzialną za gospodarowanie środkami publicznymi” w jednostce spoza sektora finansów publicznych.

W rezultacie, w imię zasad odpowiedzialności represyjnej podstawowe znaczenie przypisać trzeba unormowaniu z art. 4 ustawy z 17 grudnia 2004 r. Operujące zaś „odpowiedzialnością za przygotowanie i udzielenie zamówienia” przepisy art. 18 Pzp mogą mieć co najwyżej znaczenie pomocnicze. Z uwagi na charakterystyczne tylko dla reżimu sektora finansów publicznych pojęcia „kierownika”, przepis art. 18 Pzp wymaga odpowiedniej korekty legislacyjnej, uwzględniającej zasady zastępowania Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i innych osób prawa publicznego przy przygotowaniu i zawieraniu umów cywilnoprawnych¹¹. Ponadto, organy zarządzające wielu osób prawa publicznego, zwłaszcza spółek (przedsiębiorstw) użyteczności publicznej, pomimo deklarowanej „odpowiedzialności” w rozumieniu art. 18 Pzp, w ogóle nie podlegają reżimowi dyscypliny finansów publicznych, chyba że wyjątkowo, jako „osoby gospodarujące środkami publicznymi”.

¹¹ Por. B. Gnela, *O potrzebie prawidłowego określenia zamawiającego w ustawie Prawo Zamówień Publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 15 i n.

III. Określenie „osoba gospodarująca środkami publicznymi” indywidualizuje czyn zabroniony, ponieważ sprawcą może być wyłącznie osoba posiadająca pewne szczególne cechy, które jednak nie zostały ustawowo uszczegółowione. Na gruncie gramatycznej wykładni tego zwrotu (języka potocznego) chodzi niewątpliwie o osoby bezpośrednio zaciągające zobowiązania pieniężne lub co najmniej kierujące zaciąganiem takich zobowiązań. Dyscyplina finansowa rozciąga się oczywiście także na czynności poprzedzające zawarcie umowy majątkowej obejmującej zaciągnięte zobowiązanie. Przy wydatkach w pierwszej kolejności liczą się kompetencje statutowe, ponieważ nie chodzi przecież o jakiegokolwiek zobowiązania, lecz wyłącznie o zobowiązania zaciągane w imieniu jednostki, której przekazano środki publiczne. Podstawą identyfikacji osoby odpowiedzialnej powinny być zatem dyspozycje właściwej ustawy ustrojowej (np. kodeksu spółek handlowych, prawa o stowarzyszeniach, ustawy o fundacjach) i opartego na niej statutu, wskazujące zwłaszcza na organy zarządzające tych jednostek. Na tej samej podstawie ustalać trzeba także dopuszczalność powierzenia dalszym osobom powinności z zakresu zaciągania zobowiązań finansowych i zasady sprawowanego w tym zakresie nadzoru, który niewątpliwie mieści się w pojęciu „gospodarowania środkami publicznymi”. Problem jednak w tym, że, o ile samo zaciąganie zobowiązań majątkowych przez wskazane podmioty regulowane jest ustawowo w stopniu umożliwiającym postawienie zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o tyle na ogół brak dostatecznej regulacji wykonywania nadzoru finansowego. Tymczasem w niektórych jednostkach, zwłaszcza w stowarzyszeniach i fundacjach, coraz częściej ujawniają się zaniedbania w kontroli nad osobami dokonującymi wydatków z powierzonych środków publicznych¹². Z drugiej

¹² Według przepisów art. 3 ust. 5–6 Pzp, wyznaczających granice stosowania reżimu prawa zamówień publicznych przez jednostki prywatne, chodzi o zamówienia budowlane dotyczące obiektów użyteczności publicznej o wartości przekraczającej 5.150 tys. euro, finansowane w ponad 50% ze środków publicznych, a także o jakiegokolwiek zamówienia finansowane ze środków publicznych, jeśli ich przyznanie uzależnione zostało od zastosowania procedur przewidzianych prawem zamówień publicznych. Na tle ciągłe utrzymujących się zagrożeń dyscypliny finansowej nasuwa się krytyczna uwaga odnośnie do projektowanego skreślenia art. 3 pkt 6 Pzp, co doprowadzi do znacznego wyłączenia reżimu prawa zamówień publicznych względem instytucji prywatnych wydatkujących

jednak strony, z art. 4 pkt 1 analizowanej ustawy wynika pośrednio, że osobą odpowiedzialną za naruszenie dyscypliny finansów publicznych może być „osoba wchodząca w skład organu wykonującego plan finansowy”, nawet wykreowany fakultatywnie w jednostce funkcjonującej poza sektorem finansów publicznych. Osoby upoważnione (przez organ zarządzający) nabywają zaś zdolność dyscyplinarną tylko w granicach powierzonych obowiązków. W konsekwencji, wzorem art. 296 kodeksu karnego należałoby wzbogacić przepis art. 4 pkt 4 ustawy z 17 grudnia 2004 r. o zastrzeżenie wskazujące na osoby gospodarujące środkami publicznymi na podstawie ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy, natomiast w nowej ustawie o finansach publicznych pożądanym wydaje się dodatkowy przepis wymuszający obowiązkową kontrolę wewnętrzną nad gospodarowaniem środkami powierzonymi jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych. Obecnie obowiązujące przepisy przewidujące konieczność ustalenia trybu kontroli zadania finansowanego z dotacji bezpośrednio w umowie z beneficjentem o wykorzystanie dotacji (por. np. art. 209 ustawy o finansach publicznych) są niewystarczające, dotyczą bowiem wyłącznie „zewnętrznej” kontroli wydatkowania powierzonych środków sprawowanej przez organ dotujący.

