STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2014 NR 1 (14)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2014 NO. 1 (14)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief – Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor – Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor – Tadeusz Stanisz
sekretarz redakcji / Managing Editor – Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl · www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Stientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]
Andrij Bojko [L'viv]
Daniel H. Cole [Bloomington]
Janina Czapska [Kraków]
Tomas Davulis [Vilnius]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]
Pawel Fries [Ivano-Frankivsk]
Egidijus Kuris [Vilnius]
Francesco Morandi [Sassari]
Christian Rolfs [Köln]
Janusz Szwaja [Kraków]
Emod Veress [Cluj-Napoca]
Jan Widacki [Kraków]
Dewi Williams [Stoke-on-Trent]

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

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2014

ISSN: 1689-8052

Korekta: Margerita Krasnowolska

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

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

Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2014

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia u Frycza
Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Druk i oprawa:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Słowo od redakcji.....1

Artykuły i studia

Tommaso Edoardo Frosini
profesor, Uniwersytet w Neapolu, Włochy
Dostęp do Internetu jako prawo podstawowe..... 5

Luiz Guilherme Marinoni
profesor, Uniwersytet Federalny Parany, Kurytyba, Brazylia
Kontrola zgodności z Konwencją (amerykańska konwencja o ochronie praw człowieka).....13

Irena Czaja-Hliniak
profesor nadzwyczajny, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kontrola w mieście metropolitalnym jako aspekt bezpieczeństwa finansowego.....33

Henriett Rab
profesor nadzwyczajny, Uniwersytet w Debreczynie, Węgry
Czy system opieki społecznej może przejść przez drzwi prawa prywatnego?.....45

Oleksandr Kovalyshyn
adiunkt, Uniwersytet Przykarpacki im. Wasyla Stefanyka, Iwano-Frankiwsk, Ukraina
Rodzaje podmiotów gospodarczych na Ukrainie: kwestie regulacji prawnych.....61

Péter Sipka
adiunkt, Uniwersytet w Debreczynie, Węgry
Márton Leó Zaccaria
adiunkt, Uniwersytet w Debreczynie, Węgry
Możliwe skutki pojawienia się opłat związanych z wniesieniem skargi w węgierskim prawie pracy.....71

Artur Bochenek
doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Zakres wyłączenia stosowania ustawowego prawa pierwokupu nieruchomości przysługującego gminie w odniesieniu do gruntów rolnych i leśnych.....89

Dominika Bek
asystent, Uniwersytet Śląski, Katowice
Znaczenie odmienności kulturowej sprawcy dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego.....109

Dorota Mieczkowska
doktorant, Uniwersytet w Białymstoku
Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych 123

Recenzje, Glosy, Sprawozdania, Varia

Rafał Adamus
profesor nazdwyczajny, Uniwersytet Opolski
Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18 października 2012 r., V CSK 405/11 (dotyczy spisu inwentarza w postępowaniu upadłościowym) 145

Jarosław R. Antoniuk
adiunkt, Politechnika Śląska, Gliwice
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 3 października 2011 r., V ACz 624/11 (dotyczy roszczenia informacyjnego w prawie własności przemysłowej) 155

Piotr Zaporowski
dyrektor krajowy, Fundacja „People in Need", Rangun, Birma
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 czerwca 2012 r., V ACa 255/12 (dotyczy prawa do firmy) 163

Katarzyna Skoczeń
studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 29 października 2012 r., I KZP 11/12 (dotyczy rozumienia pojęcia kradzieży z włamaniem oraz związanych z nim sposobów przełamywania zabezpieczeń) 187

Anna Szuba-Boroń
doktorant, Krakowska Akademia
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Prof. dr hab. Janusz Szwaja – jubileusz 80-lecia urodzin i 60-lecia pracy naukowej 191

Mariusz Załucki
profesor nadzwyczajny, Krakowska Akademia
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Sprawozdanie z publicznej obrony rozprawy doktorskiej Marcina Ożoga, „Reklama, promocja i informowanie o sponsorowaniu napojów alkoholowych" 195

Contents

From the Editors 2

Articles and Studies

Tommaso Edoardo Frosini
Professor, University of Naples, Italy
The Internet Access as a Fundamental Right *5*

Luiz Guilherme Marinoni
Professor, Federal University of Paraná, Curitiba, Brazil
Conventionality Control (American Convention on Human Rights) 13

Irena Czaja-Hliniak
Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Krakow, Poland
Control in the Metropolitan City as an aspect of financial security 33

Henriett Rab
Assistant Professor, University of Debrecen, Hungary
Can social security enter the door of private law? 45

Oleksandr Kovalyshyn
PhD, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine
Types of Business Entities in Ukraine: Problems of Legal Regulation 61

Péter Sipka
PhD, University of Debrecen, Hungary
Márton Leó Zaccaria
PhD, University of Debrecen, Hungary
The possible effects of the appearance of the grievance fee in the Hungarian labour law 71

Artur Bochenek
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Krakow, Poland
The scope of exemption from the statutory pre-emption rights to real estate available to commune authorities in case of agricultural land and forests 89

Dominika Bek
Assistant, University of Silesia, Katowice, Poland
Significance of differences in offender cultural identity in assessing the degree of injury to the public caused by an offense 109

Dorota Mieczkowska
Doctoral Student, University of Bialystok, Bialystok, Poland
Driving disqualification 123

Book Reviews, Glosses, Reports, Varia

Rafał Adamus
Associate Professor, University of Opole, Opole, Poland
A gloss to the decision of the Supreme Court of 18 October 2012, V CSK 405/11 (Re: Census Inventory in bankruptcy proceedings) 145

Jarosław R. Antoniuk
Assistant Professor, Silesian University of Technology, Gliwice, Poland
A gloss to the decision of the Court of Appeals in Katowice of 3 October 2011, V ACz 624/11 (Re: A claim for information under industrial property law) 155

Piotr Zaporowski
Country Director, "People in Need"Foundation, Yangon, Republic of the Union of Myanmar
A gloss to the decision of the Court of Appeals in Katowice of 11 June 2012, V ACa 255/12 (Re: right to brand within business) 163

Katarzyna Skoczeń
Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Krakow, Poland
A gloss to the decision of the Supreme Court of 29 October 2012, I KZP 11/12 (Re: Interpretation of the term "burglary") 187

Anna Szuba-Boroń
Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Krakow, Poland
Celebrating the 80th birthday and 60 years of academic career of Professor Janusz Szwaja 191

Mariusz Załucki
Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University, Krakow, Poland
The first doctoral dissertation in legal sciences defended: a report from the public defence of Marcin Ożóg's doctoral treatise on Advertising, promoting, and informing about the sponsorship of alcoholic beverages 195

Słowo od redakcji

Do rąk czytelników oddajemy nowy numer czasopisma Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały". Z nowym – 2014 – rokiem, zmieniła się nieco formuła czasopisma, a nam powierzono misję jego dalszego rozwoju. Pierwsze nasze decyzje związane są z pragnieniem jego umiędzynarodowienia, stąd nie tylko podkreśliliśmy typograficznie angielską nazwę „Studiów", ale przede wszystkim zaprosiliśmy do współpracy uznanych światowych prawników, jak Daniel H. Cole, Christian Rolfs czy Francesco Morandi, którzy dołączyli do Rady Naukowej. Efekty naszej pracy pojawiają się już w bieżącym numerze, w którym wynikami swoich badań naukowych zdecydowali podzielić się nie tylko autorzy krajowi, ale też i zagraniczni. Mając nadzieję, że pomysł na „Studia" zyska Państwa uznanie, zachęcamy do lektury i zapraszamy do przysyłania do redakcji tekstów. Będziemy publikować prace naukowe przygotowane przede wszystkim w językach angielskim i polskim, wierząc że w ten sposób uda nam się dotrzeć do szerokiego grona odbiorców.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki
redaktorzy naczelni

From the Editors

We are delivering a new issue of a journal published by Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University, *Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały*. Beginning with 2014, the formula of the magazine has slightly changed, and we have been entrusted with the mission to develop it further. Our first decisions result from the eagerness to make it more international, hence we not only proposed to increase the emphasis on the English name of the periodical, but we have also invited cooperation of lawyers of worldwide recognition, notably Daniel H. Cole, Christian Rolfs, and Francesco Morandi, who have joined our Editorial Board. The results of our short but intensive work are visible already in the current issue, where the results of scientific research are described by Polish as well as foreign authors. Hoping that our concept of *Studia* will win your recognition, we do encourage you to acquaint yourselves with the content and submit your papers, which we are keen to publish. In our publishing activity, we will focus predominantly on scientific works written in English and Polish, believing that in this way we will manage to reach out to broad circles of recipients.

Zbigniew Maciąg, Mariusz Załucki

Artykuły
i studia

Articles
and Studies

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 5–12 (2014)

Tommaso Edoardo Frosini
Professor, University of Naples, Italy

The Internet Access as a Fundamental Right

1.

Technologies have represented and still represent a development of freedoms; more in details, freedoms have significantly extended their scope to new frontiers of human acting by virtue of the recent technological developments[1]. Indeed, technologies do not only produce freedom: it would be better to say that technologies can be employed by good and bad individuals, as well as by either an open-minded government or a despotic one. In a constitutional and liberal state, however, public policy should always be aimed at fostering and extending individuals' freedoms, and the use of technologies must be one of the strategic tools to this end. Let's think about the Internet and its typical cross-border nature, which goes across national borders, overcomes customs boundaries and removes cultural differences between various people.[2]

Also, with respect to the Internet, it is still a problem to distinguish the different freedoms in order to achieve a holistic model of freedom: whoever has access to the Internet, in fact, expresses himself/herself, joins communities, communicates, in the manners that he/she prefers. Different freedoms are therefore enforced by the same medium, i.e. the Internet, at the same time or at very closed times. Of course, there is another point in return: virtual barriers are raised instead of real barriers. In fact, there are some countries (illiberal, of course) that have built electronic barriers in order to avoid the access to part of their global network, by the removal of words, names, and keywords from search engines or by violating personal data of individu-

[1] See: T.E. Frossini, *Nuevas tecnologias y constitucionalismo*, "Revista de Estudios Politicos" 2004, No. 124, p. 129; recently: P. Constanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, "Rassegna Parlamentare" 2012, No. 4.

[2] V. Frossini, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, "Il diritto dell'informazione e dell'informatica" 2000, No. 2, p. 271.

als. New information barriers have been raised in part of the world, where videos or blogs are the *samizdat* of the present days. These factors, however, confirm the liberal spirit of the Internet, and the fear by which non-tolerant countries approach technologies, because they feel the Internet as a threat to their absolute power. The Internet can be – as it was, for example, in the so called "Arab spring" – an important tool for increasing democracy, also because it guarantees the transparency of the political acting by a pluralism of news and information which circulate over the Internet, allowing citizens to see-know-share.

2.

It has to be pointed out that the problems brought along by technological developments are not limited to the protection of the right to privacy anymore, even if this problem has been and continues to be analyzed from the constitutional point of view, by both scholars and courts (including data protection authorities). The "legal horizon of the Internet" includes the right to privacy, of course, but such background extends also to the freedom of expression, which is a constitutional right to be rethought in light of its new implications from a legal point of view.

In order to examine the most critical issues concerning the coming of the Internet and its legal implications, I believe that some points have to be made with respect to the "informatic freedom". This theory was developed in 1981 and found its grounds in the concept of a new liberal age, characterized by the new achievements permitted by the technological "revolution". Such doctrine was based on the rise of a new dimension of the personal liberty in the age when computer were used for the first time.[3]

The informatic freedom is therefore a new right resulted from the evolution of technological society, and shows a new aspect of the well-established idea of personal liberty and constitutes the advancement of a new frontier of human freedom to the society of the future to be placed in the construction of the contemporary constitutionalism.

The informatic freedom qualifies as a new form of the traditional right of personal liberty, as the right to exercise the control over personal information, or a right to "habeas data". Over the time, case law has recognized and affirmed this new freedom in terms of preservation of the individual, as a claim

[3] Idem, *La protezione della riservatezza nella società informatica* [1981], now on book: idem, *Informatica, diritto e società*, 2° ed., Milano 1992, p. 173. See, in english, idem, *Law and Liberty in the Computer Age. The Harvard Papers*, Oslo 1995.

against the holders of the computer power, by private persons and public authorities. By the new legislation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data, fostered by a European standard, the notion of the right to informatic freedom has been recognized in positive law. The freedom to preserve their confidentiality when using computer has become also the freedom to communicate to others the information transmitted by electronic means to exercise that freedom of expression of one's personality making use of new communication systems.

Hence the right to informatic freedom acquires an additional significance nowadays as a result of the coming of the Internet, and this proves its relevance even today. In fact, in the age of the Internet, the right to informatic freedom has become a claim of freedom in the active sense, not a freedom "from" but freedom "of", which is the freedom to make use of computer to provide and obtain information of any kind.

And it is a right to participate in the virtual society, which has been created by the coming of computer in the digital age: it is a society characterized by movable parts and dynamic relationships, where each participant is sovereign over his/her decisions'.

It is, then, the right to join the digital society that has been created. We are approaching, without doubts, a new form of freedom, i.e. the right to communicate to whoever, including the right to circulate personal opinions, thoughts and materials, as well as the right to receive the same.

Therefore, freedom of communication qualifies as a right to circulate and receive. This is not only the individual freedom of expression anymore, rather the right to establish relationships, circulate and request information, and therefore exercise the new power of knowledge based on the information technology: in a nutshell, the right to exercise the informatic freedom. Moving from the acknowledgement of such a freedom it could be possible to establish some grounds for an *Internet Bill of Rights.*

3.

Then we come to the right to access to the Internet. It is worth quoting Rifkin, first of all: «In a world more and more based on economic and social electronic networks, the right not to be excluded – the right to access – acquires an increasing importance. Concepts like "inclusion" and "access" have today replaced those (corresponding) of autonomy and possession, which characterized the notion of property in a traditional sense: in the new economy, the concept of property does not refer to a power of excluding others

from enjoying personal goods anymore, rather it qualifies as a right to not be excluded from the society's resources».[4]

The right to access to the Internet has therefore to be considered as a social right, or better as an i*ndividual claim to a state's performance,* like services such as education, health and welfare. It is a universal service that state's bodies must guarantee to their citizens by investments of public resources, social and educational policies. In fact, more and more the access to the Internet and the conduct of business via the Internet constitute the means by which individuals enter into relations with state's powers, i.e. exercise their citizenship's rights[5].

Today, citizenship is a digital concept. It is interesting, in this respect, to look at the provisions contained in the Italian Code of Digital Administration (CAD) – Legislative Decree No. 82/2005, which establishes "a statute of the digital citizen" (including natural and legal persons), by requiring public offices, agencies and bodies to interact in a digital manner, thus to arrange appropriate means from the technical and organizational point of view to meet citizens' requests. It is clear that such a new way of qualifying the relationship between individuals and public administration in terms of a new digital citizenship demands a process of digital literacy, as a social right that the state must guarantee, along with the right to education and to the digital cultural development, that the Italian Constitutional Court (by decision n. 307, 2004) has found to be «corresponding to a general interest, specifically the development of culture – by the use of digital tools-, that Italy must pursue at any levels (art. 9)». In this respect, it is worth mentioning the European Parliament resolution of 10 April 2008, requiring Member States to «to recognize that the Internet is a vast platform for cultural expression, access to knowledge, and democratic participation in European creativity, bringing generations together through the information society; calls on the Commission and the Member States, to avoid adopting measures conflicting with civil liberties and human rights and with the principles of proportionality, effectiveness and dissuasiveness, such as the interruption of Internet access». Also in the European Parliament recommendation of 26 March 2009 to the Council on strengthening security and fundamental freedoms on the Internet it is stressed that the Internet is «a key instrument at world level for exercising freedom of expression» protected under the Charter of fundamental rights of the European Union and « can be an extraordinary opportunity to enhance active citizenship».

---

[4] J. Rifkin, *The Age of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is Paid-For Experience*, New York 2000.

[5] A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris 2002, p. 61.

Yet, in terms of (digital) active citizenship, it is worth quoting the Italian Law No. 4/2004 (so called "Stanca Law"), establishing provisions for favouring the access of disabled people to computer systems. This law recognizes and protects the right of any persons to access any sources of information and the related services, including those provided by computer systems. In particular, art. 1 refers to art. 3 of the Italian Constitution when setting the right to access to the Internet, by qualifying such right as instrumental for the achievement of equality among citizens. Therefore, denying access to the Internet would result in the violation of fundamental human rights such as freedom of expression, freedom of information, education, development and equality[6]. Then, the right to access to the Internet amounts to a fundamental right the exercise of which is instrumental to the enjoyment of other constitutional rights and freedoms: not only the freedom of expression, protected by art. 21 of the Italian Constitution, but also the right to an "appropriate development of the human being" and to an "effective participation to the political, economic and social life of the State" protected under art. 3 of the Constitution, as well as the freedom of conduct business contained in art. 41. Today, against the background of the information society (or the "age of the access") being deprived of access to the Internet results in being prevented from exercising large part of the citizenship rights.

In Finland, a law that came into force on 1st July 2010 has defined as "a legal right" the access to the Internet for over five millions of citizens. The Finnish Minister of Communication said that «a high-quality broadband Internet connection at a reasonable price is an essential right». Therefore, all the 26 providers operating in Finland, that are qualified as "provider of a universal service", shall be able to connect any facilities with a *download* speed of 1 *megabit* per second. Also Switzerland and Spain are looking at this initiative, and may act in the next future in order to grant access to the Internet as a condition for the enjoyment of other rights.

4.

Some countries have recognized the access to the Internet as a fundamental right of individuals in the relevant legal systems, even if at different levels: some in the constitutions, like Estonia, Greece and Ecuador; some by laws, like Finland and Peru; some by the case law of the respective domestic courts, like France, Costa Rica and –even before- the United States, where the Supreme Court, in a decision delivered in 1997, said that «The record demon-

[6] See recently: O.D. Pulvirenti, *Derechos Humanos e Internet*, Buenos Aires 2013.

strates that the growth of the Internet has been and continues to be phenomenal. As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship»[7].

With regard to the decision of the French *Conseil Constitutionnel* (no. 2009-580 DC of 10 June 2009), it has to be stressed that the court referred to the access to the Internet in terms of a fundamental right. In fact, due to the large-scale diffusion of the Internet, the freedom of communication and expression necessarily requires a free access to online communication services. The *Conseil* moves from an express reference to art. 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789: «The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law». This definition provides a clear and specific view of the freedom of information and still proves to be valid. Then, the *Conseil*, by the application of the proportionality test, found that the freedom of communication, including the right to access to communication services, has a valuable importance and therefore any restriction of the same imposed by the competent authorities must be specifically defined[8].

Also, some international (also non-binding) documents concern the right to access to the Internet. It is worth quoting, for example, a May 2011 report issued by the General Assembly of the United Nations where it is highlighted that «given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States».

5.

In the 21st Century the «legal horizon of the Internet» is clear and visible. And this constitutes also the new horizon of contemporary constitutionalism, as the aforesaid important decisions of the US Supreme Court first and of the French *Conseil Constitutionnel* then, have proven (without forgetting

[7] See: American Civil Liberties Union *vs.* Reno [E.D. pa 1996]; Supreme Court 521 US 844 (1997).

[8] L. Marino, *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental*, "Recueil Dalloz" 2009, No. 30, p. 2045.

the decisions, already mentioned, of the *Sala Constitucional* of Costa Rica). It is interesting to observe, in two countries where the constitutionalism was born, even though by following different paths at the very beginning, the interpretation given by courts to two dated provisions – the First Amendment to the US Constitution and art. 11 of the 1789 Declaration-, provisions which were written and adopted more than two centuries ago to protect and enforce the freedom of information: that's the case to say, the freedom of yesterday, today and tomorrow. In fact, it is from these provisions – defining clear horizons of the constitutionalism- that today a legal ground is sought in order to recognize and protect the new forms of expressions of electronic communications, with respect in particular to the Internet. Thanks to an appropriate interpretation and enforcement of the relevant parameters, a very *constitutional right to access to the Internet* is emerging nowadays[9]. And this is because, against the extensive diffusion of the Internet, the freedom of communication and expression requires first the freedom to access to those online communication services. It is for states to remove barriers and obstacles that prevent citizens from enjoying this universal service that must be guaranteed to all citizens by public investments, social and educational policies, by public expenses. As pointed out, the right to access to the Internet constitutes in fact the way by which individuals approach state's powers. Denying the access to the Internet, or making it costly, excluding part of citizens from its enjoyment would make it impossible to exercise a large part of the citizenship rights.

Finally: the constitutional freedom of expression consists of what art. 19 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of indicated in the right: «to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers», even when– like in the recent "WikiLeaks" case – the information circulating via the Internet may disappoint national governments, put at risk diplomatic relationship between states or reveal *arcana imperii.* One could not like it, and also reduce the scope of protection and the effects or deny the legal validity, but in any cases the act of "seeking, receiving and imparting information" demonstrates the crucial role of the right to know and the freedom of information, that also show a new model of separation of powers in light of a modern constitutional view.

In the past, it was the government to control citizens by the control over information; today, it has become harder and harder to control what a citizen

[9] See: T.E. Frossini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, [in:] *Studi in onore di F. Modugno*, Vol. 2, Napoli 2011, p. 121; idem, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli 2011, p. 230.

reads-sees-hears, seeks-receives-imparts. The technology provides thus to individuals the ability to become a power that is in the condition to control the other powers: *le pouvoir arrêt le pouvoir*.

Abstrakt

Wobec dynamicznego rozwoju sieci Internet, swoboda komunikacji i wypowiedzi wymaga również swobody dostępu do usług internetowych. Istotne jest pytanie dotyczące charakteru i treści prawa dostępu do internetu. Odmówienie dostępu do internetu lub podniesienie jego ceny, wykluczające część obywateli z kręgu użytkowników, mogłoby być traktowane jako uniemożliwienie korzystania z części praw obywatelskich.

Słowa kluczowe: prawa obywatelskie, dostęp do Internetu, swoboda komunikacji

Luiz Guilherme Marinoni
Professor, Federal University of Paraná, Curitiba, Brazil

Conventionality Control (American Convention on Human Rights)[1]

1.

It is important, within the jurisdiction of the contemporary State, to investigate the possibility of jurisdictional control of legislation under the treaties or international conventions on human rights. It is clear that such investigation requires previous analyses of the normative *status* of the treaties on human rights inside the Brazilian juridical order. If the international law of human rights is equated with ordinary law, obviously there is no possibility to raise it to the parameter level for judicial review. Notwithstanding, especially after the decision taken by the Brazilian Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 466.343[2], in which the legitimacy of civil imprisonment for unfaithful trustees was discussed confronting the International Pact of Human and Political Rights and the American Convention on Human Rights (Pact of San José), it is important to consider two positions that raise international law on human rights onto a higher level, providing it with the condition of a law that authorizes the legitimacy control of ordinary legislation. The position that gained majority at the

---

[1] I am grateful to Luiz Henrique Krassuski Fortes, LL.M candidate under my supervision at Federal University of Paraná's Law School, for reviewing and helping with the translation of this paper into English.

[2] "Civil Arrest. Deposit. Unfaithful trustee. Chattel mortgage. Declaration of coercive measure. Absolute inadmissibility. Insubsistence of constitutional provision and subordinate norms. Interpretation of article 5,, LXVII, and 1st, 2nd e 3rd paragraphs of the Federal Constitution, in the light of article 7, 7th paragraph, of the American Convention on Human Rights (Pact of San José of Costa Rica). Appeal not granted. Joint judgment of Extraordinary Appeal No. 349.703 and Habeas Corpus No. 87.585 and No. 92.566. It is illicit the civil arrest of unfaithful trustee, regardless of the sort of deposit". (extraordinary Appeal No. 466.343, Plenary, Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09, available in Portuguese at Supreme Court's website: www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444).

trial of the Extraordinary Appeal, led by Justice[3] Gilmar Mendes, attributed to the international treaties on human rights a *supralegal* normative *status,* while the position led by Justice Celso de Mello gave them constitutional stature. Alongside these positions, also worthy of note the position that sustains the supraconstitutionality of these international treaties[4].

Attribute to the international treaties on human rights the *status* of ordinary legislation not only authorize the signatory State to unilaterally disobey international agreements but also confronts the concept of a Cooperative Constitutional State, making the safeguard of human rights impossible on a supranational level. Moreover, the Brazilian Constitution itself makes it clear the superiority of the international treaties over the infraconstitutional legislation. According to the Constitution "the Federative Republic of Brazil will seek the economic, political, social and cultural integration of the Latin American peoples, aimed at the formation of a Latin-American community of nations" (article 4, sole paragraph); "the rights and interests expressed in this Constitution do not exclude others from this regime and from principles by it adopted, or the international treaties in which the Federative Republic of Brazil take part" (article 5, 2nd paragraph); "the international treaties and conventions on human rights of which are approved, in each National Congress House, in two sessions, by three fifths of their respective members' votes, will be equivalent to the constitutional amendments" (article 5, 3rd paragraph); and "Brazil submits to the jurisdiction of the International Criminal Court whose creation it has manifested adhesion to" (article 5, 4th paragraph). Thus, the Constitution itself stresses the dignity of the international treaties on human rights, recognizing its prevalence over ordinary law. It must be noted that the 3rd paragraph of article 5 – just like its 4th paragraph – was inserted by the constitutional amendment No. 45 (2004), keeping it clear that the attribution of the quality of constitutional amendment to the treaties requires approval "in each National Congress House, in two sessions, by three fifths of their respective members' votes". In such a way that the Constitution itself provided the specific condition for the international treaties on human rights to assume the stature of constitutional norm.

---

[3] Brazilian Supreme Court's judges are denominated Ministros ("Ministers") according to Brazilian law. In order to favor comprehension, in this article they are referred as *Justices*, like their counterparts of the United States Supreme Court.

[4] See: N. Pedro Sagués, *El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano.* In: A. Von Bogdandy, E. F. Mac-Gregor, M. M. Antoniazzi, (Coord.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización*, Hacia un *ius contitutionale commune* en América Latina, Tomo 2, p. 449 e ss.

Nevertheless, it was argued, within the trial of the referred Extraordinary Appeal No. 466.343, that international treaties on human rights would have constitutional *status*, despite having been approved before the constitutional amendment No. 45 (2004). Justice Celso de Mello concluded, in his opinion, that the international conventions on human rights, incorporated into Brazilian law before the enactment of the constitutional amendment No. 45 (2004), like the Pact of San José of Costa Rica, are invested with a materially constitutional nature, composing, under such a perspective, the conceptual notion of *constitutionality block*. The thesis of treaties' constitutionality is based on the 2nd paragraph of article 5 of the Constitution. The logic is that this norm incorporates the rights established in the international treaties on human rights ratified by the country. Affirming that the rights and interests expressed in the Constitution do not exclude the rights established by international treaties to which Brazil has taken part, the 2nd paragraph would confer the *status* of constitutional norm to them. The 2nd paragraph, thus, would be an open clause, admitting the incorporation of international treaties on human rights at the same hierarchical condition of the constitutional norms and not with another normative *status*[5].

However, the thesis that prevailed in the trial of the Extraordinary Appeal No. 466.343, as previously mentioned, was that of the supralegality of the international law on human rights. The holding of the Court, in summary, is that the reference, on behalf of the Constitution, to international treaties on human rights, despite not being casual nor neutral from a juridical-normative point of view, did not attributed to these treaties the hierarchy of constitutional norm. Justice Gilmar Mendes, in his opinion, noted that the thesis of supralegality "advocates in favor of the argument that the treaties on human rights would be infraconstitutional, however, due to their special character in relation to other international normative acts, they would also bear a supralegal attribute. In other words, the treaties on human rights would not be able to confront the supremacy of the Constitution, but would have a special place reserved in the juridical order. To equate them to the ordinary legislation would be to underestimate its special value in the context of the system of protection of human rights"[6].

---

[5] See: A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, v. 1, Porto Alegre 2003.

[6] In portuguese: "pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da

In this regard, the international treaties on human rights approved in conformity with the dictates of the 3rd paragraph of article 5 of the Federal Constitution are equivalent to the constitutional amendments; the other international treaties on human rights subscribed by Brazil constitute supralegal law; and the international treaties that do not deal with human rights have legal value.

2.

International treaties, when qualified as *supralegal* law, are obviously set on a degree of normative hierarchy superior to that of the infraconstitutional legislation, yet inferior to the Constitution. The holding of the Extraordinary Appeal No. 466.343, by recognizing the illegitimacy of the infraconstitutional legislation that regulates civil imprisonment of unfaithful trustees confronted with the International Pact of Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights (Pact of San José of Costa Rica), stressed that, because the unequivocal special character of the international treaties that ensure the protection of human rights, it is not difficult to understand that the incorporation to the internal juridical order, through the ratification procedure provided by the Constitution, has the power to paralyze the efficacy of every conflicting normative infraconstitutional discipline[7].

Note that the infraconstitutional legislation, in order to produce effect, must not only be in consonance with the Federal Constitution, but also with the international treaties on human rights. Thus, there are two control's parameters and two validation programs for the ordinary legislation. In addition to the Constitution, the *supralegal* law is to condition and control the validity of the legislation.

Accordingly, this means that the legislation is submitted to new material limits, placed in the human rights encompassed in the international treaties, which reveals that the contemporary State – which relates collaboratively with other constitutional States inserted in a community, has the ability to control the legitimacy of the legislation confronted with human rights protected in the country and in the Latin-American community.

---

pessoa humana" (STF, Extraordinary Appeal No. 466.343, Plenary, Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.09).

[7] See: Justice Gilmar Mendes opinion in the Extraordinary Appeal No. 466.343.

3.

The control of legislation's compatibility with international treaties on human rights may be done through *direct unconstitutionality suit*[8], before the Brazilian Supreme Court, when the treaty was approved according to the 3rd paragraph of article 5 of the Federal Constitution. Obviously, these treaties also authorize the diffuse and concrete *judicial review*.

In the current Brazilian normative system, treaties that hold normative *supralegal status* only create opportunity to the diffuse control. The compatibility control of internal legislation with the conventional norms is a national judge's duty , either by request of the interested party or by its own motion. Keep in mind, in this sense, the decision given by the Inter-American Court in the *Dismissed Congressional Employees* (Aguado–Alfaro et al.) *v. Peru* case: "When a State has ratified an international treaty such as the American Convention, the judges are also subject to it; this obliges them to ensure that the effet util of the Convention is not reduced or annulled by the application of laws contrary to its provisions, object and purpose. In other words, the organs of the Judiciary should exercise not only a control of constitutionality, but also of "conventionality" ex officio between domestic norms and the American Convention; evidently in the context of their respective spheres of competence and the corresponding procedural regulations. This function should not be limited exclusively to the statements or actions of the plaintiffs in each specific case, although neither does it imply that this control must always be exercised, without considering other procedural and substantive criteria regarding the admissibility and legitimacy of these types of action"[9].

---

[8] As explained by Supreme Court Justice, Gilmar Mendes, "the Brazilian system of judicial review combines features from both abstract review and concrete review systems. As in the American concrete review system, Brazilian judges are conferred ample powers to analyze the constitutionality of governmental acts, allowing any judge or court to declare that a law or regulatory act is unconstitutional and, just as in the European abstract system, the Brazilian Constitutional model concentrates at the Supreme Court the competence to prosecute and adjudicate independent actions concerning the constitutionality "in abstract" of a law. In this way, the Brazilian system of Judicial Review displays original and diverse procedural instruments for both verifying the constitutionality of legislation and protecting fundamental rights. These include the habeas corpus, habeas data, writ of mandamus, injunctive writ, public civil action and popular action. This diversity, so typical of the diffuse model, is complemented by a variety of instruments enabling the Supreme Court to exercise abstract review such as direct unconstitutionality suits, declaratory actions of constitutionality, direct unconstitutionality suits due to omission (ADO) and claims for non-compliance of a fundamental precept". See: Framework of the Brazilian Judiciary and Judicial Review, available at www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Framework_of_the_Brazilian_Judiciary__Inglaterra_Final.10.20091.pdf.

[9] I/A Court H.R., Case of the *Dismissed Congressional Employees (Aguado–Alfaro et al.) v. Peru*.

An interesting question concerns the opportunity of the Brazilian Supreme Court to carry out diffuse control confronting supralegal law through Extraordinary Appeal. For it may be argued, initially, that a treaty does not constitute a constitutional norm and, therefore, violation of the supralegal law does not create opportunity to bringing an Extraordinary Appeal (based on article 102 of the Constitution). It is obvious that a treaty is not mistaken for a constitutional norm, in spite of being able to assume that status when approved through the qualified *quorum* of 3rd paragraph to the article 5 of the Federal Constitution. Thus, certainly does not equate, in the quality of supralegal law, to the federal law, whose claim of violation opens opportunity to the Special Appeal before Brazilian Superior Court of Justice (article 105 of the Constitution). It is important to remind, though, that the Supreme Court admitted and ruled the Extraordinary Appeal in which was alleged the violation of law recognized as supralegal exactly when it faced the matter of legitimacy of civil imprisonment of unfaithful trustees. (Extraordinary Appeal No.466.343).

4.

There are those who sustain the supraconstitutionality of the Convention, i.e. the invalidity of the constitutional norm that conflicts with the Convention. It is claimed, as seen before, that the Convention could "paralyze"[10] the efficacy of infraconstitutional norms that are in conflict with it. One should remember that in the Extraordinary Appeal No. 466.343 trial it was decided that the constitutional provision of civil imprisonment for unfaithful trustees (article 5, LXVIII), due the supremacy of the Constitution over international normative acts, could not be repealed by the adhesion of Brazil to the International Pact of Civil and Political Rights (article 11) and to the American Convention on Human Rights – Pact of San José (article 7, 7), having ceased "to have applicability due the *paralyzing effect* of these treaties in relation to the infraconstitutional legislation that dictate the matter"[11]. However, it would be possible to argue that when the norm needs to be controlled by Convention, it has already been through the filter of constitutionality control, in a way that the conventionality control implies the denial of constitutionality control. In fact, this problem – supraconstitutionality of the

Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2006. Series C No. 158, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_ing.doc.

[10] The expression is used by F. Sudre, *A propos du "dialogue de juges" et du controle de conventionnalite*, Paris 2004.

[11] Justice Gilmar Mendes opinion in the Extraordinary Appeal No. 466.343.

Convention – becomes clearer when a constitutional provision itself conflicts with the Convention[12].

It is possible to argue that if the State must comply with the Convention and could not invoke its own Constitution to disobey international treaties on human rights this means, as a final concrete result, that the treaty is above the Constitution. Thus, the consequence of the conventionality control would be that the constitutional norm that violates the treaty must not be applied. In this sense, it is the constitutional norm itself, and not the infraconstitutional statute, that remains "paralyzed". If, according to the conventionality control, the Constitution cannot validly violate the treaty or the Convention, this would be sufficient to display the superiority of the Convention over the Constitution[13].

Notice that it is possible to suppose the existence of legislation that is unconstitutional, and yet in conformity with the Convention. Sagués makes reference to a hypothetical constitutional norm that denies the right of reply, rectification or response, explicitly guaranteed in the Convention (article 14)[14]. He argues that a statute that regulate this norm of the Pact would be unconstitutional, though conventional. The constitutional norm, by denying the right made explicit by the Pact of San José, would be unconventional, whereas the regulating legislation would be valid – and not unconstitutional or null, "by the superiority of the Pact over the Constitution, according to the doctrine of the *conventionality control*"[15].

The question of conventionality control of constitutional norms was debated in the "Last Temptation of Christ" case, in which the Inter-American Court declared that Chile would have to reform its Constitution. Here is what was said on the occasion: "This Court understands that the international responsibility of the State may be engaged by acts or omissions of any power or organ of the State, whatsoever its rank, that violate the American Convention. That is, any act or omission that may be attributed to the State,

---

[12] Certainly to justify such control by the Convention, it is invoked the *pro homine* principle, that prioritizes the norm that best protects a right or freedom.

[13] N. Pedro Sagués, *op. cit.*, p. 465 e ss.

[14] "Article 14. Right of Reply: 1. Anyone injured by inaccurate or offensive statements or ideas disseminated to the public in general by a legally regulated medium of communication has the right to reply or to make a correction using the same communications outlet, under such conditions as the law may establish. 2. The correction or reply shall not in any case remit other legal liabilities that may have been incurred. 3. For the effective protection of honor and reputation, every publisher, and every newspaper, motion picture, radio, and television company, shall have a person responsible who is not protected by immunities or special privileges".

[15] In Spanish: "por la superioridad del Pacto sobre la Constitución, conforme la doctrina del controle de convencionalidad". Néstor Pedro Sagués, El "control de convencionalidad" en particular sobre las constituciones nacionales, La Ley, Doctrina, p. 1, 19.02.2009.

in violation of the norms of international human rights law engages the international responsibility of the State. In this case, it was engaged because article 19(12) of the Constitution establishes prior censorship of cinematographic films and, therefore, determines the acts of the Executive, the Legislature and the Judiciary. [...] The Court has indicated that the general obligations of the State, established in Article 2 of the Convention, include the adoption of measures to suppress laws and practices of any kind that imply a violation of the guarantees established in the Convention, and also the adoption of laws and the implementation of practices leading to the effective observance of the said guarantees. [...] In this case, by maintaining cinematographic censorship in the Chilean legal system (article 19(12) of the Constitution and Decree Law 679), the State is failing to comply with the obligation to adapt its domestic law to the Convention in order to make effective the rights embodied in it, as established in Articles 2 and 1(1) of the Convention".[16]

5.

As can be seen, national judges have the duty to carry out the conventionality control[17]. Nevertheless, the Inter-American Court also carries out the control of internal norms confronting the Pact. According to the Convention, the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights are held competent to acknowledge issues related to the fulfill-

---

[16] I/A Court H.R., Case of *"The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos /articulos/seriec_73_ing.doc) In this case, Judge Augusto Cançado Trindade argued: "If any doubt were still to persist as to this point, i.e., that the very existence and applicability of a norm of domestic law (be it infraconstitutional or constitutional) can per se engage the responsibility of the State under a human rights treaty, the facts of the present case of "The Last Temptation of Christ" contribute, in my view decisively, to dissipate such doubt. From the facts in this case of "The Last Temptation of Christ" it is rather inferred that, in circumstances such as those of the cas d'espèce, the attempt to distinguish between the existence and the effective application of a norm of domestic law, for the purpose of determining the configuration or otherwise of the international responsibility of the State, becomes irrelevant, and discloses an extremely formalist outlook of Law, devoid of any sense. […] the Court correctly determines that, in the circumstances of the cas d'espèce, the modifications in the domestic legal order required to harmonize this latter with the norms of protection of the American Convention constitute a form of non-pecuniary reparation under the Convention". See Judge Augusto Cançado Trindade concurring opinion I/A Court H.R., Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. available at: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_73_ing.doc.

[17] The Inter-American Court of Human Rights used the expression conventionality control for the first time at the trial of *Myrna Mack Chang v. Guatemala* Case. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101, available at: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.doc.

ment of the commitments made by the States Parties to the Convention (article 33). The Commission holds the function, among others, to act when petitions and communications are presented to it, in conformity with articles 44 to 51 of the Convention. Article 44 establishes that any one person or group, or legally recognized non-governmental entity in one or more member States of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of the Convention by a signatory State Party. Except emergencies[18], the Commission, by recognizing the admissibility of the petition or communication of violation of rights, will request information to the Government of the State to which the accused authority responsible for the violation serves. On receiving the data or after the expired deadline without manifestation, the Commission will verify whether the grounds for the petition or communication still exist, being able to determine its filing, inadmissibility or dismissal. If it is not the case, the Commission will carry out the examination of the facts, the parties being awere of it It may request the interested State for any relevant information, placing itself at the disposal of the interested parties so as to reach an amicable solution (article 48). In the absence of a consensual solution, the Commission will issue a report in which facts and conclusions are displayed, adding to it the verbal or written exposures made by the interested parties. In its report, the Commission could formulate propositions and recommendations that judges adequate (article 50). If within three months the matter is not resolved or submitted to the decision of the Court by the Commission or by the interested State, the Commission may issue, by the absolute majority of the votes of its members, its opinion and conclusions on the matter ubmitted matter to its analysis. The Commission will make relevant recommendations and will set a deadline within which the State must take incumbent measures in order to remedy the examined situation. Expired the deadline, the Commission will decide, by the absolute majority of the votes of its members, whether the State has taken or not the adequate measures and whether it publishes or not its reports (article 51).

In the meanwhile, the Inter-American Court may only be provoked by the States Parties and by the Commission itself and, besides this, it may only know of any case after having elapsed the preliminary phase of admissibility, the instruction of the case and the attempt of amicable solution before the Commission, with the dispatch of its report according to article 50 of the Convention.

[18] Article 48: "2. However, in serious and urgent cases, only the presentation of a petition or communication that fulfills all the formal requirements of admissibility shall be necessary in order for the Commission to conduct an investigation with the prior consent of the state in whose territory a violation has allegedly been committed".

The Court has the understanding, at first, that it could only carry out control on the norm already submitted to a determined case. It claimed to not have competence to carry out control in abstract, associating this with an advisory role. Accordingly, the Court decided: "With regard to the Government's failure to comply with Article 2 of the American Convention with the application of Decrees 591 and 600, this Court found that the military courts did not *per se* violate the Convention (supra 84), and regarding the alleged application of some of the provisions of those decrees that could contravene the Convention, it has already been determined that they were not enforced in the instant Case (supra 72). Consequently, the Court does not express an opinion on the compatibility of these articles with the Convention; to act otherwise would be to make an abstract analysis, which lies outside the purview of this Court"[19].

This understanding was overcome in the *Suárez Rosero v. Equador* case, in which the Court acknowledged its competence to declare the unconventionality of a norm that had violated the article 2 of the Convention, despite the fact that such norm has not been applied in a concrete case or has caused any damage. The decision has the following basis: "As the Court has maintained, the States Parties to the Convention may not order measures that violate the rights and freedoms recognized therein [...]. Whereas the first two provisions of Article 114 bis of the Ecuadorian Criminal Code accord detained persons the right to be released when the conditions indicated exist, the last paragraph of the same article contains an exception to that law. The Court considers that this exception deprives a part of the prison population of a fundamental right, on the basis of the crime of which it is accused and, hence, intrinsically injures everyone in that category. This rule has been applied in the specific case of Mr. Suárez-Rosero and has caused him undue harm. The Court further observes that, in its opinion, this law violates per se Article 2 of the American Convention, whether or not it was enforced in the instant case"[20].

---

[19] I/A Court H.R., Case of Genie Lacayo v. Nicaragua. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 29, 1997. Series C No. 30, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_ing.doc.

[20] I/A Court H.R., Case of Suárez Rosero v. Ecuador. Merits. Judgment of November 12, 1997. Series C No. 35, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_ing.doc. Worth noting that this argument already has been sustained by Judge Antônio Augusto Cançado Trindade in previous cases by dissenting votes, in which he has argued that violation of conventional norms can happen per se, by the mere existence of internal norms violating conventional human rights' standards, despite the fact they have never been enforced, i.e.: I/A Court H.R., Case of Caballero Delgado and Santana v. Colombia. Reparations and Costs. Judgment of January 29, 1997. Series C No. 31.