IV. Z punktu widzenia odpowiedzialności organu zarządzającego, zwłaszcza kierownika jednostki zamawiającej, doniosłe znaczenie mają przesłanki powierzenia obowiązków w zakresie gospodarki finansowej lub czynności przewidzianych w przepisach o zamówieniach publicznych pracownikom zamawiającego¹³. Z naturalnych względów powierzenie czynności podwładnemu bądź innej osobie, z jednej strony ogranicza potencjalną odpowiedzialność kierownika, a z drugiej – kreuje odrębną podstawę odpowiedzialności innej osoby. W zakresie udzielania zamówień publicznych liczy się przede wszystkim odpowiedzialność członków komisji przetargowej i innych osób wykonujących czynności pomocnicze (por. art. 20 Pzp), z tym, że w świetle art. 4 pkt 3 ustawy

środki publiczne, a pośrednio także do osłabienia wynikającego z prawa europejskiego obowiązku zapewnienia przez władze krajowe należytej kontroli wydatkowania środków europejskich.

¹³ Por. Z. Kubot, *Czynności upoważniające w zakresie gospodarki finansowej*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 7–8, s. 25 i n.

z 17 grudnia 2004 r. brak podstaw do obciążenia odpowiedzialnością dyscyplinarną innych osób niż pracownicy jednostki sektora finansów publicznych. Z kolei w jednostkach niezaliczonych do tego sektora osoby pełniące funkcje pomocnicze trudno uznać za „gospodarujące środkami publicznymi”.

Wprawdzie powyższy przepis nie podaje, jakiego „powierzenia obowiązków” dotyczy, ani od kogo to „powierzenie” ma pochodzić, ale jego podmiotowe odniesienie do pracowników jednostki sektora finansów publicznych wskazuje wyraźnie na stosunek pracowniczy. Podstawowym jego źródłem jest umowa, wyjątkowo zaś decyzja lub inny akt administracyjny. W tym drugim przypadku trzeba też liczyć się z wolą pracownika, w imię zasady, że nawiązanie stosunku pracy oraz ustalenie warunków pracy i płacy, bez względu na podstawę stosunku, wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika (art. 11 kodeksu pracy). Najczęściej jednak powierzenie obowiązków, o których mowa w art. 4 pkt 3 ustawy następuje na mocy dodatkowego aktu umownego, potocznie zwanego „zakresem obowiązków”, stanowiącego doprecyzowanie umowy o pracę lub innego źródła stosunku pracy w odniesieniu do warunków pracy i płacy. Uzupełniającą rolę przy konkretyzacji indywidualnie ustalonych obowiązków odgrywać mogą ponadto właściwe przepisy administracyjne, a nawet regulaminy organizacyjne (pracownicze), czy regulaminy funkcjonowania komisji przetargowej. W szczególności, w oparciu o art. 21 ust. 3 Pzp kierownik zamawiającego określa skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonane czynności oraz przejrzystości prac. W odniesieniu do osób niemających statusu pracownika podstawą dopuszczenia do działania w komisji przetargowej powinna być umowa na warunkach zlecenia zobowiązująca do starannego wykonania powierzonych czynności, stanowiąca podstawę indywidualizacji odpowiedzialności cywilnoprawnej.

Umownego aktu powierzenia obowiązków, obligującego do starannego wykonania czynności z zakresu udzielania zamówień publicznych, nie można mylić z pełnomocnictwem, udzielanym (równolegle) pracownikowi lub innej osobie do podejmowania czynności prawnych, niezbędnych do zapewnienia prawidłowego toku postępowania o udzie-

lenie zamówienia publicznego, nie wspominając o upoważnieniu do podpisania umowy finalnej o zamówienie publiczne. Do ważniejszych czynności prawnych podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia należą ustalenie i udostępnienie konkurentom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty uchybiającej ustawie lub warunkom zamówienia i rozstrzygnięcie przetargu (innej procedury), które połączone jest z przyjęciem oferty najkorzystniejszej. Najczęściej jednak pełnomocnictwo w tym zakresie nie jest wyraźne, lecz dorozumiane. Jednostronna czynność prawna udzielenia pełnomocnictwa (przyjęcie nie jest potrzebne) należy do grupy czynności upoważniających, sama przez się nie rodzi po stronie upoważnionego pracownika żadnej powinności wykonania umocowania¹⁴. W konsekwencji, to nie akt pełnomocnictwa, lecz obligatoryjny akt powierzenia określonych obowiązków mu towarzyszących może być podstawą odpowiedzialności.

Powierzenie określonych obowiązków odbywa się zazwyczaj na stałe, rzadziej zaś tylko na pewien czas (oznaczony) – idzie zatem o powinność powtarzalnego ich wykonywania. Doraźnie z kolei operuje się tzw. poleceniem służbowym, które powinno być przez pracownika wykonane w ramach ogólnego obowiązku „stosowania się do poleceń przełożonych” (art. 100 § 1 kodeksu pracy). Z tego punktu widzenia odnotować należy art. 19 ust. 3 ustawy z 17 grudnia 2004 r., zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi także osoba, która wydała polecenie wykonania czynu naruszającego dyscyplinę finansów publicznych. Jest to szczególnie przypadek sprawstwa, a nie nakłaniania do czynu zabronionego, które w ogóle nie jest karalne. Dlatego w praktyce wątpliwości budzi art. 29 ust. 1 ustawy, stanowiący, że osoba która naruszyła dyscyplinę wskutek wykonania polecenia przełożonego (kierownika), dysponenta środków publicznych albo organu nadzorującego (założycielskiego) nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli przed wykonaniem polecenia zgłosiła pisemne zastrzeżenie i, pomimo tego zastrzeżenia, otrzymała pisemne potwierdzenie wykona-

¹⁴ Por. S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, t. II, Warszawa 1999, s. 296 i n. oraz M. Pazdan, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 500 i n.

nia polecenia albo polecenie nie zostało odwołane (zmienione). W tym przypadku odpowiedzialność ponosi osoba, która podpisała się pod dyspozycją wykonania polecenia, a przy braku takiego dokumentu – osoba, która wydała polecenie. W szczególności zgłoszenie zastrzeżenia na piśmie przez podwładnego warunkujące wyłączenie jego odpowiedzialności uważane bywa za rozwiązanie nienaturalne. Potwierdza to również sporadyczne zastosowanie art. 29 ust. 1 ustawy, choć przypadki wydawania bezprawnych poleceń nie są rzadkie.

W piśmiennictwie¹⁵ zaznaczył się pogląd, zgodnie z którym kierownik jednostki sektora finansów publicznych może powierzyć obowiązki z zakresu gospodarki finansowej i zamówień publicznych wyłącznie pracownikom zatrudnionym w danej jednostce na podstawie kodeksu pracy. W ogóle obowiązki takie nie mogą być wykonywane w oparciu o umowy cywilnoprawne. W praktyce powierza się je najczęściej zastępcom kierowników lub księgowym, choć nie ma przeszkód, aby cedować je również na pracowników niższego rzędu. Brak wszakże podstaw do bezpośredniej odpowiedzialności dyscyplinarnej za „winę w wyborze”, choć powszechnie zwraca się uwagę, że powierzenie obowiązków każdorazowo powinno nastąpić na rzecz osoby kompetentnej, skoro kierownik odpowiada za całość gospodarki finansowej, przede wszystkim w ramach odpowiedzialności służbowej¹⁶. Kierownik nie może jednak powierzyć swoim podwładnym wszystkich obowiązków z zakresu gospodarki finansowej. Do wyłącznej jego kompetencji zastrzega się reprezentowanie jednostki na zewnątrz, sprawowanie kontroli w rozumieniu art. 47 ustawy o finansach publicznych, nadzorowanie sprawozdawczości budżetowej oraz składanie oświadczeń woli (zaciąganie zobowiązań), gdy nic innego nie wynika z udzielonych mu upoważnień.

W przypadku odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez członków kolegiального organu zarządzającego (funduszu celowego, spółki kapitałowej, stowarzyszenia) konieczna jest

¹⁵ Por. M. Gluch, *Dyscyplina finansów publicznych*, Warszawa 2006, s. 582; E. Kowalczyk, *Odpowiedzialność kierownika i głównego księgowego jednostki sektora finansów publicznych w zakresie rachunkowości i gospodarki finansowej*, Gdańsk 2007, s. 160 oraz L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 960.

¹⁶ Por. zwłaszcza orzecznictwo powołane przez L. Lipiec-Warzechę, *op. cit.*

indywidualizacja odpowiedzialności. Podobnie zresztą jak w przypadku komisji przetargowej, która pełni funkcję pomocniczego zespołu zadaniowego zamawiającego. Możliwe są tu dwie sytuacje prawne. Funkcjonowanie organu (komisji) na zasadzie współdziałania przesądza często o tym, że podstawą odpowiedzialności jest współsprawstwo. Do elementów konstrukcyjnych współsprawstwa należy takie współdziałanie członków kolegium, że każdy z nich dopuszcza się czynu zabronionego, działając wspólnie i w porozumieniu z pozostałymi¹⁷. Jeśli zaś brak takiego współdziałania, zwłaszcza gdy zachowania poszczególnych członków były zróżnicowane, ich odpowiedzialność musi być rozpatrywana odrębnie. W obu jednak sytuacjach każda z osób odpowiada wyłącznie za siebie, w granicach swojego zamiaru.

V. Odpowiedzialnością kierownika zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy udzielaniu i wykonywaniu zamówień publicznych objęte są nie tylko uchybienia związane bezpośrednio z naruszeniem reżimu prawa zamówień publicznych, lecz także ustawy o finansach publicznych. W szczególności odnotować tu trzeba: a) dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem zakresu upoważnienia (tzw. przekroczenie planu)¹⁸, b) wydatkowanie dotacji niezgodnie z przeznaczeniem lub uchylenie się od jej terminowego rozliczenia, c) zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia lub z przekroczeniem zakresu upoważnienia (kierownik nie musi mieć pełnego umocowania do wydatkowania wszystkich zaplanowanych środków), d) dopuszczenie do spóźnienia w zapłacie, którego skutkiem są odsetki, e) niedochodzenie należnych zamawiającemu kar umownych, obciążających wykonawcę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego.

¹⁷ Por. O. Gómiok, *Z problematyki przestępstw popełnianych w działalności spółek kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 7 oraz P. Kardas, *Kodeks karny – część szczegółowa. Komentarz*, t. III, Warszawa 2006, s. 536.

¹⁸ Por. dla przykładu wyrok NSA z 12 czerwca 2003 r. (III S.A.-305/01) – niepublikowany, a także orzeczenie GKO z 26 maja 2008 r. (DF=4900/31/07/566), „Biuletyn Orzecznictwa w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych” – dalej: „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 147 i n. oraz z 21 września 2008 r. (DF-4900/57/13/08/990), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, s. 139 i n.

Pośród powyższych uchybień istotne znaczenie obecnie mają nieprawidłowości z zakresu wykorzystania dotacji ze środków europejskich, przy których liczą się przede wszystkim wymagania wynikające bezpośrednio z prawa europejskiego¹⁹. Władze krajowe zobowiązane są do zorganizowania efektywnej kontroli finansowej i stosowania swojej odpowiedzialności wobec beneficjentów w postaci tzw. korekt finansowych, niezależnej od osobistej odpowiedzialności urzędników za naruszanie dyscypliny finansów publicznych. Korekty wymierzone w trybie administracyjnym²⁰ polegają na cofnięciu w całości lub w części wkładu publicznego udzielonego na zadanie finansowane w ramach programu operacyjnego²¹. Uwalniane w wyniku korekt środki mogą być ponownie przyznane innym beneficjentom, chyba że związane są z tzw. nieprawidłowościami systemowymi, powtarzalnymi w jednej i tej samej osi priorytetowej, uzasadniającymi odprowadzenie środków do budżetu UE. Dookreślenie zaś podstaw osobistej odpowiedzialności urzędników następuje w umowach o wykorzystanie dotacji, zwłaszcza co do przeznaczenia i rozliczania środków, udzielania zamówień i trybu kontroli. Na pierwszy plan wysuwa się prewencyjna funkcja odpowiedzialności, wyraźna na tle potrzeb ochrony interesów narodowych.