To illustrate the performance of both the Commission and the Court in the control of conventionality of internal legislation is timely to consider the "Barrios Altos" case. In Peru, a statute gave amnesty to the military, police officials and civilians who had violated human rights. This legislation was enacted after a complaint against people of a paramilitary group – called "Grupo Colina", who had assassinated fifteen people in the place named "Bairros Altos", in Lima. The judge who had received the complaint decided that article 1 of the Amnesty Law violated constitutional guarantees and obligations of the State before the Inter-American System. After a few procedural issues, a new legislation was passed on, that declared that the first law would not be able to be an object of review by the Judiciary. On 14th July 1995, the Supreme Court of Justice of Lima decided to definitely close the case. Thus, the "Barrios Altos" case was taken, through petition, to the Inter-American Commission of Human Rights, where it was conducted from 1995 to 2000, when it was submitted to the Court. The Commission requested that the Court, in addition to the pertaining arrangements to the continuity of the investigation and to the remedy of damages, to repeal or make the amnesty law void. In his vote, the Brazilian Judge Cançado Trindade affirmed that the auto-amnesty laws are incompatible with the International Law of Human Rights, therefore regarding them as deprived of validity on the level of International Law of Human Rights. The Court concluded that the Amnesty Law was incompatible with the Convention – since the legislation excluded the liability and allowed the prevented the investigation and punishment of people responsible for violations of human rights -, culminating in the decision of its "unconventionality", declaring the non-application of the internal norm with *erga omnes* effect for all public authorities[21].

The non-compliance with the Inter-American Court decision generates international liability for the State. Nevertheless, some States still do not comply with decisions of the Court, as exemplified in the recent decision of the Supreme Court of Justice of Venezuela, which simply declared to be unenforceable sentence of the *López Mendoza v. Venezuela*[22] case. In this trial, the Court determined the repeal of the resolutions that revoked the political rights of López Mendoza, opponent of Hugo Chavéz in the presidential elections of 2012, considering the Venezuelan State responsible for the violation of the of defense and to motivated reasons in the administrative procedures that resulted in the sanctions of disqualification, as well responsible for the

[21] I/A Court H.R., Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75.

[22] I/A Court H.R., Case of López Mendoza v. Venezuela. Merits, Reparations, and Costs. Judgment of September 1, 2011. Series C No. 233.

violation of the rights to judicial protection and to be elected, all guaranteed in the Convention.

Therefore, the question that naturally emerges is the one of the legitimacy of the Inter-American Court to interfere on decisions of the States. The problem of democratic legitimacy deficit of the judges is even more severe in the transnational justice scenario. Note that, if the autonomy of the human rights bears importance for the consolidation of a State under rule of law, it also interferes in the ordinary proceedings of collective self-determination. In this vein, Owen Fiss argues that the consensual element inherent to the proceeding of elaboration of the treaties does not offer the international courts a democratic basis. The internal proceedings of ratification of a treaty are not necessarily democratic. Would the ratification of a treaty by China represent an act of consent among its citizens? Even in the United States the ratification of treaties lies in the hands of the Senate, which is not constituted according to the democratic principles, being therefore the form of consent peculiar to this Legislative House inadequate according to democratic politics[23]. As a result, Fiss goes on, the international courts recently set to protect the human rights remain without accountability to the citizens of the world organized according to democratic principles and, thus, must be seen as a great loss for democracy, though important for justice[24].

Worth of consideration are the Court's pronouncements that can affect the self-determination of the State Party's people, as has occurred in the *"Gelman v. Uruguai"*[25] case, in which the validity of the Uruguayan Amnesty Law (lei de caducidad) was denied, even though legitimated, through direct participation, on two occasions. The Court stated that "the fact that the Expiry Law of the State has been approved in a democratic regime and yet ratified or supported by the public, on two occasions, namely, through the exercise of direct democracy, does not automatically or by itself grant legitimacy under International Law. The participation of the public in relation with the law, using methods of direct exercise of democracy, referendum (paragraph 2 of

---

[23] O. Fiss, *The Autonomy of Law*, "Yale Journal of International Law" 2001, v. 26, p. 517 e ss.

[24] *Ibidem*, p. 524 e ss.

[25] The Inter-American Commission on Human Rights presented, pursuant to Articles 51 and 61 of the Convention, an application against the Republic of Uruguay in relation to the enforced disappearance of María Claudia García Iruretagoyena de Gelman since late 1976, and the the suppression of identity and nationality of María Macarena Gelman García Iruretagoyena, daughter of María Claudia García de Gelman and Marcelo Gelman. It was alleged the denial of justice, impunity, and in general, the suffering caused to Juan Gelman, his family, María Macarena Gelman, and the next of kin of María Claudia García, as a consequence of the failure to investigate the facts, prosecute, and punish those responsible under Law No. 15.848 or the Expiry Law (hereinafter "the Expiry Law"), promulgated in 1986.

Article 79 of the Constitution of Uruguay) in 1989 and "plebiscite (letter A of Article 331 of the Constitution of Uruguay) regarding a referendum that declared as null Articles 1 and 4 of the Law – therefore, October 25, 2009, should be considered, as an act attributable to the State that give rise to its international responsibility. The bare existence of a democratic regime does not guarantee, per se, the permanent respect of International Law, including International Law of Human Rights, and which has also been considered by the Inter-American Democratic Charter. [...] the protection of human rights constitutes an impassable limit to the rule of the majority, that is, to the forum of the "possible to be decided" by the majorities in the democratic instance, those who should also prioritize "control of conformity with the Convention".[26]

The acts committed by military dictatorships against human rights are reprehensible and worthy of severe condemnation. It is a matter of obviousness. The problem is that the Court, without questioning the democratic quality of the forms of direct participation that set the basis for the Uruguayan law, claimed them to be insufficient to legitimize the legislation under the International Law. The Court, in order to decide, simply stated that "the protection of human rights constitutes an impassable limit to the rule of the majority". It was argued that the unconventionality of the Amnesty Law does not comes from the illegibility of the proceeding that made it emerge or from the authority that enected it, but from the circumstance of leaving the acts of human rights' violation unpunished. The unconventionality, stated the Court, results from a material aspect, and not from a "formal matter, as its source".

The idea that the direct popular participation constitutes a "formal matter", without any importance – under the undeniable indispensability of human rights protection -, requires meditation[27]. Human rights are not incompatible with democracy[28]. Both coexist and, that is why, this relation must be mediated by a democratic interpretation[29]. The Court is not dispensed from legitimizing its decisions, opposing human rights with the majority of a country's will. Facing this question, it will have to show when it is not possible to deliberate and, especially, when a majority decision, though for-

---

[26] I/A Court H.R., Case Gelman v. Uruguay. Merits and Reparations. Judgment of February 24, 2011 Series C No. 221, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_ing.doc.

[27] C. Santiago Nino, *La constituición de la democracia deliberativa*, Barcelona 1997, p. 21 e ss.

[28] C. Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires 1989, p. 32 e ss.

[29] C. F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York 2007, p. 89 e ss.

mally taken, does not express the true will of a people, for beeing elaborated without adequate discussion or with real or virtual exclusion of part of the population[30]. Thus, it would be up to the Court to show, in a rational manner, that either the will of the people is incompatible with the extinction of punishment for crimes against human rights or the majority decision lacks democratic basis.

Thus, the demonstration of incompatibility between democracy and human rights is not simply done with a rethorical phrase, in which what must be shown is simply affirmed. To say that the will of the majority is not compatible with human rights means nothing. Demonstration is needed by rational arguments – that in certain cases human rights are irreconcilable with democracy[31]. Is not being said that the extinction of punishment is irreconcilable – because that is not the aspect of the decision that matters here, but that the Court failed to legitimize its decision, making the reasons for that conclusion clear. The point, as previously stated, does not concern the perverse essence of the acts committed by military dictatorships, but the matter of legitimacy of a Court, composed by men of remarkable knowledge, to negate the legitimacy of a majority decision without consideration as to the democratic quality, to express the will of a people.

6.

As previously seen, the Inter-American Court understands that the conventionality control is not restricted to the infraconstitutional norms, falling upon all the internal law, in which the constitutional norms are set. In these terms, any internal normative act, be it infraconstitutional – statute, ordinance, regulation, resolution - or of constitutional nature, are subject to conventionality control by the Court.

In the meantime, also according to the Inter-American Court, the normative material of control, the so called "conventionality block"[32], is integrated by the Convention, by other human rights treaties or conventions under responsibility of the Court, as well as its precedents.[33]

---

[30] R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial),* Barcelona 1996, p. 33 e ss.

[31] C. Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*..., p. 55 e ss.

[32] Humberto Nogueira Alcalá, Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 10, p. 131 e ss.

[33] In the *Gómez Palomino v. Peru* case, the Inter-American Court has carried out conventionality control based on a distinct international instrument to the American Convention on Human Rights, adopting the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons as con-

7.

The decision of the Court determines the modification of the judicial order of the State Party, in order to make it compatible with the American Convention. The decision of unconventionality is mandatory to the State Party, in the terms of articles 62.3 e 68.1 of the Convention, imposing it the reform of its legislation or even its Constitution, as occurred in the "Last Temptation of Christ" and "Caesar v. Trinidad y Tobago" cases. The non-compliance with Court's decisions generates international liability (articles 1.1 and 2 of the Convention).

Therefore, the decision of the Court does not annul or derogate the internal norms by itself. However, in cases regarding crimes against humanity, the Court has declared to the non-application of the internal norms with *erga omnes* effects for all the public authorities. This is what occurred in the Barrios Altos[34], Constitutional Court of Peru[35] and La Cantuta[36] cases.

On the other hand, the Inter-American Court has been claiming mandatory force for its precedents[37], that is, the binding effect of the reasons of its decisions. In 2004, in judging "Tibi v. Ecuador", the Court warned that "an international human rights court does not have the aspiration – and has it even less so than the national body – of solving a large number of contentious cases that reproduce violations previously brought before it, and on whose essential themes it has already issued judgments that express its criterion as the natural interpreter of the legal standards that it has the responsibility of applying, that is, the provisions of the international treaty invoked by the litigants. This design, which clearly expresses a function of the Court, also suggests the characteristics that matters brought before it may have"[38]. In 2006, in the "Almonacid Arellano and others v. Chile"

---

trol parameter. I/A Court H.R., Case of Gómez Palomino v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 136, available at: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_136_ing.doc.

[34] I/A Court H.R., Case of Barrios Altos v. Peru. Merits. Judgment March 14, 2001. Series C No. 75, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.doc.

[35] I/A Court H.R., Case of the Constitutional Court v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 31, 2001. Series C No. 71, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.doc.

[36] I/A Court H.R., Case of La Cantuta v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.doc.

[37] See: L.G. Marinoni, *Curso de Direito Constitucional*. 2nd. ed. São Paulo 2013, p. 1274 e ss; L.G. Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*. 3rd. ed. São Paulo 2013.

[38] I/A Court H.R., Case of Tibi v. Ecuador. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 7, 2004. Series C No. 114, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_ing.doc.

case, the Inter-American Court stressed again the mandatory force of its decisions reminding that, when a State ratifies a treaty, its judges are also submitted to it, so "this forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. [...] To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention"[39].

The Argentinian Supreme Court, in the Mazzeo case, in acknowledging the legitimacy of the conventionality control, stated that "when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges are also submitted to it, which demands them to ensure that the useful effect of the Convention is not diminished or invalidated by the application of legislation contrary to its provisions, object and purpose, and from the beginning lacking juridical effects. In other words, the juridical authorities must carry out a sort of conventionality control within the internal norms that apply to the concrete cases and to the American Convention on Human Rights"[40]. In this case, in addition to admitting the necessity of the conventionality control, the Argentine Supreme Court claimed to be submitted to the interpretation given to the conventional law by the Inter-American Court. This means that the Court kept it clear that, in carrying out the conventionality control, the direction granted to the Convention by the Inter-American Court must be observed: "Therefore, the Supreme Court of Argentina applies the guidelines of interpretation according to the American Convention as a minimum standard of respect of human rights, as well as the respect and safeguard of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights"[41].

---

[39] I/A Court H.R., Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.doc

[40] In Spanish: "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Argentine Supreme Court, Mazzeo, Julio Lilo et al; appeal in cassation and unconstitutionality control, M 2333.XLII, 13.07.2007.

[41] In Spanish: "Así, a Corte Suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asi mismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Argentine Supreme Court, Mazzeo, Julio Lilo et al; appeal in cassation and unconstitutionality control, M 2333.XLII, 13.07.2007.

The Constitutional Court of Bolivia has also declared its binding to the precedents of the Inter-American Court: "Compliance with these requirements that constitute natural justice, ensures the correct determination of rights and obligations of persons, hence the Inter-American Court of Human Rights, *whose jurisprudence is binding to internal jurisdiction*, in its judgement of January 31, 2001 (Case of the Constitutional Court, 77 paragraph) has established that any person subject to any trial vedore any organ of the State must have the assurance that this organ is competent, independent, and impartial"[42].

Although the matter has not been properly examined by the Inter-American Court and by the national courts, it is understood, from previous decisions, that there is an attempt to assign binding effect to the *ratio decidendi* or the reasons of the decisions, in such a way as to force the national courts to adopt the meaning assigned to the conventional norm by the Inter-American Court.

It would be possible to argue that the Convention says that only the States Parties "undertake to comply with the decisions of the Court *in every case in which it takes part*" (article 68), which would mean solely obligation to respect the decisions taken in proceedings in which the State has participated as a party, something like *res judicata* or *claim preclusion* in order to prevent the denial of the decision and the review of the case.

Nevertheless, the obligation to respect the reasons of a decision has nothing to do with the participation as a party in a proceeding in which it emerged. The party, obviously, is subject to the operative part of the decision, unable to withdrawal. What follows is that the reasons or *ratio decidendi* express a juridical thesis or the meaning given to a norm according to a certain factual reality. This thesis or meaning, by revealing the understanding of the Court on how the Convention must be comprehended in certain situations, must certainly be observed by all those obliged to the Convention.

It is evident that, the binding effect of the reasons of Court's decisions only reinforces its authority, strengthening the precepts of the Convention. In such a way that the true problem lies in the necessity to elaborate and use of a dogmatic that allows an adequate operation with precedents, avoiding its equivocal perpetuation, as well as their misguided application to substantially distinct cases.

---

[42] In Spanish: "El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural, permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional de Perú, párrafo 77), ha estabelecido que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantia de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial". Constitutional Court of Bolivia, Sentencia 0664/2004-R, 06.05.2004.

Nonetheless, following the understanding of the Brazilian Supreme Court that confers supralegal law nature to the conventional norms, the conventional precedent contrary to the constitutional norm does not detain authority over the Brazilian Judiciary power.

The *distinguishing* technique, which allows the distinction of the case under trial for the non-adoption of precedent, has an application quite more difficult than the concrete particularities that involve the case to be judged. As commonly known, allegation has been made that the theory of the binding precedents might hinder not only the development of the law, but also its adequacy to the different social facts and values. Such an allegation is obviously unfounded, once a theory of precedents cannot disregard the reasons which demand the repeal of the precedent and the reasons that prevent the application of a precedent to a certain concrete case. This means that the modification of the social facts and values, as well as the alteration of the general conception about the law, lead to the repeal of the precedent, in the same way that they may bring about another precedent in addition to one that already exists. In other words, to regulate the submitted case to *other* circumstances and social values requires *another* precedent. Basically, the problem is not the *repeal* of the precedent and in the elaboration of a *new one,* but in the *preservation* of precedent and the edition of *another.* The distinction is subtle but holds great practical and theoretical relevance. It shows that, for the development of the law, the sole repeal of the precedent is insufficient, being indispensable, when facing *equally valid* facts and values, the elaboration of *another* precedent for the regulation of the law.

Therefore, the application of binding precedents in a supranational dimension is much more complicated than in the scope of internal law. On the supranational level, there are notable differences between the political contingencies and the social realities of each country, many times raising the impossibility to define an equally legitimate regulation for them all. In a way that the application of the *distinguishing* technique, in the dimension of conventional law, is particularly made legitimate by the difference between the realities of each country, which makes its adoption – in the perspective of the difference between the social realities and values – more frequent than in the scope of internal jurisdictions.

It is interesting to note that the same way the Inter-American Court's decisions have a difficult relation with the ordinary proceedings of collective self-determination, the application of binding precedents requires much more caution under conventionality control than under constitutionality control.

Abstrakt

Artykuł omawia decyzję brazylijskiego Sądu Najwyższego w sprawie hierarchii międzynarodowych traktatów dotyczących praw człowieka w prawie brazylijskim. Wyjaśniono nadrzędność tychże traktatów i sposób działania kontroli zgodności prawnej w prawie brazylijskim. Przedstawiono również teorie kontroli nadkonstytucyjności i zgodności prawnej autorstwa Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka oraz uwagi dotyczące przedmiotu i parametrów narzędzia conventionality control w Sądzie Międzyamerykańskim. Zinterpretowano i omówiono precedensy dotyczące kontroli zgodności prawnej.

Słowa kluczowe: Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, conventionality control, prawo brazylijskie

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 33–44 (2014)

Irena Czaja-Hliniak
profesor nadzwyczajny, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Kontrola w mieście metropolitalnym jako aspekt bezpieczeństwa finansowego

Podmioty, zakres i rodzaje kontroli

W ostatnich latach w Unii Europejskiej uwidoczniły się skutki kryzysu gospodarczego i finansowego. Do podstawowych można zaliczyć powiększające się rozmiary długów publicznych. Stąd szczególnego znaczenia nabierają instrumenty zapobiegające powstawaniu długu lub zmierzające do jego redukcji. Każdy dług publiczny, a zwłaszcza permanentnie narastający, zagraża bezpieczeństwu finansowemu państwa, a także jednostek samorządu terytorialnego (JST). Dlatego ważną rolę przypisać należy instrumentom zapobiegającym niebezpieczeństwu finansowemu oraz zapewniającym to bezpieczeństwo. Problematyka ta ma więc istotne znaczenie w skali europejskiej, państwowej i samorządowej. Działalność samorządów wywiera bowiem wpływ na powstawanie długu publicznego, a tym samym na bezpieczeństwo finansowe. Wśród bogatej gamy stosowanych instrumentów służących zapewnieniu bezpieczeństwa gospodarczego i finansowego, funkcjonują różne formy kontroli[1], w tym kontroli finansowej[2] działalności państwa i samorządu. Jednakże kontrola działalności finansowej stanowi zarazem kontrolę działalności rzeczowej, stanowiącej przedmiot finansowania. Również te rodzaje kontroli, które mają tylko lub głównie charakter rzeczowy, zmierzają do zapewnienia bezpieczeństwa w różnych aspektach, np. środowiska, mienia, a przede wszystkim obywateli. Kontrola działalności rzeczowej z reguły zawiera w sobie w określonym stopniu również elementy finansowe, ponieważ z kolei trudno oceniać realizację zadań w oderwaniu od źródeł i sposobu

[1] Na temat pojęcia kontroli zob.: L. Kurowski, H. Sochacka-Krysiakowa, *Kontrola finansowa*, Warszawa 1976, s. 19 i nast.

[2] E. Ruśkowski, [w:] *Finanse publiczne i prawo finansowe*, red. C. Kosikowski, E. Ruśkowski, Warszawa 2008, s. 762 i nast.

ich finansowania. Problematyka ta jest bogata, a jej zakres zależy również od uwzględnienia kryterium terytorialnego. Z pewnością na zainteresowanie zasługuje odniesienie problematyki do działania JST. Tu z kolei zależy m.in. od rodzaju JST. Inaczej bowiem przedstawia się zakres kontroli gospodarki finansowej i rzeczowej w małych gminach, a inaczej w dużych aglomeracjach.

Miasta metropolitalne, z uwagi na swój charakter, posiadają specyficzne problemy i w miarę podobny sposób je realizują. Stąd utworzono Unię Miast Metropolitalnych. W związku z tym porównywalnie rysują się również problemy związane z przeprowadzaniem kontroli, podmiotami kontrolującymi i kontrolowanymi, przedmiotami i zakresem kontroli. Problematyka jest złożona i warto poświęcić jej uwagę na przykładzie miasta metropolitalnego – Krakowa.

Aktualne kontrole w mieście metropolitalnym można podzielić według rozmaitych kryteriów. Z punktu widzenia ich charakteru wyróżnić należy kontrole oraz audyt wewnętrzny. Z kolei same kontrole mogą mieć charakter kontroli zewnętrznych i wewnętrznych według kryterium rodzaju podmiotu kontrolującego. Przykładowo, w Gminie Miejskiej Kraków kontrole[3] zewnętrzne wykonywane są przez szereg podmiotów, z których najważniejsze to: Najwyższa Izba Kontroli[4], Regionalna Izba Obrachunkowa, Urząd Kontroli Skarbowej, Małopolski Urząd Wojewódzki, Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego oraz Państwowa Inspekcja Pracy.

Ponadto, biorąc przykładowo 4 ostatnie lata, występował szereg innych podmiotów kontrolujących[5], w tym nawet Najwyższa Izba Kontroli – Izba Obrachunkowa Ukrainy[6]. Oczywiście nie wszystkie podmioty, poza podstawowymi, wykonują kontrolę w każdym roku. Ponadto do zakresu podmiotowego jednostek kontrolujących zaliczyć należy jednostki organizacyjne kontroli wewnętrznej oraz audytu wewnętrznego.

---

[3] Dane znajdują się w Biuletynie Informacji Publicznej (bip.krakow.pl).

[4] Na temat kontroli NIK zob. więcej: A. Pomorska, [w:] *Finanse publiczne*..., s. 766 i nast.

[5] Takie jak: Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego, Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego, Małopolski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Generalny Inspektor Ochrony danych Osobowych, Komenda Wojewódzka Policji, Kuratorium Oświaty, Wojewódzki Urząd Pracy, Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, Wojewódzki Konserwator Zabytków, Narodowy Fundusz Gospodarki Wodnej i Ochrony Środowiska, Okręgowy Inspektor Pracy w Krakowie, Urząd Zamówień Publicznych, Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska, Ministerstwo Edukacji Narodowej, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Prezes Sądu Okręgowego w Krakowie.

[6] Kontrolowany był w 2009 r. Urząd Miasta w związku z przygotowaniem Polski i Ukrainy do organizacji finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce nożnej UEFA Euro 2012.

Przedmiot kontroli zewnętrznej

Do szczególnych rodzajów kontroli należy kontrola finansowa w szerokim aspekcie, czyli może przybierać postać *stricte* kontroli finansowej, często jednak powiązana jest z innymi rodzajami kontroli przedmiotowej, ponieważ praktycznie trudno oderwać realizację jakichkolwiek zadań od sposobu ich finansowania. Zadania będące przedmiotem kontroli zapewniają różne formy bezpieczeństwa, np. w sferze zapobiegania powodziom, bezpieczeństwa ruchu i transportu publicznego, bezpieczeństwa ogólnego obywateli, a także ich bezpieczeństwa socjalnego, zdrowotnego, w sferze oświaty, czy opieki nad dziećmi i młodzieżą.

Przeprowadzona przez NIK[7] Delegaturę w Krakowie w 2013 r. kontrola w wydziałach Urzędu Miasta Krakowa dotyczyła bezpieczeństwa w sferze zapobiegania powodziom (funkcjonowanie systemu ochrony przeciwpowodziowej na przykładzie rzeki Serafy).

Zapewnieniu bezpieczeństwa socjalnego najuboższych obywateli służą częste kontrole przeprowadzane przez Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie[8] (MUWK) w ośrodkach pomocy społecznej w zakresie realizacji zadań z zakresu ustawy o pomocy społecznej[9] oraz regulacji dotyczącej wieloletniego programu „Pomoc państwa w zakresie dożywiania". Taka kontrola miała miejsce w 2013 r. w kilku ośrodkach (bez ich wyszczególnienia), a w 2012 r. w 9 ośrodkach i obejmowała; kompleksowa: DPS przy ul Praskiej 25, ŚDS „Vita" na os. Młodości 5, ŚDS przy ul. Dobrego Pasterza 110/22, co do standardu świadczonych usług: DPS przy ul. Krakowskiej 55 oraz ŚDS przy ul. Prądnickiej 10, problemowa: DPS przy os. Sportowym 9, DPS przy ul. Babińskiego 25, ŚDS przy ul Aleksandry 1 oraz specjalistyczną Placówkę Opiekuńczo-Wychowawczą „Parkowa". Bezpieczeństwu socjalnemu służyły kontrole MUWK w JST w zakresie realizacji wieloletniego programu „Pomoc państwa w zakresie dożywiania", a także w powiatowych urzędach pracy odnośnie do prawidłowości działania w zakresie rejestracji bezrobotnych i pośrednictwa pracy.

Podobnie zapewnieniu bezpieczeństwa obywateli w zakresie ochrony zdrowia służą kontrole przeprowadzane przez MUWK w szpitalach, np. w 2013 r. kontrola problemowa w Szpitalu Miejskim Specjalistycznym im. G. Naruto-

---

[7] Na podstawie art. 2 ust. 2 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701, z późn. zm.).

[8] Zgodnie z art. 44 ust. 6 ustawy z 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U. Nr 31, poz. 206, z późn. zm).

[9] Ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1362, z późn. zm.).

wicza (również w 2012), czy w 2012 r. kontrola Biura ds. Ochrony Zdrowia UMK w zakresie realizacji zadań związanych z zachowaniem funkcji leczniczych przez gminy uzdrowiskowe (na terenie miasta znajduje się uzdrowisko w Swoszowicach), a także realizacji zadań w ramach resortowego programu rozwoju instytucji opieki na dziećmi w wieku do lat 3 „Maluch".

Pośrednio bezpieczeństwu w zakresie oświaty służyć może np. przeprowadzona w 2012 r. przez ministra finansów kontrola sposobu wykorzystania przez miasto Kraków subwencji oświatowych w latach 2008–2010. Dla celów oświatowych była kontrola w 2012 r. (UMWK) realizacji projektu „Modernizacja i doposażenie bazy Zespołu Szkół Poligraficzno-Księgarskich" oraz realizacji projektu „Modernizacja i doposażenie pracowni samochodowych dla kształcenia zawodowego" w Zespole Szkół Mechanicznych nr 2.

Bezpieczeństwu nieletnich służyła kontrola w 2012 r. prezesa Sądu Okręgowego w Młodzieżowym Ośrodku Wychowawczym dla Chłopców sposobu, zakresu i trybu sprawowania nadzoru nad wykonywaniem orzeczeń w sprawie nieletnich. W ośrodku tym kontrolę przeprowadził także Rzecznik Praw Obywatelskich.

Bezpieczeństwu ogólnemu mieszkańców miasta służyła kontrola działalności Straży Miejskiej. Z kolei m.in. zapewnieniu bezpieczeństwa komunikacyjnego pomogła kontrola przeprowadzona przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Zarządzie Infrastruktury Komunalnej i Transportu (ZIKiT) w zakresie dokumentacji i projektu budowy linii szybkiego tramwaju do III Campusu UJ wraz z terminalem autobusowym, parkingiem i przebudową drogi, a także realizacji projektu systemu zarządzania ruchem oraz kontraktu na rozbudowę systemu zarządzania transportem publicznym, a przez Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego (UMWM) – budowy tunelu pod rondem Ofiar Katynia.

Do szczególnych rodzajów kontroli należy zaliczyć zapobiegające tworzeniu długu publicznego. Przykładowo, z 2012 r. można tu wymienić kontrole NIK-u realizacji przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno prywatnego (PPP) w okresie 2009–2012 (w wydziałach UMK), opłat planistycznych i roszczeń odszkodowawczych w latach 2008–2012 w związku z uchwaleniem lub zmianą planów miejscowych (w wydziale podatków i opłat UMK), a także w Urzędzie Miasta Krakowa kontrolę zadłużenia wybranych instytucji sektora finansów publicznych oraz Krajowego Funduszu Drogowego. Z kolei Urząd Kontroli Skarbowej[10] przeprowadził w Grodzkim Urzędzie Pracy kontrolę celowości i zgodności z prawem dysponowania środkami publicznymi

[10] Art. 24 ust. 1 ustawy z 29 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65, z późn. zm.) oraz ustawa zmieniająca (Dz.U. z 2010 r. Nr 127, poz. 858).

za lata 2009–2010. Ustawa o finansach publicznych reguluje szczególny reżim wykorzystywania dotacji celowych[11]. MUWK dokonał kontroli w ZIKiT wykorzystania dotacji na zadania związane z usuwaniem skutków powodzi, a w Zarządzie Cmentarzy Komunalnych – kontroli wykorzystania dotacji celowej na bieżące utrzymanie grobów i cmentarzy wojennych. Warto jeszcze wspomnieć o kontroli NIK-u wyłączania gruntów z produkcji rolniczej i jego skutków dla ewidencji podatkowej w latach 2007–2012, a także zadłużenia miasta.

Według danych BIP, liczba przeprowadzanych kontroli zewnętrznych wzrasta: w roku 2009 było ich 32, w 2010 – 31, w 2011 – 29 (jednakże faktycznie liczba ta była większa i wynosiła 51)[12], w 2012 – 56. W 2011 r. bezpośrednio działalności finansowej dotyczyło 9 kontroli. Były to kontrole: MUWK w Urzędzie Miasta Krakowa i miejskich jednostkach organizacyjnych dotyczące sposobu wykorzystania dotacji na usuwanie klęsk żywiołowych, Małopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego w Wydziale Geodezji UMK[13] (kontrola doraźna), dotycząca wydatkowania środków przyznanych z Centralnego Funduszu Gospodarki Zasobem Geodezyjnym i Kartograficznym[14], NIK – Delegatury w Krakowie w ZIKiT dotycząca pobierania opłat za zajęcie pasa drogowego na terenie miasta Krakowa w latach 2010–2011 (I kwartał)[15], MUWK w DPS ul. Praska 25 (kontrola problemowa) dotycząca prawidłowości wykorzystania dotacji, przyznanej w 2010 roku na pokrycie kosztów inwestycji w tym Domu[16], NIK-u – Delegatury w Krakowie w Fundacji Miejski Park i Ogród

[11] Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o *finansach publicznych* (Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), zwana dalej ustawą o finansach publicznych; art. 152, 169, 170.

[12] Liczba kontroli znajdująca się w BIP może nie być pełna. W przypadku kontroli prowadzonych w miejskich jednostkach organizacyjnych, niezgłoszonych formalnie przez organ kontrolujący do Urzędu Miasta Krakowa i kierowania zaleceń pokontrolnych bezpośrednio do kontrolowanej jednostki, a nie do prezydenta, może się zdarzyć, że informacja o kontroli nie trafi terminowo do Biura Kontroli Wewnętrznej. Za rok 2011 pełny wykaz kontroli uzyskany został bezpośrednio w Biurze Kontroli Wewnętrznej. Dane za lata 2010 i 2009 oraz 2012 oparte są tylko na BIP.

[13] Na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 28 sierpnia 2001 r. w sprawie kontroli urzędów, instytucji publicznych i przedsiębiorców w zakresie przestrzegania przepisów dotyczących geodezji i kartografii (Dz.U. Nr 101, poz. 1090).

[14] W wyniku kontroli stwierdzono, że dofinansowanie zostało wykorzystane zgodnie z przeznaczeniem i nie stwierdzono nieprawidłowości.

[15] NIK negatywnie oceniła pobieranie opłat między innymi w zakresie: braku uregulowania stanu prawnego gruntów zajętych pod drogi oraz braku wyznaczenia granic pasa drogowego, braku monitorowania zajęcia pasa drogowego bez zgody zarządcy drogi, przez co zaniechano poboru należnych budżetowi dochodów oraz nierzetelnego prowadzenia ksiąg rachunkowych i nierzetelnej sprawozdawczości w zakresie opłat za zajęcie pasa drogowego i odsetek z tytułu niezapłaconych należności.

[16] Stwierdzono m.in. niezwrócenie w całości części niewykorzystanej dotacji.

Zoologiczny dotycząca wykorzystania środków publicznych przez Fundację na działalność ogrodu zoologicznego[17] w okresie od stycznia 2009 r. do 16 sierpnia 2011 r.[18], NIK-u dotycząca pomocy publicznej udzielonej w latach 2006–2010 przedsiębiorcom działającym w specjalnych strefach ekonomicznych, Urzędu Kontroli Skarbowej w Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego w zakresie obliczania należności budżetu państwa z tytułu ustalonych opłat legalizacyjnych, wymierzonych kar i nałożonych grzywien oraz wykorzystania dotacji celowej, Urzędu Kontroli Skarbowej w Warszawie w Telekomunikacji Polskiej SA, dotycząca deklarowanego opodatkowania za rok 2009 z tytułu podatku od nieruchomości[19] oraz RIO w Krakowie w ZIKiT dotycząca gospodarki finansowej. Ponadto 4 kontrole miały wyraźnie powiązany zakres z aspektem finansowym: kontrola Urzędu Kontroli Skarbowej w Wydziale Edukacji dotycząca prawidłowości realizacji obowiązków związanych z gromadzeniem i przekazywaniem danych stanowiących podstawę do naliczania części oświatowej subwencji ogólnej na lata 2007–2010[20], RIO w Zarządzie Budynków Komunalnych dotycząca wybranych zagadnień gospodarki finansowej, w tym obejmujących zamówienia publiczne, ze szczególnym uwzględnieniem działalności w latach 2001–2011, Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego w Miejskim Ośrodku Pomocy Społecznej dotycząca sposobu realizacji programów korekcyjno-edukacyjnych dla sprawców przemocy oraz wydatkowania środków finansowych z budżetu wojewody na realizację programów korekcyjno-edukacyjnych dla osób stosujących przemoc w rodzinie, oraz NIK-u – Delegatury w Krakowie, dotycząca wyłączania gruntów z produkcji rolniczej i jego skutków dla ewidencji podatkowej w latach 2007–2012. W pozostałych przypadkach kontroli istniały w większym lub mniejszym stopniu powiązania z finansowaniem kontrolowanej działalności. Najczęściej kontrolowanym podmiotem był ZIKiT. Zakres przedmiotowy kontroli nie pokrywał się jednak w żadnym przypadku; kontrole dotyczyły odrębnych obiektów działalności inwestycyjnej.

Warto wspomnieć, że zmniejsza się częstotliwość kontroli przeprowadzanych przez RIO. W 2012 r. nie została przeprowadzona żadna kontrola, w 2011 r. były dwie: w Zarządzie Budynków Komunalnych dotycząca wy-

[17] Wykonana w ramach kontroli w zakresie wykorzystania środków publicznych w 10 największych polskich ogrodach zoologicznych.

[18] Oceniono pozytywnie m.in. wykorzystanie środków finansowych, system kontroli wewnętrznej i plany działalności, a negatywnie niektóre zagadnienia dotyczące warunków hodowli i utrzymywania zwierząt w zoo.

[19] Kontrola ta powtarza się w kolejnych latach.

[20] W wyniku kontroli stwierdzono zawyżenie części oświatowej subwencji ogólnej (w części powiatowej) w latach 2007–2010 z powodu zawyżenia liczby uczniów w określonych placówkach.

branych zagadnień gospodarki finansowej i w ZIKiT dotycząca gospodarki finansowej. W 2010 r. przeprowadzono również dwie kontrole, w 2009 r. miało miejsce siedem kontroli. Jeśli chodzi o NIK – to w 2012 r. przeprowadziła cztery kontrole, w 2011 r. osiem, w 2010 r. – jedną kontrolę, a w 2009 r. cztery kontrole.

Na uwagę zasługuje kontrolna działalność Urzędu Kontroli Skarbowej. W 2012 r. przeprowadzono dwie kontrole, w 2011 r. pięć, w 2010 r. trzy, w 2009 r. dwie.

Co charakterystyczne, pojawiły się nowe rodzaje kontroli przeprowadzane przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych (sześć w roku 2012, cztery w 2011) związane z wykorzystywaniem środków unijnych. Na podkreślenie zasługuje kontrola Europejskiego Trybunału Obrachunkowego w 2011 r. dotycząca projektów w dziedzinie transportu miejskiego.

Kontrola wewnętrzna

Kolejnym rodzajem kontroli jest kontrola wewnętrzna, w Urzędzie Miasta Krakowa występująca w formie kontroli instytucjonalnej i funkcjonalnej. Instytucjonalna realizowana jest przez wyodrębnioną komórkę organizacyjną UMK – Biuro Kontroli Wewnętrznej oraz przez Komisje Rady Miasta Krakowa, natomiast funkcjonalna przez wszystkie komórki organizacyjne Urzędu Miasta. Celem kontroli wewnętrznej jest pomoc kierownictwu w doskonaleniu metod zarządzania jednostkami kontrolowanymi poprzez ustalanie i eliminowanie organizacyjno-prawnych i finansowych nieprawidłowości w tych jednostkach oraz nadzorowanie realizacji wydanych zaleceń pokontrolnych. Składa się na nią zbiór procedur i mechanizmów organizacyjnych, stanowiących integralną część systemu zarządzania urzędem. Wspiera sprawną realizację zadań jednostki, skuteczne i wydajne podejmowanie działań oraz odpowiednie wykorzystanie zasobów. Kontrolę wewnętrzną w ramach Biura Kontroli Wewnętrznej wykonują referaty: Kontroli Organizacyjno-Prawnej oraz Kontroli Finansowej.

Kontrole dzielą się na planowane i doraźne. Podstawę przeprowadzania kontroli planowanych stanowią roczne plany kontroli, zatwierdzane przez Prezydenta Miasta Krakowa, obejmujące plany kontroli gospodarki finansowej oraz kontroli organizacyjno-prawnej. Kontrole doraźne przeprowadzane są na podstawie dyspozycji prezydenta. Bliższe zasady i tryb kontroli ustalają wewnętrzne regulacje prawne w postaci regulaminów[21].

[21] Regulamin przeprowadzania kontroli organizacyjno-prawnej przez Biuro Kontroli Wewnętrznej UMK i Regulamin przeprowadzania kontroli finansowej przez to Biuro.

Wśród wielu zadań Biura Kontroli realizowanych przez Referat Kontroli Organizacyjno-Prawnej, należy podkreślić: opracowywanie rocznych planów kontroli; kontrolę działalności komórek organizacyjnych Urzędu Miasta, miejskich jednostek organizacyjnych, podmiotów gospodarczych, tj. spółek prawa handlowego, w których miasto jest akcjonariuszem (udziałowcem) w co najmniej 50%, a także innych podmiotów, które wydatkują środki publiczne przekazywane przez Gminę Miejską Kraków w zakresie realizowanych zadań; współpracę z podmiotami zewnętrznymi przeprowadzającymi kontrole; koordynację wykonania oraz nadzór nad realizacją wniosków i wystąpień pokontrolnych sporządzanych przez Komisje Rady Miasta oraz organy kontroli zewnętrznej; prowadzenie rejestru kontroli zewnętrznych; opracowywanie projektów zawiadomień do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych w kontrolowanych podmiotach; opracowywanie zawiadomień do organów ścigania w przypadku, gdy wyniki kontroli uzasadniają podejrzenie popełnienia przestępstwa; a także nadzór nad realizacją przez kontrolowaną jednostkę zaleceń pokontrolnych.

Podobnie Referat Kontroli Finansowej opracowuje roczne plany kontroli, w tym kompleksowych, problemowych oraz sprawdzających; przeprowadza kontrolę finansową miejskich jednostek organizacyjnych objętych budżetem miasta, w tym w szczególności: bada i porównuje stan faktyczny ze stanem wymaganym, pobieranie i gromadzenia środków publicznych, zaciąganie zobowiązań finansowych i dokonywanie wydatków ze środków publicznych oraz udzielanie zamówień publicznych; kontrolę prawidłowego prowadzenia rachunkowości, prawidłowości i wiarygodności sprawozdań w jednostkach w których nie funkcjonuje audyt wewnętrzny, kontrolę wstępnej oceny celowości zaciągania zobowiązań finansowych i dokonywania wydatków; kontrolę finansową ze szczególnym uwzględnieniem prawidłowości wykorzystania dotacji przez instytucje kultury, dla których miasto jest organizatorem oraz szpitali dla których miasto jest organem założycielskim. Opracowuje również projekty zawiadomień do Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy RIO, projekty zawiadomień do organów ścigania, a także sprawuje nadzór nad realizacją przez kontrolowaną jednostkę zaleceń pokontrolnych, w tym przeprowadzanie kontroli sprawdzających realizację zaleceń pokontrolnych.

W zakresie kontroli gospodarki finansowej za rok 2012 r., przeprowadzono 12 kontroli kompleksowych określonych jednostek polegających na ocenie wiarygodności sprawozdań za rok 2011; 16 kontroli problemowych w określonych imiennie jednostkach polegających np. na kontroli gospodarki środkami Funduszu Świadczeń Socjalnych, ewidencji majątku i inwentary-

zacji, polityki płac, a najczęściej ewidencji należności i dochodów budżetowych, a także 16 kontroli sprawdzających obejmujących analizę realizacji zaleceń wydanych po kontroli problemowej przeprowadzonej w 2010 r. w tych jednostkach. W roku 2011 miało miejsce 25 kontroli kompleksowych, 20 problemowych i 10 sprawdzających, a w 2010 r., odpowiednio, 20, 24 i 10.

Audyt wewnętrzny w Urzędzie Miasta Krakowa

Podstawa prawna audytu wewnętrznego znajduje się w ustawie o finansach publicznych[22], przepisach wykonawczych[23], standardach audytu wewnętrznego oraz uregulowaniach wewnętrznych[24]. Cel audytu wewnętrznego sprowadza się do usprawnienia funkcjonowania UMK pod względem organizacyjnym oraz w zakresie gospodarki finansowej. Realizowany jest drogą niezależnej i obiektywnej oceny funkcjonowania audytowanej jednostki, mającej zapewnić prezydenta i dyrektora Magistratu, że jednostka prawidłowo realizuje zadania. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości wydawane są rekomendacji mające usprawnić działalność jednostki oraz sprawdzana jest realizacja rekomendacji.

Audyt realizowany jest przez Zespół Audytu Wewnętrznego UMK, który działa w oparciu o roczne plany audytu. W 2008 r. powstał także po raz pierwszy plan perspektywiczny – Strategiczny plan audytu wewnętrznego na lata 2009–2013. Plan ten jest, w razie potrzeby, aktualizowany corocznie w trakcie przygotowywania planu rocznego. Plany zatwierdzane są przez prezydenta. Dokonywane są roczne samooceny jakości audytu wewnętrznego, opiniowane po 5 latach przez niezależnego walidatora zewnętrznego.

W 2012 r. zrealizowano 14 zadań audytowych, w tym w 7 przypadkach rodzaj audytu ma charakter finansowy. Oprócz tego wykonano 2 zadania zlecone przez prezydenta miasta lub dyrektora Magistratu. Do prowadzenia audytu wewnętrznego zobowiązane są również miejskie jednostki organizacyjne[25], a Zespół Audytu Wewnętrznego zobligowany został do wspomagania prezydenta miasta w pełnieniu roli koordynatora audytu w tych jednostkach. W ramach zakresu rzeczowego audytu mieszczą się m.in. zadania związane z opracowaniem planu budżetu oraz półrocznej informacji i rocznego spra-

[22] Ustawa o *finansach*; art. 272–296.

[23] Rozporządzenie Ministra Finansów z 1 lutego 2010 r. w sprawie przeprowadzania i dokumentowania audytu wewnętrznego (Dz.U. Nr 21, poz. 108, ze zm.).