Opóźnienia w zapłacie za wykonane zamówienia publiczne nadal zdarzają się zbyt często²², choć z art. 44 ust. 3 pkt 3 ustawy o finansach publicznych jasno wynika, że umówiony termin zapłaty powinien być dotrzymywany. W zamówieniach publicznych udzielanych przez jednostki funkcjonujące poza sektorem finansów publicznych termin zapła-

¹⁹ Zob. zwłaszcza rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 (O.J. L- 210, poz. 25, 31.07.2006).

²⁰ Zob. wytyczne Ministra Rozwoju Regionalnego z 14 marca 2008 r. w sprawie wymierzania korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE.

²¹ Por. J. Odachowski, G. Karwatowicz, *Decyzja o zwrocie przez beneficjenta środków publicznych w świetle nowelizacji art. 211 ustawy o finansach publicznych z 7 listopada 2008 r.*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 3, s. 5 i n.

²² Por. orzeczenie GKO z 21 listopada 2005 r. (DF-53/69/70/2005/462) – niepublikowane oraz orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej w Lublinie z 9 czerwca 2008 r. (RIO-53/DFP/30/2007), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 62 i n.

ty także należy do istotnych elementów transakcji (art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp). Jeżeli zamawiający spóźni się z zapłatą, wykonawca może żądać odsetek za czas opóźnienia, choćby nie poniósł żadnej szkody, a spóźnienie zamawiającego nastąpiło wskutek okoliczności niezawinionych (art. 481 kodeksu). Dodatkowo obostrzenie wynika z art. 5 ustawy z 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych²³, według którego, jeżeli przewidziany w umowie termin zapłaty przekracza 30 dni, wykonawca może żądać odsetek ustawowych za czas począwszy od 31 dnia po spełnieniu świadczenia niepieniężnego i doręczeniu zamawiającemu faktury, aż do dnia zapłaty²⁴. Zastrzeżenia przeciwnie są nieważne²⁵. Warunkiem odpowiedzialności osoby zobowiązanej do regulowania należności nie jest jednak sama wymagalność odsetek, lecz konieczność ich zapłaty przez jednostkę (uszczerpienie interesów finansowych)²⁶, ale nie dotyczy to kierownika jednostki, który odpowiada już za samo dopuszczenie do tego, że odsetki stały się wymagalne.

Inaczej przedstawia się problem kar umownych, zastrzeganych na korzyść zamawiającego, w celu zdyscyplinowania wykonawcy (funkcja prewencyjna) i uproszczenia ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (funkcja kompensacyjna). Stawka kary powinna być z góry kalkulowana na miarę tych funkcji, według spodziewanych następstw majątkowych, wynikłych z uchybień wykonawcy zamówienia. W praktyce – niestety – kary umowne kalkulowane są zbyt często przypadkowo (dominują stawki procentowe, a nie kwotowe), co powoduje, że zamawiający nierzadko odstępuje potem od ich dochodzenia, bezpodstawnie usprawiedliwiając się brakiem szkody, czy innymi szczególnymi okolicznościami²⁷. Na tym tle doniosłe znaczenie ma remedium w postaci

²³ Dz.U. Nr 139, poz. 1323.

²⁴ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z 13 stycznia 2006 r. (III CZP-124/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Samorząd Terytorialny” 2006, nr 7–8, s. 156 i n.

²⁵ Por. R. Szostak, *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135 i n.

²⁶ Por. orzeczenie GKO z 21 listopada 2005 r. (DF-53/69-70/2005/462).

²⁷ Por. stany faktyczne spraw rozstrzygniętych orzeczeniami GKO: z 8 listopada 2007 r. (DF- 4900/56/60/07/2487), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 2, s. 70 i n.; z 21 czerwca 2008 r. (DF- 4900/6/6/08/339), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 3, s. 106 i n. oraz z 11 września 2008 r. (DF-4900/32/30/08/1323), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, s. 122 i n.

tw. miarkowania kary umownej w oparciu o art. 484 § 2 kodeksu cywilnego, który bynajmniej nie ulega wyłączeniu w zamówieniach publicznych. Stosownie do tego przepisu, jeżeli zobowiązanie nie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik-wykonawca może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Z punktu widzenia reżimu finansów publicznych, jest to problem dopuszczalności umarzania i rozkładania na raty spłaty należności o charakterze cywilnoprawnym, o których mowa w art. 55 ustawy o finansach publicznych. Stosowanie ulg w zakresie kar przypadających jednostkom samorządu terytorialnego powinno odbywać się na zasadach określonych uchwałą organu stanowiącego. W razie sporu, także sąd rozpoznający sprawę może zastosować miarkowanie kary umownej. W konsekwencji, ukaraniu dyscyplinarnemu podlega nie tylko zaniechanie dochodzenia należnej zamawiającemu kary umownej, ale i niezgodne z przepisami jej umorzenie albo dopuszczenie do przedawnienia roszczenia o jej zapłatę.