[24] Zarządzenie nr 44/2010 Prezydenta Miasta Krakowa z 8 stycznia 2010 r. w sprawie wprowadzenia karty audytu wewnętrznego w Urzędzie Miasta Krakowa.

[25] ZIKiT, Zarząd Budynków Komunalnych, Zarząd Infrastruktury Sportowej, Zarząd Cmentarzy Komunalnych, Zespół Ekonomiki Oświaty, Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, dwa Szpitale Miejskie oraz Zakład Opiekuńczo-Leczniczy.

wozdania z realizacji budżetu. Zespół zajmuje się również integracją audytu wewnętrznego i audytu Systemu Zarządzania Jakością oraz audytu Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji.

Zadania audytu wewnętrznego dotyczą m.in.: badania ksiąg i sprawozdań, oceny jakości finansowego planowania wieloletniego, systemu kontroli w projekcie „Zarządzanie majątkiem Gminy i Skarbu Państwa", oceny wiarygodności sprawozdań finansowych i budżetowych gminy oraz badania sprawozdań finansowych i budżetowych wydziału finansowego.

Uwagi końcowe[26]

W ostatnim okresie zmniejszyła się liczba kontroli przedmiotowych dokonywanych przez RIO. Podstawową rolę odgrywa wobec tego kompleksowa kontrola Gminy-Miasta Kraków, wykonywana zgodnie z wymogiem ustawowym co 4 lata. Z natury rzeczy jest ona wnikliwa i czasochłonna. Najbardziej uciążliwe dla Urzędu Miasta Krakowa są jednak wymogi formalne związane z kontrolą[27].

W zasadzie nie występuje pokrywanie się przedmiotu kontroli dokonywanej przez różne podmioty kontrolujące, a jeśli – to z przedmiotem kontroli wewnętrznej. Wówczas jednak organy kontroli zewnętrznej z reguły korzystają z wyników kontroli wewnętrznej i nawiązują do nich[28].

Ogólna ocena Urzędu Miasta Krakowa dokonywanych kontroli jest pozytywna. Mimo niewątpliwej związanej z nimi pewnej uciążliwości, płynące z nich wnioski dają szansę na poprawę sytuacji drogą usuwania ewentualnych nieprawidłowości, w tej mierze w zasadzie obojętne jest, czy nieprawidłowości zostają wykazane w wyniku kontroli zewnętrznej czy wewnętrznej.

Jeśli chodzi o kontrole NIK-u koordynowane, przeprowadzane w kilku do kilkunastu powiatach, z reguły wybierany jest do nich Kraków[29]. Kontrole NIK-u są często kilkumiesięczne, np. dotycząca PPP trwała od maja do września.

---

[26] Wnioski zostały sporządzone m.in. w oparciu o przeprowadzoną rozmowę z Antonim Fryczkiem, dyrektorem wydziału – Biuro Kontroli Wewnętrznej.

[27] Najbardziej uciążliwe dla Urzędu Miasta są wymogi formalne. Protokół z ostatniej kontroli liczył ok. 800 stron, załączniki ponad 2000 stron. Wymóg formalny zobowiązuje prezydenta (upoważnione osoby) do parafowania każdej strony.

[28] Np. kontrola NIK Delegatury w Krakowie w ZIKiT dotycząca pobierania opłat za zajęcie pasa drogowego, która wykazała m.in. częściowo nieprawidłowości w kontroli przeprowadzonej przez BKW.

[29] Np. kontrole NIK-u w 2011 r.: kontrola wykonywania zadań z zakresu utrzymania czystości i porządku w wybranych gminach województwa małopolskiego oraz kontrola zarządcza i audyt w związku z prowadzoną w Ministerstwie Finansów kontrolą w zakresie funkcjonowania kontroli zarządczej w JST.

Niektóre kontrole podyktowane są upływem terminu rozliczania się z wykorzystywania środków europejskich, związanym z zakończeniem Perspektywy Finansowej. Stąd kontrole realizowane przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Urząd Kontroli Skarbowej czy nawet kontrola Europejskiego Trybunału Obrachunkowego. Są one bardzo istotne w związku z regulacją ustawy o finansach publicznych przewidującą obowiązek zwrotu przez beneficjenta równowartości środków wykorzystanych niezgodnie z przeznaczeniem czy z naruszeniem określonych procedur (art. 207).

Można wskazać na zagadnienie sposobu określania jednostki kontrolowanej. Czasem jest to bezpośrednio prezydent i jednostka kontrolowana, np. ZIKiT, a czasem tylko jednostka kontrolowana bez bezpośredniego informowania prezydenta. Wówczas jednostka kontrolowana sama otrzymuje zalecenia pokontrolne, wynik nie zostaje przekazany do Biura Kontroli Wewnętrznej UMK, a informacja o kontroli dociera z opóźnieniem.

Warto podkreślić rolę kontroli w maksymalizacji dochodów miasta, w przypadku wykazania, jak np. przy okazji kontroli opłat za zajęcie pasa drogowego, że opłaty nie są efektywnie wymierzane, pobierane i egzekwowane, co dotyczy również odsetek za zwłokę i kar[30].

Abstract

In the present European Union economic and financial crisis and the enlarging size of public debt, the instruments, which prevent the financial risk and ensure the financial safety, play an important role. This issue is important for Europe, the State and also for local government. Activities of local governments have a significant impact on the formation of public debt, and thus on financial security. In order to ensure the economic and financial security there exist different forms of control, including financial control, control of activities of the State and local government. The scope of this issue depends on the type of local government units. The scope of financial management control in small municipalities is different from the one in large cities.

Metropolitan cities have specific problems, therefore issues of control, controlling and controlled entities, the subject and scope of control are also specific. Financial control in the broad sense is a particular type of control. Financial control can be divided into internal, external, and internal audit. The most important are external controls carried out by the Supreme Chamber of Control (NIK), the Regional Audit Office (RIO), the Tax Inspection Office, the Provincial Office, the Marshal's Office and other entities,

[30] Przykładowo, nawet według nierzetelnie prowadzonej ewidencji, saldo na 25 czerwca 2011 r. zaległości w zakresie opłat wynosiło 12 170 946 zł, a w przypadku 16 433 decyzji płatności nie ustalono. W stosunku do powstałych zaległości ZIKiT nie prowadził windykacji i egzekucji. Ponadto nie wykazywano wszystkich należności dla budżetu Krakowa.

where, in principle, there is no overlap between the subject of the control carried out by different entities. Recently the increase of controls related to the use of EU funds can be seen, due to the expiry of the period of settling accounts associated with the completion of the EU's Financial Perspective.

Key words: financial security, financial control, internal audit, financial management, metropolitan cities

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 45–59 (2014)

Henriett Rab
Assistant Professor, University of Debrecen, Hungary

Can social security enter the door of private law?

It is much debated nowadays whether the system of social security should be operated within the state's exclusive competence or, on the other hand, private equity entering the scene in one form or another would lead up to the establishment of a more effective and more economical system. The appearance of private equity could take place accordingly to several different trains of thought. An already known and, as a matter of fact, highly debated way is the system of private security fund, but I wish to add the option of an employer's pension fund and all those measures that promote self-care; those are better accepted solutions that would also be highly beneficial for the economy.

The starting point is the demand for a state-handled retirement pension fund, which has its roots in both constitutional and historical tradition. Literature devoted to the subject is historically unanimous when stating that social security takes over from the family[1] the function of a solidary body that cares and provides for the aged and the sick, and family is admittedly not only a unit of social organization but also a unit of handling private property.[2] This function has taken several forms throughout history, since examples such as the Contract of Rhodes, the Hungarian historical notion of "fellow miners' chest" (an agreement between 16th century miners and their employers), self-care associations and the basic formation of trade unions all demonstrate the solidarity of the community and the need of help coming from outside the family. Based on historical tradition, the demand for the state playing a role is not questionable. Nor is its necessity, since the promise of providing care to each and every citizen has also been formulated by the constitution, based on the "social contract". The role of the state is, as a basic function of common law, to maintain the system of social security

[1] B. Lenkovics, *A fenntartandó magánjog*, Jog, állam, politika 2011, No. 3, Special Edition 89.
[2] O. Czúcz, *Szociális jog I., Unió Lap-és Könyvkiadó Kereskedelmi Kft.*, Budapest 2003, p. 15.

and to ensure – as per the principle of the right to social security – enough to live on subsistence level. Consequently, the system of social security is, said or unsaid, public property, a system of "state pension", the *raison d'être* of which is guaranteed by the principle of social solidarity and reinforced by constitutional and international legal engagements. In my opinion, however, boundaries need to be established for state involvement, since it cannot be expected from the state to provide, as a duty, a wide range of services to those entitled to social insurance and to maximize the output results of that social security system.

As opposed to that, the appearance of private share can be approached from the side of financing, an obvious example of which is provided by the private pension fund column, but historical examples also show us that the demand for self-care is justified by the inviolability of private property. Those who criticize the idea of private pension fund do not approach it as a possibility of helping out state-operated social insurance. Instead, they point out the profit-oriented nature of private equity, as a global, neoliberal solution. However, the right to own property and the inviolability of property in private law are not necessarily the same thing as the protection of private equity, which I shall discuss later. When describing proprietary rights, Barnabás Lenkovics points out the idea of Adam Smith: "One's work is a property that is the principal sources of one's all other properties, and as such, it is the most sacred and the most inviolable."[3] As opposed to that, and cited in the same work by Barnabás Lenkovics, the following statement by József Hajnóczy, formulated for the programme of constitutionalization aims at showing how useful private property can be in shaping and educating society: "It is commonly known that those who possess their land on their own right, cultivate it better than those who do not possess their own land (…) Everyone knows that the goods of the treasury are handled the worst."[4] When reading these quotations, I felt obliged to contemplate if there might be a connection between – on the one hand – the non-sustainability of social security, the dissatisfaction of the entitled and the reversioners, the crises that accompanies the phenomenon (I mean the fact that those who are entitled to the services are the same as those who accept, participate in and promote avoiding contribution paying, and the fact that we deny the necessity and the significance of social security, and at the same time we expect it to be guaranteed as a fundamental right) and – on the other hand – the fact that the inviolability of property cannot be fully internalized when one is proprietor only in

[3] B. Lenkovics, *op. cit.*; A. Smith, *A nemzetek gazdagsága*, Budapest 1959, p. 172.

[4] B. Lenkovics, *op. cit.*; J. Hajnóczy, *A magyar országgyűlésen javaslandó törvények lényege*, [in:] *Történelmünk a jogalkotás tükrében*, ed. J. Beér, A. Csizmadia, Budapest 1966, p. 617–626.

a public sense and the fact that the state, bound by common law only, can be held responsible only restrictively, relying solely on constitutional, fundamental guarantees. In my opinion, if we consider only the wise historical examples, the answer to that must be yes, supported by both economical and sociological argumentation, namely that the sense of legal insecurity[5] diminishes the willingness to pay contributions and plays a significant role in the emerging of a contribution-avoiding behaviour.[6] The addition of private-law elements to the system of social security can be justified not only by the involvement of private equity, but also by the positive effect of the acknowledgement granted to private property. That is what the principled ideology of the Swedish personal account pension fund is based on – a pattern observed by the legislative bodies for the sake of the transformation of the retirement pension system in Hungary.

Therefore, the reinforcement of private-law spirit, apart form the question of financing, can be considered as a fundamental demand of society in the case of legal relationships involving social security. This demand features as a fundamental legal guarantee in constitutional and international engagements, insofar as it acknowledges the right to property only in a common-law sense. This, however, justifies the examination of the discrepancy of the private-law and the common-law notion of private property and whether the interpretation of this notion within the framework of social security is only possible in the way it is treated by common law. In order to answer this question, we have to follow to different paths at the same time. We need to examine, on the one hand, the notion of private property as per private law, including its interpretation within the framework of social security and, on the other hand, the boundaries of the right to property as it is understood in common law in the case of social security, acknowledged by the Hungarian Court of Constitution. The point where these two paths lead one into the other is where it becomes feasible to privatize social security, that is: to relocate the boundaries of private law.

Joint elements of private law and property

We shall begin with examining those characteristics of private-law property that are open for interpretation from the point of view of social security. With regards to social security, the accomplishment of negatively interpreted proprietary rights of an absolute structure can seem to be utopian from sev-

[5] The feeling of legal insecurity is caused about the fast changing of law and general reforms. These result in misgivings of the accountability of the state.

[6] A. Simonovits, *Keresetbevallás és nyugdíj – egy elemi modell*, Közgazdasági Szemle 2008, Vol. 15, No. 5, p. 427.

eral points of view, also in the case of refusing the involvement of private equity. This can obviously be explained by the solidary nature of social security. If we, however, examine the character and the function of private law and proprietary rights closely, then several elements come up to justify the rationale of the examination.

When examining the absolute structure of proprietary right, the most comprehensive fundamental private right[7], we come to the conclusion that it is difficult to interpret with regards to social security, since the specificity of this legal relationship of material nature is that towards the licensee, everyone is obliged, and obliged to sufferance first of all. If we try to apply this model to the legal relationship entailed by social security, then the absolute nature of the relationship – provided that we accept its being conceivable in the first place – appears to be directed the other way round, since the state ends up being an obliged party, by way of its own engagements, towards a general subject, those who are entitled to the benefits. Should we point out a single entitled subject and try to formulate what the general obligation towards him is, try to describe his proprietary position or his legal status[8], then we could say the fundamental rights to social benefits, originating from the insurance-principle of those benefits, have to be respected and acknowledged for each and every one; furthermore, material contribution needs to be made in order to ensure those benefits, due to the specificities of the system based on division and distribution. Approaching the matter this way, we can actually point out the material legal bond between licensees (those who are entitled to benefits) towards the system of social security. An objection could be that although the circle of the entitled and the obliged appear as general subjects, there is still a relationship of legal obligation between the parties that is established in the process of creating the insured status, even thought that process is a mandatory one, entailed by employment. Act LXXX of 1997 that declares the ground rules of social security in Hungary calls the legal status of "insured", on the level of principle, a legal status that is mandatory to establish. This rule weakens the bonding nature of the independent legal relationship between the parties, especially since the subjects and the content of the legal relation is defined by law in an abstract way. If we accept the opinion of Károly Szladits on proprietary right that „appears as protection of interests provided to the proprietor, when opposed to everyone else"[9], then all titles

[7] B. Lenkovics, *Dologi jog*, Budapest 2008, p. 53.

[8] I. Andorkó, *A tulajdonjog modelljének vizsgálata és kritikai elemzése*, Jogtudományi Közlöny 2012, Vol. 67, No. 11, p. 461.

[9] K. Szladits, *A magyar magánjog. Általános rész. Személyi jog: Grill Károly Könyvkiadóvállalata*, Budapest 1941, p. 243.

within the framework of social security, and even social security itself, as per its characteristics described, can become an individual object of proprietary rights.

The appearance of private-law property right within the framework of social security is justified also by the view of Attila Menyhárd, according to whomt the circle of objects of property has changed. He pointed out all different expectancies, and named among them the demands towards social security[10]. We can see that theoreticians of civil law are more permissive when judging social security from the point of view of private law, compared to the strict measures of the Hungarian Court of Constitution with regards to social security that are meant to draw a firm boundary between common-law and private-law protection of property, which I shall discuss later.

Proprietary right in the practice of the Hungarian Court of Constitution

The significance and the necessity of examining the right to property from a constitutional standpoint is best indicated by the fact that in the system of fundamental rights, there is hardly any other fundamental right that would define society to such a high extent as the system of property does. Therefore, it is important to consider, on the one hand, the political and social changes that are going on in the constitutional reality and how the system of property adapts to that and, on the other hand, to what extent and how the state acknowledges, guarantees and protects property.[11]

To provide a definition, we shall say that the right to property is a constitutional fundamental right that protects pecuniary interests from state intervention or any unlawful influence. It is a protective right, a negative sort of order, the content of which is an obligation of refrainment.

The Constitution protects socially bound property in the framework of the right to social safety. The socially bound nature of property is partially manifested in the existence of common property and has a constitutional rationale only up to the point where there is something to be bound. If the content of this fundamental right was filled up by the legislative bodies, referring to social bonds, in a way that would make social bonding entire and complete, then nothing would actually remain of the fundamental right, thus social bonding would not make sense any more, and the measures would do

[10] A. Menyhárd, *Észrevételek az új Polgári Törvénykönyv dologi jogi koncepciójának kiegészítéséhez*, Polgári Jogi Kodifikáció 2002, Vol. 4, No. 5–6, p. 7.

[11] T. Drinóczi, *A tulajdonhoz való jog helye az alapjogi rendszerben*, Jogtudományi Közlöny 2005, Vol. 60, No. 8, p. 339.

no more than conceal unconstitutional deprivation of property.[12] That is why it is crucial to establish the right boundaries for constitutional protection of property.

From the matter of acquired rights, a short way leads to the matter of the right to property and protection of property. Nevertheless, the early decisions of the Court of Constitution avoided treating the constitutional principle of the right to social safety and of the right to property in the context of social security benefits. Constitutional Court Ruling 43/1995 (30/06/1995) was a breakthrough in the matter, and I shall present it in detail later. The practice of the Court of Constitution with regards to the right to property can be divided up to two, significantly different phases. The early practice of the Court of Constitution[13] did not yet make an unambiguous distinction between the material essence of property and proprietary partial titles.[14]

Constitutional Court Ruling 24/1991 (18/05/1991) established, in connection to the end of the socialist regime, that retired people of the time had an acquired right to social safety, of which they cannot be deprived by the constitutional state. (Taken into account that they had been prevented by the regime from accumulating reserves.) "This right of theirs is as much of a personal right as the right to own property." However, the Court of Constitution did not dare to go any further in 1991, the ruling does actually no more than mention the principle of the right to own property, does not add any explanation and does not declare it a right that is applicable in the case of social security benefits. At that time, the Court of Constitution deduced social benefits and social security from § 70/E of the Constitution, that is: from the right to care and provision.

The dividing line between the two phases is the Constitutional Court Ruling 64/1993 (22/12/1993), in which the Court of Constitution treated the constitutional principle of the right to property with regards to the Leasing Law: "According to paragraph (1) of § 13 of the Constitution[15], the right to own property is a fundamental right. The sphere and mode of constitutional protection of property does not necessarily lines of with notions in civil law. Namely because there is no civil-law equivalent for necessary and proportionate restriction and material essence of proprietary right. The additional titles

[12] Constitutional Court Ruling 64/1993 (22/12/1993), dissenting opinion of Dr. Imre Vörös Constitutional Court justice.

[13] Constitutional Court Ruling 17/1997 (30/03/1992).

[14] P. Sonnevend, *A társadalombiztosítási jogosultságok tulajdoni védelme a Német Szövetségi Alkotmánybíróság gyakorlatában*, Magyar Jog 1997, Vol. 44, No. 5, p. 220.

[15] We can find the same in article XIII of the New Fundamental Law, so we can transform the earlier practice in this question.

of proprietary right cannot be identified with the material essence of the right to property that is protected by constitution. Therefore, the sphere of property protection as per Constitution cannot be identified with the protection of property as it is treated – abstractly – by civil law. The essence of property that is protected as a fundamental right is to be considered together with the prevailing (constitutional) common-law and private-law restrictions. The sphere of constitutional protection of property is always concrete: it depends on the object, the subject and the function of property and the mode of the restriction. The Constitution provides fundamental protection to proprietary right as to the traditional, material basis of the individual's autonomy to act. Constitutional protection needs to follow the changing role of property in society in a way that permits it to provide the same protection. Therefore, when it comes to the protection of individual autonomy, fundamental protection of property extends to pecuniary rights that take over the former such role of property and to the titles based on common law (such as demands for social security benefits). On the other hand, however, the social bonds of property make it constitutionally possible to significantly restrict the proprietor' autonomy. The mode of constitutional protection is determined by the specificity of property that does not characterize any other fundamental right: regarding its constitutionally protected status, it is usually replaceable." What characterizes constitutional protection of property is that it is basically legal protection that everyone is entitled to. "The right to property is a fundamental right that ensures – in a constitutional and functional sense – personal autonomy directly and indirectly."[16]

The Court of Constitution also stated in the ruling of 64/1993 (22/12/1993) that simultaneously to the extension of the sphere of protection, the social bonds of property make it constitutionally possible to significantly restrict the proprietor' autonomy. It has become a constitutional question to decide in which cases is the proprietor expected to suffer restriction from public authority with no recompense provided and when he can demand indemnification. Constitutional judgement concerning state involvement focused on judging the proportionateness of aim and means, public interest and restriction on property; this became the actual space of evaluation by the Court of Constitution. For restriction, according to paragraph (2) of §13[17], „public interest" in sufficient. It is the duty of the legislative body to determine public interest. The Court of Constitution does not examine the necessity of the legislative body's decision-making, only the justification

[16] T. Drinóczi, *op. cit.*, p. 339.

[17] We can find the same in article XIX of the New Fundamental Law.

of that body referring to public interest. In addition, it examines whether the solution that serves "public interest" infringes any other constitutional right. For the proportionateess of restriction, however, the practice of the Court of Constitution has offered numerous criteria.

Despite the fact the constitutional right to own property was outlined by ruling 64/1993 (22/12/1993) of the Court of Constitution, according to the practice of the Court of Constitution at the time[18], the right to property was not yet applicable to social security benefits as they did not qualify as proprietary, but as social demands. In those cases, where the insurance element was not involved (for benefits one is entitled to on a social principle), the constitutional background was provided by the principle of the legal state and legal safety.

The change in the practice of the Court of Constitution – deduced from the protective function of the right to property – was brought about by ruling 43/1995 (30/06/1995), when the differentiation was made between benefits due on a social and on an insurance basis, within the system of mixed retirement pension. "The principle of functionality also includes that social security replaces safety based on one's own wealth, and that the collateral for demands of social insurance cannot be absorbed by law."[19] For the same reason of treating the possible change in social services, the Court of Constitution stated in ruling 43/1995 (30/06/1995) that "this framework provided for the examination of proportionateness gives us a tool that takes into account the specificities of the legal relationship entailed by social security, by which tool we are able to measure the aim of the change against the means when we examine if those changes are constitutional." A constitutional category thus became sensible to "public interest" that was supposed to justify the decrease in services, to the functionality and subsistence of the whole system of social security and to the difficulties of self-maintenance that the state faces due to reasons both exterior and routed in social security. Even in the context of social security, the protection of property maintains its connection to one's own wealth and value-creating work. That is why we make the difference between the more comprehensive protection of "insurance" services paid for by one's own contribution and the less comprehensive protection of provisions due as allowance. The protection of property can extend just as far as the service fulfils the same function as material assets would; consequently, this feature cannot disappear. However, the exact matching between one's contribution

[18] 64/1993 (22/12/1993) of the Court of Constitution, 772/B/1990/5 of the Court of Constitution.

[19] T. Drinóczi, *op. cit.*, p. 340.

and the service is excluded by the very way social security functions (wealth with no equities), by the incorporated element of solidarity and by the risk that the contributor carries on a long term.

To some up, the extension of constitutional protection of property is always dependant on the subject, the object and the function of property and also on the mode of restriction.[20] The responsibility of the state in connection to social rights resides in providing care or benefits for a sufficient length of time, and therefore creates acknowledged acquired titles (property)[21] by maintaining the reliability of the care system.

Court of Constitution ruling 43/1995 (30/06/1995) also stated that "since the ruling majority of people is not "senf-pensioned", and the social and economic safety of those people is – by their inactive age – not created by their own material assets, since they are set and willing to invest a certain part of the result of their work in social security, therefore the services of that social security should fulfil the duty of guaranteeing the safety of wealth, as it is narrowly understood in civil law. And should his assets be absorbed by law for that purpose, then law should provide safety comparable to property." Thus the state collectivizes typical proprietor's behaviour in connection to social security.[22]

Consequently, in the case of all those social security services where the insurance element is involved, the constitutionality of the decrease or cessation of services can be judged according to the guidelines on the protection of property; that becomes the measure for constitutionality. For the sake of public interest, it is by all means necessary to establish that this very public interest can be served in no other way and the restriction is inevitable.[23]

With regards to care provided by social security, this means that restriction is possible only if sufficient and proportionate recompense is offered, as the proportionate character of restriction is discussed in Constitutional Court ruling 56/1995 (15/09/1995) when the protection of property is interpreted. The ruling takes a stand further beyond what has been stated in previous rulings. „It is not a requirement by constitution to exactly match the services of social security to the payment of contribution, due to the mixed character of the system. Since in social security, both the principle of the insurance element ("purchased right") and the principle of solidarity are applied, the constitutionality of social security cannot be judged only by the quantitative relationship between the paid contribution and the recompense received.

[20] T. Drinóczi, *op. cit*., p. 341.
[21] J. Kis, *Alkotmánybíráskodás a mérlegen (III. rész)*, Fundamentum 2000, Vol. 4, No. 1, p. 43.
[22] T. Drinóczi, *op. cit*., p. 344.
[23] 479/B/1993 of the Court of Constitution.

Expectancies and services of social security cannot, however, be significantly and disproportionately changed without touching on the recompense if that change would entail the infringement of proprietary position protected by constitution. The functionality and sustainability of social security and the augmenting difficulties that the states is coping with in the background undoubtedly fall into the category of "public interest" that can be the ground for constitutional restriction on property. The mode and extent of modification regulated by the given provisions of law (removing from insurance by 75% the guarantee of the so-called "sickness benefit right") already infringes the protection of property that is declared a fundamental constitutional right by § 13 of the Constitution, and therefore it is unconstitutional." The Court of Constitution also refers to the notion of "grievance beyond the half", used in civil law, that can be the measure for the constitutionality of the restriction when rights are withdrawn. By that, the Court of Constitution returned in a way to the basics in connection with the right to property, to the origins when it has not yet set up the boundaries between constitutional and civil-law protection of property.

When examining the right to property, as we can see, the Court of Constitution considers not only property as it is understood in civil law, but also rights to assets and licences, as well as titles and expectancies based in common law that can replace property in assuring one's personal autonomy.[24] Therefore, it might happen that the protection of property is extended to an activity that actually generates regular income.[25]

In ruling 5/1998 (1/03/1998), the Court of Constitution makes a statement that is, in my opinion, highly disputable under the present economical circumstances: „The establishment of the system of private retirement pension fund, related to social security, is meant to widen the circle of possibilities of individual responsibility and self-care. The insured have the opportunity to pay a given part of their retirement pension contribution to mandatory private pension accounts. In connection to that, it might be justified in their case to modify the quantitative regulations of retirement benefits available through social security pension fund. The reduction of the amount of the widow's pension can be justified by the recompense offered by the services of private pension to private pension account holders. Therefore, in the case when a licence-holder (a person who has acquired certain rights) is also a private pension account holder, the modification of the amount in the widow's pension is compensated by the service that

[24] 17/1992 (30/03/1992) of the Court of Constitution.
[25] T. Drinóczi, *op. cit.*, p. 343.

the private pension fund offers, provided that the insured manages to acquire the licence to care and benefits of the private pension fund before he reaches retiring age. In the case of an insured who might be a potential acquirer of rights as to the private pension fund, absorption of property (contributions that have been paid so far) is constitutionally justifiable, referring to public interest. However, a different sort of judgement is applied to a person who is either insured or has acquired retirement benefits on his own right and to his spouse who has not acquired such benefits and cannot be expected to do so, given her age. After the decease of the licence-holder, such a spouse might face serious existential difficulties due to the reduction in question in the amount of the pension. Based on that, the Court of Constitution declares that the provision on the reduction of the amount of widow's pension, with regards to a person who is either insured or has acquired retirement benefits on his own right and whose spouse has not acquired such benefits and cannot be expected to do so, given her age, is not constitutionally justifiable by public interest; it is a disproportionate absorption of property and therefore unconstitutional."

In my opinion, the question of constitutionality is raised by for example the fact that private pension fund membership – since it was "only" an element of self-care – is less protected if we consider social security retirement benefits.

Comparison, results

The differentiation between private law and common law can be carried out regarding the elements in a legal relationship. We can examine the subject of the relationship that is, according to the standpoint of the general legal sciences, the state on one side (in common law) or (in private law) the subject of the private sphere. Common-law regulation contains coercive measures, while in the area of private law, disposivity prevails. Common law serves public interest, whereas private law serves private interest. The essence of legal relation in common law is submission, whereas in private law, the parties are typically juxtaposed. However, these differences do not group into a general rule, since for example, the state can be the subject of private law and relations when one of the parties is submitted to the other do appear, in labour law for example. András Jakab goes as far as declaring that it is unnecessary to draw a dividing line between common law and private law. According to him, "no criteria can be found for this division that would be acceptable on

the basis of theoretical jurisprudence."[26] What is more: the division is irrelevant from the point of view of positive jurisprudence[27].

If we accept that there is no unambiguous notion of "common law" or "private law", the involvement of private law in social security becomes easier to propose and to discuss. Literature dedicated to the subject is unanimous in affirming that proprietary right is not a subject of private law exclusively. On the contrary, it is acknowledged by common law (constitutional law)[28], and this does not exclude the traversability of legal relations. The position of the state can be further relativized by accepting it as the subject of private law, although the juxtaposed position cannot be real in the case of a legal relation that ensures social solidarity and serves public interest. If the intention to approach social security to private law turns into practice via the transformation of legal regulation, then the abstract legal protection of proprietary right as acknowledged by civil law could also come true. This would be one step further than the Hungarian Court of Constitution guaranteeing the principle of the right to property, where property is of a common-law nature, the result of which is that the basic right designated as a specificity of the insured legal status[29] becomes a title actually protectable and actionable in a lawsuit. The acknowledgement of a legal status relativized to such an extent (although it would surely produce positive results too, since the willingness to pay contributions would probably increase significantly) has the risk that the benefits protected by law would overcome the social solidarity adopted by the state from the family. This theoretical risk can be removed the most easily by the fact that in the case of social security, there is not one party in the legal relationship that would be authorized to institutionalize bonding-like involvement that goes beyond the present fundamental legal engagement in duty.

As we have seen, the inviolability of private law and also of private property and the involvement of state stemming from social solidarity and common property are notions, roles and demands that can well go one along the other. As Károly Szladits put it: "The relations of private economy and family life are also interwoven by rules of common law. The extent to which these life circumstances fall under the reign of common-low or private law regulations varies according to the different stages of human culture and is closely linked to forms of social economy and family life."[30] Consequently, what matters is to find the

[26] A. Jakab, *Közjog, magánjog, polgári jog – A dogmatikatörténet próteuszai és az új Ptk. tervezete*, Állam-és Jogtudomány 2007, Vol. 48, No. 1, p. 21.

[27] A. Jakab, *op. cit.*, p. 26.

[28] Moreover Criminal Law protects it.

[29] O. Czúcz, *op. cit.*, p. 33.

[30] K. Szladits, *A magyar magánjog. Grill Károly Könyvkiadóvállalata*, Budapest 1941, p. 23.

proportions, which is influenced by a number of factors. I am going to seek an answer to that in what follows, by way of indicating some issues.

First of all, the involvement of private sphere in social security, if we do not aim at privatizing the system of care and provision, can be tracked down within the framework of self-care, since the responsibility we take for our property is a measure of our identification with it. The other sign of self-care getting stronger is to be found outside private law and is defined by theoretical jurisprudence as the theory of expectation, which refers to the demands formulated by the members of society towards the state as a constitutional and legislative constraint. Therefore, we need to examine in connection to self-care if it is sufficient for the sustainable operation of social security on nowadays' level.

Economists give an unambiguous answer to this question when they point out, as the reason for the non-willingness to pay contributions, the defects of the system of social security, the lack of legal safety and the fact that people no longer believe in social security to provide them with the safety they find desirable. The right to social safety guarantees to citizens not only care and assistance, but also touches the obligation of self-care and the individual's responsibility for himself.

A number of economic analyses point also out that the non-willingness to pay contributions in itself does not mean that self-care has replaced social security, because the non-paid contributions are typically not spared. Instead, people in their active age spend those savings. Self care is a representation of two phenomena joint: saving and taking responsibility for ourselves.

The state's taking responsibility is – in my opinion – also manifested in providing the necessary circumstances for self-care and in the encouragement of that. Communal re-division and the role of the state is tangible not in replacing but in completing individual responsibility.[31] This statement is in line with two other ones formulated in article XIX of the Hungarian Fundamental Law, namely that the state "endeavours" to assure the right to social safety and "supports" the licensed.

From the point of view of private law, the question appears like this: the basis for further increase in the willingness for self-care is private property and the dispositional authority related. In the case of social security, these constitute an objective that is opposed to the fact that the state takes over some of the function of this very self-care in order to validate social solidarity. In order to dissolve the problem, it is fundamental to dissolve the tension between the increase of self-care that means giving society a private character and the privatization of the system of care and assistance, globalization.

[31] B. Lenkovics, *op. cit.*, p. 91.

In my opinion, self-care can be encouraged without the privatization of the system of assistance, by way of rethinking the responsibility of the state. As Barnabás Lenkovics aptly points out, the human ideal of private law is "the good master", "the person who cares and takes responsibility for himself"[32], which is in complete harmony with the expectances concerning the subjects, the licensee of social security. This new human ideal of the Civil Code is formulated by Tamás Lábady as "a self-conscious, autonomous person who bravely takes risks, who is able to attend his matters as an adult and who does not need to be supported by the state on each and every side and even less to be guarded by it."[33] The attitude of the licensees towards social security is, however, not the same as the notion of the "good master" in civil law, since from the standpoint of the licensee, self-care is not an acknowledged expectation, and it is associated to private property and the demand for common-law guarantees. Barnabás Lekovics calls this type of person the globalization human ideal of civil law who "is not part of global mass production processes organized independently of him as a single smallholder subject, but as a unit of human resource that can be replaced by another one any time. In order to avoid that, this person is willing to work for less than what his work is actually worth and, to be able to consume more, pawns his assets and his workforce against bank loan. (…) A prodigal, hedonist person. (…) a future with no prospects."[34] The examination of the subjects of social security leads up to the formulation of the same problems, since the non-willingness to pay contributions, and the lack of self-care, of taking responsibility and of faith in state care results, from the point of view of social security, in the same insecure image of the future. Consequently, we need to endeavour to involve private-law elements when and as it is possible so that self-care becomes reality, in harmony with the demand for private property and the situation of social security and the guarantee of social solidarity can also be attained. If we take this approach, turning social security into (somewhat) private seems to be a far cry from the involvement of private equity by privatization and gives way to the creation and maintenance of a sustainable system of social security with future prospects. Barnabás Lenkovics describes this human ideal of sustainable private law "as a person acting for himself and his family, caring by himself for his assets needed for subsistence; a person who enters in a contact with the members of his community that is not base on selfishness, but on mutually beneficial cooperation."[35]

---

[32] *Ibidem*, p. 91.

[33] T. Lábady, *Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira*, Polgári Jogi Kodifikáció 2000, Vol. 2, No. 2, p. 15.

[34] B. Lenkovics, *op. cit.*, p. 91.

[35] *Ibidem*, p. 94.

Abstrakt

Obecnie trwa debata na temat czy system opieki społecznej powinien leżeć wyłącznie w kompetencjach państwa czy udział kapitału prywatnego (private equity) doprowadziłby do powstania bardziej efektywnego i oszczędnego systemu. W konsekwencji, system opieki społecznej jest własnością społeczną, sytemem „emerytury państwowej", którego racja bytu jest zagwarantowana przez zasadę solidarności społecznej i poparta przez konstytucję i prawo międzynarodowe.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo prywatne, system opieki społecznej, prawo socjalne

Oleksandr Kovalyshyn
PhD, Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ivano-Frankivsk, Ukraine

Types of Business Entities in Ukraine: Problems of Legal Regulation

Genesis and legal base

In Ukraine the division of legal entities is the same like in most others countries. The legal entities are divided on legal entities of Private Law and legal entities of Public Law. That is a theoretical division. In turn the legal entities of Private Law are divided on commercial legal entities and non-commercial legal entities.

Before to give the division of commercial legal entities and their legal characteristics it is necessary to say several words about the legal basis of the business entities.

So what is the legal base of business entities in Ukraine? When did the history of Ukrainian business entities begin?

Actually it began in 1991, because the Soviet Union destroyed any private entrepreneurship and everything was in state property without private founders and companies before.

In 1991, Ukraine became an independent state and the first legal acts were needed. The first, Law of Ukraine "On Business Partnerships",[1] was adopted September 19, 1991. It regulated the status of joint stock company (JSC), limited liability company (LLC), additional liability company (ALC), general (or full) partnership (FP), and Commandite partnership (CP). By the way in Ukraine to the above mentioned companies there are used two terms: Business Partnerships and Business Associations.

[1] On Business Partnerships: Law of Ukraine No. 1576-XII, adopted 19.09.1991, Vidomosti Verhovnoyi Rady Ukrainy 1991, No. 49, p. 682.

The second Law is Law of Ukraine "*On Joint Stock Companies*",[2] September 17, 2008. Today the norms of this law are in use. Law of Ukraine "On Business Partnerships" doesn't regulate the activity of JSC now.

And the last of three main laws is Law of Ukraine "On State Registration of Legal Entities and Individual Entrepreneurs"[3] that regulates the procedure of company's registration (May 15, 2003).

Besides the above mentioned there are *Civil Code of Ukraine*[4] and *Commercial Code of Ukraine*,[5] that partly regulate activity and operations of companies. For example, in Civil Code of Ukraine there are 53 articles regulating business partnerships and besides this 32 norms that regulate the activity of all legal entities.

And now what are the types of commercial (business) legal entities? Their division is given in *Civil Code of Ukraine* and *Commercial Code of Ukraine.* According to these acts there are:

1. Private Enterprise;
2. Business Partnerships (Associations);
3. Productional Cooperative.

Associations of business entities (should not be confused with business partnerships) are not the subject of our article as they are the unions of legal entities.

Limited liability company

First of all about limited liability company as the most usual legal entity. According to Law of Ukraine "On Business Partnerships" *Limited liability company* is a company with the authorized capital divided into shares whose amount is specified in the constituent documents. Members of the company are liable for obligations of the partnership to the extent of their contributions (art. 50). They are not liable for obligations that overrun the registered capital.

The contributions of members become the property of company after its registration.

For example, registered capital of LLC – €10 000. The debt before bank is €30 000. Bank's losses (if LLC has no another property) will be €20 000, because this part of debt exceed the limit of the participant's liability.

---

[2] On Joint Stock Companies: Law of Ukraine No. 514-V, adopted 17.09.2008, Vidomosti Verhovnoyi Rady Ukrainy 2008, No. 50–51, p. 384.

[3] On State Registration of Legal Entities and Individual Entrepreneurs: Law of Ukraine No. 755 – –IV, adopted 15.05.2003, Vidomosti Verhovnoyi Rady Ukrainy 2003, No. 31–32, p. 263.

[4] Civil Code of Ukraine No. 435-VI, adopted 16.01.2003, Oficiyniy Visnyk Ukrainy 2003, No. 11, p. 461.

[5] Commercial Code of Ukraine No. 436-IV, adopted 16.01.2003, Oficiyniy Visnyk Ukrainy 2003, No. 11, p. 462.

The minimum number of participants of such business entity is one participant. If limited liability company has only 1 founder, this LLC may be the founder of no more than one another LLC with one participant. The max number of participants is 100 participants.

Minimal authorized fund – absent. There are no demands. For comparing, in 90ties of XXth century it was 100 min wages (salaries) of hired stuff (near €10 000). From 2008 to 2012 it was one minimal salary (near €100). Of course, someone may ask: "Why is the minimal authorized fund established according to minimal wage of hired stuff in Ukraine". The main reason, because of high level of inflation in Ukraine during 90ties of XX century. To avoid changing of the minimal registered capital every few years, it was fixed in minimal wages. And where is the minimal wage of hired stuff fixed? It is fixed in a law about state budget. Every year it is reviewed and every next year there is another law. For example, today it is fixed in Law of Ukraine "About state budget of Ukraine on 2014th year".

Nowadays the inflation is similar to other EU countries. It is not very high. But the tradition of legislative establishing of minimal authorized fund according to the minimal salary has remained. But now it concerns only joint stock companies. For the purpose to attract the investments (especially from European union) the legal provisions concerning LLC's minimal authorized fund were excluded. And here the opinions of scientists and lawyers have divided. Ones say that the lack of requirements to the authorized fund will contribute to the abuse of unfair businessmen. Their main argument: the lack of requirements to the authorized capital means the lack of any participants' liability. The others (and the author of this article too) find the advantage of such legislative changes. What are they?

First, it made it easier to do business.

Second, lowering of minimal authorized capital is the trend of EU states. If Ukraine wants to join with EU it has to adapt its legislation and to make it more attractive for EU investors.

As for the company's operations there are no limits for the kinds of LLC's activity. The company may work in different fields except that fields of business where another type of company is demanded (for example, pawnshops, banks and some others).

The supreme body of a limited liability company is the meeting of its participants. The participants are the company's members or their authorized representatives assigned by them. The President of the company is elected by the meeting of the company's participants (art. 58)[6].

[6] On Business Partnerships: Law of Ukraine No. 1576-XII, adopted 19.09.1991, Vidomosti Verhovnoyi Rady Ukrainy 1991, No. 49, p. 682.

A limited liability company shall establish its executive body, which may be collegiate (board of directors) or sole (director) one. The board of directors is headed by the director general. Persons, who are not company's participants, may be the members of the company's executive body.

Supervision over activity of the board of directors (director) of a limited liability company is exercised by an auditing commission assigned by the meeting of the company's participants from among them, the number of its members is provided for by the constituent documents but is no less than 3 persons. Members of the board of directors (director) cannot be members of the auditing commission.

Actually LLC is the main and the most popular type of small and middle business in Ukraine today.

Additional liability company

Additional liability company (ALC) is a partnership with an authorized capital divided into shares whose amount is fixed by the constituent documents. Participants of such a partnership are liable for its debts with their contributions to the authorized capital, and in case of its insufficiency they are additionally liable with their assets in common aliquot amount of their contributions (art. 63).

The limit of the participant's liability is provided by the constituent documents.

Additional liability company is very similar with LLC. Law of Ukraine "On Business Partnerships" directly establishes that the regulations concerning LLC (art. 4, 11, 52–64) shall apply to the additional liability company with regard to the details provided for by the article 63.

Therefore the minimum number of participants is one participant. The max number of participants is 100 participants. The contributions of members become the property of company after its registration.

For example, registered capital of ALC – €10 000. Participant_1 has – 20% of votes (his contribution is €2 000), Participant_2 has – 80% of votes (his contribution €8 000). The limit of the participant's liability is €20 000. The debts of the company before the bank are €30 000. What are the consequences?

Participant_1 shall pay €4 000, Participant_2 shall pay €16 000. Bank's losses will be €10 000, because they exceed the limit of the participant's liability.

Another situation: The first conditions are the same. But Participant_2 has sufficient sum of money to cover risks, and Participant_1 has only €3 000 and no more money, car or other real estate.

Participant_1 will pay €3 000, Participant_2 have money to pay insufficient Participant_1's part, but Participant_2 will still pay €16 000. Despite the fact that the limit of liability is €20 000, the founders will pay only €19 000. Bank's losses will be €11 000, because they exceed the limit of the participant's liability.

To the word, additional liability company is not very popular one as type of company in Ukraine.