VI. Pośród uchybień w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych największe trudności w orzecznictwie wywołują: a) udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie ustawowym²⁸, b) naruszenie przesłanek dopuszczalności procedury pozaprzetargowej²⁹, c) zaniechanie urzędowego ogłoszenia o zamówieniu, d) bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, e) dopuszczenie do czynności postępowania osoby podlegającej wyłączeniu ze względu na niebezpieczeństwo stronniczości.

Udzielenie zamówienia z pominięciem trybu ustawowego stanowi uchybienie dotkliwe dla interesów publicznych. Narusza bowiem zasady równego dostępu do zamówień publicznych i uczciwej kon-

²⁸ Por. zwłaszcza orzeczenia GKO z 26 marca 2007 r. (DF-4900/43/06/3363), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 3, s. 53 i n.; z 10 września 2007 r. (DF-4900/14/07/1617), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 4, s. 124 oraz z 8 października 2007 r. (DF-4900/45/49/07/1944), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, s. 68 i n., a także orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej przy Ministrze Sprawiedliwości z 10 października 2007 r. (DKSiWK/361/13/19/07), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, s. 4 i n.

²⁹ Por. dla przykładu orzeczenia GKO z 15 października 2007 r. (DF-4900/45/49/07/1944), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, poz. 68 oraz z 22 września 2008 (DF-4900/41/31/12/08/1647), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 1, s. 116 i n.

kurencji, uniemożliwia ocenę efektywności udzielonego zamówienia i zachowania wymogu oszczędności przy wydatkowaniu środków niezbędnych na jego opłacenie, prowadzi też do nieważności umowy finalnej. W świetle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r. (IV CKN-381/00)³⁰, umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej jest nieważna bez względu na to, czy przepisy przewidują wyraźnie skutek nieważności (art. 58 k.c.). W rezultacie może dojść do rewizji świadczeń spełnionych w wykonaniu nieważnej umowy. W praktyce unikanie stosowania procedur przewidzianych w prawie zamówień publicznych zdarza się zazwyczaj w wyniku niedbalstwa, zwłaszcza wskutek wadliwego oszacowania wartości zamówienia i bezpodstawnego skorzystania ze zwolnienia dopuszczalnego przy udzielaniu drobnych zamówień publicznych.

W orzecznictwie nieoczekiwane trudności wywołały okoliczności podmiotowe. Obecny art. 7 ust. 3 Pzp jednoznacznie zastrzega, że zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Stąd wyklucza się cesję wierzytelności nabytej w drodze obligatoryjnego przetargu lub w wyniku innej procedury (roszczenia o zawarcie umowy) na inną osobę³¹ z uwagi na konieczność każdorazowej weryfikacji warunków ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 22–26 Pzp). Ze względu na szczególną więź nie do pomyślenia jest zawarcie umowy z osobą trzecią, która w ogóle nie poddała się rygorom procedury (przetargowej) lub została w jej toku wyeliminowana. Poza tym niedopuszczalna jest zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu, umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego³².

Zawarcie umowy z naruszeniem ustawowych przesłanek procedur udzielania zamówień zdarza się stosunkowo często. Zamawiający dążą

³⁰ „Orzecznictwo Sadu Najwyższego – Izba Cywilna” 2002, nr 6, poz. 7.

³¹ Por. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r. (IV CKN-302/01) z krytyczną glosą W. Kocota, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2004, nr 5, poz. 77 oraz z aprobującą glosą R. Szostaka, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 115.

³² Por. wyrok SN z 13 stycznia 2004 r. (V CK-97/03), z aprobującą glosą R. Szostaka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, Nr 2, poz. 22, s. 88 i n. oraz dalsze orzecznictwo przedstawione przez M. Kalinę-Nowaczyk, *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 53 i n.

bowiem do wyboru trybu łagodniejszego (biurokratycznie), który ustawa dopuszcza wyjątkowo (np. udzieleniu zamówienia z wolnej ręki, trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji bądź też w trybie tzw. zapytania o cenę), natomiast rzadziej zainteresowani są udzieleniem zamówienia w drodze rozwiniętego przetargu, nieobarczonego żadnymi przesłankami. Posłużenie się niedopuszczalną procedurą prowadzi na ogół do utrudnienia dostępu do zamówień publicznych, obniżenia lub całkowitego wyeliminowania konkurencyjności postępowania i w rezultacie do naruszenia zasad gospodarności i efektywności przy wydatkowaniu środków publicznych. Niejasne jest stanowisko ustawodawcy co do nieważności umowy finalnej w takich sytuacjach (art. 146 ust. 1 Pzp). Wydaje się, że konsekwentnie, z uwzględnieniem kierunku orzecznictwa powołanego przy prezentacji poprzedniego naruszenia, zastosowanie niewłaściwej procedury udzielenia zamówienia publicznego uznać trzeba za przyczynę nieważności umowy na podstawie art. 58 k.c. z uwagi na kolizję z art. 7 ust. 3 Pzp, skoro w świetle tego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego wątpliwości budzić może projektowana zmiana art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z 17 grudnia 2004 r. przewidująca karalność jedynie udzielenia zamówienia z naruszeniem przesłanek zastosowania negocjacji bez ogłoszenia oraz wolnej ręki.

Uchylenie się od ustawowego obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu (przetargu) większej wartości do Dziennika Oficjalnych Publikacji WE zdarza się zazwyczaj w wyniku błędnej oceny skutków tzw. dzielenia zamówienia, niestety niezbyt jasno unormowanych w art. 32 ust. 2 Pzp. Kierujący się kwotą jednorazowego wydatku, zamiast łączną sumą przewidywanego wydatku w zakresie tego samego rodzaju dostaw lub usług albo robót niezbędnych do wzniesienia (remontu) pojedynczego obiektu budowlanego, zamawiający zakłada niekiedy błędnie, że wystarczające będzie zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, przewidzianym do ogłoszeń zamówień mniejszej wartości na rynku polskim. Tymczasem, zaniechanie ogłoszenia właściwego dla rynku europejskiego pociąga nieważność umowy o zamówienie publiczne, a także uzasadnia na ogół zwrot dotacji udzielonej na jego sfinansowanie. Sytuację łagodzi nieco nowy art. 6a Pzp, według którego, przy udzielaniu zamówienia częściowego zamawiający może stosować

przepisy właściwe jedynie dla wartości części, jeżeli jest ona mniejsza niż 80 tys. euro lub 1 mln. euro w odniesieniu do robót budowlanych.

Karalność bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniona jest wysoką szkodliwością zuchwałego procederu zamykania postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej, celem uniknięcia umowy z najlepszym konkurentem. W ramach powtórnie organizowanego przetargu zainteresowanie słabnie, a nierzadko brak jest jakiegokolwiek konkurencji, co otwiera drogę do z góry zamierzonego udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Obok zależnej od winy odpowiedzialności osobistej urzędnika (organu) za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w grę wchodzi jeszcze zobiektywizowana odpowiedzialność odszkodowawcza jednostki zamawiającej na podstawie art. 93 ust. 4 Pzp, uzasadniająca zwrot kosztów uczestnictwa wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jeżeli unieważnienie postępowania nastąpiło z przyczyny po stronie zamawiającego.

Istotną gwarancję bezstronności zamawiającego (równego traktowania konkurentów) spełnia ustawowy wymóg wyłączenia od czynności organizatorskich postępowania wszelkich osób pozostających z którymkolwiek z konkurentów w jakimkolwiek stosunku mogącym budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób (art. 17 ust. 1 Pzp). Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania (art. 233 kodeksu karnego), pisemne oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie na podstawie art. 17 ust. 1 Pzp. Do kręgu tych osób należy także organ zarządzający bądź inna osoba upoważniona do zawarcia umowy finalnej, ponieważ z jej udziałem dochodzi przecież do wiążącego ustalenia warunków zamówienia, w tym projektu umowy (art. 36 Pzp.)³³. Po wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie może odmówić zawarcia umowy na uprzednio zadeklarowanych warunkach (art. 94 Pzp.). Członek komisji przetargowej lub inny urzędnik występujący w postępowaniu w imieniu zamawiającego,

³³ J. Nowicki, *Wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 4, s. 28. Por. też orzeczenie GKO z 10 maja 2007 r. (DF-4900/31/6/07/275), „Biuletyn Orzecznictwa” 2007, nr 3, poz. 10, s. 82.

który uchylił się od złożenia wymaganego oświadczenia, popełnia uchybienie dyscyplinarne.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest także niewyłączenie z postępowania o udzielenie zamówienia osoby podlegającej wyłączeniu na podstawie ustawy. Za dopuszczenie do działania takiej osoby odpowiada zazwyczaj organ zarządzający albo przewodniczący komisji przetargowej. Szkodliwość uchybienia jest znaczna, pomijając zagrożenie przestępstwem utrudniania przetargu z art. 305 kodeksu karnego. Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą wyłączeniu powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania (art. 17 ust. 3 Pzp). Zbyt późne wykrycie uchybienia może uzasadniać konieczność unieważnienia postępowania bądź nawet umowy finalnej.

Podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej są względnie przejrzyste, jeśli do czynności postępowania dopuszczono osobę, która w ogóle nie złożyła oświadczenia o braku okoliczności z art. 17 ust. 1 Pzp. lub osobę, która przyznała występowanie przeszkód przewidzianych w tym przepisie. Sprawa ulega zaś skomplikowaniu, gdy doszło do złożenia fałszywego oświadczenia o zupełnym braku okoliczności mogących budzić wątpliwości, co do bezstronności osoby reprezentującej zamawiającego. Ocena znamion czynu karalnego po stronie urzędnika odpowiedzialnego za wyłączenie osoby jest niezwykle utrudniona, ponieważ chodzi o zarzut zaniechania należytej weryfikacji przesłanek wyłączenia drugiego z czynności postępowania, z powodu okoliczności mających na ogół charakter osobisty. W rezultacie efektywność prewencyjno-represyjnych funkcji odpowiedzialności ulega osłabieniu wobec nadrzędnej zasady domniemania niewinności. Dodatkowe komplikacje wynikają stąd, że zakres powyższej odpowiedzialności pokrywa się częściowo z unormowaną w art. 17 ustawy z 2004 r. odpowiedzialnością kierownika jednostki sektora finansów publicznych za dopuszczenie do popełnienia naruszenia dyscypliny w wyniku niewyłączenia osoby od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej.

VII. Według art. 17 ust. 6 ustawy z 17 grudnia 2007 r., naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem art. 140 ust. 3 lub art. 144 Pzp. Pierwszy z tych przepisów zakazuje zmiany umowy „wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, natomiast drugi sprzeciwia się innym niż odnoszącym się do przedmiotu zamówienia „zmianom postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający z góry przewidział możliwość takich zmian w ogłoszeniu lub w warunkach zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”³⁴.