Joint stock company

A *joint stock company* (JSC) is an economic entity the statutory capital of which is divided into a certain number of shares of an equal nominal value the corporate rights under which are certified by shares.

In Ukraine a joint stock company is not liable for the obligations of its shareholders. Company and its bodies are indemnified of any sanctions restricting their rights in the event of shareholders committing illegitimate actions. Shareholders aren't liable for the obligations of the company and run the risk of losses related to operations of the company within the value of their shares, unless specified otherwise by law.

Company shareholders are natural persons and legal entities, as well as the State represented in by the body authorized to manage the State property, or a community represented by the body authorized manage communal property as owners of company shares.

There are public and private joint stock companies in Ukraine. There shall be no more than 100 shareholders in a private JSC.

A public JSC may perform public and private placement of shares. A private JSC shall perform only private placement of shares. Should the general shareholders meeting of a private company decide to perform public placement of shares, the company charter is amended accordingly, including a change of the company type from private to public company.

The minimal amount of a joint stock company's statutory capital – 1 250 minimal wages (near €130 000). About the Ukrainian minimal wage it was mentioned above. Today in Ukraine only JCS has minimal registered capital. No other type of business associations has minimal registered capital.

Minimal amount of shareholders – 1 shareholder. Liability of shareholder is limited.

Full (general) partnership

A *full (general) partnership (FP)* is a partnership whose participants (called *full partners* or *copartners*) are engaged in joint business and are jointly liable for obligations of their partnership with all of their assets.

For example, registered capital of FC – €10 000. Participant_1 and Participant_2 have equal parts as they are copartners. The debts of the company before the bank are €30 000. What are the consequences?

Participant_1 shall pay €15 000, Participant_2 shall pay €15 000. Bank's losses will be €0, because full partners have full liability.

Another situation: The first conditions are the same. But Participant_2 has sufficient sum of money to cover risks, and Participant_1 has only €7 000 and no more money, car or other real estate.

Participant_1 will pay €7 000, Participant_2 have money to pay insufficient Participant_1's part, and that is why he will pay al insufficient part of debt – €23 000. Bank's losses will still be €0.

FP is a legal entity. The minimum number of participants is one participant. He is called – full partner. Full partner may be a founder only of one GP. There is mandatory demand for him – to be an Individual Entrepreneur.

A general partnership conducts its business under unanimous consent of all the full partners. Business activities of the partnership may be conducted by all the copartners or one or several of them acting on behalf of the partnership. A copartner of a general partnership may transfer his share (its part) to other copartners or third persons only by consent of all the copartners.

All the rights and obligations of the copartner quitting a general partnership or ceding a part of his share shall be transferred to a third person together with the transfer of the share (its part).

The assignee (heir) is liable for copartner's debts to the general partnership arisen within the period of the partnership's business activity, as well as for the partnership's debts to third persons.

Full co-partners of the general partnership are not allowed to make transactions similar to the objectives of the partnership's business as well as to participate in any partnership with business object similar to that of the general partnership on their own behalf and for their benefit. The aim of this legal norm is to protect the full partnership from clandestine business of someone of full partners. But it is necessary to support the point of view of O.S. Sheremet about changing the method of regulation[7]. Nowadays it is

[7] O.S. Sheremet, *Legal regulation of organization and activities of a full partnership*, dissertation of PhD, Donets'k 2006, p. 164.

regulated in imperative order. Full partners haven't possibility to allow such partners activity according to their constituent documents. O. S. Sheremet propose (and the author support him) that the method of regulating must be perview (dispositive). In such case full partners may decide themselves to allow or not to allow their same activity apart of full partnership.

If a copartner of a general partnership regularly fails to fulfil or unduly fulfils his/her commitments or his/her actions impede the partnership to achieve its goals, such a copartner may be excluded from the partnership in accordance with the procedure set forth in the constituent documents. The perview (dispositive) method of expulsion is an advantage of full partner expulsion in comparison with LLC where expulsion is exclusive competency of general meeting.

Commandite partnership

A *commandite partnership (CP)* is a partnership with one or more participants (called *full partners*) who conduct business on behalf of the partnership and are liable for the obligations of the partnership with all their assets, and one or more participants who are liable for obligations of the partnership within the amount of their contributions (*dormant partners*).

For example, registered capital of LC – €10 000. Participant_1 and Participant_2 have equal parts as they are copartners. Participant_3 is a dormant (his contribution – €5 000). The debts of the company before the bank are €30 000. What are the consequences?

Participant_1 shall pay €12 500 (full partner), Participant_2 shall pay €12 500 full partner) and Participant_3 (dormant) shall still pay €5 000 as he is liable for obligations of the partnership within the amount of their contribution. Bank's losses will be €0, because full partners have full liability.

As aptly noted by Y. V. Yakovlev Commandite partnership is a perfect union of two different wishes: 1) to rule and to multiply personal capital and 2) to multiply personal capital but to protect it from different risks[8].

The minimum number of full partners is one full partner. Full partner may be a founder only of one CP. There is a mandatory demand for him – to be registered like an Individual Entrepreneur. The max number of full partners is not regulated. But, as usual, it is no more than 3 full partners.

Dormant partners of a commandite partnership have the right: a) to act on behalf of the commandite partnership only, if they have a power of attor-

[8] Y.V. Yakovlev, *Commandite partnerships as entrepreneurs*, dissertation of PhD, Kharkiv 2001, p. 194.

ney and act in accordance with it; b) to demand the prior repayment of their contributions (compared with other participants with full liability) in case of the partnership liquidation.

Therefore dormant partner is a specific type of participant. The main disadvantage – impossibility to manage the company. The main privilege - to demand the prior repayment of their contributions in case of the liquidation.

The business of a commandite partnership is exclusively conducted by the partners with full liability (general partners). There is no executive body. If there is only one general partner in a commandite partnership, he/she conducts the business himself/herself.

The dormant partners haven't the right to impede the full partners to conduct the business of the commandite partnership. Decisions of general meeting are made only with consent of all full partners. And, of course, that is understandable, because everybody of them is liable by all his estate.

Private enterprise

And the last type of common business entities is Private Enterprise. It is not a type of business associations. And its legal status isn't regulated by Law of Ukraine "On Business Partnerships". Private enterprise is a legal entity operating on the basis of property of private founder (founders). The founders may be both: physical persons and legal entities. Actually private enterprise is very similar to LLC. It was especially popular in Ukraine in 90ties. And today they are still working. But nowadays that is not very popular to register new ones.

Why was it so popular and what is the difference from LLC?

The main reason of its prevalence (popularity) – no authorized fund that was prerequisite (mandatory condition) of LLC's registration. In 90ties of XXth century the mandatory minimum authorized capital of LLC was 100 minimum salaries (wages) – (equivalent to near €10 000). That was a big sum of money for founders. That's why, often small and middle business were registering like Private Enterprises.

But the main disadvantage – one founder (or two founders with equal shares – 50% of registered capital for each member). So if the one founder wants to attract investments to his company he hasn't possibility to include a new participant. Only way out the situation – to reorganize the PE. But restructuring is a difficult complex and long procedure. Its term – minimum 3 months. Besides this mandatory tax inspection, pension inspection. In contrast registration of legal entity takes only 3 days.

Today according to Ukrainian legislation there is no mandatory registered capital for LLC. That is why LLC is more and more popular and PE is losing its significance as type of small business.

Common conclusions

Above there were given the characteristic of main business entities. The main conclusions are next:

The trend of Ukrainian legislation as well as other EU countries' legislation must be wider applying of the perview (dispositive) method in regulating of business relationship in national legislation.

Full partnership and commandite partnership have some advantages before such main types of business as JSC and LLC. The main of them – full support of creditors' claims. That's why, it is necessary to establish mandatory registration of some business (like pawnshops, credit unions) as FP or CP at legislative level.

Ukrainian private enterprise is a relic of transition economy. Therefore the Ukrainian legislative body must focus his attention on more detailed regulating of LLC, JSC than such transition model as private enterprise.

Abstrakt

Artykuł analizuje ukraińskie prawo spółek. W artykule przedstawiono specyfikę podmiotów gospodarczych na Ukrainie takich jak spółki (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka z dodatkową odpowiedzialnością, spółka akcyjna, spółka jawna, spółka komandytowa) i inne podmioty gospodarcze (prywatne przedsiębiorstwa). Zanalizowano specyfikę statusu prawnego podmiotu i udziałowca (akcjonariusz, wspólnik), zarządzanie, cedowanie. Autor przedstawia ich powstanie, zalety i wady oraz proponuje kierunek zmian w ukraińskim prawie spółek.

Słowa kluczowe: podmiot gospodarczy, typy spółek na Ukrainie, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka z dodatkową odpowiedzialnością, spółka akcyjna, spółka jawna, spółka komandytowa, prywatne przedsiębiorstwa

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 71–88 (2014)

Péter Sipka[1], **Márton Leó Zaccaria**[2]
[1, 2]PhD, University of Debrecen, Hungary

The possible effects of the appearance of the grievance fee in the Hungarian labour law

Introduction

There always has been a special connection between the labour and civil law regulation,[1] at least since we can speak about independent labour law material, or labour law as an independent legal sphere.[2] Though the independence of the regulation can be questioned in the Hungarian legal system, too, it is indisputable that the two legal fields cannot be regarded united, without any differentiation, and the main reason of it is the different type of the regulated legal relationships. Namely, nowadays the employment relationship – besides its unquestionable civil law-type and its growing flexibility[3] – is characteristic of the special status, the hierarchic structure which is also characteristic of the classical labour relationships, that is the employer's power over the employee, and its consequence, her/his surplus rights. Therefore, the fundamental characteristics of the content of the legal relationship cannot be overlapped with the classical civil law, namely civil law legal relations, since they are in coordinate relation, not in superior.[4] This significant difference justifies the existence of the independent regulation and legal practice anyway.

In spite of this it cannot be questioned that the inner logic of the labour relationships, and several elements of the legal relationship – mainly the employment contract and its several aspects – do not differ from the civil law,

[1] G. Kenderes, *A munkajogi és polgári jogi szabályozás viszonyának egyes alapkérdései*, Jogtudományi Közlöny 2001, Vol. 56, No. 3, p. 113–120.

[2] J. Radnay, *Munkajog*, Budapest 2009, p. 29–40.

[3] G. Kiss, *Új foglalkoztatási módszerek a munkajog határán – az atipikus foglalkoztatástól a szerződési típusválasztási kényszer versus típusválasztási szabadság problematikájáig*, Magyar Jog 2007, Vol. 54, No. 1, p. 1–14.

[4] G. Kiss, *Munkajog*, Budapest 2005, p. 93–94.

namely, we can come to the conclusion that though, regarding the subjects and objects[5] of the legal relation the nature of the legal relationships are definitely different, several legal institutions can be named which regulation in fact can be thought of as parallel – even with minimal differences – referring to the labour and civil law legal regulation material. It is true in spite of the fact that it could have been impossible in a form declared in law before the Hungarian labour law reform started in 2012, even if judicial intentions like this were clear earlier.[6]

Most of the norms declared in the general conduct requirements (fundamental principles),[7] the establishment of a contract, legal statements, the statute of limitations, invalidity, some aspects of termination of the legal relationship, the application of the services, the compensation law what is the theme of this essay/study, both its financial and non-financial forms can be regarded as such institutions. Regarding the questions regulated with slight differences but by the same intellectuality and referring to the „relationship" with long history between the civil and labour law,[8] the Act I of 2012 Act on the Labour Code has made significant progress, since the legislator made the Act IV of 1959 Act on the Civil Code and the Act V of 2013 Act on the Civil Code coming into force on 15th March of 2014 background law, namely, in several questions in the lack of Labour Code, the rules of Civil Code must be applied, this way assisting labour legal application by civil law rules.[9] So it is necessary to examine how certain regulations of the new Civil Code coming into force soon influences the Labour Code referring to the fact that the Civil Code itself contains new rules, too, so certain questions cannot be regarded as the „continuation" of the earlier civil law antecedents, but rather

[5] Work performed for remuneration.

[6] T. Prugberger, *Európai és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog*, Budapest 2006, p. 43–48.

[7] Typically, they are of legal origin, so the general expectable clause, the prohibition of the abuse of rights, the requirement of good faith, the obligation of co-operation and information, the protection of personal rights, or even the new rule according to which the basis of the Civil Code declares that nobody can refer to malfeasance conduct with the aim of advantages (6. § paragraph (1) 2. turn) or the allusive conduct-type rule (6. § paragraph (2) 2. turn). Besides, several basic principles are characteristic of the Hungarian labour law – the requirement of equal treatment, the protection of the employer' rightful economic interest, the obligation of confidentiality, the right to control – which aren't relevant to the fundamental principles of civil law, but it is clear that most of the requirements and the theoretical basis of the general behavioural requirements come from civil law.

[8] J. Radnay, *A munkaszerződés és a munkaviszony egyes kérdései*, Gazdaság és Jog 2006, Vol. 14, No. 9, p. 19–21.

[9] Besides, it cannot disregard that the background law-type of the Civil Code will result general attitude change in long-term, but its refinement and modification will result changes soon expectedly.

they reflect new views, so they require new approach from both the legislative and judicial part, and also from the part of the legal science. This change has effects on the remedy law at several points, too, but the most important is the institution of the grievance fee which has only indirect connection with the legal remedy what needs to be analysed anyway, mainly because the legislator disposes of it in accordance with the 9. § (1) of the T/12824. bill not in the circle of the liability for damages, but in connection with the personal rights, and this way the rule of the Labour Code referring to the Civil Code also changes and this raises both dogmatical and practical questions at the same time.

So this way the special relationship between the Labour Code and the Civil Code can be described as it follows. The system of employment law is completed by the norms of civil law, exactly the general requirements of contract law. Of course, not all the rules of civil law can be applied for employment relationships, but the ideas and most of the requirements in connection with the solution of the contracts are used in labour law as well. In concluding the questions and problems of liability for damages and the grievance fee is connected with special legal framework of these two different fields of Hungarian law.

The dogmatics and development of non-pecuniary damages in Hungarian civil law

Non-pecuniary damage has been present in civil law regulations since the 19th century.[10] At the turn of the century, Béni Grosschmid claims that "As a regulation, obligation for damages only includes compensation for pecuniary damage. Thus, the opposite has to be understood as exceptions of narrower or wider scope, departing from the general argument."[11] In comparison, Károly Szladits states:

> *The pain resulting from bodily harm, the grievance of honour, artistic or business reputation, etc. cannot be expressed by pecuniary decrease: that is, the cases of ethical or personal damage [...] in such cases the aggrieved party receives compensation for the damage, and so it becomes easier for them to bear with it. This is the so called non-pecuniary (or ethical) damage.*[12]

[10] T. Fézer, *A nem vagyoni kártérítés kérdései a hazai jogalkalmazásban*, Miskolc 2003, p. 113.
[11] B. Grosschmid, *Fejezetek kötelmi jogunk köréből I*, Budapest 1901, p. 765.
[12] K. Szladits, *A magyar magánjog vázlata II. rész*, Budapest 1933, p. 73.

Géza Marton delinieates two forms of civil law sanctions: first, the so-called "restitutive" sanction, which serves the purpose of restitution, while the essential function of the second one, "repressive" sanction can be grasped by its punitive nature.[13] According to Tamás Lábady's standpoint, non-pecuniary damage specifically presupposes an obligation based on personal damage, and it is consequently inseparable from personality rights.[14] At the same time, however, we also need to realize that – again, quoting the words of Lábady – non-pecuniary damage is a "contradiction in terms," and we can only dispose of its contradictions by legal fiction.[15] Fiction means that the law balances certain damage and the value of this is approximately equal with that of an advantage of another kind.[16] The same is articulated by Ferenc Petrik, who poses the following question: "And can we talk about damage at all?"[17] If we examine this institution from a functional aspect, Lábady writes, and then its purpose is the compensation for a personal damage, in which the solidarity of the state is expressed for the aggrieved party, and also, its reparation against the party at fault.[18] The viewpoint of Péter Bárdos somewhat contradicts this, since he argues that the purpose of non-pecuniary damages can neither be reparation nor compensation, but it is exclusively a kind of proportional restitution by means of the law, the subject of which can only be a natural person.[19]

The first comprehensive regulation of liability for non-pecuniary damage is to be found in clause XIV of 1914, in the Media Act, which permitted the adjustment of financial compensation for damages caused by a press release not only for pecuniary damage but for non-pecuniary damage as well. According to 39. § of the act, "the aggrieved party can claim damages for a pecuniary damage caused by a press release and for a non-pecuniary damage as well if it is (with regard to the circumstances of the case) equitable." According to the legislation, the courts state the amount of the compensation for the non-pecuniary damage considering all the circumstances, especially the financial situation of the two parties.

---

[13] G. Marton, *A polgári jogi felelősség*, Budapest 1992, p. 24.

[14] T. Lábady, *A nem vagyoni kártérítés újabb bírói gyakorlata*, Budapest 1992, p. 30.

[15] *Ibidem*, p. 31.

[16] *Ibidem*, p. 33.

[17] Quoted by: Z. Lomniczi, B.L. Gazsó, *A nem vagyoni kártérítéssel kapcsolatos perek legújabb tendenciái*, Budapest 2011, p. 7.

[18] G. Marton, *Kártérítési kötelmek jogellenes magatartásból* IV. 782, quoted by: T. Lábady, *A nem vagyoni kártérítés...*, p. 32.

[19] T. Pataky, *A nem vagyoni kártérítés szabályozása és bírói gyakorlata – Beszámoló a Magyar Jogászegylet Biztosításjogi Szekciója 2008. június 6-án tartott üléséről*, Biztosítási Szemle 2008, Vol. 54, No. 5, p. 9–13.

Clause XLI of 1914 on the protection of honour is closely connected to this, since it extends protection to behaviours expressed not via the press, too. The legislation remained consistent in further relevant regulations (Authorial Act, 1921, clause LIV; 1923, clause V on unfair competition), which also knew the notion on non-pecuniary damages. According to 1114. § of the 1928 Civil Code bill, whoever commits a forbidden action or misprision either intentionally or because of gross negligence, and is bound to pay a compensation, also has to provide a financial restitution for the non-pecuniary damage of the aggrieved party – if, considering all the circumstances of the case, equity necessitates it.

The historical development of non-pecuniary damage recoiled as a result of the Supreme Court's principal decision III of 1953, which annihilated the institution of non-pecuniary damages by claiming that amidst socialist living conditions, ethical values cannot be expressed in money. The legal practice tried to compensate for this obviously inequitable situation with the extended interpretation of the so-called "general compensation".[20] This unclarified legal environment was finally settled by the 354. § of the law IV of 1977, which placed the regulations on non-pecuniary damages within the Civil Code. This was supplemented by the 16th directive of the Supreme Court, which focussed primarily on bodily harm, and injuries causing health damage, somewhat passing over the protection of personality rights. The directive was overruled by the 21st directive of the Supreme Court, wishing to provide an opportunity to establish a judicial practice examining "the overall protection of personality and ethical values".

A certain view has evolved in the legal literature on which this is based, namely, that in the course on adjusting non-pecuniary damages the regulations of liability in the Civil Code have to prevail,[21] so when stating liability for non-pecuniary damages, four conditions have to appear according to Civil Code regulations: the supervening of the damage, malfeasance, culpability and causative connection.[22] However, while in the case of pecuniary damage the act of malfeasance (if the legislation does not make an exception) stems from causing damage,[23] in the case of non-pecuniary damage, from the damage itself no malfeasance can be inferred.[24] In the case of non-pecuniary com-

[20] I. Kertész, *Vagyoni kárpótlás nem vagyoni kárért*, Jogtudományi Közlöny 1958, Vol. 13, No. 3–4, p. 89–95.

[21] K. Törő, *Személyiségvédelem a polgári jogban*, Budapest 1979, p. 141.

[22] F. Petrik, *A személyiségi jog védelme, A sajtó-helyreigazítás*, Budapest 2001, p. 201.

[23] G. Eörsi, *A polgári jogi kártérítési felelősség kézikönyve*, Budapest 1966, p. 108.

[24] F. Petrik, *Nem vagyoni kárpótlás: a személyiségvédelem általános és feltétlen eszköze*, Magyar Jog 1991, Vol. 39, No. 6, p. 337–343.

pensation the basis of malfeasance is that "the law places under its protection the personal rights of the person as well – beside their pecuniary rights – and obliges everyone to respect personal rights."[25] Consequently, quoting Ferenc Petrik, "only such behaviours lead to a claim for non-pecuniary compensation which are against the law, that is, which violate personal rights".[26]

The most throughout influence on the legal practice was the 34/1992. (VI. 1.) Constitutional Court (in the following: CC) ruling, which basically annihilated all previous legal regulations and in its justification has created the modern basis of non-pecuniary compensation.[27] The CC's court ruling in its mandatory section has stated that the following passage of the Civil Code, 1959, clause IV, 354. § is unconstitutional: "...if the damage hinders the aggrieved party's participation in social life or seriously encumbers their life, or is disadvantageous for the legal entity in its participation in economic circulation", and annihilated it. As a result of the partial annihilation, the 354. § remained operative with the following text: "The causer of the damage is bound to compensate for the non-pecuniary damage of the aggrieved party." Furthermore, the CC stated that the following passage of the Labour Code, 1992, Act XXII, 177. § (2) paragraph, " the participation of the employee in social life or everyday life, as a result of the damage, became enduringly and seriously hindered" is unconstitutional, and thus annihilated it. As a result of the partial annihilation, the 177. § (2) paragraph of the Act was put into force with the following text: "The worker's non-pecuniary damages also have to be compensated for."

In the justification of the regulation, the CC stated that the institution of non-pecuniary compensation is a legal device within the Civil Code for cases of personal tort. Thus, in the interpretation of the CC, the condition of a claim for non-pecuniary compensation is the personality right tort.[28] Besides, the regulation also includes that it has identified the kinds of non-pecuniary compensation according to the previous regulations on the consequences of the violation of law, that is, it only protected the personal rights depending on the effect of the violation of the law, and limited the non-pecuniary compensation to more serious cases which resulted in an arbitrary stipulation. A crucial point of the decision is the statement that the amount of the damages and the damage itself suffered by the person are both based on approximation, which do not have any objective benchmark, and thus it cannot be constitutionally suited to the consequences within the legislation.

[25] F. Petrik, *A törvényszerkesztő dilemmái III*, Magyar Jog 1978, Vol. 25, No. 3, p. 221–237.
[26] F. Petrik, *Nem vagyoni kárpótlás...*, p. 337–343.
[27] T. Fézer, *A nem vagyoni kártérítés kérdései...*, p. 113.
[28] T. Fézer, *A nem vagyoni kártérítés kérdései...*, p. 112.

In such cases only the personal devotion, the common sense and the temperance of the courts can have a decisive role.[29] The legal institution within the right for compensation – according to the standpoint of CC – cannot be utilized, since in such cases there is no pecuniary damage and thus we cannot talk about a „full" or „not full" compensation. Either the basis of the tort is thus not the damage itself but the damage of the person.

On the whole we can argue that in our operative jurisdiction the 1992 CC regulation has assigned those legal frameworks where the practice on non-pecuniary practice are precedential. Also, from the regulations of the Civil Code it can be stated that the non-pecuniary compensation within civil law is not a separate form of liability,[30] but a liability figure connected to the damage of personal rights in which the violation of the law stands in the tort of a law connected to the person.[31]

From among these conditions, it is obviously the notion of damage that needs to be examined in connection with non-pecuniary compensation. The literature on civil law in this question has applied various approaches, examining the issue from the following aspects: the occurrence of non-pecuniary damage usually is observable in three areas: the damage of health or body, an attack against other personality rights and as the effect of a faulty influence on the participation in the economic circulation.[32] Actual physical injury includes injuries in accidents, aesthetic harm in connection with this, the change in the quality of life, losing certain social or everyday pleasures as well. Here the labour regulations do not raise any special problem, since in connection with such damages, the full and objective liability of the employer and its full obligation for compensation prevail.

With relevance to personal rights, the scope of damaging behaviours is wide; anything belongs to it which results in personality rights tort, and the damage caused by this. On the basis of the judgments to be presented later, it is already arguable that in connection with this group of cases the practice of labour jurisdiction follows an extended interpretation. Into the third group belong those cases where the damage influences participation in the economic circulation. The actions pertaining to this issue are interesting because according to certain authors, the aggrieved party in such a case cannot only be a natural person, but a legal entity as well participating in economic law.[33]

---

[29] E. Tálné Molnár, *A munkáltató kártérítési felelőssége*, Budapest 2009, p. 259–297.

[30] K. Törő, *A nem vagyoni kártérítés gyakorlati kérdései*, Magyar Jog 1992, Vol. 39, No. 8, p. 449––454.

[31] B.F., *A nem vagyoni kár megtérítése*, Cégvezetés 2007, Vol. 16, No. 1, p. 131–134.

[32] Ö. Zoltán, *A nem vagyoni kár megtérítéséről*, Magyar Jog 1991, Vol. 31, No. 9, p. 529–533.

[33] *Ibidem*, p. 529–533.

Judicial practice understands by non-pecuniary damage or drawback the aggrieved party's social exclusion, the negative change of the human personality and their mental-emotional quality of life.[34] In connection with this it has to be examined to what extent the given (sued) behaviours resulted for the aggrieved party the emergence of a negative value judgment, and to what extent it modified their social position.[35]

From among the four above mentioned damage elements the proving of the violation of law and culpability do not mean any problem, however, the notion of non-pecuniary drawback and in connection with causal connection we can find differing opinions,[36] where the courts in several cases – somewhat opposing the spirit of the CC ruling – have emphasised the institution as a compensation. The Supreme Court has previously stated that the pecuniary nature of the claim for compensation is not altered by whether its putting into force is based on the personality rights tort;[37] however, in itself as a condition of the compensation it is not sufficient that it is a personality rights tort but it is also needed that in connection with the violation of the law, its consequences the aggrieved party suffered some disadvantaged situation.[38] Thus, it means that even though in the light of the CC ruling it is theoretically sufficient that the aggrieved party can prove the fact of aggrievement, still, the court in addition requested the proving of some concrete disadvantage. From this the judge can only divert if the disadvantage is publicly known.[39]

By publicly known facts judicial practice means such facts that are actually referential in any case of any tort, that is, if the violation of the law was proven, then, as a publicly known fact, it is acceptable that the aggrieved party did not suffer a pecuniary damage, which can be compensated for with a non-pecuniary restitution.[40] The practice crystallized by the end of 2000 and according to this the non-pecuniary compensation can be requested if they can prove that the violation of the law is causally connected to some disadvantage, to the lessening of which or its elimination the adjusting of non-pecuniary compensation is reasonable.[41]

---

[34] T. Kiss, *Nem vagyoni kártérítés vagy sérelemdíj*, Jogtudományi Közlöny 2007, Vol. 62, No. 4, p. 164–172.

[35] P. Havasi, *A nem vagyoni kár bírósági gyakorlat*, Gazdaság és Jog 2002, Vol. 10, No. 1, p. 11–14.

[36] T. Kiss, *Nem vagyoni kártérítés...*, p. 164–172.

[37] BH 1991.476, Curia of Hungary.

[38] Pfv. 20895/2000/3, Curia of Hungary.

[39] K. Horeczky, *A nem vagyoni kártérítés jogintézménye*, Gazdaság és Jog 1996, Vol. 4, No. 2, p. 13–16.

[40] T. Kiss, *Nem vagyoni kártérítés...*, p. 164–172.

[41] See for example: Pfv. IV.20.895/2000, Pfv.22.955/1994, Pfv.III.20.403/1995, Curia of Hungary.

In the course of the recodification of the Civil Code it emerged that the institution of the non-pecuniary compensation should be revised, as it had been urged by the judicial practice[42] and the necessity to renew the contents of this legal institution also appeared.[43] As a result, the new Civil Code reformed the legal institution, and placed the regulation in the second volume (The Person as a Legal Subject), among the sanctions for the tort concerning personal rights. The law articulates the general protection of personal rights[44] and in clause XII it details the sanctions of such a tort. The law knows the notion of independent sanctions from culpability,[45] in connection with which we can claim that the application of objective personal protection is independent from the party at fault's ability to violate the law and their culpability.[46]

Summing up the above we can see that non-pecuniary compensation with the putting into force of the new Civil Code was reregulated. The Labour Code at present does not contain the notion of compensation yet, but parallel with the putting into force of the new Civil Code, there will be changes in the regulations and they will include it, in accordance with the new Civil Code.

The regulation of compensation in the new Civil Code with reference to the features of labour relations

The 2nd volume, clause XI of the new Civil Code contains the regulations of personal rights. Here, 2:42. § states the obligation for the general protection of personality rights, which is based on the principle that everybody is bound to respect personality rights.

2:43. § enumerates the personality rights. Based on this, the tort concerning personality rights especially includes
a) life tort, bodily harm or health damage;
b) personal liberty tort, privacy, or home;
c) discrimination;
d) honour or reputation tort;
e) privacy tort or the right to the protection of personal data;

[42] See for example: T. Lábady, *A deliktuális felelősség változásáról és ennek a polgári jogi kodifikációra gyakorolt hatásáról*, Jura 2002, Vol. 8, No. 1, p. 72–78.

[43] L. Vékás, *Sérelemdíj – Fájdalomdíj: Gondolatok az új Ptk. reformjavaslatáról a német jog újabb fejleményei tükrében*, Magyar Jog 2005, Vol. 49, No. 4, p. 193–207.

[44] 2:42. § paragraph (2): Everyone is bound to respect human dignity and the personality rights originating from it. These personality rights are under the protection of the law.

[45] 2:41.§ [sanctions independent from culpability].

[46] F. Petrik (ed.), *Az új Ptk. magyarázata I/VI*, Budapest 2013, p. 160.

f) the right to bear their own names;
g) the right to have an image or audio recording.

The items listed in point a) are in the focus of the present paper, however, theoretically it is not impossible that within the field of labour relations the other areas can be violated, too.

As opposed to the previous examples, the consequences of personality rights tort are different as well. Among these, one can differentiate between objective and subjective groups. 2:51. § enumerates the sanctions independent from culpability, which result in a disadvantage based on the fact of the tort in itself, and thus it is not necessary to examine the consciousness of the person committing the tort. Among the options enumerated in paragraph (1) it is observable that most of these are not pecuniary sanctions, so if the aggrieved party claims that the tort is based on this legislation, then according to the overruling regulation in the judicial consequences it is not the pecuniary nature of the case that would dominate.

The crucial legal institution connected to the present study is the compensation as regulated in 2:52. §. According to the legislation, "whose personality rights are damaged, can claim compensation for the non-pecuniary damage they suffered".[47] Consequently, the condition of adjusting the compensation is the tort concerning personality rights (malfeasance) and non-pecuniary damage.[48] The second paragraph states that "to the conditions of obliging someone to pay a compensation – especially the identification of the person bound to pay the compensation and the method of exculpation – the regulations of compensation liability have to be applied and beyond the fact of the claim, there is no need to prove any other disadvantage that emerged." As a result, the causal connection between the behaviour and the tort has to be proven as a further condition of liability, as well as culpability itself (according to general culpability liability) or the regulations on the pursuers of especially dangerous activities.[49]

Based on 2:53. §, if the tort concerning personality rights also leads to pecuniary damage, then the aggrieved party can also claim compensation for the damages based on the regulations of the liability for malfeasance.[50]

This is a major innovation in the law, since it breaks away from the previous judicial practice,[51] i.e. the non-pecuniary compensation can be adjusted in total or in the form of supplies. The new Civil Code clearly articulates that

[47] 2:52. § paragraph (1).
[48] F. Petrik (ed.), *Az új Ptk. magyarázata…*, p. 164.
[49] *Ibidem*, p. 165.
[50] *Ibidem*, p. 167.
[51] Directive no. 19, point 6, PEH 24-2, Curia of Hungary quoted by: F. Petrik (ed.), *Az új Ptk. magyarázata…*, p. 166.

The amount of compensation is stated by the court in total, with regard to the circumstances of the case – especially the weight of the malfeasance, its recidivious nature and the level of culpability, the effect of the malfeasance on the aggrieved party and their environment.[52]

Based on the above, in the field of tort concerning personality rights, we can distinguish between three areas. The first one is tort resulting from bodily change (2:43. § based on point a)), which includes every such case where the aggrieved party suffers an injury of their physical state, health, and some kind of decrease or deterioration occurs. The second one includes mental changes (2:43. § from points b) to g)), which means the "inner lesion" of the personality. The third group takes place in the relationship between the outside world and the aggrieved party, when the social acceptance of the aggrieved party, their social judgment might be affected. In the case of these latter changes it is unusual to claim non-pecuniary damages in labour court cases.

In connection with claims connected to labour relations our standpoint is that the most common case is tort resulting from bodily harm and to a minimal level, though, but in sues for damages there are also examples where the employer committed malfeasant actions and the employees wished to vindicate the psychic consequences of the employer's (real or imagined) malfeasant action in the form of non-pecuniary damage. In the past three years we can find six such judgments by the Curia of Hungary (formerly the Supreme Court).[53]

The question arises, whether with the appearance of compensation the sums adjusted in previous court cases as non-pecuniary damages would be points of reference for the future? The answer to this question is beyond the scope of this present study; however, we still find it important to share a few ideas on this issue.

Considering the legal nature of the compensation, it is a restitution, that is, amends for the non-pecuniary damage suffered by the aggrieved party.[54] As a result, the weight of the malfeasance its recidivious nature, its effects and other circumstances of the party at fault's attitude define it. The legislator has left the concrete details of the procedure to the judicial practice. Having surveyed this,[55] it seems constructive that the amounts of the adjusted sum will not change in the future, with regard to the fact that the judicial practice

[52] 2:52. § paragraph (3).

[53] Mfv.I.10.880/2009/4, Mfv.I.10.282/2007/3, Mfv.II.10.714/2009/5, Mfv.I.10.283/2012/5, Mfv.I.10.871/2010/5, Mfv.II.10.990/2010/4, Curia of Hungary.

[54] F. Petrik (ed.), *Az új Ptk. magyarázata…*, p. 166.

[55] E. Tálné Molnár, *A munkáltató kártérítési…*, p. 259–297.

so far has proceeded based on the life situation, the pecuniary and income conditions of the aggrieved party (and not rarely even the party at fault).

However, there is a major difference remaining after the modifications of the Labour Code. Based on 2:52. § (3) paragraph of the Civil Code, the court adjusts the compensation in total, considering all the circumstances of the case. As opposed to this, 173. § (1) of the Labour Code "As a compensation, supplies can also be adjusted. Usually supplies have to be adjusted if the compensation serves the purpose of providing for or partly providing for the employee or a relative of the employee." So it is clear that in the Labour Code the present judicial practice of the regulations is maintained in this field, while for employees it means a significant advantage.

According to the new regulations of the Labour Code, in the course of adjusting compensation the regulations of the Civil Code have to be followed. Thus, 2:53. § of the Civil Code will serve as precedent, which regulates the liability for compensation. According to the law, "whoever suffers damage as a result of the tort concerning their personality rights, can claim compensation for the damage caused by malfeasance from the party at fault, based on the regulations on liability."

The protection of personal rights in the Labour Code

Basically, these entitlements are both parties' legal due during the labour relationship, but – because of the nature of the legal relationship – in different ways. However, in the 9 § (1) of the Labour Code it is a fundamental principle that the persons' – subject to law – personal rights must be kept in respect. It is very important because the personal rights – which are as a matter of fact based on civil law – belong to the persons' most fundamental rights, by which one's personal integrity realizes, and unfolds one's personality. We can find its base in the unrestrictable fundamental human and constitutional right to human dignity.

The first group of these rules[56] approaches the question from the employee's part putting her/his legal protection to the fore and the general requirements can be deduced from them. According to it these rights can be restricted only if the restriction is absolutely necessary because of a reason in direct connection with the function of the employment relationship and it is proportioned with its purpose. However, the employee must be informed about its way, conditions and expected content in advance. On the one hand the law interprets the respect of personal rights rather free, since

[56] 9–10. § of the Labour Code.

their infringement is allowed in an unproportionally wide sphere. What is more, contrary to the facts explicated above the literacy is not compulsory according to the law, namely the employee's personal right can be restricted in a form of a verbal instruction. In the Labour Code of 1992 (previous Labour Code) such concrete rules were not declared, but the governing legal practice in the last 20 years[57] highlighted that this kind of legal practice is absolutely necessary. It is important that the employee cannot wave her/his rights of this kind generally in advance, and any kind of provisions is valid only in writing. These norms definitely serve the protection of the entitled employees' personal rights, since they define the employer's margin regarding this question.

It must be added that this kind of interpretation of these general rules – namely, the protection of the personal rights – will be distinguished from the Labour Code when the new Civil Code comes into force and in its place accordingly the new 9. § (1) a regulation referring to the Civil Code will be put which though comprehensively, but allowing differences of the Labour Code, controls the protection of personal rights in the employment relationship.[58]

The second group of these rules[59] is about the protection of the employee's personal data. These rules had important role even in the Labour Code of 1992. The employee can be asked to make only such report which is important from the point of the labour relationship and does not infringe her/his personal rights. The report of personal data to a third party is restricted, and it is also important that the employee cannot store or manage such data without restraint at her/his own discretion. Naturally, there are exceptions to the main rule that is the data processing for statistical purposes. Furthermore, these basic entitlements can be interpreted as the employer's obligation of confidentiality. This way the legislator tries to balance this obligation with the extensive obligation of confidentiality imposed on the employer.

Finally, we would like to note the third group of personal rights[60] which appears in the Labour Code in a special way. Practically, in this circle the Labour Code is about the employer's right to intervention and control which importance is that this kind of actions set further limits to the employer necessarily. Naturally, they are compatible with the purpose of the employment relationship, since without the employer's entitlement for control her/his in-

[57] See for example: EBH2005. 1237, EBH2000. 359, EBH2000. 249, BH2001. 467, Curia of Hungary.

[58] According to this rule in case the Labour Code does not order differently for the employee's and the employer's personal rights, 2:42–54. § of the new Civil Code must be applied referring to the fact that on application of the 2:52. § paragraph (2) and (3) and 2:53 § the rules of the Labour Code in connection with liability for damages must be applied.

[59] 10. § of the Labour Code.

[60] 9–10. § and in connection with it 8. § paragraph (2) of the Labour Code.

struction right would not be relevant any longer, namely, practically it would not be possible to speak about employer's right in its original meaning.[61] The employee's conduct can be controlled only in connection with her/his work what cannot – neither its means nor its methods – infringe her/his right to human dignity, and the control over her/his private life is totally forbidden. Some contradiction can be observed between this norm and the 8. § (2) of the Labour Code, since the possible restriction over the cases of conduct beyond the working time often coincides with the problematic question of the private life and free time control.[62] So the controlling authority is restricted because control over these would infringe personal rights for sure. The interpretation of the protection of the right to human dignity and private life as absolute limit is noteworthy, because these rights being fundamental human rights must not be limited. However, in accordance with the function of the employment relationship the employee can be controlled anyway within the frames of the employment contract and the Labour Code The employer is also obliged to inform the employee in advance about the technical means by which she/he carries out checks – e.g. the control in a room with camera – so the law tries to prevent „interception", secret surveillance which out coming could be the cause of termination or sanction later.

The appearance of non-material infringe in labour law judgments

As we noted above in connection with the non-material infringement the 34/1992. (VI. 1.) AB resolution removed the provisions of the Labour Code partly, so the only exposure remained in the law is that the employer is obliged to compensate the employee for the non-material infringement. So it can be stated that both civil and labour courts face the same problems, and at the latter the practice is modified because according to the Labour Code liability rules should be applied. But in our opinion it does not make great differ-

[61] T. Gyulavári (ed.), *Munkajog*, Budapest 2012, p. 255–260.

[62] According to 8. § paragraph (2) the employee beyond the working time cannot have such conduct which – on the basis of the type of her/his scope of duties, position in the employer' organisation – directly and factually is proper for damaging the employer's good faith, rightful economic interest or the aim of the labour relationship, this way the employee's conduct can be restricted but only in such cases that were mentioned in connection with the protection of personal rights (9. § paragraph (2)) but about such restrictions the employee should be informed in writing in advance. It is noted that this rule is new in the Labour Code, but as a consequence of the employer's broad instruct and control right in judicial practice this kind of interpretation has not been exclusive so far. It is interesting that the labour law regulation which turns into the direction of the equality of the parties is not perfectly compatible with this disproportionate and arbitrary restriction.

ences, since in connection with the non-material compensation the most difficult point is the definition of the measure of the compensation during which the courts have to make decisions after due care.[63]

In connection with the labour judgments it is necessary to refer to the MK 30. commitment which names the circle of infringements where to confirm the employer's liability is of high importance. They are the employee's life, physical integrity and health. Besides, at labour law compensation the actual existence of the legal relationship is a conceptual element, namely, labour relationship must exist between the parties, otherwise the norms of the Labour Code cannot be applied, namely, if an infringement is committed after the labour relationship, the authorised person can present claim according to the rules of the civil law.

In labour actions the non-material infringements are judged somewhat differently. These judgments are parallel to the general civil law judgments in the sense that the employee's accident or physical damage establishes the claim for non-material infringement. At the same time in labour law judgments the courts interpret the personal damages narrower, so in the examined period we have not found such judgments which would have settled the non-material infringement as a consequence of e.g. illegal termination in spite of the fact that in principle it is not unprecedented in the judicial practice.[64] On the basis of this data we think that the employees typically claim for non-material infringement because of occupational accident or deteriorating health and other (e.g. the humiliating treatment from the employer's part, stress, etc.) damages appear in smaller proportion.

The possible interpretation of the grievance fee in connection of the protection of personal rights in labour law

The present Labour Code in force does not even include the concept of non-material compensation, and in contrast with the Labour Code of 1992 in the circle of the liability for damages there is no reference to the employer's obligation to compensate the employee's infringement of which she/he suffered as a consequence of tort affected not her/his property but her/his personality (non-material infringement). So at first sight it is not quite clear whether the legislator's intention was that regarding the employment relationships the non-material damage would not belong to the damages that should be compensated, but it can be read from the minister's reasoning of the bill that since

[63] G. Nádas, *A munkabalesetekkel kapcsolatos kárfelelősség problematikája*, Miskolc 2004, p. 22.
[64] See for example: EBH 2002/790, Mfv.I.10.711/2006/4, Curia of Hungary.

the Labour Code refers to the Civil Code in this respect, too,[65] on the basis of the 355. § (4) of the Civil Code the aggrieved party's non-material damage must be compensated, too, namely, in this respect the tortfeasor is obliged to make compensation like in the case of property damage. Generally, it is true that the same rules refer to the compensation of the non-material damage but there can be differences from the compensation of the material damage as a consequence of its nature. Therefore, the 355. § (1) declares the main rule, namely, if the restoration of the original state – in integrum restitutio – is not possible, or the aggrieved party does not demand it because of a good cause, the tortfeasor is obliged to compensate both the material and non-material damage in order to avoid the consequences of the damage.

This way the Labour Code according to the established dogmatics of the liability in the civil law – referring to the Chapter XXXI of the Civil Code – disposes of the non-material damage as one form of damages within the frames of compensation law. In contrast, the change as a consequence of the new Civil Code disposes to apply the relevant rules of the new Civil Code in case of the damage of the personal rights, in fact the obligation to compensate the damage in personal right is put to the level of basic law and in our opinion, if this approach will receive enough emphasis in the future legal application, will improve the more effective protection of the personal rights anyway, what is of high importance in the employment relationship.[66] Dogmatically, this solution is noteworthy anyway, though the new Civil Code disposes to apply the general rules of liability for damage, but it may raise the question whether it is expedient quasi to take out the special legal institution of non-material compensation from the compensation law and to highlight its function less emphasizing its compensation feature in the classical sense.

In connection with the rules of personal protection of the Labour Code it must be emphasized that in most of the cases the judicial practice does not examine carefully enough the occurrence and measure of the non-material damage, and on judging the amount of compensation it does not balance carefully enough. We think that in this respect it is correct to make closer relationship with the protection of personal rights, since this way the tortfeasor can be obliged to compensate the non-material damage on the basis of certain relevant statutory provisions. At the same time it must be noted that because of the special legal feature of the non-material damage the judicature is often in a difficult position when tries to judge „correct" or at least equitable in such cases. It is necessary to add that the protection of personal rights

[65] Bill No. T/4786. Act on the Labour Code, 177. §.
[66] T. Gyulavári (ed.), *Munkajog…*, p. 85–88.

in the Labour Code – in it the amended rules can show directions – can be divided into general and special spheres in a special way, since besides the application of the relevant parts of the new Civil Code, the further rules of the 9. § of the Labour Code contains such norms which definitely come from the specialities of the employment relationship mentioned above. Namely, if we take base either the general damage of the personal rights or the definite labour law cases – let's think of the excessively arbitrary restriction of the personal rights – it is progressive from the legislator's part that he intends to organize the legal consequences unitedly ensuring that the non-material damage should be compensated – henceforward partly within the frames of the judicial discretion.

It is important to note that the new rules can bring more united aspect and approach to the field of the labour law protection of the personal rights, though it is true in general that the protection of personality is mostly entitled for the employee, but in fact the Labour Code provisions the application of the new Civil Code for both the employer and the employee, so this legal construction can improve the aim of the statutory instrument according to which the parties' legal status would be – even if not equal but – at least closer to each other. All these have important role in the protection of economic and social interests and in this respect it should be noted that according to the legislator's intention the rules of the non-material compensation would be more united and effective, and in connection with the grievance fee even simpler in the long run.

Final consideration – the expected effects of the grievance fee in labour law

The application of grievance fee may have significant importance on the labour law judging practice referring to the amended conceptual system. It must be emphasized that the regulation itself and its grounds are not enough to answer the emerged questions, since it is a great task for the Hungarian judicature. It is clear from the previous legal practice that the institution of the non-material compensation – independently from its current regulation method – is a practical legal institution, and both the advantages and disadvantages of this thesis appear in such judgments. Basically, the courts manage the legal questions of the non-material compensation flexible, and this in many cases leads to the actual assessment of the damage and the appropriate compensation. However, in some cases the courts can hardly establish the non-material damage and mainly the amount because of its special legal

nature. Though referring to the rules of the new Civil Code the Labour Code will be changed in a special way but we think that the result of the correct and evolutionary legal interpretation will be a legal interpretation of non-material damage which will be well-founded but flexible enough. Its main function will be that the infringed person should receive effective legal remedy by the grievance fee. Finally, attention should be paid to the fact that the clear and united civil law rules can make the ruling easier in labour law cases. However, the fundamental differentiating specific nature of labour law which separates it from the civil law must not be left without attention, referring to the social function of the labour law regulation and the conceptual differences that still exist.

Abstrakt

Opracowanie omawia jedną z nowych instytucji prawnych w węgierskim prawie cywilnym i prawie pracy, zadośćuczynienie za szkody niemajątkowe. Funkcją tej instytucji prawnej jest ochrona podmiotów prawnych i zadośćuczynienie za poniesione szkody niematerialne. Pojęcie szkody niemajątkowej zostało omówione zarówno w ujęciu teoretycznym, jak i praktycznym. Autorzy przedstawili swoje wnioski dotyczące funkcji zadośćuczynienia za szkody niemajątkowe w prawie pracy, uwzględniając szczególne zasady praw osobistych pracowników.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo pracy, odszkodowanie niepieniężne, prawa osobiste, odpowiedzialność deliktowa

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 89–107 (2014)

Artur Bochenek
doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Zakres wyłączenia stosowania ustawowego prawa pierwokupu nieruchomości przysługującego gminie w odniesieniu do gruntów rolnych i leśnych

Gmina, będąc podstawową jednostką samorządu terytorialnego, wypełnia zadania określone m.in. w art. 164 ust. 1 i 3 Konstytucji RP. Gmina zatem wykonuje zadania, które nie są zastrzeżone dla innych jednostek samorządu terytorialnego[1]. Jednym z uprawnień nadanych gminie przez ustawodawcę jest możliwość skorzystania z prawa pierwokupu. Obowiązujący w Polsce system prawny dopuszcza w pewnych wypadkach ograniczenie swobody wyboru kontrahenta poprzez ograniczenie podmiotowe wskazując, z kim można wyłącznie zawrzeć określoną umowę. Swoboda wyboru kontrahenta może zostać wyłączona m.in. ze względu na interes określonych w sposób indywidualny osób, taką właśnie instytucją jest ustawowe prawo pierwokupu[2].

Prawo pierwokupu jako instytucja, którą wykonuje gmina zostało szczegółowo uregulowane w przepisach ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.). Przepisy te są przepisami szczególnymi w odniesieniu do przepisów kodeksu cywilnego, które zajmują się problematyką prawa pierwokupu. Kwestię tę rozstrzygają jednoznacznie postanowienia zawarte w art. 596 k.c., które w pierwszej kolejności odsyła do przepisów szczególnych (jakie w przypadku gminy niewątpliwie istnieją) a posiłkowo jedynie każe traktować przepisy k.c. odnoszące się do pierwokupu[3].

Postanowienia art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami regulują dosyć precyzyjnie zakres podmiotowy oraz przedmiotowy prawa pierwo-

[1] Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 2009 r., Nr 114, poz. 946 z późn. zm.

[2] A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzyganie sporów sądowych*, Warszawa 2008, s. 143.

[3] Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93.

kupu. Na podstawie postanowień tegoż prawa, osobie trzeciej może zostać sprzedana określona nieruchomość tylko pod warunkiem, że uprawniony do pierwokupu swojego prawa nie wykona[4]. Prawo pierwokupu jest prawem o charakterze niezbywalnym. Wypełnić je można tylko w przypadku zawarcia przez zobowiązanego umowy sprzedaży, a nie umowy innego rodzaju, np. zamiany czy darowizny[5]. Prawo pierwokupu powoduje powstanie tymczasowej sytuacji prawnej umożliwiającej, przy dopełnieniu określonych warunków, uzyskanie prawa podmiotowego – własności nieruchomości. Ma się tutaj zatem do czynienia z ekspektatywą wynikająca z prawa pierwokupu[6].

W sensie podmiotowym prawo pierwokupu obejmuje trzy kategorie podmiotów. W pierwszej kolejności jest to osoba uprawniona, której prawo pierwokupu przysługuje i z którego wynika pierwszeństwo kupna rzeczy. Następną jest osoba zobowiązana, tj. osoba, na której ciąży obowiązek odsprzedania rzeczy z pominięciem innych podmiotów na rzecz uprawnionego. Ostatnią, trzecią – osobą jest nabywca, który ze zobowiązanym zawiera umowę kupna-sprzedaży pod warunkiem, że uprawniony nie skorzysta z prawa pierwokupu. Po określonym czasie, który jest wskazany przez umowę lub przepisy transakcja zwykle może być dokończona przez umowę przenoszącą własność nieruchomości.

Niezastosowanie się do przepisów dotyczących możliwości skorzystania z prawa pierwokupu przed zawarciem umowy z nabywcą skutkuje możliwością podważenia tej umowy na drodze sądowej. Ocenie sądu rejonowego w ramach jego kognicji podlega również skuteczność wykonania ustawowego prawa pierwokupu i umowy sprzedaży zawartej bezwarunkowo. Dokonując tej oceny sąd opiera się na przepisach ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, z tym, że do stanów prawnych powstałych przed jej wejściem w życie mają zastosowanie przepisy ustawy z 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości. Sąd rejonowy również w postępowaniu skargowym ma obowiązek badania prawidłowości wykonania tego prawa[7].

---

[4] Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.

[5] A. Suchoń, Ł. Bobeł, *Ustawowe prawo pierwokupu nieruchomości rolnych*, „Journal of Agribusiness and Rural Development", www.jard.edu.pl/pub/15_3_2008_pl.pdf.

[6] P. Wancke, *Nieruchomości – leksykon pojęć i definicji*, Warszawa 2007, s. 62.

[7] A. Maziarz-Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza sądowego w postępowaniu wieczystoksięgowym*, Warszawa 2006, s. 177–178.

W odniesieniu do nieruchomości prawo pierwokupu może wynikać z:
1. przepisów ustaw, m.in z:
a. ustawy o gospodarce nieruchomościami,
b. ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116 z późn. zm.),
c. ustawy z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. Nr 64, poz. 592),
d. ustawy z 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 208, poz. 2128 z późn. zm.),
e. ustawy z 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 600 z późn. zm.),
f. kodeksu cywilnego,
g. ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590);

2. umowy w oparciu o dokonaną czynność prawną[8].

Prawo pierwokupu nieruchomości w imieniu gminy wykonuje wójt (burmistrz, prezydent miasta), ale samo prawo przysługuje wyłącznie gminie jako podmiotowi obdarzonemu zdolnością prawną, a nie żadnemu z jej organów. Jednakże ustawowe prawo do działania w imieniu gminy przysługuje jedynie wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi), a nie radzie gminy czy innemu organowi. Do wójta (burmistrza, prezydenta miasta) należy zatem wykonywanie prawa pierwokupu nieruchomości przysługującego gminie w przypadkach i na zasadach określonych w art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Wiąże się to oczywiście z obowiązkiem nałożonym na notariusza, który sporządza umowę sprzedaży nieruchomości o zawiadomieniu właśnie wójta o takiej transakcji i możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa pierwokupu. To również wójt (burmistrz, prezydent miasta) wykonują to prawo przez złożenie oświadczenia w formie aktu notarialnego u notariusza, który sporządził tę umowę. Chyba, że złożenie takiego oświadczenia u notariusza, który sporządził daną umowę, napotkało by na przeszkody uniemożliwiające jej zawarcie – wówczas oświadczenie złożyć można u każdego innego notariusza[9].

Jednak rada gminy może zobowiązać swoją uchwałą wójta do wykonania prawa pierwokupu na rzecz oznaczonej nieruchomości, a zatem wójt będzie tu dodatkowo związany decyzją rady gminy wyrażoną w uchwale, którą

[8] P. Wancke, *op. cit.*, s. 261–262.
[9] A. Szewc, T. Szewc, *Wójt, burmistrz, prezydent miasta*, Warszawa 2006, s. 220.

musi wykonać. Samo wykonanie prawa pierwokupu jest czynnością, która przekracza zakres zwykłego zarządu mieniem gminy, jednakże na podstawie przepisu art. 109 ust. 4 i art. 110 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami, nie ma konieczności uzyskania odpowiedniej uchwały rady gminy, która upoważniałaby do wykonania tego prawa przez wójta. A zatem ustawowe określenie organu mającego wykonać prawo pierwokupu legitymuje ten organ do działania wprost[10].

Prawo pierwokupu, które przysługuje gminie może być wykonane jedynie wobec tych nieruchomości, które są położone na obszarze tejże gminy. Wynika to z tego, że wójt (burmistrz, prezydent miasta) wykonujący to prawo może działać na obszarze podlegającym zwierzchnictwu jednostki samorządu terytorialnego, której jest organem wykonawczym. Nieruchomość musi mieć również charakter niezabudowany, a więc nie mogą być na niej wybudowane obiekty mieszkalne czy komunalne, wyłączają one z mocy przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami zastosowanie prawa pierwokupu. Przy czym nie ma znaczenia charakter tych nieruchomości, ani też fakt, czy zostały one wybudowane na mocy prawomocnego pozwolenia na budowę. Kwestia legalności istnienia budynków wzniesionych przez właściciela na nieruchomości w ogóle nie jest podnoszona przez ustawodawcę w ustawie o gospodarce nieruchomościami, a to pozwala na domniemanie, że: „Pominięcie tego rodzaju uściślenia nasuwa wniosek, że istnienie budynku lub budowli na sprzedawanej nieruchomości wyłącza prawo pierwokupu, nawet jeśli nieruchomość została zabudowana bez pozwolenia na budowę”[11].

W kontekście omawianego przepisu mowa jest o tzw. ustawowym prawie pierwokupu, źródłem bowiem tego praw jest właśnie ustawa. Oprócz ustawowego prawa pierwokupu można jeszcze wyróżnić umowne prawo pierwokupu, które z kolei wynika z określonej czynności prawnej jak umowa sprzedaży, najmu, spółki lub dożywocia[12].

Ustawowe prawo pierwokupu, które na podstawie brzmienia art. 109 wspomnianej już ustawy o gospodarce nieruchomościami przysługuje gminie, ma miejsce tylko i wyłącznie w przypadku sprzedaży prawa własności lub prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, które określa art. 109 ust. 1 pkt 1–4 wspomnianej ustawy i jedynie wówczas, jeśli dotychczasowy właściciel lub użytkownik wieczysty tejże nieruchomości zawrze z poten-

[10] M. Wolanin, *Prawo pierwokupu nieruchomości. Cz. 3: Ustawowe prawo przysługujące gminie*, „Nieruchomości” 2003, nr 1 (53).

[11] Z. Truszkiewicz, *Prawo pierwokupu w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, „Rejent” 1998, nr 12 (196).

[12] A. Atansow, *Prawo pierwokupu*, „Polish Construction Review” 2006, nr 7 (64), s. 15.

cjalnym nabywcą umowę sprzedaży. Zawarta zresztą w ten sposób umowa sprzedaży jest w gruncie rzeczy umową o charakterze warunkowym, zobowiązuje się bowiem w niej zbywca do przeniesienia prawa własności lub prawa użytkowania wieczystego nieruchomości na rzecz nabywcy, ale pod warunkiem właśnie, że z prawa tego nie skorzysta gmina. Gmina z kolei może skorzystać z tegoż prawa tylko w sytuacjach ściśle przewidzianych w ustawie o gospodarce nieruchomościami, a katalog tych sytuacji ma charakter zamknięty[13].

Prawo pierwokupu nigdy nie jest samodzielną podstawą do żądania od właściciela zbycia nieruchomości. Prawo to bowiem staje się skuteczne dopiero od momentu zawarcia przez właściciela umowy sprzedaży z osobą trzecią. Prawo pierwokupu oprócz tego, że ma charakter niezbywalny, jest też prawem niepodzielnym. O stosowaniu prawa pierwokupu, o którym traktuje art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami, należy rozstrzygać według stanu faktycznego z dnia zawierania umowy sprzedaży[14].

Co niezwykle istotne w kontekście omawianej problematyki – sprzedaż dokonana bezwarunkowo jest nieważna, jeżeli prawo pierwokupu przysługuje na mocy ustawy następującej grupie podmiotów:

1. Skarbowi Państwa (w tym również Agencji Nieruchomości Rolnych działającej na rzecz Skarbu Państwa),
2. jednostce samorządu terytorialnego,
3. współwłaścicielowi,
4. dzierżawcy.

Prawo pierwokupu, które przysługuje gminie oprócz innej podstawy prawnej i nieco innego uregulowania podmiotowego i przedmiotowego, zawiera również niewielkie odmienności proceduralne. Widoczne są one m.in. w odniesieniu do składania oświadczeń gminy o chęci skorzystania z przysługującego jej prawa pierwokupu. Na podstawie przepisów tej ustawy składa je wójt (burmistrz albo prezydent miasta). Termin do złożenia tegoż oświadczenia woli jest ściśle określony, musi to bowiem nastąpić w ciągu miesiąca od otrzymania zawiadomienia o treści umowy sprzedaży, w formie aktu notarialnego u notariusza, który sporządził umowę sprzedaży. W przypadku gdyby złożenie oświadczenia u tego samego notariusza było niemożliwe lub napotykało poważne trudności, może być ono złożone u innego notariusza[15]. Obowiązek powiadomienia potencjalnego zbywcy o zawartej umowie sprze-

[13] M. Wolanin, *op. cit.*

[14] Z. Truszkiewicz, *op. cit.*

[15] Art. 110 ust. 4 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.

daży zawsze ciąży na sprzedawcy, nawet gdyby uprawniony dowiedział się o transakcji sprzedaży z innych, nawet nieformalnych źródeł[16].

W realizacji prawa pierwokupu, a jednocześnie prawidłowym sporządzeniu umowy kupna – sprzedaży nieruchomości, której to prawo dotyczy, istotną rolę odgrywa notariusz sporządzający tę umowę. To on bowiem zobligowany jest do zbadania, czy nieruchomość będąca przedmiotem umowy objęta jest prawem pierwokupu, a jeśli by tak było, zobowiązany jest do umieszczenia w przygotowywanej przez siebie umowie warunek sprzedaży i przejścia prawa własności zbywanej nieruchomości potencjalnemu nabywcy tylko wtedy, jeśli woli kupna nie wykaże wójt (burmistrz, prezydent miasta). Sprzedaż zatem dojdzie do skutku tylko wtedy, gdy wójt, burmistrz albo prezydent miasta nie wypełni prawa pierwokupu[17]. Do wójta bowiem należy wypełnianie prawa pierwokupu nieruchomości przysługującego gminie w przypadkach i na zasadach określonych w art. 109 ustawie o gospodarce nieruchomościami[18]. Oczywiście umowę zawierającą wszystkie istotne postanowienia konieczne do jej zawarcia notariusz winien jednocześnie wysłać właściwemu wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi miasta). Dopiero wówczas, realizując postanowienia art. 110 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami, wójt (burmistrz, prezydent miasta) ma 30 dni – od momentu otrzymania tej informacji od notariusza – na wykonanie przysługującego mu prawa pierwokupu. Jednakże, aby nie spotkać się z zarzutem braku podstawy prawnej uzasadniającej prawo pierwokupu, wójt (burmistrz lub prezydent miasta), po otrzymaniu od notariusza informacji o sporządzonej umowie sprzedaży, powinien jeszcze przed wykonaniem tego prawa ustalić, czy wobec danej nieruchomości może być ono wykonane[19]. Niezłożenie w terminie 30 dni przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) oświadczenia o chęci skorzystania z prawa pierwokupu powoduje bezpowrotną utratę tegoż prawa. Jeśli w tym terminie uprawniony do pierwokupu nie skorzysta ze swego prawa, notariusz sporządza umowę rozporządzającą pomiędzy nabywcą a zbywcą. Wspomniane powyżej oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu musi być złożone tylko i wyłącznie w formie aktu notarialnego, który sporządza się u notariusza, uprzednio sporządzającego warunkową umowę sprzedaży[20]. Ustanowienie prawa pierwokupu nieruchomości wymaga bowiem pod rygorem nieważ-

[16] G. Różalska, „Krakowski Rynek Nieruchomości" 2004, nr 1.

[17] Art. 110 ust. 1 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, Dz.U. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.

[18] A. Szewc, T. Szewc, *op. cit.*, s. 221.

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

[20] Art. 109 ust. 4 Ustawy z 21 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651.

ności dochowania formy aktu notarialnego, ponieważ również i jego wykonanie wymaga takiej formy[21].

W dalszej kolejności obowiązkiem ciążącym na notariuszu jest poinformowanie sprzedawcy przedmiotowej nieruchomości o oświadczeniu o wykonaniu prawa pierwokupu. Sprzedawca z kolei zobowiązany jest do poinformowania o tym fakcie potencjalnego nabywcę, który traci w ten sposób możliwość nabycia nieruchomości. Jeszcze jednym obowiązkiem wynikającym z tego rodzaju umowy jest obowiązek powiadomienia przez notariusza właściwy sąd ksiąg wieczystych o złożeniu oświadczenia, ponieważ oświadczenie to wywiera skutki prawne z chwilą jego złożenia[22].

W wyniku złożenia wspomnianego powyżej oświadczenia woli o wykonaniu prawa pierwokupu, pomiędzy właścicielem a uprawnionym do pierwokupu dochodzi do skutku umowa sprzedaży, praktycznie tej samej treści, co umowa zawarta przez właściciela z osobą trzecią. W rezultacie nie muszą oni dokonywać żadnych dodatkowych czynności, a w szczególności nie muszą zawierać umowy stanowiącej powtórzenie umowy właściciela z osobą trzecią.

Wprowadzone w art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami prawo pierwokupu, które przysługuje gminie realizowane jest w następujących przypadkach:

1. zbywania nieruchomości nabytej uprzednio od Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, z tym jednakże zastrzeżeniem, że nieruchomość ta musi by niezabudowana,
2. zbywania prawa użytkowania wieczystego nieruchomości. W tym przypadku nieruchomość musi być niezabudowana, jednakże nie ma znaczenia sposób nabycia tegoż prawa przez zbywcę nieruchomości,
3. zbycia prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, która jest położona na obszarze przeznaczonym w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego na cele publiczne lub też nieruchomości, dla której została wydana decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (w przypadku braku uchwalonego przez radę gminy planu zagospodarowania przestrzennego na tym terenie).

Jednakże przesłanki określone w powyższych punktach (1 i 2), uprawniające gminę do nabycia nieruchomości, nie wystąpią jeżeli nieruchomość przeznaczona została uchwałą rady gminy w miejscowym planie zagospoda-

[21] J. Górecki, *Wpis umownego prawa pierwokupu do księgi wieczystej i jego wpływ na ochronę tego prawa*, „Rejent" 1999, nr 9, s. 109, 112.

[22] M. Wolanin, *op. cit.*

rowania przestrzennego na cele rolne i leśne, a także gdy planów nie ma, ale nieruchomość wykorzystuje się na cele rolne i leśne. Przy czym, ogólnie rzecz biorąc, za takie nieruchomości uznawane są nieruchomości sklasyfikowane jako użytki rolne albo grunty leśne oraz zadrzewione i zakrzewione, jak również wchodzące w skład nieruchomości rolnych użytki kopalne, nieużytki czy chociażby drogi, jeżeli nie ustalono dla nich innych warunków zabudowy i zagospodarowania terenu[23]. Konkludując powyższe, o ile jasne są postanowienia dotyczące zakresu podmiotowego oraz przedmiotowego prawa pierwokupu określonego w art. 109 ust. 1 powołanej powyżej ustawy, o tyle nie do końca jest jasna sytuacja wyłączenia tego prawa określona w ust. 2 tego artykułu. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu: „Prawa użytkowania wieczystego niezabudowanej nieruchomości gruntowej, niezależnie od formy nabycia tego prawa przez zbywcę"[24], a zatem przepisów ust. 1 pkt 1 i 2 art. 109 nie stosuje się do nieruchomości przeznaczonych w planach miejscowych na cele rolne i leśne, a w przypadku braku planów miejscowych do nieruchomości wykorzystywanych na cele rolne i leśne.

Prawo pierwokupu nie ma zatem zastosowania wobec nieruchomości przeznaczonych w planach miejscowych na cele rolne i leśne, a w przypadku braku planów miejscowych, do nieruchomości wykorzystywanych na cele rolne i leśne w sytuacji sprzedaży niezabudowanej nieruchomości nabytej uprzednio przez sprzedawcę od Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego, prawa użytkowania wieczystego niezabudowanej nieruchomości gruntowej, niezależnie od formy nabycia tego prawa przez zbywcę. Warto raz jeszcze podkreślić, że za nieruchomości wykorzystywane na cele rolne i leśne uznaje się nieruchomości wykazane w katastrze nieruchomości jako użytki rolne albo grunty leśne, grunty zadrzewione i zakrzewione oraz wchodzące w skład nieruchomości rolnych użytki kopalne i drogi, jeżeli nie ustalono dla nich warunków zabudowy i zagospodarowania terenu.

Konkludując prawo pierwokupu nie przysługuje gminie, jeżeli[25]:

1. sprzedaż nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego następuje na rzecz osób bliskich dla sprzedawcy

Prawo pierwokupu nie przysługuje, jeżeli sprzedaż nieruchomości lub prawo użytkowania wieczystego następuje na rzecz osób bliskich sprzedawcy.

---

[23] M. Kaczmarek, *Ustawowe prawo pierwszeństwa i pierwokupu*, www.samorzad.infor.pl/sektor/zadania/gospodarka_przestrzenna/artykuly/536995,ustawowe_prawa_pierwsze panstwa_i_pierwokupu.html.

[24] Art. 109 ust. 2 Ustawy z 21 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651.

[25] P. Połczyński, *Zakres prawa przysługującego gminie*, Komentarz do art. 109 UGN, www.informacjaprawnicza.pl/Article,4246,19 [09.08.2012].

Prawo pierwokupu jest zatem wyłączone w przypadku, gdy nabywcą nieruchomości są: zstępni, wstępni, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, małżonek, osoby, z którą sprzedawca pozostaje w stosunku przysposobienia, a także jeśli sprzedaż następuje na rzecz osoby pozostającej ze zbywcą we wspólnym pożyciu art. 4 pkt 13 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Prawo pierwokupu jest wyłączone również w sytuacji, gdy sprzedaż następuje na rzecz osoby bliskiej i jej małżonka, do majątku objętego wspólnością majątkową (wspólnością ustawową) małżeńską.

2. sprzedaż nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego następuje między osobami prawnymi tego samego kościoła lub związku wyznaniowego

Ocenę w przedmiocie wyłączenia prawa pierwokupu należy w takim wypadku oprzeć między innymi na ustaleniu, czy stronami transakcji są podmioty kościelne lub związki wyznaniowe, a następnie, czy zbywcy i nabywcy przysługuje osobowość prawna. W taki przypadku należy także ustalić, czy osoby prawne będące stronami transakcji przynależą do tego samego kościoła lub też tego samego związku wyznaniowego. Prawo pierwokupu gminy nie jest bowiem wyłączone w przypadku sprzedaży nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego dokonywanej pomiędzy osobami prawnymi różnych kościołów czy związków wyznaniowych. Wyłączenie to nie następuje również wówczas, gdy stronami transakcji są kościół i związek wyznaniowy.

3. prawo własności lub prawo użytkowania wieczystego zostało ustanowione jako odszkodowanie lub rekompensata za utratę własności nieruchomości

Taka sytuacja zachodzi przede wszystkim, gdy mowa jest o nieruchomości zamiennej przyznanej jako odszkodowanie za działki gruntu wydzielone pod drogi w postępowaniu podziałowym, czy chociażby o nieruchomości zamiennej stanowiącej odszkodowanie za wywłaszczenie.

4. prawo własności lub prawo użytkowania wieczystego zostało ustanowione w wyniku zamiany własności nieruchomości

Gmina nie ma możliwości wykonania prawa pierwokupu także wtedy, gdy przedmiotem sprzedaży jest nieruchomość lub prawo użytkowania wieczystego nieruchomości ustanowione w wyniku zamiany własności nieruchomości. Przy czym mowa tu zarówno o zamianie prawa własności nieruchomości, jak i zamianie prawa własności nieruchomości na prawo użytkowania wieczyste-

go nieruchomości gruntowej. Dotyczy to zamiany dokonanej na podstawie umowy (art. 603 k.c.). Może być to oczywiście zamiana dotycząca nieruchomości stanowiącej uprzednio własność Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego.

5. w przypadkach, o których mowa w pkt 3 i 4, prawo pierwokupu nie zostało ujawnione w księdze wieczystej

Nieujawnienie pierwokupu gminy w księdze wieczystej jest przeszkodą wyłączającą skorzystanie z prawa pierwokupu w razie sprzedaży nieruchomości lub prawa użytkowania wieczystego nieruchomości przeznaczonej na cele publiczne oraz nieruchomości zabytkowej lub prawa użytkowania wieczystego takiej nieruchomości. Prawo pierwokupu gminy może zostać ujawnione w dziale III księgi wieczystej prowadzonej dla nieruchomości, której uprawnienie to dotyczy, o czym mówi art. 16 ust. 2 pkt 1 i art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Wniosek ten podlega opłacie sądowej, a wpis tego prawa składa się na urzędowym formularzu. Do tego wniosku należy dołączyć dokumenty stanowiące podstawę wpisu w księdze wieczystej. Jeśli chodzi o nieruchomości i prawo użytkowania wieczystego nieruchomości przeznaczonych na cele publiczne, będzie to wypis i wyrys z planu miejscowego. Jeżeli dla obszaru położenia nieruchomości nie obowiązuje plan miejscowy, miarodajna będzie decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego.

Z kolei w przypadku nieruchomości wpisanej do rejestru zabytków lub prawa użytkowania wieczystego takiej nieruchomości, podstawę wpisu prawa pierwokupu do księgi wieczystej stanowić może, przykładowo, decyzja wojewódzkiego konserwatora zabytków o wpisaniu nieruchomości do rejestru zabytków, o czym wspomina art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jak również zaświadczenie potwierdzające, że nieruchomość jest wpisana do gminnej ewidencji zabytków prowadzonej przez organ wykonawczy gminy (art. 22 ust. 4 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami).

6. sprzedaż nieruchomości następuje na cele budowy dróg krajowych[26]

Katalog dróg krajowych zawiera art. 5 ust. 1 ustawy o drogach publicznych. Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy o drogach publicznych, zaliczenie dróg do kategorii dróg krajowych następuje w drodze rozporządzenia ministra właściwego do spraw transportu. Należy dodać, że sprzedaż nieruchomości na cele budowy innych niż krajowe dróg publicznych (wojewódzkich,

[26] P. Wancke, *op. cit.*, s. 260.

powiatowych, gminnych) nie powoduje wyłączenia ustawowego prawa pierwokupu gminy.

7. pierwszeństwo w nabyciu nieruchomości przyznane zostało partnerowi prywatnemu lub ostatniemu partnerowi prywatnemu

Pierwokup partnera prywatnego dotyczy nieruchomości będącej wkładem własnym, o którym wspomina art. 12 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym – wniesionym w związku z zawarciem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 7 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym), a także zbywanej przez podmiot publiczny lub przez zawiązaną w celu wykonania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym spółkę. Prawo pierwokupu w odniesieniu do takiej nieruchomości przysługuje również ostatniemu partnerowi prywatnemu (art. 12 ust. 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym).

Skorzystanie przez gminę z prawa pierwokupu nie jest możliwe również w przypadku, gdy nieruchomość jest sprzedawana:

a. na cele realizacji inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego,
b. na cele realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych.

8. jeżeli niezabudowana nieruchomość została przeznaczona w planie miejscowym na cele rolne i leśne, a w przypadku braku planu jest ona na takie cele wykorzystywana

Jeśli dla danego obszaru uchwalono plan miejscowy, treść tego dokumentu jest wiążąca. W razie braku planu miejscowego należy ustalić, czy nieruchomość jest wykorzystywana na cele rolne i leśne. Wykorzystywanie nieruchomości na takie cele, jeśli została ona wykazana w katastrze nieruchomości, a obecnie, do czasu jego utworzenia, w ewidencji gruntów, jako użytki rolne albo grunty leśne oraz zadrzewione i zakrzewione, a także gdy jest wchodzącym w skład nieruchomości rolnej użytkiem kopalnym, nieużytkiem, drogą, jeżeli nie ustalono dla nich warunków zabudowy i zagospodarowania terenu[27].

Biorąc pod uwagę zastrzeżenie o nieprzysługiwaniu prawa pierwokupu w odniesieniu do nieruchomości przeznaczonych na cele rolne i leśne, zostało wprowadzone przez ustawodawcę do ustawy o gospodarce nieruchomości z tego względu, że nieruchomości o takim właśnie przeznaczeniu nie są, czy raczej nie mogą być bez stosownej zmiany planu zagospodarowania przestrzennego lub wydania decyzji lokalizacyjnej przeznaczane do zabudo-

[27] P. Połczyński, *op. cit.*

wy, stąd też prawo pierwokupu przysługuje w odniesieniu do nieruchomości przeznaczonych na inne cele, niż rolne i leśne. Ustawodawca wyszedł zapewne z przekonania, że nieruchomości będące w obrocie publicznoprawnym z reguły przeznaczone są w planie na cele związane z zabudową, czy to mieszkaniową, czy na cele komunalne (sportowe, oświatowe), czy też o innym charakterze[28].

Przepis ust. 2 art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami jest jasny jeśli chodzi o nieruchomości przeznaczone na cele rolne lub leśne w przypadku, gdy obowiązuje plan miejscowy na terenie danej gminy. Wtedy to stosowanie tego przepisu wydaje się stosunkowo zrozumiałe. Problemy mogą jednakże wystąpić w przypadku braku takiego planu miejscowego. Postanowienia art. 92 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami wskazują, że „za nieruchomości wykorzystywane na cele rolne i leśne uznaje się nieruchomości wykazane w katastrze nieruchomości jako użytki rolne albo grunty leśne". A zatem o wykorzystaniu nieruchomości decyduje nie stan faktyczny danej nieruchomości (czy rzeczywiście jest ona wykorzystywana na cele związane np. z produkcją rolną), ale wpis w ewidencji gruntów i budynków jako użytki rolne, grunty leśne oraz zadrzewione lub zakrzewione oraz wchodzące w skład nieruchomości rolnych użytki kopalne i drogi. jeśli mimo takiego zapisu w ewidencji wydana została decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, to ona będzie miała znaczenie rozstrzygające co do zmiany sposobu wykorzystywania nieruchomości[29].

Jednakże zasadnicza wątpliwość pojawia się w odniesieniu do art. 109 ust. 2 tej ustawy, wyłączającego stosowanie przewidzianego w ust. 1 ustawowego prawa pierwokupu, między innymi w odniesieniu do nieruchomości przeznaczonych w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego na cele rolne i leśne. Pytanie brzmi bowiem, czy to wyłączenie ma również zastosowanie także wówczas, gdy tylko część nieruchomości przeznaczona jest w planie na takie cele, czy też tylko w stosunku do nieruchomości przeznaczonych w całości w planie zagospodarowania przestrzennego na cele rolne lub leśne. Samo przeznaczenie na cele rolne lub leśne sprawdzić można w praktyce stosunkowo prosto poprzez badanie i ustalanie w ramach postępowania wieczystoksięgowego, że oznaczona część nieruchomości przeznaczona jest na takie właśnie cele. Nie ma wątpliwości jeśli badanie to ustali, że cała nieruchomość posiada w planie przeznaczenie rolne lube leśne, wtedy zgodnie z brzmieniem ust. 2 art. 109 ustawy o gospodarce

[28] M. Wolanin, *op. cit.*

[29] E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Lex 2011, stan prawny 11.09.2001.

nieruchomościami, prawo pierwokupu nie przysługuje[30]. Ale należy się zastanowić, co się dzieje gdy tylko część nieruchomości objęta jest takim przeznaczeniem, a część innym. Czy wówczas prawo również nie przysługuje, czy przysługuje tylko na część nieobjętą w planie celami rolnymi lub leśnymi, czy przysługuje wobec całej działki?

Z jednej strony przepisy prawa pierwokupu, które nie mogą być stosowane do nieruchomości przeznaczonych w planach na cele rolne lub leśne, nie mogą być – jako przepisy ograniczające prawo własności – interpretowane rozszerzająco i przez to dotyczyć nieruchomości o różnym przeznaczeniu, np. jeśli część nieruchomości byłaby objęta w planie zagospodarowania przestrzennego terenami o charakterze rolnym, a część terenami o charakterze przemysłowym. Przy stosowaniu przepisów szczególnych dotyczących ustawowego prawa pierwokupu należy korzystać z wykładni ścieśniającej ze względu na głęboko wkraczający w konstytucyjne gwarancje własności charakter tych przepisów. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 30 czerwca 1992 r. (III CZP 75/92)[31]. Skoro nieruchomość w części przeznaczona jest w planach miejscowych na cele rolne lub leśne, to wyklucza to zastosowanie prawa pierwokupu do całości nieruchomości, ze względu na niepodzielność prawa pierwokupu. Tę argumentację wzmacnia fakt, że ustawa o gospodarce nieruchomościami osobno definiuje nieruchomość i działkę, a prawo pierwokupu dotyczy niezabudowanej nieruchomości i dlatego nie ma znaczenia dla oceny możliwości wykonania prawa pierwokupu to, czy w jej (nieruchomości) ramach jakaś działka gruntowa przeznaczona jest na inne cele niż rolne i leśne w sytuacji, gdy prawo pierwokupu jest niepodzielne i dotyczy całej nieruchomości[32]. Sprawę tę regulują dwa orzeczenia Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2004 r. (sygn. akt II CK 11/04) i 2 lipca 2004 (sygn. akt II CK 265/04).

Druga jednak grupa argumentów przemawia za wnioskami wręcz całkowicie odmiennymi. Przepis art. 109 ust. 2 ustawy miałby zastosowanie nie tylko w takim wypadku, gdy tylko i wyłącznie cała nieruchomość jest przeznaczona na cele rolne lub leśne. Prawo pierwokupu przysługuje, mimo niedopuszczalności wykładni rozszerzającej przepisów o prawie pierwokupie. To stanowisko uzasadnia wykładnia funkcjonalna, a także orzeczenia Sądu Najwyższego z 28 maja 1987 r. (sygn. akt II CR 104/87) i 11 lipca 1996 r. (sygn. akt III CZP 71/96)[33]. Zagadnienia poruszane powyżej są bardzo kon-

[30] Z. Truszkiewicz, *op. cit.*, s. 196.

[31] Uchwała SN z 30 czerwca 1992 r., sygn.. akt III CZP 75/92.

[32] Uchwała SN z 11 sierpnia 2004 r., sygn. Akt II CK 11/04.

[33] Uchwała SN z 28 maja 1987 r., sygn. akt II CR 104/87, oraz z 11 lipca 1996 r., sygn. akt III CZP 71/96.

trowersyjne, a także występują w praktyce na szeroką skalę. Ponadto problem długo nie był jednoznacznie postrzegany ani w doktrynie, ani też nie mógł, doczekał się jednoznacznego stanowiska judykatury. Nie dość, że chodzi o zagadnienie wysoce kontrowersyjne z punktu widzenia praktycznego i doktrynalnego, to dodatkowo związane z instytucją ograniczającą prawo własności, silnie chronione konstytucyjnie. Prawo pierwokupu jest bowiem niewątpliwie instytucją, która ogranicza prawo własności. I dlatego zakres ograniczeń prawa własności wynikających ze stosowania prawa pierwokupu winien być przejrzysty, tymczasem często nie jest tak w praktyce.

Za sprawą ustawy o gospodarce nieruchomościami, a zwłaszcza za sprawą ustawy z 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U. Nr 64, poz. 592), ustawowe prawo pierwokupu stało się instytucją niemalże powszechnie stosowaną, co radykalnie zwiększa skalę problemu w wypadku niejasnych uregulowań. Niestety, zakres stosowania ustawowych praw pierwokupu, a tym samym zakres ograniczania prawa własności, nie został jasno zdefiniowany. Prawem pierwokupu ustawy obejmują nieruchomości o określonym przeznaczeniu (np. nieruchomości rolne) albo też wyłączają spod działania prawa pierwokupu nieruchomości o określonym przeznaczeniu (np. nieruchomości rolne położone na obszarach przeznaczonych w planach zagospodarowania przestrzennego na cele inne niż rolne – art. 2 pkt 1 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, nieruchomości przeznaczone na cele rolne i leśne – art. 109 ust. 2 ustawy o gospodarce gruntami)[34]. Przepisy, które określają zakres stosowania prawa pierwokupu, odwołując się do oznaczonego przeznaczenia nieruchomości, nie budzą większych wątpliwości, gdy cała nieruchomość, która ma być objęta prawem pierwokupu czy ma wyłączona spod jego działania, jest przeznaczona na oznaczony cel. Natomiast działanie tych przepisów całkowicie zawodzi, gdy przeznaczenie takiej nieruchomości nie jest jednorodne, tzn. gdy część jest np. przeznaczona na cele budowlane, a pozostała część na cele rolne. Od razu nasuwa się pytanie, które z tych przeznaczeń jest „ważniejsze" z punktu widzenia stosowania prawa pierwokupu, czyli pytanie o kryterium wyboru wiodącego przeznaczenia, decydującego o stosowaniu lub niestosowaniu prawa pierwokupu. A skutki wyboru niewłaściwego kryterium są doniosłe: nieważność umowy zawartej z pominięciem ustawowego prawa pierwokupu czy też nieskuteczność oświadczenia o wykonaniu ustawowego prawa pierwokupu. Ryzyko prawne związane z naruszeniem ustawowego prawa pierwokupu jest zatem bardzo dotkliwe nie tylko z punktu widzenia interesów stron danej umowy sprzedaży, ale także – z uwagi na częstotliwość stosowa-

[34] Art. 109 ust. 2 ustawy z 21 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651.

nia instytucji prawa pierwokupu – z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami. Im większe bowiem wątpliwości związane z zakresem stosowania ustawowego prawa pierwokupu i im częściej zachodzi potrzeba stosowania prawa pierwokupu, tym większe zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Tych wątpliwości nie usuwają orzeczenia Sądu Najwyższego, ani nie usuwa ich również sam ustawodawca, który nie reaguje, mimo wielu nowelizacji ustawy, na występujące problemy praktyczne związane ze zastosowaniem przepisów szczególnych do nieruchomości o niejednorodnym przeznaczeniu czy sposobie korzystania i z uporem formułuje przepisy odwołujące się – w razie potrzeby – do przeznaczenia czy sposobu korzystania w taki sposób, jakby w rzeczywistości występowały tylko nieruchomości o jednolitym przeznaczeniu czy sposobie wykorzystywania[35]. Jest faktem, że powszechnie przyjmuje się, iż przepisy dotyczące prawa pierwokupu jako przepisy ograniczające prawo własności, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Ale też nie mogą być interpretowane ścieśniająco, lecz ściśle zgodnie z ich brzmieniem.