W zakresie naruszenia powyższych zakazów odpowiedzialność ponoszą też zazwyczaj organy zarządzające jednostek zamawiających, dysponujące stosownym upoważnieniem do składania oświadczeń woli. Szkodliwość naruszeń jest znaczna, ponieważ zmiana umowy, zwłaszcza rozszerzenia zakresu zamówienia, podwyższenie należnego wykonawcy wynagrodzenia czy przedłużenia terminu realizacji zamówienia prowadzi do obejścia wyniku przetargu (innej procedury), godząc przede wszystkim w majątkowe interesy publiczne. Wyraźny wzrost liczby naruszeń nastąpił po zaostrzeniu zakazu z art. 144 Pzp. w związku z nowelizacją tego przepisu, która weszła w życie 24 października 2008 r.³⁵. Wielu uchybień można by jednak uniknąć, stosując rozwiązania zastępcze. W szczególności, zamiast niedopuszczalnej zmiany umowy w kierunku zwiększenia przedmiotu świadczenia w sytuacjach nieprzewidywalnych – można udzielić zamówienia dodatkowego, nawet temu samemu wykonawcy z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z kolei zmianę wysokości ceny (wynagrodzenia) można zapewnić, zastrzegając z góry w umowie stosowną klauzulę indeksacyjną. Przedłużenie zaś terminu do wykonania zamówienia w ogóle jest zbędne, ponieważ, gdy wykonawca spóźni się ze spełnieniem świadczenia – zobowiązanie nie wygasa, lecz co najwyżej zamawiający może je wypowiedzieć. Niektóre z uchybień są wynikiem pewnych przyzwyczajęń wywodzących się jeszcze z poprzedniego okresu ustrojowego, gdy umowy o zamówienia publiczne

³⁴ Por. R. Szostak, *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 241 i n.

³⁵ Dz.U. Nr 171, poz. 1058.

powiązane były instrumentalnie z kształtowanymi dyrektywnie planami gospodarczymi³⁶. Spadek liczby naruszeń zakazu z art. 144 Pzp. nastąpi niewątpliwie w związku z planowanym jego złagodzeniem na mocy nowelizacji prawa zamówień publicznych, dopuszczającej tzw. nieistotne zmiany umowy, zwłaszcza, co do trudno przewidywalnych okoliczności współdziałania stron przy realizacji zamówienia³⁷.

VIII. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dopuszczenie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych do: a) dokonania wydatku powodującego przekroczenie kwoty ustalonej w rocznym planie finansowym, b) niewykonania zobowiązania zapłaty w terminie, wskutek zaniedbania lub niewypełnienia obowiązków w zakresie kontroli finansowej, c) udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w ustawie, d) zawarcia umowy bez zachowania formy pisemnej, przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu lub na czas dłuższy niż określony w ustawie, e) bezzasadnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, f) niewyłączenie z postępowania osoby podlegającej wyłączeniu. Są to uchybienia natury „organizacyjnej” związane z wadliwym zarządzaniem jednostką zamawiającą. Chodzi bowiem o zaniechanie lub zaniedbanie przez jej kierownika obligatoryjnej kontroli zarządczej (wewnętrznej). Jednakże karalność czynu uzależniona została od nastąpienia skutku w postaci samego „dopuszczenia do naruszenia prawa” przez kogokolwiek w podległej jednostce (w przypadkach a i b) albo „dopuszczenia do popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych” przez inną osobę (w pozostałych przypadkach). Unormowanie powyższe stanowi przyczynę uciążliwych trudności w orzecznictwie³⁸, zwłaszcza na tle zasady „ustawowej określoności” czynu zabronionego.

³⁶ Por. dla przykładu stan faktyczny sprawy rozstrzygniętej orzeczeniem GKO z 22 września 2008 r. (DF-4900/4131/12/08/1648), „Biuletyn Orzecznictwa” 2009, nr 1, poz. 10, s. 110 i n.

³⁷ Por. Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591.

³⁸ Por. Z. Kubot, *op. cit.*, s. 25 oraz K. Borowska, A. Kościńska-Paszowska, *op. cit.* (cz. 2), s. 33 i n., a także wyrok SNA z 12 czerwca 2003 r. (III SA-305/01) – niepublikowany oraz orzeczenie Resortowej Komisji Orzekającej przy Ministrze Sprawiedliwości z 10 października 2007 r. (DKSiW/361/13/19/07), „Biuletyn Orzecznictwa” 2008, nr 4, poz. 1, s. 4 i n.

Po pierwsze, wprowadzie, zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych, kierownik jako odpowiedzialny za całość gospodarki finansowej i należytego udzielania zamówień publicznych zobowiązany jest zorganizować właściwą kontrolę, ale brak jest ustawowego określenia reguł tej kontroli, których łamanie można by objąć zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Formułując ogólną przesłankę odpowiedzialności kierownika za prawidłowe funkcjonowanie kontroli zarządczej, przepis art. 44 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wprowadza kryterium „wykonywania określonych ustawą obowiązków w zakresie kontroli”. Tymczasem, regulujący ten problem art. 47 wskazuje jedynie na sam zakres kontroli (ocena celowości zaciąganych zobowiązań, badanie zaciąganych zobowiązań i dokonywanie wydatków z punktu widzenia ich zgodności z prawem, weryfikowanie poprawności udzielanych zamówień publicznych itd.), odsyłając w zakresie procedury kontroli do regulaminu wewnętrznego ustalanego przez samego kierownika. Wobec tego, łatwiej powiązać z naruszeniem ustawy całkowite zaniechanie kontroli, niż jej „zaniedbanie”, przez co rozumie się przecież niestaranie jej przeprowadzenie, a to nie jest już tylko problem samej oceny badanej działalności, lecz także procedury i częstotliwości kontroli.