W art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami postanowiono, że gminie przysługuje prawo pierwokupu w wypadku sprzedaży niezabudowanej nieruchomości uprzednio nabytej od Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego[36]. Przepis ten mówi zatem o każdej nieruchomości niezabudowanej. To dopiero postanowienie zamieszczone w ust. 2 tegoż artykułu wyłącza stosowanie prawa pierwokupu, m.in. w odniesieniu do nieruchomości przeznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego na cele rolne i leśne[37]. Z zestawienia wymienionych przepisów jednoznacznie wynika, że ust. 2 jest przepisem szczególnym wobec postanowień zamieszczonych w ust. 1 art. 109 ustawy. Innymi słowy, w wypadku sprzedaży niezabudowanych nieruchomości, nabytych uprzednio od Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, zasadą jest, że sprzedaż winna nastąpić z uwzględnieniem ustawowego prawa pierwokupu na rzecz właściwej gminy. Natomiast ust. 2, ograniczający stosowanie prawa pierwokupu, jest wyjątkiem od zasady przewidzianej w ust. 1. I to właśnie ten przepis winien być interpretowany ściśle. Dopiero wtedy, gdyby nie był on jednoznaczny, gdyby relacja między ust. 1, wyrażającym zasadę a ust. 2 ograniczającym jej stosowanie nie była jasna, to należałoby sięgnąć do wykładni funkcjonalnej, która mogłaby doprowadzić do jeszcze dalszego zawężenia stosowania prawa pierwokupu. Analizując orzecznictwo Sądu Najwyższe-

[35] Z. Truszkiewicz, *op. cit.*, s. 196.
[36] Art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy z 21 sierpnia 1997 r., Dz.U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651.
[37] Art. 109 ust. 2, *ibidem*.

go można dojść do wniosku, że przepisów o pierwokupie gminy nie można traktować tylko biorąc pod uwagę ich literalne brzmienie, ale trzeba również zwracać uwagę na ich znaczenie funkcjonalne (por. postanowienia SN z 9 lipca 2004 r., II CK 5/04, oraz z 11 sierpnia 2004 r., II CK 9/04 i II CK 10/04)[38]. Brzmienie ust. 2 art. 109 jest jednoznaczne: przepisów ust. 1 pkt 1 i 2 (czyli przewidujących prawo pierwokupu) nie stosuje się do nieruchomości przeznaczonych w planach miejscowych na cele rolne i leśne, a w przypadku braku planów miejscowych do nieruchomości wykorzystywanych na cele rolne i leśne. Z przytoczonego przepisu jednoznacznie wynika, że nieruchomość będąca przedmiotem sprzedaży nie będzie objęta prawem pierwokupu, jeżeli cała jest przeznaczona w planach miejscowych na cele rolne i leśne, a w przypadku braku planów miejscowych – jeżeli cała jest wykorzystywana na cele rolne i leśne. Jeśli choćby niewielka część nieruchomości nie jest przeznaczona lub wykorzystywana na cele rolne i leśne, to nie ma się do czynienia z przypadkiem określonym w art. 109 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Innymi słowy, winno się wówczas zastosować powyższe jako zasadę, czyli należy sprzedaż nieruchomości objąć prawem pierwokupu. W innym razie choćby niewielki obszar gruntu przeznaczonego czy też wykorzystywanego na cele rolne lub leśne, wchodzący w skład nieruchomości i to o dużej powierzchni, wyłączałby stosowanie prawa pierwokupu do całej nieruchomości, w gruncie rzeczy niemającej nic wspólnego z działalnością rolniczą. Oczywiście, podobnego argumentu można użyć w odniesieniu do odwrotnej sytuacji, tzn. do sytuacji, w której tylko niewielka część nieruchomości, przeznaczonej czy też wykorzystywanej na cele rolne lub leśne, nie będzie objęta takim przeznaczeniem czy wykorzystywaniem. Wówczas ścisłe stosowanie ust. 2 art. 109 ustawy i zastosowanie prawa pierwokupu do takiej nieruchomości sprawi, że prawo pierwokupu będzie mogło być wykonane wobec nieruchomości rolnej[39].

Interpretacja ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami musi uwzględniać i to, że ani notariusz, ani sąd wieczystoksięgowy nie zostali wyposażeni w instrumenty prawne umożliwiające ustalanie, czy nieruchomość częściowo przeznaczona czy też wykorzystywana na cele rolne lub leśne, będąca przedmiotem sprzedaży, jest w istocie nieruchomością rolną czy też nie jest taką nieruchomością. Dlatego też ust. 2 art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami – co należy podkreślić – nie wyłącza stosowania prawa pierwokupu w odniesieniu do nieruchomości rolnych, lecz do nieruchomości przeznaczonej w miejscowym planie na cele rolne lub

[38] E. Bończak-Kucharczyk, *op. cit.*
[39] Z. Truszkiewicz, *op. cit.*

leśne, a w wypadku jego braku – wykorzystywanej na takie cele. W konsekwencji kwestia, czy główną funkcją nieruchomości jest rolna, lub inna nie może być (głównie ze względów praktycznych) przedmiotem ustalenia. Przedmiotem ustalenia może być tylko, czy cała nieruchomość, uprzednio nabyta od Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, przeznaczona czy też wykorzystywana jest na cele rolne i leśne. Tylko przy takiej interpretacji będzie można uniknąć wątpliwości co do zakresu stosowania przepisów o ustawowym prawie pierwokupu, a w konsekwencji będzie można uniknąć ryzyka prawnego, wynikającego z faktu, że naruszenie ustawowego prawa pierwokupu prowadzi do nieważności umowy sprzedaży czy też do nieskuteczności oświadczenia o wykonaniu prawa pierwokupu. Jeśli zaś chodzi o powołane uprzednio wyroki Sądu Najwyższego z 11 sierpnia 2004 r. (sygn. akt II CK 11/04) i 2 lipca 2004 (sygn. akt II CK 265/04) przemawiające – jak wspomniano – za koniecznością stosowania ograniczenia wykonywania prawa pierwokupu to potwierdzają one jedynie zasadę, że prawo pierwokupu nie może być stosowane lub niestosowane do części nieruchomości (np. działki), lecz do całej nieruchomości. Tymczasem tu chodzi o to, czy prawo pierwokupu ma zastosowanie do nieruchomości częściowo przeznaczonej na cele rolne i leśne, a w pozostałej części – na inne cele. A tego zagadnienia wymienione orzeczenia już nie rozstrzygają[40].

Przepisy, które określają zakres stosowania prawa pierwokupu, odwołując się do oznaczonego przeznaczenia nieruchomości, nie budzą większych wątpliwości, gdy cała nieruchomość, która ma być objęta prawem pierwokupu czy też ma wyłączona spod jego działania, jest przeznaczona na oznaczony cel. Natomiast działanie tych przepisów całkowicie zawodzi, gdy przeznaczenie takiej nieruchomości nie jest jednorodne, tzn. gdy część jest np. przeznaczona na cele budowlane, a pozostała część na cele rolne. Od razu nasuwa się pytanie, które z tych przeznaczeń jest „ważniejsze" z punktu widzenia stosowania prawa pierwokupu, czyli pytanie o kryterium wyboru głównego przeznaczenia, decydującego o stosowaniu lub niestosowaniu prawa pierwokupu. A skutki wyboru niewłaściwego kryterium są doniosłe: nieważność umowy zawartej z pominięciem ustawowego prawa pierwokupu czy też nieskuteczność oświadczenia o wykonaniu ustawowego prawa pierwokupu. Ryzyko prawne związane z naruszeniem ustawowego prawa pierwokupu jest zatem bardzo dotkliwe nie tylko z punktu widzenia interesów stron danej umowy sprzedaży, ale także – z uwagi na częstotliwość stosowania instytucji prawa pierwokupu – z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu nieruchomościami. Im większe bowiem wątpliwości związane z zakresem stosowania ustawowego

[40] *Ibidem*.

prawa pierwokupu i im częściej zachodzi potrzeba stosowania prawa pierwokupu, tym większe zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Wątpliwości tych nie usuwa sam ustawodawca, który nie reaguje, mimo wielu nowelizacji ustawy, na występujące problemy praktyczne związane ze zastosowaniem przepisów szczególnych do nieruchomości o niejednorodnym przeznaczeniu czy sposobie korzystania i z uporem formułuje przepisy odwołujące się – w razie potrzeby – do przeznaczenia czy sposobu korzystania w taki sposób, jakby w rzeczywistości występowały tylko nieruchomości o jednolitym przeznaczeniu czy sposobie wykorzystywania[41]. Wątpliwości związane z zakresem stosowania prawa pierwokupu przysługującego gminie, czy może raczej z zakresem ograniczania tego prawa w stosunku do nieruchomości przeznaczonych na cele, rozwiewa jednoznacznie orzeczenie Sądu Najwyższego z 7 października 2008 r. (sygn. Akt III CSK 122/08), który w swojej sentencji głosi, że „przysługujące gminie prawo pierwokupu zostaje wyłączone tylko wówczas, gdy cała nieruchomość będąca przedmiotem sprzedaży przeznaczona jest w planach zagospodarowania przestrzennego (lub wykorzystywana) na cele rolne i leśne. Przeznaczenie na cele rolne i leśne jedynie części nieruchomości będącej przedmiotem sprzedaży nie wyłącza stosowania art. 109 ust. 1 pkt 1 i 2 u.g.n."[42].

W świetle tego orzeczenia oraz uwzględniając zasadę, która stwierdza niepodzielność prawa pierwokupu, co wynika m.in. z postanowienia art. 602 § 1 k.c. trzeba dodać, że zarówno przesłanki nabycia przez gminę prawa pierwokupu, jak i przesłanki wyłączające możliwość skorzystania z niego, muszą zostać spełnione w odniesieniu do całej nieruchomości[43].

Podobny pogląd zaczyna wyrażać – szczególnie od czasu powyższego orzeczenia Sądu Najwyższego piśmiennictwo prawnicze. Zgodnie z komentarzem do przepisów do ustawy o gospodarce nieruchomościami Ewy Bończak-Kucharczyk, jednoznacznie można wywnioskować, że tylko całość nieruchomości musi być przeznaczona w miejscowym planie na cele rolne lub leśne aby nie miało zastosowanie prawo pierwokupu: „Zatem przeznaczenie na cele rolne lub leśne jedynie części nieruchomości powoduje, że nie stosuje się wyłączenia przewidzianego w art. 109 ust. 2 u.g.n.; w takiej sytuacji prawo pierwokupu będzie gminie przysługiwało"[44]. Dopiero orzeczenie Sądu Najwyższego w sposób niebudzący wątpliwości rozstrzygnęło zagadnienie zakresu stosowania przepisu ust. 2 art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Biorąc pod uwagę dopiero to orzeczenie SN można udzielić jednoznacznej

[41] *Ibidem*.
[42] Uchwała SN z 7 października 2008 r., sygn. Akt III CSK 122/08.
[43] Uchwała SN z 25 listopada 2011 r., sygn. Akt III CZP 71/11.
[44] E. Bończak-Kucharczyk, *op. cit.*

odpowiedzi, że aby to ograniczenie było skuteczne, cała nieruchomość musi być przeznaczona w planie zagospodarowania przestrzennego na cele rolne lub leśne. Nie ulega jednak wątpliwości, że przepis ust. 2 art. 109 ustawy o gospodarce nieruchomościami dotyczący ograniczenia zakresu stosowania prawa przez gminę, powinien być doprecyzowany, aby jednoznacznie wskazywał zakres przedmiotowy, biorąc pod uwagę m.in. powołane powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego.

Abstract

The article discusses the pre-emptive right of a district. The acts of law which are the basis of the constitutional pre-emptive right of a district are presented. However, the pre-emptive right of a district has a number of exceptions, which are discussed at length.

Key words: pre-emptive right, district, farmland, forest land, property management

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 109–122 (2014)

Dominika Bek
asystent, Uniwersytet Śląski, Katowice

Znaczenie odmienności kulturowej sprawcy dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Wprowadzenie

Temat artykułu mieści się w kręgu rozważań o tzw. obronie przez kulturę[1] i szerzej – ocenie karnoprawnej czynów motywowanych kulturowo. Opracowując zagadnienie adekwatnej odpowiedzi materialnego prawa karnego na odmienność kulturową sprawcy czynu, rozstrzygnąć należy problem uwzględnienia tejże odmienności przy ocenie karygodności konkretnego czynu oraz przy ocenie potrzeby kryminalizacji całych kategorii czynów warunkowanych przez kulturę. Celem pracy jest ustalenie miejsca kulturowej odmienności sprawcy pośród faktorów kształtujących ocenę społecznej szkodliwości czynu. Zasadniczą kwestią jest odpowiedź na pytanie o to, czy już *de lege lata* kulturowa zależność sprawcy i jego czynu może znaleźć swoje odzwierciedlenie w ocenie karygodności, czy też wymagałoby to nowelizacji art. 115 § 2 k.k. Przede wszystkim jednak uzasadnienia wymaga potrzeba takiego uwzględnienia.

[1] Koncepcja obrony przez kulturę (*cultural defence*) zakłada wykorzystanie argumentu przynależności sprawcy do danej grupy kulturowej, w celu wyłączenia lub ograniczenia jego odpowiedzialności bądź złagodzenia kary. Argument ten może być wykorzystywany jako strategia obrony w postępowaniu karnym, bądź jako uzasadnienie tworzenia i stosowania narzędzi prawa karnego materialnego, zmierzających do modyfikacji odpowiedzialności karnej na korzyść osób kulturowo odmiennych. Bezkrytyczne stosowanie obrony przez kulturę niesie oczywiście zagrożenia, np. ryzyko naruszania praw człowieka (zwłaszcza kobiet czy dzieci), zasady równości wobec prawa (uprzywilejowanie jednych grup kosztem innych), utrwalania negatywnych stereotypów na temat mniejszości kulturowych oraz naruszenia spójności systemu prawa karnego. (O. Sitarz, *Culture defence a polskie prawo karne*, „Archiwum Kryminologii" 2007–2008, t. 29–30; S. Sykuna, J. Zajadło, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę*, „Przegląd Sądowy" 2007, nr 6; J. Bojarski, M. Leciak, *Polskie interkulturowe prawo karne (?) – niektóre aspekty tzw. obrony przez kulturę*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012.

Pojęcie społecznej szkodliwości czynu zabronionego i charakter katalogu z art. 115 § 2 k.k.

Na wstępie poczynić wypada pewne ustalenia, które stanowić będą punkt wyjścia do dalszych rozważań[2]. „Społeczna szkodliwość" dość powszechnie uznawana jest za pojęcie o dwojakim charakterze. Odróżnić trzeba bowiem oceny dokonywane przez ustawodawcę na etapie kryminalizacji danej kategorii zachowań, od tych przeprowadzanych przez organy wymiaru sprawiedliwości wobec konkretnego czynu zabronionego[3]. W niniejszym tekście przyjmuje się za Robertem Zawłockim rozróżnienie terminologiczne, idące w ślad za dualistycznym charakterem omawianej instytucji[4]. Ujemna zawartość kategorii czynów stanowiąca podstawę ich kryminalizacji i penalizacji nazywana będzie społecznym niebezpieczeństwem. Natomiast element struktury przestępstwa weryfikowany przez organy wymiaru sprawiedliwości na płaszczyźnie konkretnego czynu zabronionego i decydujący m.in. o jego karygodności, nazywany będzie społeczną szkodliwością. Choć powyższe rozróżnienie nie jest zbyt rozpowszechnione i nie pokrywa się idealnie z leksykalnym znaczeniem zwrotów „społeczne niebezpieczeństwo" i „społeczna szkodliwość", to z pewnością pełni funkcję porządkującą. Ponadto upływ czasu pozwala już odciąć się od historycznego kontekstu użycia tych zwrotów. Niniejszy artykuł koncentruje się na społecznej szkodliwości rozumianej jako element struktury przestępstwa.

Akceptacja tezy o dwoistym charakterze tego, co powszechnie nazywa się społeczną szkodliwością czynu, dodatkowo wzmacnia nienowe twierdzenie, że art. 115 § 2 k.k. wyznacza jedynie przedmiot oceny społecznej szkodliwości konkretnego już czynu, a nie podstawę kryminalizacji. Nie oznacza to oczywiście, że podstawy oceny społecznego niebezpieczeństwa są diametralnie różne od tych zaprezentowanych w słowniczku ustawowym, a jedynie – że ustawodawca podejmując decyzję o kryminalizacji, nie jest tym katalogiem związany. Uznać należy też w ślad za innymi autorami[5], że katalog z art. 115 § 2 k.k. wyznacza zakres przedmiotu oceny stopnia społecznej szkodliwości, a nie kryteria tej oceny. Cenną w tym kontekście jest uwaga Ewy Plebanek, że

---

[2] Szersze uzasadnienie przyjętych poglądów zob.: D. Bek, *Konstrukcja katalogu czynników kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu a granice kryminalizacji*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013, s. 129–138.

[3] E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 17 i nast.; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 97.

[4] *Ibidem*.

[5] *Ibidem*, s. 175 i nast.; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 252; A. Grześkowiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, s. 635.

„umieszczenie w ustawie karnej «kwantyfikatorów» [kryteriów oceny – D.B.] kłóciłoby się z podstawowymi założeniami idei wprowadzenia do kodeksu karnego pojęcia społecznej szkodliwości czynu. Praktyczny walor tej instytucji na płaszczyźnie stosowania prawa to właśnie danie możliwości prawidłowego wartościowania i oceniania przypadków nietypowych, dla których generalna, abstrakcyjna ocena może okazać się nieadekwatna do tego stopnia, że zastosowanie normy sankcjonującej byłoby sprzeczne z zasadami państwa prawa"[6].

Z perspektywy tematu opracowania doniosłą kwestią jest konstatacja tycząca zamkniętego charakteru omawianego katalogu. Przyjęcie tego założenia oznacza bowiem, że jeżeli ma się, *de lege lata*, przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości uwzględniać odmienność kulturową sprawcy, to musi ona znaleźć swoje odzwierciedlenie w którymś z elementów katalogu. Na interpretację przepisu jako wyznaczającego katalog zamknięty wskazują chociażby rezultaty wykładni językowej. Brak tu bowiem zwrotów, które pozwalałyby na przyjęcie tezy o eksplikatywnym charakterze wyliczenia[7]. Słusznie zauważa R. Zawłocki, że uwzględnienie w ocenie społecznej szkodliwości elementów niewymienionych w przepisie art. 115 § 2 k.k. sprzeczne byłoby z zasadą *nullum crimen sine lege*[8]. *Pełne otwarcie katalogu doprowadziłoby de facto* do przyjęcia całościowego (uniwersalnego) ujęcia przedmiotu oceny w miejsce ujęcia kompleksowego (przedmiotowo-podmiotowego), a tym samym katalog z § 2 stałby się fikcją. Dowolność w zakresie dobierania przedmiotu oceny społecznej szkodliwości stanowiłaby naruszenie gwarancyjnej funkcji prawa karnego i stwarzałaby pole do nadużyć znanych już z poprzedniej epoki[9]. Trafnie wskazuje też Jarosław Majewski, że rozszerzająca interpretacja omawianego katalogu niejednokrotnie stałaby w sprzeczności z zasadą *in dubio pro reo* oraz *nullum crimen sine lege stricta*[10].

Akceptacja płynących z podstawowych zasad prawa karnego wniosków o niedopuszczalności swobodnego doboru przedmiotowego zakresu oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nie daje jeszcze jednoznacznej wskazówki co do elementów kształtujących tę ocenę. Interesującą koncepcję w tym zakresie prezentuje Tomasz Kaczmarek, zdaniem którego katalog sfor-

[6] E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253.

[7] *Ibidem*, s. 271.

[8] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 210.

[9] T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 133.

[10] J. Majewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1166–1167.

mułowany przez ustawodawcę w przepisie art. 115 § 2 k.k. jest zamknięty, ale „w tym i tylko w tym znaczeniu, że pozostawiający poza jego zakresem wszystkie te właściwości sprawcy, czy takie okoliczności kontekstu sytuacyjnego czynu, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotowo-podmiotowymi znamionami popełnionego czynu”[11]. Autor, choć aprobuje zadekretowane przez ustawodawcę kompleksowe ujęcie przedmiotu oceny społecznej szkodliwości, za rozsądne uznaje otwarcie katalogu w granicach przedmiotowo-podmiotowych, kładąc przy tym szczególny nacisk na kształtujące stronę podmiotową właściwości osobiste sprawcy[12]. Wydaje się, że trudno jest obronić taką interpretację przepisu art. 115 § 2 k.k. w jego obecnej postaci. Nawet potraktowanie koncepcji T. Kaczmarka jako postulatu *de lege ferenda*, spotkać by się mogło ze słusznym zarzutem zacierania różnicy między przestępnością czynu a karalnością jego sprawcy[13]. Pamiętać wszak trzeba, że stopień społecznej szkodliwości wpływa nie tylko na dobór reakcji prawnokarnej, ale też na samą przestępność czynu zabronionego, a różnicowanie tej ostatniej z uwagi na nienależącą wprost do znamion cechę podmiotu (nawet związaną z samym czynem, jak chce T. Kaczmarek) sprzeczne byłoby z zasadą równości wobec prawa.

W kierunku poszerzenia przedmiotu oceny społecznej szkodliwości czynu zmierzają też, jak się zdaje, poglądy R. Zawłockiego. Choć przyznaje on, że katalog z art. 115 § 2 k.k. jest zamknięty, równocześnie stwierdza, iż analizowany przepis nie zawiera wyczerpującego katalogu okoliczności uwzględnianych przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości, gdyż do zakresu oceny społecznej szkodliwości wchodzą zarówno elementy wymienione w art. 115 § 2 k.k. (nawet jeśli nie należą do znamion czynu), jak i niewymienione w tym przepisie, a obecne w ustawowym opisie danego czynu[14]. Wśród „pominiętych” elementów autor wymienia: rodzaj i charakter zagrożonego dobra, rodzaj i charakter wyrządzonej szkody, rodzaj i charakter naruszonych obowiązków oraz rodzaj i wagę naruszonych uprawnień, wagę naruszonych reguł ostrożności, świadomość sprawcy naruszającego reguły ostrożności[15]. Takie zestawienie okoliczności sugeruje, że R. Zawłocki także pragnie pozostać w granicach przedmiotowo-podmiotowych, przy czym, wychodząc poza zakres wytyczony przepisem art. 115 § 2 k.k., ściśle chce trzymać się znamion danego czynu zabronionego. Ujęcie takie pozwala na odparcie zarzutu

[11] T. Kaczmarek, *op. cit*., s. 143–144.

[12] *Ibidem*, s. 139–144.

[13] A. Zoll, *Materialnoprawna problematyka warunkowego umorzenia postępowania*, Warszawa–Kraków 1973, s. 67.

[14] R. Zawłocki, *op. cit*., s. 210–212.

[15] *Ibidem*, s. 210.

naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, pozostaje jednak w sprzeczności z językowym komunikatem zawartym w słowniczku ustawowym i jego wykorzystanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości wymagałoby, jak się zdaje, nowelizacji przepisu. W obecnym kształcie katalog ma zatem charakter zamknięty w ścisłym tego słowa znaczeniu i nie może być poszerzany o elementy wprost w nim nie wyrażone. Zaznaczyć też trzeba, że postulowane przez R. Zawłockiego uwzględnianie znamion czynu zabronionego przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości konkretnego zachowania może w pewnym zakresie okazać się zbędne, gdyż wpływ tych czynników na społeczną szkodliwość dostrzegł już sam ustawodawca kreując typ przestępstwa i dobierając sankcję.

Dla opracowywanego tematu istotne wydaje się też pytanie o to, czy oceniając społeczną szkodliwość konkretnego czynu sąd powinien uwzględniać tylko te elementy omawianego katalogu, które znajdują odzwierciedlenie w ustawowym opisie ocenianego czynu zabronionego, czy też wręcz przeciwnie, tylko te, które w opisie czynu nie występują, czy w końcu każdorazowo winien poddać ocenie wszystkie składniki katalogu. W tym kontekście na uwagę zasługuje szeroko komentowana teza Sądu Najwyższego, zgodnie z którą „gdy przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu pominięto okoliczności wymienione w tym przepisie, lub wzięto pod uwagę okoliczności niewymienione w art. 115 § 2 k.k., zasadnie można podnieść zarzut obrazy prawa materialnego”[16]. Aprobatę dla tej tezy SN wyraża m.in. Alicja Grześkowiak podkreślając związki ujęcia społecznej szkodliwości z przepisami procedury karnej[17]. Przeciwny pogląd prezentuje R. Zawłocki, zdaniem którego przepis art. 115 § 2 k.k. zawiera również elementy, które mogą nie dotyczyć konkretnie rozpatrywanego typu czynu zabronionego. Autor wywodzi, że do konkretnego czynu odnoszone mogą być tylko te elementy omawianego katalogu, które mają swoje odpowiedniki w danym typie czynu[18]. Podejście takie spotkało się ze zdecydowaną krytyką T. Kaczmarka. Autor zarzuca R. Zawłockiemu ignorowanie tych okoliczności, które choć nie należą do znamion typu, uzupełniają jego opis w przypadku konkretnego czynu (np. popełnienie zabójstwa w obecności małoletniego)[19]. Przedstawioną krytykę uznać trzeba za uzasadnioną, dodając jeszcze, że interpretacja zaprezentowana przez R. Zawłockiego zdaje się stać w sprzeczności z założeniami przyświecającymi twórcom obowią-

[16] Wyrok SN z 12 grudnia 2006 r., IV KK 395/06, OSNwSK 2006/1/2413.
[17] A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 635.
[18] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 197.
[19] T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 145–146.

zującego kodeksu karnego[20]. Równocześnie R. Zawłocki słusznie zwraca uwagę na ryzyko tkwiące w pozbawionym ograniczeń uwzględnianiu kolejnych czynników kształtujących społeczną szkodliwość czynu zabronionego, a związane z nadmierną ogólnikowością niektórych składników omawianego katalogu, zwłaszcza „okolicznościami popełnienia czynu"[21]. Oznacza to jednak tylko tyle, że elementy te wymagają doprecyzowania w drodze nowelizacji lub zawężającej wykładni przepisu, a nie wymusza ograniczania oceny stopnia społecznej szkodliwości jedynie do znamion czynu zabronionego. Zresztą i sam R. Zawłocki ostatecznie uznaje, że przy ocenie karygodności uwzględniać można też elementy wskazane w art. 115 §2 k.k., choć nieobecne w ustawowym opisie czynu (wynikające z treści karnoprawnego zakazu)[22].

Jeszcze dalej w swych poglądach idzie E. Plebanek, zdaniem której wpływ okoliczności, która została umieszczona w znamionach typu na stopień społecznej szkodliwości czynu, został już dostrzeżony na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej i nie ma potrzeby uwzględniania jej po raz kolejny przy ocenie dokonywanej w oparciu o art. 115 § 2 k.k., nawet jeśli występuje w atypowo wysokim lub atypowo niskim natężeniu[23]. Faktycznie samo wystąpienie któregoś ze znamion czynu nie może modyfikować oceny stopnia jego społecznej szkodliwości[24]. Już jednak natężenie pewnej ustawowej cechy czynu (o ile jest stopniowalna) może mieć znaczenie dla oceny stopnia jego szkodliwości w świetle art. 115 § 2 k.k., zwłaszcza na etapie wymiaru kary. Koncepcja E. Plebanek, zgodnie z którą natężenie znamion należy uwzględniać nie wprost, a poprzez elementy wyrażone w przepisie art. 115 § 2 k.k., wydaje się *de facto* prowadzić do takich samych efektów.

Ostatecznie więc zgodzić się można, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu każdorazowo powinno się brać pod uwagę wszystkie elementy wymienione § 2 art. 115 k.k., z tym, że wyrażony przez SN zakaz pomijania składników katalogu nie powinien być rozumiany zbyt rygorystycznie. Wzięcie pod uwagę danego czynnika sprowadzać się może wszak do

[20] Z uzasadnienia projektu kodeksu karnego: „W celu ujednolicenia praktyki wprowadza się określenie elementów decydujących o wystąpieniu społecznej szkodliwości i wpływających na jej stopień. Są to elementy czynu, które składają się na jego stronę podmiotową i przedmiotową. Nie muszą być one jednak konkretyzacją czynu zabronionego. Np. na stopień społecznej szkodliwości przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo wpływać będzie to, czy określone dobro zostało w rzeczywistości zagrożone, uszkodzone lub zniszczone, chociaż okoliczności te nie należą do znamion typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo".

[21] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 201 i nast.

[22] *Ibidem*, s. 212.

[23] E. Plebanek, *op. cit.*, s. 272.

[24] *Ibidem*, s. 269.

stwierdzenia braku jego występowania w konkretnym przypadku (np. brak naruszenia dobra)[25], bądź do uznania, że element ten został już wyczerpująco uwzględniony przez ustawodawcę w opisie czynu zabronionego.

Miejsce czynnika kulturowego pośród elementów kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Przechodząc do sedna, wskazać należy przyczyny, dla których kultura sprawcy powinna być dostrzegana przez organy wymiaru sprawiedliwości. Światowej sławy orędowniczka obrony przez kulturę, profesor nauk politycznych i antropolog Alison D. Renteln słusznie zwraca uwagę na to, że normy kulturowe często są internalizowane przez jednostki w sposób nieświadomy, a równocześnie w dużym stopniu determinują ich zachowanie[26]. Jej zdaniem, uwzględnianie imperatywów kulturowych w procesie wymiaru sprawiedliwości nie różni się wiele od brania pod uwagę innych społecznych atrybutów, takich jak płeć, wiek czy stan psychiczny, a to jest obecnie powszechną praktyką[27]. Zaznaczyć wypada, że przynależność kulturowa sprawcy będzie miała wówczas doniosłe znaczenie, gdy reprezentuje on kulturę odmienną od dominującej, gdyż to właśnie kultura większości społeczeństwa znajduje zwykle odzwierciedlenie w normach lokalnego prawa karnego[28], a postępowanie w myśl kultury odmiennej prowadzić może do naruszenia tych norm[29]. Akceptacja argumentów obrony przez kulturę

[25] *Ibidem*, s. 255.

[26] Warto tu przywołać, przykładowo, koncepcję *folkways, morales and laws* Williama G. Sumnera (W.G. Sumner, *Naturalne sposoby postępowania w gromadzie*, Warszawa 1995), która tłumaczy siłę zwyczaju i norm moralnych.

[27] A.D. Renteln, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, „Canadian Journal of Law and Society" 2005, Vol. 20, No. 1, s. 47–48.

[28] P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2005, s. 272–273.

[29] Czyny członków mniejszości kulturowej uznawane za przestępstwa przez system prawny kultury dominującej, a równocześnie usprawiedliwiane lub aprobowane przez kulturową grupę sprawcy czynu, nazywane są przestępstwami kulturowymi. Wyróżnia się kilka typów *cultural offences*:

a. sprawca świadomie wyrządza pokrzywdzonemu szkodę, ale czyni to w imię wyższych wartości uznawanych przez swoją odrębną kulturę, tradycję, religię; np. tzw. honorowe zabójstwa, odmowa zgody na transfuzję krwi dziecka, a u Romów np. samosąd;
b. sprawca nie działa w zamiarze wyrządzenia komuś krzywdy i w jego przekonaniu nikomu krzywda się nie dzieje, zwykle nie ma świadomości łamania prawa, np. wielożeństwo, medycyna ludowa czy spotykane u Romów małżeństwo z małoletnią;
c. sprawca nikomu nie wyrządza szkody, ale – świadomie lub nie – narusza przepisy typu karnoadministracyjnego, np. brak odpowiedniego ubioru, odmowa służby wojskowej, ale też legitymowanie się dokumentem poświadczającym cudzą tożsamość (zob.: A. Phillips, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in English Courts*, „Modern Law Review" 2003, Vol. 66, s. 19–20; O. Sitarz, *op. cit.*, s. 650–651).

nie oznacza jeszcze, że przynależność sprawcy do danej kultury powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie akurat w procesie oceny społecznej szkodliwości jego czynu. Zwłaszcza, że jak łatwo zauważyć, wymienione przez A.D. Renteln inne „społeczne atrybuty", nie znajdują w polskim prawie karnym przełożenia na ocenę społecznej szkodliwości czynu, a raczej na ocenę zawinienia bądź wyłącznie na wybór reakcji na czyn.

Czy katalog zawarty w przepisie art. 115 § 2 k.k. pozwala zatem na uwzględnienie czynnika kulturowego w zakresie przedmiotu oceny stopnia społecznej szkodliwości? Aby odpowiedzieć na to pytanie, dokonać trzeba przeglądu elementów wyznaczających ten zakres. Ustawodawca w omawianym katalogu wylicza następujące czynniki natury przedmiotowej i podmiotowej: rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia. Pamiętając o założeniu dotyczącym zamkniętego charakteru przywołanego wyliczenia, to właśnie pośród tych faktorów odnaleźć należałoby czynnik kulturowy. Zauważyć trzeba, że większość z wymienionych wyżej pojęć wykazuje pewną zależność kulturową. To, jak ocenia się rodzaj i charakter naruszonego dobra zależeć będzie wszak od przyjmowanej hierarchii wartości, ta zaś kształtowana jest przez kulturę[30]. Podobnie będzie z postrzeganiem obowiązków czy zasad ostrożności. Pamiętać trzeba jednak, że ocena wspomnianych czynników dokonywana jest w postępowaniu karnym przez sąd, ewentualnie prokuratora, a nie przez sprawcę czynu. Subiektywna ocena sprawcy tycząca wartości naruszonego dobra czy wagi naruszonych reguł, nie powinna znaleźć odzwierciedlenia w procesie oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, podobnie jak odczucia pokrzywdzonego nie mogą wyznaczać rozmiarów wyrządzonej szkody[31]. Odrębnym już zagadnieniem są kryteria oceny stosowane przez samych przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości; ta kwestia zostanie poruszona jednak niżej. W zakreślonym kontekście, na szczególną uwagę zasługują dwa elementy: okoliczności popełnienia czynu oraz motywacja sprawcy.

Analizując pojęcie „okoliczności popełnienia czynu" rozważyć należy dwie zasadnicze koncepcje pojawiające się w literaturze: ujęcie wąskie, każące poprzestać na uwzględnieniu okoliczności należących do znamion danego czynu zabronionego oraz szersze – pozwalające wziąć pod uwagę także inne okoliczności faktyczne czynu, w tym, jak wolno przypuszczać, kontekst kulturowy. Za słusznością pierwszego ujęcia opowiada się m.in. R. Zawłocki

[30] Zob. np.: D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocław 2008, s. 152.
[31] E. Plebanek, *op. cit.*, s. 265–266.

pisząc, że wszystkie okoliczności zachowania niestypizowane przez ustawodawcę znajdują się poza zakresem oceny stopnia społecznej szkodliwości[32]. Zdanie skrajnie odmienne prezentuje przykładowo Violetta Konarska-Wrzosek, twierdząc, że „okoliczności popełnienia czynu jako miernik społecznej szkodliwości konkretnego zachowania nagannego […] ma znaczenie przede wszystkim wtedy, gdy nie należy do znamion ustawowych przestępstwa"[33]. W opinii reprezentowanej w niniejszym tekście do oceny okoliczności popełnienia czynu ma zastosowanie generalna zasada przedstawiona już wyżej, że okoliczności uwzględnione przez ustawodawcę w opisie czynu nie wymagają ponownego uwzględnienia w ramach oceny społecznej szkodliwości konkretnego zachowania, o ile nie występują w atypowo niskim lub atypowo wysokim natężeniu. Przyjmując zatem ujęcie szersze, zgodzić się wypada z autorami, którzy zwracają uwagę na to, że zwrot „okoliczności popełnienia czynu" jest wyjątkowo enigmatyczny i wymaga dookreślenia[34]. W orzecznictwie popularność zyskał pogląd J. Majewskiego, zgodnie z którym chodzi tu wyłącznie o czas (np. w porze nocnej), miejsce (np. za granicą, w miejscu publicznym) oraz tzw. kontekst sytuacyjny zachowania się (na oczach tłumu, we współdziałaniu z nieletnim lub w jego obecności, w reakcji na naganne zachowanie się pokrzywdzonego itp.)[35]. Przy takim założeniu kontekst kulturowy zdarzenia mógłby znaleźć odzwierciedlenie tylko w bardzo ograniczonym zakresie. Istotna mogłaby się tu okazać ocena, czy okoliczności czynu potwierdzają, że sprawca realizował założenia swojej kultury (zachowywał się zgodnie z faktycznie funkcjonującym wzorcem kulturowym) oraz to, czy ewentualny pokrzywdzony także akceptował dany zwyczaj.

Pole dla *cultural defense* wytycza także wskazanie przez ustawodawcę na motywację sprawcy jako czynnik kształtujący ocenę społecznej szkodliwości. W ujęciu historycznym uwagę zwraca rezygnacja ustawodawcy z tradycyjnego podziału bodźców kształtujących stronę podmiotową czynu na motyw i pobudkę oraz uwzględnienie w katalogu z art. 115 § 2 k.k. jedynie motywacji sprawcy. Powszechnie, w pewnym uproszczeniu, motyw rozumiany jest jako przeżycie psychiczne o charakterze intelektualnym, zaś pobudka – jako przeżycie emocjonalne, na podłożu którego powstaje motyw[36]. Choć dawny podział wciąż znajduje praktyczne zastosowanie, to porzucenie przez ustawodawcę pojęcia pobudki, każe zgodzić się z tymi autorami, którzy przyjmują,

[32] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 201–202.

[33] V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 88–89.

[34] J. Majewski, *op. cit.*, s. 1170.

[35] *Ibidem*.

[36] K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 347, A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 643.

że motywacja jest pojęciem zbiorczym, obejmującym oprócz elementów intelektualnych także emocje sprawcy, które są siłą napędową jego zachowania[37]. Zresztą rację ma chyba Magdalena Budyn, pisząc, że nie da się wyizolować sfery intelektualnej człowieka od jego emocji, a jedynie można opisać emocjonalny lub poznawczy aspekt danego procesu motywacyjnego[38]. Zdaniem Janusza Reykowskiego, motywacja to „pojęcie ogólne oznaczające takie zjawiska jak intencja, zamiar, chęć, pragnienie, życzenie, zainteresowanie czymś, obawa przed czymś itp. Wszystkie wymienione terminy mają jedną cechę wspólną – oznaczają wystąpienie w człowieku «tendencji kierunkowej», czyli gotowości do zmierzania ku określonym celom. Ta gotowość może być mniej lub bardziej świadoma, mniej lub bardziej precyzowana"[39]. Motywacja zatem tłumaczy, dlaczego sprawca dopuścił się przestępstwa, ale nie jest identyczna z zamiarem przestępnym w karnoprawnym tego słowa znaczeniu. Co więcej, ocena motywacji może okazać się istotna także w ramach analizy przestępstwa nieumyślnego, a więc takiego czynu, który nie był przez sprawcę zamierzony[40]. Każde bowiem zachowanie sprawcy, w myśl najpowszechniejszych koncepcji czynu, charakteryzuje się pewną celowością[41] i jest tak także wtedy, gdy tym celem nie jest realizacja znamion czynu zabronionego, a ich wypełnienie następuje w wyniku niedbalstwa czy lekkomyślności. Różnorodność motywów i pobudek kierujących zachowaniem człowieka sprawia, że ocena motywacji może zarówno obniżyć, jak i podnieść ogólną ocenę poziomu szkodliwości czynu sprawcy[42]. Równocześnie trzeba mieć na uwadze, że motywacja nie jest nigdy jedynym faktorem kształtującym ocenę stopnia społecznej szkodliwości i każdorazowo usytuowana jest w całym kompleksie czynników wskazanych przez art. 115 § 2 k.k. Słusznie jednak zauważa J. Majewski, że motywacji nie należy marginalizować, gdyż niejednokrotnie to właśnie ona w zasadniczy sposób zmienia społeczną ocenę zamachu na to samo dobro, co znajduje odzwierciedlenie w sank-

[37] Z. Sienkiewicz, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Tom 1: Art. 1–116*, red. O. Górniok et al., Gdańsk 2005, s. 525; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 254–256; M. Królikowski, S. Żółtek, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom 2: Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2011, s. 312.

[38] M. Budyn, *Motywacja zasługująca na szczególne potępienie (próba analizy)*, „Prokuratura i Prawo" 2000, nr 9, s. 26.

[39] J. Reykowski, *Z zagadnień psychologii motywacji,* Warszawa 1970, s. 18.

[40] A. Wąsek, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok…, s. 805; W. Wróbel, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 767–768; M. Królikowski, S. Żółtek, *op. cit.*, s. 312.

[41] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2012, s. 71–72; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 96; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2011, s. 153.

[42] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 207–208; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 267–268.

cjach poszczególnych typów[43]. Bardzo silną motywacją poczynań ludzkich może okazać się właśnie czynnik kulturowy. Kiedy kulturowe zakorzenienie jednostki jest odmienne od kultury ogółu reprezentowanej w normach prawa karnego, przywiązanie do rodzimej kultury prowadzić może do naruszenia tych norm. Zwłaszcza, że, jak zauważa Wojciech Dziedziak, „generalnie wydaje się, że ludzie w swojej codziennej praktyce często kierują się normami moralnymi, poglądami grupy, zwyczajami, a nie świadomością obowiązywania prawa i zagrożeniem dolegliwością"[44]. Obok imperatywów czysto kulturowych kształtujących postawę jednostki, istotne znaczenie może mieć też presja najbliższego otoczenia, tym silniejsza, im bardziej przedstawiciele mniejszości kulturowej czują się zagrożeni i zdominowani przez kulturę większościową. Okoliczności te mieszczą się bez wątpienia w zakresie „motywacji", mogą więc wpłynąć na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu nimi motywowanego. Założyć można, że w zdecydowanej większości przypadków, o ile nie we wszystkich, będzie to czynnik wpływający na pewne obniżenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, przy, rzecz jasna, uwzględnieniu całego katalogu z art. 115 § 2 k.k.

Kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego

Ostatni obszar rozważań stanowią kryteria oceny stopnia społecznej szkodliwości. Stwierdzenie, że kultura sprawcy może znaleźć się w zakresie przedmiotu oceny, nie daje jeszcze bowiem odpowiedzi na pytanie o to, kiedy może ten stopień obniżyć i, tym samym, złagodzić bądź nawet wyłączyć odpowiedzialność. W literaturze można napotkać skrajne poglądy na temat potrzeby istnienia tzw. kwantyfikatorów oceny: od całkowitej negacji takiej potrzeby[45] oraz uznania, że jedynym punktem odniesienia jest dojrzałość i świadomość sędziów, którzy nie powinni być w tym zakresie ograniczani, aż po formułowanie mniej lub bardziej precyzyjnych kryteriów. Zdaniem R. Zawłockiego uznanie, że kryteria oceny są niezbędne, nie musi prowadzić do sytuacji, w której sąd staje się narzędziem „kwantyfikatorów", gdyż wciąż pozostaje luz decyzyjny. Równocześnie zaś, przyjęcie jednolitego kryterium oceny chroni przed niedozwolonym oportunizmem[46]. Autor prezentuje i poddaje krytyce

[43] J. Majewski *op. cit.*, s. 1168. Autor prezentuje zjawisko na trafnym przykładzie różnych typów zabójstwa z art. 148 § 1, art. 148 § 2 pkt 3 oraz 150 § 1 k.k.

[44] W. Dziedziak, *Działanie motywacyjne sankcji prawnych i moralnych*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2005, nr 5, s. 30.

[45] J. Zientek, *Karygodność i wina jako przesłanki odpowiedzialności karnej w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo" 1998, nr 6, s. 29–30; E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253.

[46] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 220.

bogaty katalog takich kryteriów: kryterium interesu władzy, kryterium interesu społeczeństwa, kryterium „probabilistyczno-utylitarno-celowościowe", kryterium dobra prawnego, kryterium reguł społecznej tolerancji i kryterium obiektywnej antyspołeczności[47]. Odrzucając mniej lub bardziej zdecydowanie, wszystkie przedstawione koncepcje, autor proponuje własne kryterium oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, nazwane przez niego kryterium sprawiedliwej odpłaty[48]. R. Zawłocki odwołuje się tu do społecznego poczucia sprawiedliwości wyrównawczej opartego na rozciągniętej na ogół społeczeństwa teorii słuszności (Adams) oraz koncepcjach „tożsamości społecznej" (Taifel, Turner, Abrams, Hogg) i „względnej deprywacji" (Merton, Kitt)[49]. Stwierdza dalej, że „«sprawiedliwa» ocena społecznej szkodliwości popełnionego czynu zabronionego sprowadzałaby się zatem do odniesienia go do całokształtu etycznych wartości społecznych, tj. aksjologii właściwej dla określonego demokratycznego państwa prawnego. Chodzi więc o swoiste zestawienie systemu wartości z określonym zamachem na daną wartość (wartości) należące do tego systemu i wskazanie, czy i na ile zamach ten zasługuje na wybraną reakcję karnoprawną (chociażby w postaci uznania, że sprawca tego zamachu popełnił przestępstwo)"[50]. Ostatecznie jednak R. Zawłocki dochodzi do wniosku, że „przedstawiona koncepcja sprawiedliwej odpłaty właściwie nie odwołuje się do pojęć praktycznie weryfikowalnych dlatego, że pojęcie «sprawiedliwości» jest w znacznej mierze intuicyjne"[51]. Zatem wbrew pozorom, koncepcja R. Zawłockiego zdaje się być zbieżna z tezą E. Plebanek, że ustalenie jakichś ścisłych mierników ilościowych kształtujących ocenę stopnia społecznej szkodliwości nie tylko przeczyłoby idei instytucji, ale też po prostu nie byłoby możliwe[52]. Rezygnacja ze ścisłych kryteriów nie oznacza wszak, że nie można wskazać pewnego punktu odniesienia właściwego dla tej oceny.

R. Zawłocki zasadnie podkreśla silny związek prawa karnego z przyjmowanym w społeczeństwie systemem wartości[53]. Ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu dokonywana musi być zatem w oparciu o szeroko uznaną aksjologię. Zasadniczym źródłem poznania tej aksjologii, dostępnym dla przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości, jest system prawny,

[47] *Ibidem*, s. 219–253.

[48] *Ibidem*, s. 253–264.

[49] Przywołane koncepcje R. Zawłocki omawia za: *Psychologia społeczna. Encyklopedia Blackwella (The Blacwell Encyclopedia of Social Psychology)*, red. A.S.R. Manstead, M. Hewstone (red. wyd. pol. J. Czapiński), Warszawa 1996.

[50] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 263.

[51] *Ibidem*.

[52] E. Plebanek, *op. cit.*, s. 253–254.

[53] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 254.

a zwłaszcza ustawa zasadnicza i sam kodeks karny z jego gradacją sankcji. Już zadaniem ustrojodawcy, a nie sędziego czy prokuratora jest uwzględnienie w aktach prawa hierarchii wartości służącej, w możliwie szerokim zakresie, dobru społeczeństwa i odzwierciedlającej dominujące w społeczeństwie przekonania[54].

Słusznie zauważa R. Zawłocki, że kryterium oceny powinno być stosowane tak samo wobec wszystkich grup społecznych bez względu na odrębności kulturowe[55]. Czyn motywowany kulturowo może być zatem uznany za szkodliwy społecznie w niższym stopniu, tylko z uwagi na wartości cenione w kulturze wyrażonej w aksjologii danego systemu prawnego, a nie ze względu na aksjologię alternatywną, zaczerpniętą z odmiennej kultury.

Podsumowanie

Kultura sprawcy może zatem znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości jego czynu w dość ograniczonym zakresie. Wniosek ten jednak nie powinien zaskakiwać, gdyż zgodny jest z rolą, jaką się przypisuje społecznej szkodliwości w strukturze przestępstwa. Proces oceny społecznej szkodliwości ma dać odpowiedź na pytanie, czy i w jakim stopniu czyn zabroniony naruszył porządek społeczny i to właśnie z tej społecznej perspektywy ocena ta pomaga ustalić, czy czyn sprawcy powinien się spotkać z reakcją karnoprawną (jest karygodny). Nie może przy tym umknąć uwadze fakt, że uznanie czynu obcego kulturowo za szkodliwy społecznie w stopniu wyższym niż znikomy, nie przesądza jeszcze o winie i odpowiedzialności sprawcy. To już jednak temat wymagający odrębnego opracowania.

Abstract

Subject of the paper is contained in reflections on the cultural defense. The author tries to determine the importance of offender's culture for assessing the degree of social noxiousness of his criminal act. The analysis is based on the Polish Criminal Code.

Key words: social harmfulness of the criminal act, motivation of the perpetrator, cultural defence

[54] Ciekawe uwagi dotyczące tzw. powszechnej moralności zamieszcza np. M. Budyn, *op. cit.*, s. 31.

[55] R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 226.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 123–142 (2014)

Dorota Mieczkowska
doktorant, Uniwersytet w Białymstoku

Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych

Wprowadzenie

Wejście w życie kodeksu karnego z 1997 r.[1] oznaczało krok w stronę prowadzenia bardziej racjonalnej polityki karnej[2]. Pierwotne brzmienie danego aktu prawnego, chociaż nie zawsze doskonałe, odznacza się z reguły pewną harmonią i spójnością. Zgodnie z nieco idealistycznym założeniem o racjonalności ustawodawcy, każda z wprowadzanych zmian musi być uzasadniona i potrzebna. Nie powinno dochodzić do sytuacji „wklejania" nowego przepisu bez uwzględnienia treści pozostałych przepisów, bo prowadzi to do powstawania zjawiska braku koordynacji regulacji prawnych. Czy zatem unormowanie zakazu prowadzenia pojazdów w kodeksie karnym z 1997 r. pomimo kilku nowelizacji zachowało spójność i nie jest oderwane od pozostałych przepisów obowiązujących w polskim systemie prawa?

Kodeks karny z 1997 r. od momentu wejścia w życie był wielokrotnie nowelizowany. Przepis art. 42 k.k. ulegał przekształceniom, a obecny kształt prawny zakazu prowadzenia pojazdów jest efektem prowadzonej od lat represyjnej polityki kryminalnej państwa, skierowanej wobec określonej grupy sprawców przestępstw komunikacyjnych. Zwłaszcza niektóre osoby, które dopuściły się przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji w stanie nietrzeźwości, w stanie pod wpływem środka odurzającego lub zbiegły z miejsca określonego zdarzenia, zasługują na surowe traktowanie i powinny zostać na pewien czas albo na trwałe pozbawione prawnej możliwości prowadzenia pojazdów.

Zakaz prowadzenia pojazdów pełni przede wszystkim funkcję zabezpieczającą (ochronną), ale równie istotnym celem jest prewencyjne oddziaływanie

[1] Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

[2] A. Zoll, *Założenia politycznokryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, „Państwo i Prawo" 1998, z. 9–10, s. 41.

na sprawcę i pozostałych potencjalnych uczestników ruchu poprzez ukazanie nieopłacalności popełniania przestępstw komunikacyjnych oraz afirmację postawy polegającej na przestrzeganiu zasad bezpieczeństwa ruchu[3]. *Ratio legis* zakazu wiąże się z potrzebą czasowego wyeliminowania z ruchu osób, których dotychczasowe zachowanie, polegające na popełnieniu przestępstwa komunikacyjnego, wskazuje na duże ryzyko dla przyszłego bezpieczeństwa ruchu. Sprawcy przestępstw komunikacyjnych nie mogą czuć się bezkarni, a żadna kara nie odniesie takiego efektu, jak zakaz prowadzenia pojazdów. Pozbawienie prawa do prowadzenia pojazdów wiąże się w wielu przypadkach z szeregiem problemów w zakresie funkcjonowania we współczesnym zmotoryzowanym świecie. Widać to zwłaszcza w przypadku kierowców zawodowych, czyli grupie osób dla których prowadzenie pojazdów stanowi główne, jeśli nie jedyne źródło dochodu. Wykluczenie nawet na pewien stosunkowo krótki okres, np. rok lub dwa lata, jest dla kierowcy zawodowego bardziej dotkliwe, bo musi poszukać innego zajęcia umożliwiającego zdobycie środków na utrzymanie niż dla zwykłego człowieka, który siada za kierownicą z uwagi na wygodę tego środka transportu[4].

Wprowadzone zmiany w regulacji art. 42 k.k. spotęgowały represyjny oddźwięk zakazu, który stał się ważnym orężem w walce ze sprawcami przestępstw komunikacyjnych, w szczególności prowadzącymi pojazdy w stanie nietrzeźwości. Nieustanny rozwój motoryzacji doprowadził do sytuacji, w której właśnie przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu ruchu stały się swoistą plagą współczesnych czasów. Nie dziwi zatem ciągłe zainteresowanie ustawodawcy sprawami dotyczącymi poprawy bezpieczeństwa na polskich drogach, na których corocznie osób rannych i zabitych nie liczy się w setkach, ale w tysiącach[5].

Zakaz prowadzenia pojazdów nie jest czymś nowym w polskim prawie karnym. Wprawdzie kodeks karny z 1932 r.[6] nie przewidywał literalnie takiej kary dodatkowej, jednakże sprawcy przestępstw komunikacyjnych nie mogli

[3] M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013, s. 110; eadem, *Systematyka kar i środków karnych. Środki karne w ogólności*, [w:] *System prawa karnego*, t. 6: *Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 406–407, 415; A. Marek, *Prawo karne,* Warszawa 2011, s. 277; idem, *Kodeks karny komentarz,* Warszawa 2010, s. 130, 143–144; K. Łucarz, *Zakaz prowadzenia pojazdów jako środek polityki kryminalnej*, Wrocław 2005, s. 84–102; D. Szeleszczuk, [w:], *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2012, s. 344–345.

[4] R.A. Stefański, *Model normatywny zakazu prowadzenia pojazdów w projekcie kodeksu karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 1992, nr 1–2, s. 84.

[5] Komenda Główna Policji, Biuro Ruchu Drogowego, Zespół Profilaktyki i Analiz, *Wypadki drogowe w Polsce w 2011 r.*, Warszawa 2012, s. 6–11.

[6] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

czuć się całkowicie bezkarni. Zgodnie z art. 44 lit. c k.k. z 1932 r., możliwe było orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów w ramach kary utraty prawa wykonywania zawodu kierowcy. Niewątpliwy mankament wspomnianej regulacji wiązał się z jego ograniczonym zakresem podmiotowym – wyłącznie do kierowców zawodowych, którzy nie stanowili jeszcze w ówczesnych czasach nazbyt licznej grupy, ponieważ motoryzacja w II Rzeczypospolitej dopiero się rodziła.

Po II wojnie światowej długo nie pojawiła się żadna regulacja karna jednoznacznie normująca zakaz prowadzenia pojazdów. Sytuacja uległa zmianie na skutek wprowadzenia ustawy z 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu[7], oznaczającej przełomowy krok w postrzeganiu zagrożeń, jakie powoduje nietrzeźwy kierowca w ruchu drogowym. Po raz pierwszy w ustawie karnej znalazła się regulacja przewidująca karę dodatkową w postaci zakazu prowadzenia pojazdów. W art. 31 u.z.a. przewidziano tę karę w dwóch postaciach: kary dodatkowej utraty prawa prowadzenia pojazdów mechanicznych oraz kary dodatkowej zakazu nadawania uprawnień do prowadzenia pojazdów na czas od 6 miesięcy do lat 10. Ustawa z 1959 r. nie była tworem doskonałym, gdyż dotyczyła tylko sprawców spełniających cechy w niej wskazane. Jednym z naczelnych celów ustawy o zwalczaniu alkoholizmu było wyeliminowanie lub też ograniczenie stanu niebezpieczeństwa w ruchu komunikacyjnym (lądowym, wodnym lub powietrznym), związanego ze sprawcami przestępstw prowadzącymi pojazdy mechaniczne w stanie nietrzeźwości[8]. Twórcom wspomnianej regulacji przyświecała idea walki ze zjawiskiem alkoholizmu, dlatego zakaz prowadzenia pojazdów dotyczył wyłącznie sprawców skazanych za przestępstwa pozostające w związku z naruszeniem w stanie nietrzeźwości obowiązków prowadzącego pojazd mechaniczny.

Do czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1969 r.[9] w zakresie zakazu prowadzenia pojazdów obowiązywało kilka niezależnych od siebie regulacji prawnych: art. 31 u.z.a. przewidujący karę dodatkową zakazu prowadzenia pojazdów, a ponadto art. 48 kodeksu karnego z 1932 r. zawierający karę dodatkową utraty prawa wykonywania zawodu oraz art. 20 ust. 3 i 4 ustawy z 27 listopada 1961 r. o bezpieczeństwie i porządku na drogach publicznych[10], umożliwiający stosowanie środka o charakterze administracyjnym, polegającym na cofnięciu

[7] Dz.U. Nr 69, poz. 434 z późn. zm.

[8] Z. Sienkiewicz, *Zakaz prowadzenia pojazdów*, [w:] *System prawa karnego...*, s. 575; S. Pawela, *Kilka kwestii prawnych z zakresu nowej ustawy o zwalczaniu alkoholizmu*, „Nowe Prawo" 1960, nr 12, s. 1644.

[9] Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

[10] Dz.U. Nr 53, poz. 295 z późn. zm.

uzyskanego prawa jazdy[11]. Kodeks karny z 1969 r. jako pierwsza kodyfikacja karna wprowadzał wyraźnie karę dodatkową zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych[12]. Przepis art. 43 § 1 d.k.k. stanowił, że w przypadku skazania osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, sąd może orzec zakaz prowadzenia pojazdów. Natomiast zakaz ten orzekano obligatoryjnie, gdy sprawca przestępstwa określonego w § 1 przebywał w chwili popełnienia czynu w stanie nietrzeźwości.

Zakaz prowadzenia pojazdów w pierwotnym brzmieniu kodeksu karnego z 1997 r.

Zakaz prowadzenia pojazdów jako środek karny

Twórcy kodeksu karnego z 1997 r. wprowadzili w regulacji zakazu prowadzenia pojazdów szereg zmian, których celem było dostosowanie zakazu do aktualnych potrzeb w zakresie zwiększenia bezpieczeństwa w komunikacji[13]. Przepis art. 42 k.k. składał się pierwotnie z dwóch paragrafów, przewidujących fakultatywny (§ 1) oraz obligatoryjny (§ 2) tryb orzekania zakazu prowadzenia pojazdów. Zakaz prowadzenia pojazdów został ujęty w katalogu środków karnych (art. 39 pkt 3 k.k.). Dotychczasową nazwę „kary dodatkowe" zastąpiono inną, jak podkreślano – bardziej adekwatną – „środki karne", która miała sygnalizować samodzielny charakter tychże środków reakcji karnej, łączącej się z możliwością ich samoistnego orzekania[14]. Kary dodatkowe z istoty swej powinny stanowić dodatek, uzupełnienie kary zasadniczej, a zatem w świetle takiego rozumowania kara dodatkowa to byt niesamodzielny o drugorzędnym znaczeniu[15]. Nazwa „środki karne" być może jest nieszczególnie trafiona, ale niewątpliwie lepiej oddaje istotę tych instrumentów karania niż jej poprzedniczka.

W założeniu środki karne nie powinny z istoty swej stanowić dodatkowej dolegliwości towarzyszącej wymierzanej karze, gdyż przewidziano dla środ-

[11] Z. Sienkiewicz, *op. cit*., s. 576.

[12] Ustawa z 10 maja 1985 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego i prawa o wykroczeniach (Dz.U. Nr 23, poz. 100) rozszerzyła zakres przedmiotowy zakazu na inne pojazdy (niemechaniczne) i tak kara dodatkowa określona w art. 43 § 1 k.k. z 1969 r. przybrała postać: „zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych lub innych pojazdów".

[13] *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1998, s. 144.

[14] A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 1998, s. 203.

[15] J. Makarewicz, [w:] *Kodeks karny z komentarzem*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2012, s. 165, 188.

ków karnych inne funkcje[16]. Dolegliwość środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów jednakże niejednokrotnie z punktu widzenia osoby skazanej dorównuje uciążliwości kary. Zakaz prowadzenia pojazdów ulega zawieszeniu na czas odbywania kary pozbawienia wolności, wykonywany jest zatem w warunkach wolnościowych, tym samym rzutuje na jakości prowadzonego przez sprawcę życia. Skazany objęty zakazem przez pewien sprecyzowany w orzeczeniu sądu okres zostaje wyłączony z czynnego uczestnictwa w ruchu jako kierowca określonego rodzaju pojazdów, bądź uniemożliwia się sprawcy uzyskanie uprawnień do ich prowadzenia w czasie trwania zakazu.

Fakultatywny zakaz prowadzenia pojazdów

Zakaz prowadzenia pojazdów w świetle kodeksu karnego z 1997 r. można orzec w razie skazania osoby uczestniczącej w ruchu za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w szczególności jeżeli z okoliczności popełnionego przestępstwa wynika, że prowadzenie pojazdu przez tę osobę zagraża bezpieczeństwu w komunikacji. Fakultatywny tryb zakazu posiada ograniczony zakres przedmiotowy w tym sensie, że sąd w orzeczeniu zasądzającym zakaz prowadzenia pojazdów musi określić rodzaj pojazdów objętych zakazem, zatem nie ma możliwości posłużenia się jedynie lakonicznym stwierdzeniem, iż orzeka „zakaz prowadzenia wszystkich pojazdów". W doktrynie od lat toczy się dyskusja, czy przepis art. 42 § 1 k.k. umożliwia wydanie rozstrzygnięcia o zakazie prowadzenia pojazdów jedynie określonego rodzaju, czy też kilku (dwóch lub więcej) rodzajów pojazdów[17]. Ustawodawca posłużył się liczbą pojedynczą „rodzaj", nie mniej regulację art. 42 k.k. należy

[16] W doktrynie podkreśla się, że różnica pomiędzy środkami karnymi a karami ma charakter bardziej formalny niż merytoryczny. Środki karne nie powinny stanowić dodatkowej dolegliwości dla sprawcy przestępstwa, jednakże często ich dolegliwość przewyższa uciążliwość kary, jak ma to miejsce niejednokrotnie w przypadku zakazu prowadzenia pojazdów. Cele oraz zadania, jakie mają spełniać w założeniu środki karne, takie jak: represja, prewencja i kompensacja, w większości pokrywają się w zasadzie z karami. Należy zauważyć, że dyspozycja zawarta w art. 56 k.k. zakłada odpowiednie stosowanie zasad i dyrektyw wymiaru kary do orzekania innych środków przewidzianych w kodeksie, a więc również do środków karnych. Zatem kary i środki karne nie różnią się od siebie jakościowo, przy czym w przypadku środków karnych na pierwszy plan wysuwa się nie represja, ale pewne oddziaływanie ochronne, prewencyjne, czy też kompensacyjne. M. Melezini, *Znaczenie środków karnych w polityce kryminalnej*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 2, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012, s. 365; Z. Sienkiewicz, *Z problematyki środków karnych*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 476–477.

[17] K. Łucarz, *op. cit.*, s. 192; J. Wojciechowska, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, Warszawa 1999, s. 890.

ujmować całościowo, gdyż zarówno w § 1, jak i § 2 tegoż przepisu ma się do czynienia z jednolitym środkiem karnym w postaci zakazu prowadzenia pojazdów. Wymóg dokładnego sprecyzowania rodzaju pojazdu objętego zakazem w trybie fakultatywnym współgra z szerokim zakresem przedmiotowym zakazu prowadzenia pojazdów w razie spełniania kwalifikowanych przesłanek wskazanych w art. 42 § 2 k.k. Wydaje się zatem, że nie ma przeszkód do uznania za jak najbardziej dopuszczalne orzekanie zakazu prowadzenia kilku, ale zawsze – ściśle określonych w orzeczeniu rodzajów pojazdów, np. samochodów osobowych i motorowerów[18].

Pojazdem zgodnie z art. 2 pkt 31 p.r.d. jest: „środek transportu przeznaczony do poruszania się na drodze oraz maszyna i urządzenie do tego przystosowane". Podstawowy podział opiera się na rozróżnieniu pojazdów mechanicznych i innych pojazdów. Pojęcie pojazdu mechanicznego nie posiada definicji legalnej, aczkolwiek za trafny można uznać pogląd Sądu Najwyższego przedstawiony w uchwale z 1975 r.[19], że „pojazdem mechanicznym w ruchu lądowym w rozumieniu przepisów kodeksu karnego jest każdy pojazd drogowy czy szynowy napędzany umieszczonym w nim silnikiem, jak również maszyna samobieżna i motorower". W przepisach prawa o ruchu drogowym wyszczególniono różne rodzaje pojazdów mechanicznych, w tym m. in. pojazdy silnikowe, pojazdy samochodowe, samochód osobowy, autobusy itd. Podstawowe znaczenie przy określaniu zakresu przedmiotowego zakazu powinien mieć zawsze rodzaj pojazdu, którego sprawca prowadził w chwili popełnienia przestępstwa komunikacyjnego[20]. Orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów innego rodzaju pojazdów niż bezpośrednio związany z popełnieniem przestępstwa jest zatem dodatkowe i może być uzasadnione, m.in. potrzebą napiętnowania dokonanych przez sprawcę rażących naruszeń w zakresie podstawowych zasad bezpieczeństwa[21].

Kodeks karny z 1997 r. uwzględnił postulaty poszerzenia zakresu podmiotowego, obejmując oprócz osób prowadzących pojazdy w chwili popełnienia przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, również

[18] K. Łucarz, *Sporne problemy z zakresu przedmiotowego zakazu prowadzenia pojazdów*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2011, z. 4, s. 106–107.

[19] Uchwała pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z 28 lutego 1975 r., sygn. V KZP, OSN KW 1975, z. 3–4, poz. 33.

[20] Postanowienie SN z 29 sierpnia 2007 r., I KZP 23/07, „Prokuratura i Prawo" 2007, wkładka „Orzecznictwo", nr 11, poz. 2; wyrok SN z 28 marca 2007 r., II KK 362/06, „Prokuratura i Prawo" 2007, wkładka „Orzecznictwo", nr 9, poz. 3; wyrok SN z 10 stycznia 2007 r., III KK 437/06, „Prokuratura i Prawo" 2007, wkładka „Orzecznictwo", nr 5, poz. 3; wyrok SN z 20 stycznia 2010 r., IV KK 395/09, Lex, nr 570153; wyrok SN z 7 stycznia 2008 r., II KK 225/07, OSNwSK 2008/1/6; wyrok SN z 20 czerwca 2007 r., II KK 145/07, Lex nr 296730.

[21] R.A. Stefański, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 czerwca 1991 r., sygn. II KRN 57/91*, V KZP 1994, nr 3, poz. 83.

inne jednostki zaangażowane w sferze ruchu. Obecnie środek karny określony w art. 39 pkt 3 k.k. można orzec wobec każdej osoby uczestniczącej w ruchu[22]. W świetle art. 2 pkt 17 p.r.d.[23] uczestnikiem ruchu jest pieszy, kierujący, a także inne osoby przebywające w pojeździe lub na pojeździe znajdującym się na drodze. Istota uczestnictwa w ruchu polega zatem na faktycznym zajmowaniu pozycji „wewnątrz", a nie na „zewnątrz" systemu, jakim jest ruch komunikacyjny[24]. W końcowej części przepisu art. 42 § 1 k.k. została przez ustawodawcę sformułowana dyrektywa, zgodnie z którą sąd „w szczególności" może orzec zakaz prowadzenia pojazdów określonego rodzaju, gdy z okoliczności popełnionego przestępstwa wynika, że prowadzenie pojazdu przez tę osobę zagraża bezpieczeństwu w komunikacji[25]. Właśnie na tę część przepisu zwracają uwagę zwolennicy teorii o ograniczonym zakresie podmiotowym zakazu prowadzenia pojazdów wyłącznie do osób prowadzących pojazdy, o których umiejętnościach w zakresie kierowania pojazdami można coś powiedzieć[26]. W przypadku innych uczestników ruchu, będących sprawcami przestępstw komunikacyjnych, zwłaszcza pieszych, trudno wnioskować o ich umiejętnościach w zakresie prowadzenia pojazdów określonego rodzaju objętych zakazem prowadzenia pojazdów. Niemniej ustawodawca wyraźnie wskazał na „osobę uczestniczącą w ruchu", a nie „osobę prowadzącą pojazd", jak miało to miejsce w kodeksie karnym z 1969 r. Dyrektywa sformułowana w art. 42 § 1 *in fine* k.k. stanowi przesłankę dodatkową, wyraźnie wyodrębnioną w przepisie mającą ważne, ale nie priorytetowe znaczenie w procesie orzekania przez sąd sankcji karnych, o czym świadczy zastosowany zwrot „w szczególności". Podstawą dla orzeczenia zakazu prowadzenia pojazdów w trybie fakultatywnym jest przede wszystkim skazanie osoby uczestniczącej w ruchu za przestępstwo

[22] Postanowienie Sądu Najwyższego z 11 października 2001 r., sygn. I KZP 24/01, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2002, z. 7–8, poz. 110.

[23] Ustawa z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, Dz.U. z 1997 r. Nr 98, poz. 602 z późn. zm.

[24] J. Kochanowski, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 1991, s. 173–175; K. Łucarz, *Nowa regulacja podmiotu zakazu prowadzenia pojazdów*, Wrocław 2001, s. 13 i nast.

[25] R.A. Stefański, *Podmiot zakazu prowadzenia pojazdów*, „Prokuratura i Prawo" 1999, nr 7–8, s. 114.

[26] Wąskie ujęcie ograniczające podmiot zakazu prowadzenia pojazdów wyłącznie do osoby prowadzącej pojazd prezentuje A. Marek (A. Marek, *Prawo karne…*, s. 278; idem, *Kodeks karny…*, s. 145–146). Uzasadnieniem jego stanowiska ma być zawarte w art. 42 § 1 *in fine* k.k. sformułowanie zawierające w sobie wymóg, żeby „prowadzenie pojazdu przez tę osobę zagrażało bezpieczeństwu w komunikacji". Pogląd ten jest dość odosobniony, gdyż za szerokim rozumieniem „osoby uczestniczącej w ruchu" przemawia po pierwsze wykładnia językowa, mająca co do zasady pierwszeństwo, a ponadto *ratio legis* regulacji zakazu prowadzenia pojazdów, którego celem jest szerokie przeciwdziałanie występowaniu zachowań godzących w bezpieczeństwo ruchu niezależnie od tego w jakim charakterze uczestniczy się w ruchu.

przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Sąd na podstawie różnorodnych okoliczności danej sprawy może, ale nie musi, orzec zakazu prowadzenia pojazdów, co wynika z przeprowadzonej oceny stanu faktycznego, która wykazała potrzebę zastosowania lub nie tego środka reakcji karnoprawnej. W doktrynie pojawiają się głosy postulujące zawężenie orzekania zakazu prowadzenia pojazdów wyłącznie do osób prowadzących pojazdy, gdyż to oni w praktyce oznaczają dla bezpieczeństwa ruchu największe zagrożenie[27]. Wydaje się jednak, że złożoność sytuacja przestępczości komunikacyjnej wymaga od sądu niekiedy wysoko posuniętej elastyczności orzeczniczej, co umożliwia rozbudowany zakres podmiotowy zakazu prowadzenia pojazdów.

Warunkiem koniecznym do zastosowania fakultatywnego zakazu prowadzenia pojazdów jest fakt prawomocnego skazania sprawcy za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Regulacja art. 42 k.k. dotyczy zatem przede wszystkim przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji zgrupowanych w odrębnym rozdziale – XXI. Należy jednak uznać za słuszne stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w Wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe z 1975 r.[28], zgodnie z którym zakaz prowadzenia pojazdów określony w art. 43 d.k.k. (odpowiednik obecnego art. 42 k.k.) łączy się z przestępstwami komunikacyjnymi godzącymi w bezpieczeństwo ruchu umieszczonymi wprawdzie większości w kodeksie karnym, ale również zawartymi w ustawach szczególnych.

Zakaz prowadzenia pojazdów orzekany w trybie obligatoryjnym

W pierwotnym brzmieniu art. 42 k.k. fakultatywny tryb orzekania zakazu prowadzenia pojazdów uzupełniał jeden przepis konstytuujący obowiązek zastosowania w określonych przypadkach tego środka reakcji karnoprawnej. Tryb obligatoryjny dotyczy sytuacji, gdy sprawca w czasie popełnienia przestępstwa wymienionego w § 1 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia określonego w art. 173, 174 lub 177. Kodeks karny z 1997 r. po raz pierwszy uznał za równie groźne, jak stan nietrzeźwości, przebywanie w stanie pod wpływem środka odurzającego oraz ucieczkę z miejsca określonego w przepisie zdarzenia ko-

[27] Z. Sienkiewicz, *Niektóre propozycje zmian w regulacji kar, środków karnych i środków probacyjnych*, „Państwo i Prawo" 2012, z. 4, s. 34.

[28] Uchwała pełnego składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z 28 lutego 1975 r., sygn. V KZP, OSN KW 1975, z. 3–4, poz. 33.

munikacyjnego. Podane w art. 42 § 2 k.k. okoliczności zostały wymienione alternatywnie i każda z nich samodzielnie stanowi podstawę do przekształcenia się fakultatywnego trybu orzekania zakazu prowadzenia pojazdów na obligatoryjny.

Początkowo zakres przedmiotowy zakazu prowadzenia pojazdów w odmianie obligatoryjnej dotyczył „wszystkich pojazdów mechanicznych lub pojazdów mechanicznych określonego rodzaju". Ważne znaczenie w postrzeganiu obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów odegrała kryminalizacja prowadzenia innych pojazdów w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego i ustanowienie nowego typu przestępstwa o znamionach określonych w art. 178a § 2 k.k.[29] Sprawca prowadzący np. rower w stanie nietrzeźwości, mógł liczyć na fakultatywny zakaz prowadzenia pojazdów niemechanicznych (rowerów) na podstawie art. 42 § 1 k.k. oraz jednocześnie sąd miał obowiązek względem niego zastosować art. 42 § 2 k.k., zatem zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych lub pojazdów mechanicznych określonego rodzaju[30]. Zgodnie z powszechnie przyjmowaną zasadą, w pierwszej kolejności należy orzekać zakaz prowadzenia tego rodzaju pojazdów, którego sprawca prowadził w chwili popełnienia przestępstwa. Wymierzenie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w przypadku naruszenia zasad bezpieczeństwa ruchu w razie prowadzenia roweru nie zawsze jest potrzebne, tymczasem sąd był zobligowany do stosowania tego zakazu, pomimo że uznałby jego orzeczenie za nieracjonalne. Prowadziło to do nieproporcjonalnej do niebezpieczeństwa czynu surowej odpowiedzialności sprawcy, który przecież prowadził pojazd niemechaniczny, a więc środek lokomocji stanowiący z reguły mniejsze zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu od pojazdu mechanicznego, będącego w stanie rozwijać znaczne prędkości.

---

[29] Przepis art. 178a k.k. został dodany ustawą z 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy Kodeks karny (Dz.U. Nr 48, poz. 548).

[30] Postanowienie SN z 11 października 2001 r., sygn. I KZP 24/01, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2002, nr 7–8, poz. 110; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z 14 czerwca 2010 r., sygn. IV KK 70/10, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych rok 2010, Nr 1, poz. 1192; uchwała SN z 26 sierpnia 2002 r., sygn. I KZP 20/02, OSNKW 2002, z. 11–12, poz. 92; wyrok SN z 6 lipca 2006 r., IV KK 146/06, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2007, nr 2, poz. 18; postanowienie SN z 29 sierpnia 2007 r., I KZP 23/07, OSP 2008, nr 6, poz. 59; postanowienie SN z 25 października 2007 r., I KZP 32/07, OSNKW 2007, z. 12, poz. 89.

Nowelizacje art. 42 k.k. i ich wpływ na obecny kształt prawny zakazu prowadzenia pojazdów

Ustawa z 25 listopada 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks karny[31]

Nowelizacja z 25 lutego 2010 r., która weszła w życie 12 lutego 2011 r. zmieniła zakres przedmiotowy regulacji art. 42 § 2 k.k., obejmując „wszelkie pojazdy albo pojazdy określonego rodzaju". Oznaczało to krok w stronę racjonalizacji wymierzania środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów, zwłaszcza wobec osób skazywanych na podstawie art. 178a § 2 k.k. Wprowadzona zmiana zakresu przedmiotowego obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów orzekanego na określony okres, miała na celu doprowadzenie do zachowania więzi funkcjonalnej pomiędzy zakazem a pojazdem, który był prowadzony przez sprawcę w chwili popełnienia przestępstwa komunikacyjnego[32]. Problem orzekania środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów został podniesiony w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 5 maja 2009 r.[33], gdzie Trybunał stwierdził, że nietrzeźwi kierowcy pojazdów niemechanicznych są poddawani surowszym obligatoryjnym środkom karnym, niż osoby prowadzące w stanie nietrzeźwości pojazdy mechaniczne. Zmiana regulacji art. 42 § 2 k.k. miała prowadzić do zapewnienia większej niż dotychczas spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej oraz zniwelowania dysproporcji w zakresie odpowiedzialności sprawców przestępstw stypizowanych w art. 178a § 1 i 2 k.k.

Ustawa z 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy Kodeks karny[34]

W 2000 r. art. 42 k.k. został wzbogacony o dwa przepisy: § 3 i 4, przewidujące zakaz prowadzenia pojazdów w nieznanej dotąd formule. Zakaz prowadzenia pojazdów w każdej z dotychczasowych regulacji karnych był środkiem orzekanym na określony okres. W pierwotnym brzmieniu art. 42 k.k. zakaz występował w dwóch kompatybilnych trybach, przy czym podstawę stano-

[31] Dz.U. z 2011 r. Nr 17, poz. 78. Por. Stanowisko Rządu do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, druk sejmowy nr 3207.

[32] A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy Kodeks karny, druk nr 3207*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2010, s. 3; Sąd Najwyższy, Biuro Studiów i Analiz, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (druk senacki nr 837) z 21 kwietnia 2010 r., znak BSA II-021-54/10*.

[33] Sygn. S 2/09, OTK ZU 2009, Nr 5A, poz. 73.

[34] Dz.U. Nr 48, poz. 548.

wiła fakultatywna forma orzekania tego środka karnego, w określonych zaś przypadkach sąd był zobligowany do wydania rozstrzygnięcia o zakazie prowadzenia pojazdów. Nowelizacja z 2000 r. stworzyła konstrukcję zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze w dwóch postaciach: fakultatywnej i obligatoryjnej.

Sąd miał możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 173 lub 174, którego następstwem jest śmierć innej osoby lub ciężki uszczerbek na jej zdrowiu, albo w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 177 § 2 lub w art. 355 § 2 był w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia. Natomiast podstawą do uaktywnienia się trybu obligatoryjnego było ponowne skazanie osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w § 3.

Ustawa z 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy Prawo ochrony środowiska[35]

Nowelizacja z 12 lutego 2010 r. wprowadziła znaczącą zmianę w regulacji art. 42 § 3 k.k. Dotychczasowy fakultatywny zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze został przekształcony w środek względnie obligatoryjny. W razie zaistnienia przesłanek do orzeczenia zakazu na podstawie wskazanej w art. 42 § 3 k.k. sąd generalnie jest zobligowany do zastosowania tego środka reakcji karnej w formule „na zawsze". Jednak pomimo zobowiązania do skorzystania z zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze, sąd został wyposażony w możliwość zanegowania potrzeby orzeczenia tak restrykcyjnego zakazu. Jeśli zachodzi „zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami" sąd nie musi zastosowywać przepisu art. 42 § 3 k.k. Inaczej rzecz się ma w przypadku art. 42 § 4 k.k., gdzie nie ma innego wyjścia tylko trzeba orzec zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych – w dodatku – na zawsze. Względność obligatoryjnej instytucji prawnej daje sądom narzędzie do niejako cichego bojkotowania niezwykle surowej regulacji art. 42 § 3 k.k., gdyż każdy rozpatrywany przypadek spełniający przesłanki określone we wspomnianym przepisie mogą uznać za na tyle „szczególny", że nie uzasadnia orzeczenia dożywotniego zakazu prowadzenia pojazdów[36]. Regulacja art. 42 § 3 *in fine* k.k. stanowi zatem

[35] Dz.U. Nr 40, poz. 227.

[36] R.A. Stefański, *Ustawowe zaostrzenie represji za przestępstwa komunikacyjne*, „Prokuratura i Prawo" 2010, nr 7–8, s. 18; idem, *Obligatoryjny zakaz prowadzenia pojazdów*, „Prokuratura i Prawo" 2011, nr 5, s. 7; Opinia Pierwszego Prezesa SN z 1 lipca 2009 r. w sprawie poselskiego

swoisty wentyl bezpieczeństwa zapobiegający występowaniu nieracjonalnych rozstrzygnięć, przy czym sformułowanie „wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami", jest na tyle ogólne, iż nie zawiera żadnych konkretnych wskazań co poprzez ową szczególność i wyjątkowość należy rozumieć. Sąd ma na podstawie art. 42 § 3 k.k. obowiązek zastosowania zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze, jeśli tego nie uczyni, musi w uzasadnieniu wyroku wskazań motywy takiego, a nie innego rozstrzygnięcia. Przy ustalaniu, że zachodzi wypadek szczególny podejmuje się ustalenia co do występowania wyjątkowych okoliczności, związanych m.in. z popełnieniem przestępstwa, ale również mogących wiązać się z osobą sprawcy, jego prognozą kryminologiczną wskazującą, że do osiągnięcia celów kary wcale nie jest konieczne orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów na zawsze[37]. W razie rezygnacji z orzeczenia zakazu na podstawie art. 42 § 3 k.k. sąd może orzec ten środek karny na podstawie innego przepisu – art. 42 § 1 lub 2 k.k. określających zakaz prowadzenia pojazdów wydawany na określony w treści wyroku okres (od roku do lat 10).

Przepis art. 42 § 3 k.k. zawiera przesłanki umożliwiające zastosowanie obligatoryjnego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze. Zostały one określone w sposób szczegółowy, gdzie obok zamkniętego katalogu przestępstw komunikacyjnych wyszczególnione zostały okoliczności kwalifikujące, takie jak: stan nietrzeźwości, stan pod wpływem środka odurzającego oraz zbiegnięcie z miejsca zdarzenia. Do czasu wejścia w życie nowelizacji z 2010 r. art. 42 § 3 k.k. zawierał jeszcze czwarte przestępstwo, a było nim sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (art. 174 k.k.). W początkowej fazie prac na zmianą przepisu postulowano pozostawienie art. 174 k.k., jednakże ostatecznie pozostawiono jedynie art. 173, 177 § 2 oraz 355 § 2 k.k. Zabieg usunięcia z treści art. 42 § 3 k.k. przestępstwa z art. 174 k.k. był świadomym i zaplanowanym zabiegiem ustawodawcy. Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian kodyfikacyjnych argumentowała fakt pominięcia art. 174 k.k. tym, że przestępstwo tam określone nie zawiera typu kwalifikowanego przez następstwo w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, co uniemożliwia zastosowanie wspomnianego przestępstwa jako przesłanki zakazu prowadzenia pojazdów na gruncie art. 42 § 3 k.k.[38] Zubożenie tego przepisu o przestępstwo stypizowane w art. 174 k.k. wydaje się jednak sprzeczne z naczelną ideą regulacji zakazu prowadzenia pojazdów, czyli zwalczania

projektu ustawy o zmianie ustawy- Kodeks karny (druk sejmowy nr 2115).

[37] Z. Sienkiewicz, [w:], *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 185.

[38] Zob. wypowiedź T. Szafrańskiego udzieloną w trakcie posiedzenia Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach (nr 55) 16 grudnia 2009 r.

poważnych przestępstw zagrażających bezpieczeństwu w komunikacji. Sprowadzenie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym niewątpliwie stanowi czyn o wysokiej randze niebezpieczeństwa, dlatego za niewystarczającą należy uznać argumentację o braku typu kwalifikowanego przez następstwo w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. R.A. Stefański zauważył, że przestępstwo określone w art. 174 k.k. posiada własne autonomiczne ustawowe znamiona, niezależne określonych dla przestępstwa stypizowanego w art. 173 k.k., zatem w razie dopuszczenia się jedynie czynu polegającego na sprowadzeniu bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy, nie jest możliwe zakwalifikowanie go w kategoriach przestępstwa sprowadzenia katastrofy w komunikacji[39]. Zakres oddziaływania zakazu prowadzenia pojazdów na zawsze został w związku z tym ograniczony, ponieważ środek ten można stosować tylko w razie popełnienia katastrofy w komunikacji, w żadnym razie zaś gdy dopuszczono się jedynie czynu sprowadzenia niebezpieczeństwa takiej katastrofy, chociażby okoliczności towarzyszące popełnieniu czynu, jak stan nietrzeźwości za tym przemawiały.

Zatarcie skazania w przypadku zakazu prowadzenia pojazdów orzekanego na zawsze

Już na etapie prac nad nowelizacją art. 42 § 3 k.k. zauważono mankamenty wprowadzenia obligatoryjnego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze[40]. Obligatoryjny środek karny orzekany na zawsze stanowi bardzo surowy instrument karny. W art. 42 § 3 i 4 k.k. występuje określenie „na zawsze", które podkreśla stałość, niezmienność i nieuchronność zakazu orzekanego na podstawie tych przepisów. W doktrynie wskazuje się, że zakaz prowadzenia pojazdów orzeczony „na zawsze" pozostaje wciąż zakazem terminowym, opatrzonym jedynie bezwzględną granicą końcową, która wiąże się ze śmiercią osoby skazanej[41]. Zakaz orzekany na podstawie regulacji art. 42 § 3 i 4 k.k. ma zatem *de facto* charakter środka dożywotniego, gdyż z reguły trwa od chwili uprawomocnienia się orzeczenia przewidującego taki zakaz do momentu śmierci skazanego. Teoretycznie istnieje prawna możliwość uwolnienia się od zakazu prowadzenia pojazdów jeszcze za życia

[39] R.A. Stefański, *Ustawowe zaostrzenie*…, s. 17–18.

[40] Stanowisko Rządu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, druk sejmowy nr 2115.

[41] K. Łucarz, *Zakaz*…, s. 210; R.A. Stefański, *Zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych na zawsze*, „Prokuratura i Prawo" 2000, nr 7–8, s. 131.

w ramach prezydenckiego prawa łaski[42], jednakże sytuacja taka jest bardzo wyjątkowa, w związku z czym rzadko praktykowana.