Po drugie, wprowadzie nie budzi wątpliwości, że odpowiedzialność kierownika jednostki zamawiającej za zaniechanie lub zaniedbanie kontroli stanowi odpowiedzialność osobistą za własne zachowanie (czyn), a nie za zachowanie podwładnego, ale dodatkowa przesłanka odpowiedzialności kierownika wiąże się także z ujemnym zachowaniem osoby podporządkowanej, jako skutkiem (związek przyczynowo-skutkowy) uchybienia w zakresie kontroli. Ta dodatkowa przesłanka odpowiedzialności kierownika nie ma jednak jednorodnego charakteru. O ile bowiem przy „dopuszczeniu” do przekroczenia planu wydatków lub do niewykonania zobowiązania pieniężnego w terminie nie ma znaczenia, czy osoba dokonująca wydatku bądź obsługująca płatności (podwładny) sama naruszyła dyscyplinę finansów publicznych³⁹, o tyle w pozostałych przypadkach odpowiedzialności kierownika za zaniechanie (zaniedbanie) kontroli dodatkową przesłanką jest „dopuszczenie do popełnienia naruszenia dyscypliny” przez inną osobę. Tymczasem, z art. 17 ust. 7 ustawy

³⁹ Por. też: K. Borowska, A. Kościańska-Paszkowska, *op. cit.*, s. 35 i n.

z dnia 17 grudnia 2004 r. nie wynika jednoznacznie, czy bezprawność i ewentualna wina osoby naruszającej dyscyplinę stanowią tylko okoliczności prejudycjalne, ustalane każdorazowo w związku z wymierzaniem odpowiedzialności kierownikowi, czy też konieczne jest uprzednie prawomocne stwierdzenie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych przez osobę podlegającą kontroli. Na tle reguł odpowiedzialności represyjnej trafne wydaje się tylko to drugie rozwiązanie.

IX. Tytułem podsumowania stwierdzić trzeba, że unormowania podstaw odpowiedzialności organów zarządzających za uchybienia popełniane w związku z udzielaniem zamówień publicznych zawarte w ustawie z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastrożają sporo trudności interpretacyjnych. Niektóre z nich wyeliminowane zostaną zapewne z biegiem czasu przez orzecznictwo. W znacznej części jednak uzasadniają one potrzebę zmian legislacyjnych, zwłaszcza w kierunku doprecyzowania ustawowych znamion czynów zabronionych, w zgodzie z konstytucyjną zasadą, że przesłanki odpowiedzialności represyjnej powinny być określone wyczerpująco w ustawie.

Bibliografia

- Bojańczyk A., *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9.
- Bojarski T., *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3.
- Borowska K., Kościańska-Paszkowska A., *Niektóre bariery dochodzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – wnioski de lege ferenda i de lege lata*, (cz. 1 i 2), „Finanse Komunalne” 2008, nr 12 oraz 2009, nr 1–2.
- Fill W., *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 6.
- Głuch M., *Dyscyplina finansów publicznych*, Wydawnictwo Indor, Warszawa 2006.

- Gnela B., *O potrzebie prawidłowego określenia zamawiającego w ustawie Prawo Zamówień Publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Górniok O., *Z problematyki przestępstw popełnianych w działalności spółek kapitałowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4.
- Gryśka P., Robaczyński T., *Dyscyplina finansów publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Kalina-Nowaczyk M., *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Kardas P., *Kodeks karny – część szczegółowa. Komentarz*, t. III, Lexis-Nexis, Warszawa 2006.
- Kosikowski C., *Odpowiedzialność za naruszenie reżimu prawnego finansów publicznych (nowa koncepcja)*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 12.
- Kowalczyk E., *Odpowiedzialność kierownika i głównego księgowego jednostki sektora finansów publicznych w zakresie rachunkowości i gospodarki finansowej*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, Gdańsk 2007.
- Kryczko P., *Charakter prawny odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych* [w:] *Materiały konferencyjne z ogólnopolskiej konferencji naukowej „Sanacja finansów publicznych w Polsce – aspekty prawne i ekonomiczne”*, K. Świąch, A. Zalcewicz (red.), Szczecin 2005.
- Kubot Z., *Czynności upoważniające w zakresie gospodarki finansowej*, „Finanse Komunalne” 2006, nr 7–8.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- Nowicki J., *Wyłączenie z postępowania osób wykonujących czynności w postępowaniu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2006, nr 4.
- Odachowski J., Karwatowicz G., *Decyzja o zwrocie przez beneficjenta środków publicznych w świetle nowelizacji art. 211 ustawy o finansach publicznych z 7 listopada 2008 r.*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 3.
- Pazdan M., *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2002.

- Radecki W., *Normatywne ujęcie wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo”, 2003, nr 2.
- Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, t. II, LexisNexis, Warszawa 1999.
- Salachna J. M., *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Publiczne” 2005, nr 6.
- Szostak R., *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Szostak R., *Odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia popełnione przy udzielaniu zamówień publicznych [w:] Finanse jako przedmiot badań interdyscyplinarnych*, S. Owsiak (red.), Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Kraków 2007.
- Szostak R., *Planowanie i finansowanie zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca”, Warszawa 2007.
- Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Kraków 2005.
- Szumilo-Kulczycka D., *Prawo administracyjno-karne czy nowa dziedzina prawa?*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 9.

SUMMARY

The issues of the Head of the Awarding Entity’s responsibilities for the violation of public finances discipline while awarding a public contract.

The statutory basis of responsibility for violating the discipline of public finances cause many practical difficulties with regard to managers of entities awarding a public contract. An insufficient definition of a “prohibited act” (which either provokes the necessity of using an extended interpretation of the rules or forces to renounce from punishing the accused for a harmful act – which however have not been clearly forbidden by the law) is the essential drawback. Within the scope of disciplinary responsibility, similarly to penalization of crimes, constitutional rule *nullum crimen sine lege* is in force. Difficulties refer mainly to the

term of “violating the discipline of public finances” itself, to responsibility of persons who were trusted with finances or public contracts, to liability of people who manage funds which were entrusted to the non public sector subjects, as well as to the responsibility of the people awarding a public contract with omission of procedures prescribed by the law. Thus, there is a need of legislative intervention in this area. Improvement both of the practice and of jurisdiction’s quality will be sufficient in the matter of responsibility in reference to other disciplinary infringement, especially to expend donations against their aim, to assume obligations without authorization, to pay after the due date, to mitigate the contractual penalties, to describe the object of the contract in discriminative way, to violate the equal treatment rule (impartiality of the awarding entity) and to allow the infringements which influence the outcome of the tendering or other procedure of awarding the public project.