Zakaz prowadzenia pojazdów na zawsze z istoty swej uniemożliwia wykonanie tego środka karnego za życia osoby skazanej, w związku z czym nie dojdzie również do zatarcia skazania. Zgodnie z treścią art. 107 § 6 k.k., jeżeli orzeczony został środek karny, to zatarcie skazania nie może nastąpić przed jego wykonaniem, darowaniem albo przedawnieniem jego wykonania z zastrzeżeniem art. 76 § 2 k.k. Przepisy art. 42 § 3 i 4 k.k. nakładają na sąd obowiązek orzeczenia zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze. Osoba, wobec której zastosowano zakaz w formule na zawsze dostaje zatem *de facto* dożywotni wyrok, rzutujący na całym jej przyszłym życiu. Przestępstwa komunikacyjne są bardzo specyficzną grupą przestępstw, wyróżniającą się miejscem popełnienia – zwykle jest to droga, na której odbywa się ruch oraz cechą podmiotów polegającą na uczestnictwie w tym ruchu. Zdarzenia komunikacyjne stanowią przeważnie czyny popełniane z winy nieumyślnej, w związku z naruszeniem pewnych zasad bezpieczeństwa ruchu, czego doskonałym przykładem jest wypadek komunikacyjny (art. 177 k.k.). Zakaz prowadzenia pojazdów zwłaszcza w postaci obligatoryjnej wzmacnia prewencyjne oddziaływanie skazania za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji[43]. Występowanie w polskim ustawodawstwie środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów w postaci obligatoryjnej w dodatku orzekanego na zawsze, wskazuje na istnienie swoistej kategorii sprawców przestępstw komunikacyjnych, których przewinienia są tak znaczące, że zasłużyli na dożywotnie pozbawienie uprawnień w zakresie prowadzenia pojazdów mechanicznych. Każdy powinien mieć prawo do drugiej szansy, możliwość poprawy daje się nawet największym zbrodniarzom, wobec których sąd zastosował karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę 25 lat pozbawienia wolności, gdyż po upływie pewnego okresu odbywania kary mogą się starać o warunkowe przedterminowe zwolnienie, wyjście na wolność i rozpoczęcie życia od nowa. Tymczasem sprawca obarczony zakazem prowadzenia pojazdów na zawsze z reguły do końca swoich dni będzie się zmagał z piętnem przestępcy. Ustawodawca obok darowania środka karnego w ramach prezydenckiego prawa łaski, mającego charakter jednost-

[42] Tzw. prawo łaski stanowi zgodnie z art. 139 Konstytucji RP indywidualne uprawnienie Prezydenta RP. Nie ma w zasadzie żadnych ograniczeń jeśli chodzi o rodzaje przestępstw, wobec których Prezydent RP może skorzystać z prawa łaski, wyjątek stanowią osoby skazane przez Trybunał Stanu. Tryb postępowania w sprawie ułaskawienia regulują przepisy Kodeksu postępowania karnego: art. 560–568. Dawniej występowała w prawie polskim jeszcze jedna instytucja łaski, mająca charakter generalny, tzw. abolicja, którą obecnie żaden akt prawny w Polsce nie przewiduje.

[43] Stanowisko Rządu do poselskiego projektu ustawy...

kowy i marginalny nie przewidział możliwości zatarcia skazania w stosunku do sprawców, wobec których zastosowano zakaz prowadzenia pojazdów na zawsze. W przypadkach określonych w art. 42 § 3 i 4 k.k. skazany nie może liczyć, że kiedykolwiek nastąpi chwila, z którą jego skazanie będzie uważane za niebyłe, a wpis o skazaniu zostanie usunięty z Krajowego Rejestru Karnego (art. 106 k.k.)[44].

W kodeksie karnym występuje niespójność, gdyż przewidziano możliwość zatarcia skazania nawet za najcięższe zbrodnie popełnione umyślnie, w tym za zabójstwo[45]. Zakaz prowadzenia pojazdów orzeczony na zawsze skutkuje brakiem możliwości zrehabilitowania się sprawcy jeszcze za życia, który musi do końca swoich dni zmagać się ze wspomnieniami, być może z poczuciem winy związanym ze zdarzeniem, w którym poniosły śmierć lub poważne obrażenia inne osoby. W tym kontekście zakaz prowadzenia pojazdów na zawsze jest wprost niehumanitarny i nieludzki z uwagi na niewspółmierną dolegliwość tego środka reakcji do rzeczywistych potrzeb karania sprawców przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji.

Wyznacznikiem możliwości zwiększania poziomu represyjności obowiązujących przepisów prawa jest sformułowana w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[46] zasada proporcjonalności. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada proporcjonalności „z jednej strony stawia przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby ingerencji w danym stanie faktycznym w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej strony winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów"[47]. W przypadku zakazu prowadzenia pojazdów ma się do czynienia z konfliktem dwóch wartości: z jednej strony gwarantowaną przez Konstytucję RP wolność jednostki (art. 31 ust. 1), polegającą w tym przypadku na swobodzie korzystania z uprawnień do prowadzenia pojazdów, bądź ich uzyskania. Jednakże występuje tutaj drugie ważne dobro w postaci bezpieczeństwa w komunikacji, które może stać się podstawą do wprowadzania ograniczeń z uwagi na potrzebę jego ochrony przed niebezpieczeństwem związanym z ryzykownymi zachowaniami pewnych osób.

---

[44] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 588; W. Zalewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zabłocki, Warszawa 2011, s. 169.

[45] R.A. Stefański, *Ustawowe zaostrzenie*…, s. 19–20; W. Wróbel, *Krytycznie o zaostrzeniu odpowiedzialności za przestępstwa komunikacyjne*, „Państwo i Prawo" 2001, nr 7, s. 60–61.

[46] Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

[47] Wyrok TK z 16 kwietnia 2002 r., SK 23/01, Dz.U. 2002 Nr 60, poz. 550; J. Oniszczuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w.*, Kraków 2004, s. 400.

Zakaz prowadzenia pojazdów określony w art. 42 § 3 i 4 k.k. orzekany na zawsze jest nieproporcjonalnie surowy, niekonieczny do zastosowania tak głębokiej ingerencji w sferę praw i wolności jednostki. W demokratycznym państwie prawa, jakim z założenia jest Rzeczpospolita Polska, należy tworzyć przepisy prawa z rozwagą, zwłaszcza jeśli dotykają praw i wolności człowieka. Zakaz prowadzenia pojazdów jest środkiem karnym, w związku z czym jego celem samym w sobie nie powinna być dolegliwość, która w przypadku środków karnych ma znaczenie drugorzędne. Zakaz prowadzenia pojazdów odgrywa rolę środka ochronnego i prewencyjnego, zapobiegając popełnianiu przez sprawcę przestępstw komunikacyjnych w wyniku jego eliminacji z ruchu w charakterze osoby prowadzącej dany pojazd. W przypadku zakazu orzekanego na zawsze, powinien on najsilniej działać prewencyjnie, gdyż pozbawia się w świetle prawa uprawnień do prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na stałe. Skazany objęty zakazem w formule „na zawsze" w świetle prawa został zdyskredytowany jako aktywny kierowca pojazdów mechanicznych, jednakże może zdarzyć się, że znów złamie zasady bezpieczeństwa ruchu, popełniając czyn zabroniony w stanie nietrzeźwości prowadząc inny pojazd niż mechaniczny nieobjęty zakresem przedmiotowym orzeczonego zakazu. Nie należy również wykluczyć sytuacji, że skazany zdeprymowany brakiem nadziei na odzyskanie uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych, podejmie się ryzykownych zachowań ponownie zasiadając za kierownicą. Wprawdzie istnieje przestępstwo stypizowane w art. 244 k.k. polegające na złamaniu sądowego zakazu, ale osoba skazana musi zostać przyłapana „na gorącym uczynku" prowadzenia pojazdu bez wymaganych uprawnień.

Możliwość uznania zakazu prowadzenia pojazdów za środek wykonany

W przypadku zakazu prowadzenia pojazdów orzekanego w trybie obligatoryjnym została wyłączona możliwość uznania tego środka za wykonany. Przepis art. 84 § 1 k.k. stanowi, że sąd może po upływie połowy okresu, na który orzeczono środki karne wymienione w art. 39 pkt 1–3, uznać je za wykonane, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego, a dany środek karny był w stosunku do niego wykonywany przynajmniej przez rok. Art. 84 § 2 k.k. zakłada, że regulacji tej nie stosuje się m.in. do środków karnych orzeczonych na podstawie art. 42 § 2 i 3 k.k. W przypadku fakultatywnego zakazu prowadzenia pojazdów określonego rodzaju sąd w ramach tzw. rehabilitacji sądowej jak najbardziej może zadecydować o skróceniu okresu wykonywania tak orzeczonego środka.

Inaczej rzecz się ma z zakazem obligatoryjnym, gdzie ustawodawca zdecydował się na wyłączenie sędziowskiego uprawnienia w ramach art. 84 § 1 k.k. Wyłączenie art. 42 § 2 i 3 k.k. było uzasadniane potrzebą wzmożonej ochrony bezpieczeństwa w komunikacji wiążąc się z grupą sprawców, którzy w chwili popełnienia przestępstwa byli w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego albo zbiegli z miejsca zdarzenia[48].

W art. 84 § 2 k.k. występuje enumeratywne wyliczenie przypadków, w których nie stosuje się szczególnego uprawnienia, jakim jest możliwość uznania środka karnego za wykonany. Sprawca przestrzegający postanowień nałożonego środka karnego otrzymuje od sądu nagrodę, wyjątek stanowią zakazy określone w art. 42 § 2 i 3 k.k., gdzie wymienione zostały przypadki obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów na określony czas lub na zawsze. Zaskakuje pominięcie art. 42 § 4 k.k., czyli przepisu konstytuującego bezwzględny obowiązek zastosowania zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze. W art. 84 § 2 k.k. wymieniono art. 42 § 3 k.k., zatem trudno określić co ustawodawca miał na myśli pomijając najbardziej rygorystyczną postać zakazu. Przepisy art. 42 § 3 i 4 k.k. korespondują ze sobą, wykazując silny związek normatywny. Wyraźnie to widać po analizie treści art. 42 § 4 k.k., w którym przesłankę do zastosowania wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze stanowi ponowne skazanie osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w § 3. Trudno znaleźć logiczne wytłumaczenie braku najbardziej rygorystycznego – bezwzględnego obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów w katalogu wyjątków stosowania przez sąd dyrektywy zawartej w art. 84 § 1 k.k. Należy zgodzić się ze stanowiskiem W. Wróbla, że ustawodawca w tym przypadku wykazał się szczególną wręcz nieudolnością legislacyjną. Wróbel dodatkowo zauważył, że wystarczyłoby wprowadzenie pewnego ściśle określonego okresu, po upływie którego zakaz prowadzenia pojazdów na zawsze orzeczony na podstawie art. 42 § 4 k.k. mógłby zostać uznany za wykonany[49]. Ustawodawca nie musi aż tak bardzo się wysilać, sytuacja byłaby jasna i klarowna, gdyby zastosowano mało inwazyjny zabieg polegający na dopisaniu do art. 84 § 2 *in fine* k.k. obok § 2 i 3 również § 4 art. 42 k.k. Obecna sytuacja przybrała postać luki w prawie[50], która jest zjawiskiem negatywnym, wymagającym podjęcia stosownych działań prawnych. Sąd nie ma wyraźnego zakazu stosowania do środka karnego orzekanego na podstawie art. 42 § 4 k.k. możliwości uznania tego środka za wykonany. Z drugiej jednak strony logika nakazywałaby niestosowanie art.

[48] Z. Sienkiewicz, *op. cit.,* s. s. 610–611.
[49] W. Wróbel, *op. cit.*, s. 61.
[50] Z. Sienkiewicz, [w:] *Kodeks…*, s. 186.

84 § 1 k.k., gdyż wyłączono z jego zakresu pozostałe obligatoryjne podstawy orzekania zakazu prowadzenia pojazdów.

Podsumowanie

Zakaz prowadzenia pojazdów ulegał przekształceniom, a jego obecny kształt prawny stanowi wynik prowadzonej od lat restrykcyjnej polityki skierowanej wobec sprawców przestępstw komunikacyjnych prowadzących pojazdy w stanie nietrzeźwości, w stanie pod wpływem środka odurzającego albo którzy dopuścili się ucieczki z miejsca określonego zdarzenia komunikacyjnego. Stopień represyjności prawa karnego musi zachować wewnętrzną spójność[51], tymczasem regulacja środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów nie spełnia tego jakże istotnego wymagania. Należałoby powrócić do pierwotnego brzmienia art. 42 k.k. konstytuującego zakaz prowadzenia pojazdów fakultatywny i obligatoryjny orzekany na określony czas. Nowelizacje poczynione od czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r. doprowadziły do zwiększenia liczby podstaw prawnych do orzekania zakazu w trybie obligatoryjnym. Obowiązek orzekania przez sąd danego środka karnego skutkuje występowaniem automatycznego mechanizmu, który ogranicza swobodę dyskrecjonalnej władzy orzeczniczej sędziego, a jednocześnie odbija się niekorzystnie na jakości wydawanych rozstrzygnięć. Specyfika sytuacyjna przestępstw komunikacyjnych wymaga indywidualnego podejścia i rozważenia całokształtu okoliczności danej sprawy, tymczasem środek obligatoryjny zakłada, że stosuje się go i już niezależnie od rzeczywistych potrzeb i opinii sędziego w tym zakresie.

Najbardziej kontrowersyjna zmiana kodeksu karnego z 1997 r. wiązała się ze wprowadzeniem w 2000 r. zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze. Środek ten jest niezwykle dotkliwy, gdyż sprawca w zasadzie do końca życia zostaje pozbawiony uprawnień do prowadzenia wszelakich pojazdów mechanicznych albo perspektywy zdobycia takich uprawnień. Brak możliwości zatarcia skazania za życia osoby skazanej powoduje, że zakaz w formule na zawsze stanowi najbardziej dotkliwą konsekwencję popełniania przestępstwa komunikacyjnego. Zakaz określony w art. 42 § 3 i 4 k.k. pozostaje w sprzeczności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, gdyż jego surowość przewyższa realne potrzeby w zakresie ochrony bezpieczeństwa ruchu. Przydałoby się zastanowić, jeśli nie nad całkowitą likwidacją z kodeksu karnego zakazu prowadzenia pojazdów na zawsze, to przynajmniej

[51] W. Wróbel, *Spór o „dostateczny poziom represyjności" prawa karnego w płaszczyźnie legislacyjnej*, [w:] *Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego*, red. A. J. Szwarc, Gniezno, 26–29 września 2006, s. 18 i nast.

nad poprawą jego dotychczasowej regulacji. Nie może być mowy, żeby w demokratycznym państwie prawa brakowało przepisów umożliwiających zatarcie skazania, zwłaszcza że chodzi o środek karny, który z istoty swej nie może przewyższać dolegliwością kary. Ustawodawca powinien wprowadzić przepis, który zakładałby możliwość uznania po pewnym okresie wykonywania zakazu prowadzenia pojazdów na zawsze za środek wykonany, np. po upływie 10 lub 15 lat. Okolicznością warunkującą zwolnienie z odbywania środka karnego na zawsze byłaby, oprócz upływu określonego okresu, pozytywna postawa sprawcy przestępstwa, polegająca na przestrzeganiu porządku prawnego. Każdy ma prawo do popełniania błędów, za przestępstwo grozi odpowiedzialność karna, orzeczenie kary lub środka karnego, ale zawsze występuje możliwość poprawy. W przypadku zakazu prowadzenia pojazdów na zawsze w niehumanitarny sposób odbiera się sprawcy nadzieję na powrót do „normalnego" życia, do śmierci w Krajowym Rejestrze Karnym jego imię i nazwisko będzie widniało jako osoby winnej popełnienia poważnego przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji. Sama nazwa „zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych na zawsze" nie jest szczególnie trafiona, gdyż wykazuje pejoratywny oddźwięk. Określenie „na zawsze" rodzi wątpliwości, do kiedy zakaz ma trwać, bardziej stosowny byłby zwrot „zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych orzekany dożywotnio" zaproponowany w projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny z 4 kwietnia 2013 r.[52]

W zakresie przeciwdziałania przestępczości komunikacyjnej od lat występuje zjawisko tzw. populizmu penalnego, który stanowi: „zespół społecznych przekonań, a także działań politycznych i legislacyjnych podejmowanych z programowym ograniczaniem roli ekspertów, współkształtowany przez media, charakteryzujący się surowym nastawieniem do przestępczości i brakiem współczucia dla jej sprawców"[53]. Populizm penalny skutkuje destabilizacją prawa karnego, gdyż motywem do zmiany prawa nie są realne potrzeby polityki kryminalnej w zakresie przeciwdziałania przestępczości komunikacyjnej, poparte danymi statystycznymi oraz poglądami prezentowanymi przez przedstawicieli doktryny, ale „publiczna wiedza" nie całkiem rzetelnie prezentująca prawdziwy obraz rzeczywistości[54].

---

[52] Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny z 4 kwietnia 2013 r., www.bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego.

[53] W. Zalewski, *Populizm penalny – próba zdefiniowania zjawiska*, [w:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego*, Szklarska Poręba, 24–27 września 2008, red. Z. Sienkiewicz, R. Kokot, Wrocław 2009, s. 31–32.

[54] R.A. Stefański, *Opinia prawna o ustawie z 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy Prawo ochrony środowiska (druk senacki 754) w zakresie zaostrzenia odpowiedzialności wobec sprawców przestępstw komunikacyjnych popełnionych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego*.

Znaczenia zakazu prowadzenia pojazdów w systemie środków karnych nie wolno bagatelizować, o czym świadczy ogromna liczba sądowych orzeczeń przewidujących właśnie ten środek karny. W ostatnich latach udział zakazu prowadzenia pojazdów wśród ogółu orzeczonych środków karnych był dominujący, osiągając w 2011 r. 75,1%, a zatem wynik wyższy od odnotowanego w latach 2008–2010, kiedy oscylował w granicach 66,5–72,4%[55]. Za pozytywną należy uznać nowelizację art. 42 § 2 k.k., która spowodowała poszerzenie zakresu przedmiotowego zakazu orzekanego w trybie obligatoryjnym, dzięki czemu obecnie możliwe jest lepsze dopasowanie zakresu zakazu oraz zachowanie związku funkcjonalnego pomiędzy rodzajem pojazdu objętego zakazem a pojazdem, którego sprawca prowadził w chwili popełnienia przestępstwa. Pozostałe zmiany regulacji art. 42 k.k. polegające na wprowadzeniu do niego § 3 i 4 były mniej udane, wzbudzając chaos w pierwotnym brzmieniu kodeksu, co skutkowało zaistnieniem zjawiska niespójności i braku koordynacji art. 42 k.k. z pozostałymi przepisami, w tym przewidującymi zatarcie skazania. Niewątpliwie należy piętnować groźne zachowanie, polegające na prowadzeniu pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, z drugiej jednak strony warto się zastanowić, czy ustawodawca nie przesadził z represyjnością regulacji art. 42 k.k., stawiając na pierwszym planie założenia populizmu penalnego, a jednocześnie zapominając o racjonalności przyjmowanych rozwiązań.

Abstract

This article presents a driving ban in the context of the amendments of the Criminal Code from 1997. The changes concerning the penal measure have tightened criminal responsibility by introducing, among other a driving ban imposed on forever (art. 42 § 3 and 4 k.k.) and which led to increase of the number of legal grounds for adjudication under a mandatory ban. Obligatory character of the penal measure adversily affects the freedom of decision of the court leading to automatic and schematic delivering judgement. Regulations of de facto lifelong driving ban is inconsistent with other provisions of the Criminal Code, including possibility of seizure of conviction (art. 107 § 6 k.k.).

Key words: communication crime, driving ban, amendments to the Criminal Code, art. 42 § 3 and 4 k.k., coherence of criminal law

[55] M. Melezini, *Środki karne…*, s. 176–178, 182; idem, *Środki karne orzekane obok kar…*, s. 885, 887; idem, *Znaczenie środków karnych…*, s. 374–375, 384.

GLOSY
RECENZJE
sprawozdania · varia

GLOSSES
BOOK REVIEWS
reports · varia

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 145–154 (2014)

Rafał Adamus
profesor nadzwyczajny, Uniwersytet Opolski

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 18 października 2012 r., V CSK 405/11 (dotyczy spisu inwentarza w postępowaniu upadłościowym)

Wprowadzenie

W niniejszym opracowaniu przedmiotem omówienia jest jeden z poglądów wyrażonych przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2012 r.[1], według którego prawnie dopuszczalne jest wydanie z masy upadłości składnika mienia bezzasadnie wpisanego do spisu inwentarza (np. na skutek błędu syndyka), bez przeprowadzenia formalnej procedury wyłączenia rzeczy z masy upadłości, o której mowa w art. 70 i n. p.u.n. Sąd Najwyższy przyjął, że „oczywisty błąd syndyka [przy sporządzaniu spisu inwentarza] nie powinien rodzić tak doniosłego skutku prawnego, jak konieczność wszczynania w każdym przypadku sformalizowanego postępowania o wyłączenie". Pogląd powyższy został wypowiedziany na kanwie sprawy wytoczonej przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie leasingowania dóbr, przeciwko syndykowi masy upadłości o odszkodowanie za szkodę w postaci utraconych korzyści, poniesioną, w opinii leasingodawcy, wskutek nienależytego sposobu wykonania obowiązków przez syndyka masy upadłości. Leasingodawca wypowiedział leasingobiorcy umowy leasingu wobec braku zapłaty rat leasingowych przez leasingobiorcę[2]. Po ogłoszeniu upadłości leasingobiorcy syndyk masy upadłości w ramach sporządzania spisu inwentarza zakwalifikował ruchomości objęte umowami leasingu oraz ujęte w wykazie środków trwałych upadłego jako majątek wchodzący w skład masy upadłości. Żądanie leasingodawcy wydania

[1] V CSK 405/11, OSNC 2013, nr 5, poz. 65.

[2] Na temat wpływu upadłości na umowę leasingu zob. np.: R. Adamus, *Upadłość a zobowiązania cywilnoprawne*, Warszawa 2013.

ruchomości nie zostało uwzględnione przez syndyka albowiem syndyk kwestionował skuteczność złożonych oświadczeń o wypowiedzeniu umów[3]. Formalny wniosek leasingodawcy o wyłączenie ruchomości z masy upadłości został oddalony postanowieniem sędziego-komisarza. Z kolei powództwo o wyłączenie z masy zostało uwzględnione przez Sąd Rejonowy częściowo, a Sąd Okręgowy następnie zmienił orzeczenie Sądu pierwszej instancji i w konsekwencji orzekł o wyłączeniu z masy upadłości pozostałych przedmiotów leasingu.

Przypomnieć należy, że zgodnie z przywołanym powyżej przepisem art. 70 p.u.n., składniki mienia nienależące do majątku upadłego podlegają wyłączeniu z masy upadłości. Wniosek o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości podlega rozpoznaniu przez sędziego-komisarza (art. 73 ust. 1 p.u.n.). Rozpoznanie sprawy przez sędziego-komisarza ma charakter uproszczony w porównaniu do kontradyktoryjnego procesu windykacyjnego (którego swoistym odpowiednikiem jest wniosek o wyłączenie mienia z masy upadłości). Rozstrzygnięcie sędziego-komisarza zapada w drodze postanowienia. Postanowienie w przedmiocie wyłączenia z masy upadłości – po trafnych zmianach wprowadzonych nowelą z 6 marca 2009 r. – wymaga uzasadnienia (art. 73 ust. 6 zd. 1 p.u.n.). Jeżeli sędzia-komisarz wyda postanowienie o wyłączeniu danego składnika z masy upadłości, wówczas podlega ono obwieszczeniu (art. 73 ust. 5 p.u.n.). Postanowienie takie jest zaskarżalne zażaleniem przez upadłego i przez wierzycieli (art. 73 ust. 6 zd. 2 p.u.n.).

Z kolei w przypadku oddalenia wniosku o wyłączenie mienia z masy upadłości wnioskodawca (osoba, która rości sobie tytuł prawny do mienia wchodzącego w skład masy upadłości) może w drodze powództwa żądać wyłączenia mienia z masy upadłości (art. 74 ust. 1 p.u.n.). Powództwo wnosi się do sądu upadłościowego (który jest sądem rejonowym) w terminie jednego miesiąca od dnia doręczenia postanowienia sędziego-komisarza o odmowie wyłączenia mienia z masy upadłości (art. 74 ust. 2 p.u.n.).

Sporządzenie spisu inwentarza jako element postępowania upadłościowego

Zgodnie z art. 69 ust. 1 p.u.n., do którego należy się w tym miejscu odwołać, ustalenie składu masy upadłości następuje przez sporządzenie spisu inwentarza. Przepis art. 69 ust. 2 p.u.n. stanowi, że wraz ze spisem inwentarza dokonuje się oszacowania majątku wchodzącego do masy upadłości. Wreszcie

[3] Poruszone zagadnienie skuteczności wypowiedzenia umów leasingowych nie jest tu przedmiotem analiz. Niemniej niekiedy bada się, czy wypowiedzenie umowy (np. leasingu) nie wiązało się z naruszeniem prawa podmiotowego (art. 5 k.c.).

wskazać należy, że ustawodawca wprowadza wzruszalne domniemanie, iż rzeczy znajdujące się w posiadaniu upadłego w dniu ogłoszenia upadłości należą do majątku upadłego (art. 69 ust. 3 p.u.n.)[4]. Sporządzenie spisu inwentarza należy do podstawowych obowiązków syndyka[5].

Jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu, spis inwentarza pełni funkcje informacyjne i dowodowe[6]. Spis inwentarza jest źródłem wiedzy o rozmiarach masy upadłości nie tylko dla syndyka, ale także dla sądu, sędziego-komisarza, rady wierzycieli, wierzycieli, upadłego itp. Innymi słowy, relacje związane ze sporządzeniem spisu inwentarza nie ograniczają się jedynie do syndyka i rzeczywistego właściciela rzeczy umieszczonej w treści spisu inwentarza. Co więcej, spis inwentarza może spełniać także funkcje kontrolne. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 p.u.n., jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zgłasza dłużnik, to powinien do wniosku dołączyć aktualny wykaz majątku z szacunkową wyceną jego składników. Poprzez więc sporządzenie spisu inwentarza można w pewien sposób zweryfikować treść oświadczenia dłużnika dotyczącą istnienia jego składników majątkowych w dniu ogłoszenia upadłości, a deklarowanych we wniosku o upadłość[7].

Sporządzenie spisu inwentarza, co jest oczywiste, nie stwarza tytułu prawnego do rzeczy czy praw objętych jego zakresem. Z kolei pominięcie danego składnika w spisie inwentarza nie pozbawia upadłego tytułu własności[8]. Przy czym – jak uważa się w literaturze przedmiotu – z chwilą umieszczenia rzeczy czy prawa w spisie inwentarza przyjmuje się, że wchodzą one w skład masy upadłości, co oznacza, iż syndyk nie może samodzielnie wyłączyć tej rzeczy czy prawa z masy upadłości, nawet jeżeli umieszczenie ich w spisie nie było prawidłowe[9].

---

[4] D. Chrapoński, *Wyłączenia z masy upadłości*, Warszawa 2010, s. 33.

[5] Zgodnie z art. 68 ust. 1 p.u.n., skład masy upadłości ustala syndyk, nadzorca sądowy albo zarządca. Z kolei w myśl art. 68 ust. 2 p.u.n., w razie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu sędzia-komisarz może postanowić, aby ustalenia składu masy dokonał upadły pod nadzorem nadzorcy sądowego.

[6] I. Gil, *Sytuacja prawna syndyka masy upadłości*, Warszawa 2006, s. 50.

[7] Należy przypomnieć, że przepis art. 522 ust. 1 p.u.n. stanowi, że kto będąc dłużnikiem albo osobą uprawnioną do reprezentowania dłużnika, który jest osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej, podaje we wniosku o ogłoszeniu upadłości albo w oświadczeniu o wszczęciu postępowania naprawczego nieprawdziwe dane – podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Z kolei w myśl art. 522 ust. 2 p.u.n., tej samej karze podlega ten, kto będąc dłużnikiem lub osobą uprawnioną do reprezentowania dłużnika, który jest osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej, w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości albo w postępowaniu naprawczym podaje sądowi nieprawdziwe informacje dotyczące stanu majątku dłużnika.

[8] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 219.

[9] F. Zedler, [w:] A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 195.

Inny autor, D. Chrapoński, określa inwentaryzację jako „spis z natury przysługujących upadłemu aktywów, będących zarówno w jego posiadaniu, jak i w posiadaniu osób trzecich, bez względu na tytuł prawny”[10].

Charakter prawny spisu inwentarza w postępowaniu upadłościowym

Sąd Najwyższy w wyroku z 18 października 2012 r., odnosząc się do charakteru prawnego spisu inwentarza, trafnie wskazał, że w nauce prawa zdaje się dominować pogląd, iż spis inwentarza nie jest ani dokumentem urzędowym, ani orzeczeniem uprawnionego organu, ani czynnością prawną. Sąd Najwyższy trafnie przyjął, że spis inwentarza to „spis z natury składników majątku upadłego, do których upadły ma tytuł prawny”.

W konsekwencji Sąd Najwyższy określił spis inwentarza jako „zdarzenie faktyczne” i przypisał mu walor oświadczenia wiedzy. To stwierdzenie również jest trafne. Spis inwentarza pełni zatem rolę – po pierwsze: informacyjną, po drugie: analityczną i po trzecie: sprawozdawczą. Spis inwentarza nie posiada mocy prawnej dla zmiany statusu cywilnoprawnego prawnego rzeczy, w tym w zakresie zmian stosunków własnościowych. Niemniej – jak zauważa Sąd Najwyższy – wykazanie składnika majątkowego w treści spisu inwentarza ma pewne znacznie z punktu widzenia przebiegu postępowania upadłościowego. Przede wszystkim przyjmuje się, że bezpośrednim skutkiem sporządzenia spisu inwentarza jest założenie, iż składniki majątkowe umieszczone w spisie wchodzą, wskutek ustalenia tego przez syndyka, w skład masy upadłości.

Wspomniane powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego kładzie nacisk na staranność, z jaką syndyk winien przygotować spis inwentarza. W opinii Sądu Najwyższego, „sformułowanie «ustala» [użyte przez ustawodawcę w treści art. 68 ust. 1 p.u.n.] oznacza, że kwalifikacja danego prawa majątkowego jako składnika masy upadłości nie następuje przez automatyczne przepisanie danych z ksiąg i dokumentów bezspornych, lecz wskutek weryfikacji tych danych pod kątem przysługiwania upadłemu do nich praw majątkowych. Nie zmienia tego faktu okoliczność, że w przypadku upadłości likwidacyjnej, zgodnie z treścią art. 306 p.u.n., syndyk składa sędziemu-komisarzowi spis inwentarza w terminie jednego miesiąca od dnia ogłoszenia upadłości”. Niemniej należy dopuścić pogląd, że z uwagi na rozmiar masy upadłości, jak i np. problemy z objęciem przez syndyka masy upadłości, spis inwentarza może zostać sporządzony także w terminie późniejszym. „Wprawdzie ocena zarówno wpisów w księgach, jak i dokumentach bezspornych może

[10] D. Chrapoński, *op. cit.,* s. 30 i nast.

być dokonana przez syndyka jedynie od strony formalnej, na tym bowiem etapie postępowania nie ma podstaw do oceny ich prawdziwości, niemniej uwzględniając wszystkie dostępne informacje syndyk jest zobowiązany do ustalenia, czy dane prawo majątkowe należy zakwalifikować jako składnik masy upadłości". W literaturze przedmiotu zostało przy tym sformułowane zapatrywanie, według którego z uwagi na charakter postępowania upadłościowego, a także z uwagi na możliwość wyłączenia składników z masy upadłości, „w razie wątpliwości, czy jakiś składnik należy czy nie należy do masy upadłości, trzeba go zaliczyć do masy upadłości"[11]. Pogląd ten jest trafny. Na etapie sporządzania spisu inwentarza nie powinno się rozstrzygać istotnych sporów prawnych. Poza tym syndyk powinien podejmować działania zgodnie z dyrektywą kierunkową wyrażoną w treści art. 2 p.u.n.

Należy bronić poglądu, że spis inwentarza nie musi być osobiście sporządzony przez syndyka (w niektórych przypadkach, z uwagi na rozmiar masy upadłości sporządzenie spisu inwentarza osobiście przez syndyka może nie być możliwe) ale syndyk ostatecznie ponosi odpowiedzialność za jego treść.

Spis inwentarza, o ile ogłoszono upadłość likwidacyjną, co do zasady, powinien wskazywać na mienie, które następnie będzie przedmiotem likwidacji przez syndyka masy upadłości. W treści spisu inwentarza sporządzanego przez syndyka, po pierwsze, powinny zostać uwzględnione składniki mienia stanowiące własność upadłego. W myśl art. 68 ust. 1 p.u.n., syndyk ustala skład masy upadłości na podstawie wpisów w księgach upadłego oraz dokumentów bezspornych. Sąd Najwyższy w wyroku z 18 października 2012 r.[12] trafnie wskazał, że „w razie poważnych wątpliwości co do statusu prawnego danego składnika syndyk może zwrócić się do sędziego-komisarza o przeprowadzenie postępowania dowodowego na podstawie art. 218 pr.u.n., przy czym ocena dowodów należy do syndyka. Syndyk ma także uprawnienie do żądania informacji dotyczących majątku upadłego od organów administracji i samorządu terytorialnego (art. 178 pr.u.n.)"[13].

Po drugie, do spisu inwentarza wpisuje się składniki mienia znajdujące się w posiadaniu upadłego. Powstaje pytanie o znaczenie pojęcia „posiadanie" w rozumieniu art. 69 ust. 3 p.u.n. W literaturze przyjęto zapatrywanie, że chodzi tu jedynie o posiadanie samoistne w rozumieniu art. 336 k.c.[14] Posiadaczem samoistnym rzeczy jest ten, kto faktycznie włada rzeczą jak właściciel. Trafnie odmawia się natomiast możliwości zakwalifikowania rzeczy do masy

[11] F. Zedler, *op. cit.*, s. 153.
[12] V CSK 405/11, OSNC 2013, nr 5, poz. 65.
[13] I. Gil, *op. cit.*, s. 50.
[14] D. Chrapoński, *op. cit.*, s. 32.

upadłości, jeżeli upadły był jedynie posiadaczem zależnym rzeczy[15]. W myśl art. 336 k.c. posiadaczem zależnym jest ten, kto faktycznie włada rzeczą jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (np. komodatariusz). Innymi słowy, rzeczy najęte, dzierżawione czy będące w użyczeniu nie powinny podlegać umieszczeniu w spisie inwentarza. W piśmiennictwie trafnie zwraca się uwagę, aby terminem „posiadanie" objąć również „współposiadanie" występujące np. w stosunkach małżeńskich[16]. Sąd Najwyższy w wyroku z 18 października 2012 r. trafnie opowiedział się przeciwko dopuszczalności umieszczania w spisie inwentarza przedmiotów leasingu używanych przez upadłego jako posiadacza zależnego – leasingobiorcę.

W spisie inwentarza powinny zostać umieszczone rzeczy, które są w posiadaniu upadłego, będące przedmiotem przewłaszczenia na zabezpieczenie na rzecz wierzyciela (por. art. 70^1 p.u.n.).

Po trzecie, w spisie inwentarza umieszcza się rzeczy należące do upadłego, znajdujące się we władaniu osób trzecich[17].

W przypadku przedsiębiorstwa inwentaryzacja powinna objąć także składniki przedsiębiorstwa o tzw. zmiennym składzie: zapasy, części zamienne itp. (aktywa obrotowe). Przedmiotem inwentaryzacji winna być również produkcja w toku. W literaturze podnosi się niekiedy, że spisem inwentarza, w związku z regulacją przepisów o rachunkowości, należy objąć także pasywa upadłego[18]. Z tym ostatnim poglądem polemizuje P. Zimmerman[19]. Stan ujawniony w treści spisu inwentarza może ulegać zmianie np. w związku ze zużywaniem czy wymianą składników o zmiennym składzie, ale także w związku np. z faktyczną likwidacją niektórych składników (np. w wyniku zezłomowania) czy ich rzeczywistą utratą. Spis inwentarza można określić jako „majątkowy bilans otwarcia upadłości".

Spis inwentarza a wydanie mienia uprawnionemu z masy upadłości

Jeżeli syndyk nie umieści określonych składników majątkowych w spisie inwentarza, gdyż nie należą do masy upadłości, to mogą one zostać wydane przez syndyka uprawnionym osobom bez zachowania procedury wyłączenia

[15] *Ibidem*, s. 32.

[16] F. Zedler, *op. cit.*, s. 195–196; S. Gurgul, *op. cit.,* s. 218.

[17] *Ibidem*, s. 218.

[18] D. Chrapoński, *op. cit.,* s. 30; H. Buk, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, Warszawa 2011, s. 188.

[19] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 142.

z masy upadłości[20]. Ewentualny wniosek o wyłączenie mienia z masy upadłości nie umieszczonego w treści spisu inwentarza, podlega oddaleniu. Pogląd powyższy w zasadzie nie budzi większych wątpliwości ani w teorii, ani w praktyce postępowań upadłościowych.

Natomiast utarł się zarówno w teorii, jak i w praktyce pogląd, że składniki majątku umieszczone w spisie inwentarza nienależące do upadłego, podlegają wyłączeniu z masy upadłości tylko i wyłącznie na zasadach określonych w art. 70 i n. p.u.n., nawet jeżeli syndyk stwierdzi, że danej osobie bezspornie przysługuje tytuł własności do składnika mienia[21]. P. Zimmerman podnosi, że „wyłączenie z masy upadłości środków pieniężnych wpłaconych omyłkowo na konto masy nie jest możliwe bez przeprowadzenia procedury wyłączenia z masy upadłości"[22].

Inny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w omawianym wyroku z 18 października 2012 r. Podniósł, że charakter prawny wpisu składnika majątkowego do spisu inwentarza, a zwłaszcza okoliczność, że nie ma on waloru orzeczenia lub czynności prawnej przemawia za tezą, że wydanie osobie trzeciej składnika majątkowego nie wymaga wszczęcia procedury przed sędzią-komisarzem o wyłączenie składnika mienia z masy upadłości. Zdaniem Sądu Najwyższego, „ujęcie w spisie inwentarza danego składnika stanowi oświadczenie wiedzy syndyka, że upadłemu w dniu ogłoszenia upadłości służyło do niego prawo majątkowe. Pominięcie w spisie określonych przedmiotów lub praw nie niweczy praw upadłego, gdyż masa upadłości może się powiększyć o składniki w nim niewymienione, jeżeli postępowanie upadłościowe wykaże prawo upadłego do tych składników. Skoro syndyk ustala skład masy upadłości, to nie ulega wątpliwości, że na tym etapie postępowania może, na żądanie osoby uprawnionej, wyłączyć pewne składniki masy w razie stwierdzenia, że w dniu ogłoszenia upadłości nie były w posiadaniu upadłego i nie należały do jego majątku. Taką możliwość należy również dopuścić w okresie po sporządzeniu spisu inwentarza w razie błędnego zakwalifikowania przez syndyka danej rzeczy lub prawa majątkowego jako składnika masy upadłości, z tym zastrzeżeniem, że dopuszczalne jest to wyłącznie w sytuacjach bezspornych i oczywistych, gdy nie ma żadnych wątpliwości, iż indywidualnie oznaczone

[20] D. Chrapoński, *op. cit.,* s. 33.

[21] *Ibidem*, s. 34, 37 i nast.; I. Gil, *op. cit.*, s. 50; D. Zienkiewicz, [w:] *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. D. Zienkiewicz, Warszawa 2006, s. 171. Podobne poglądy wyrażano na tle przepisów prawa upadłościowego z 24 października 1934 r. J. Korzonek (*Prawo upadłościowe. Prawo o postępowaniu układowem*, Wrocław 1992, s. 126) podniósł, że syndyk odpowiada wobec wierzycieli „za szkodę poniesioną wskutek tego, że przedmioty należące do masy, wydał mimo istniejących wątpliwości z pominięciem przepisanego postępowania sądowego osobom, roszczącym sobie prawo do ich wyłączenia".

[22] P. Zimmerman, *op. cit.*, s. 145.

prawo do danego składnika majątkowego służy osobie trzeciej, a jego umieszczenie w spisie inwentarza było wynikiem błędu syndyka". W konkluzji Sąd Najwyższy podniósł (co już było przywoływane w treści niniejszej glosy), że „w takiej sytuacji oczywisty błąd syndyka nie powinien rodzić tak doniosłego skutku prawnego, jak konieczność wszczynania w każdym przypadku sformalizowanego postępowania o wyłączenie".

Krytyka poglądu Sądu Najwyższego

Zapatrywanie powyższe przedstawione przez Sąd Najwyższy jest jednak dyskusyjne, m.in. z uwagi na poniższe przyczyny.

Po pierwsze, wydaje się, że pozostawienie sędziemu-komisarzowi prawa kontroli, a w dalszym toku sprawy także sądom, co do składników majątkowych umieszczonych, nawet bezzasadnie, w spisie inwentarza lepiej służy ochronie interesów ogółu wierzycieli i interesom upadłego. Należy podkreślić, że po ustaniu postępowania upadłościowego syndyk wydaje pozostały majątek upadłemu (art. 364 ust. 2 p.u.n. i 364 ust. 2 w zw. z art. 368 ust. 3 p.u.n.). W konsekwencji dysponowanie składnikami mienia znajdującymi się w masie upadłości powinny powinno podlegać ścisłej kontroli.

Po drugie, generalnie kompetencję do decydowania o wyłączeniu składników mienia z masy upadłości posiada w postępowaniu upadłościowym sędzia-komisarz, a w dalszej kolejności także sądy (art. 70 p.u.n.). „Podzielenie" tej kompetencji pomiędzy sędziego-komisarza a syndyka masy upadłości – co byłoby faktyczną konsekwencją poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy – rodzi wiele wątpliwości. Nie jest do końca jasne – według treści orzeczenia Sądu Najwyższego – gdzie leży granica, w ramach której syndyk może sam dokonywać faktycznych wyłączeń z masy upadłości, po złożeniu w sądzie upadłościowym spisu inwentarza. Tym bardziej, że jak pokazuje przywołany wcześniej krótki przegląd stanu faktycznego, w oparciu o który orzekał Sąd Najwyższy, ostateczne wyłączenie wszystkich składników mienia z masy upadłości, miało miejsce dopiero na etapie orzeczenia sądu drugiej instancji. W oparciu o przeprowadzoną wykładnię przepisów prawa powinno się formułować w miarę jednoznaczne dyrektywy postępowania.

Po trzecie, nie może ujść uwadze fakt, że w związku z wyłączeniem z masy upadłości składnika mienia umieszczonego w spisie inwentarza, ustawodawca wprowadza istotne gwarancje dla uczestników postępowania upadłościowego. Zgodnie z art. 73 ust. 5 p.u.n. postanowienie sędziego-komisarza o wyłączeniu z masy upadłości podlega obwieszczeniu (co do sposobu dokonywania obwieszczeń zob. art. 221 p.u.n.). Faktyczne wyłączenie przez syndyka

składnika masy upadłości ujętego w spisie inwentarza nie rodzi obowiązku podania tego faktu do publicznej wiadomości. Co najwyżej syndyk mógłby opisać takie zdarzenie w autokorekcie do spisu inwentarza lub w sprawozdaniu z działalności przedkładanym sędziemu-komisarzowi. Dalej wskazać należy, że na postanowienie o wyłączeniu z masy upadłości przysługuje zażalenie upadłemu i wierzycielom (art. 73 ust. 6 zd. 2 p.u.n.). Innymi słowy, rozstrzygnięcie sędziego-komisarza w sprawie wyłączenia mienia podlega stosunkowo szerokiej kontroli ze strony innych uczestników postępowania upadłościowego. Pominięcie formalnej ścieżki wyłączenia mienia z masy upadłości pozbawiałoby innych uczestników postępowania istotnych uprawnień proceduralnych przyznanych im przez przepisy postępowania.

Po czwarte, w postępowaniu przed sędzią-komisarzem rozstrzyga się – istotną z punktu widzenia interesów masy upadłości – kwestię zwrotu wydatków na utrzymanie składnika mienia podlegającego wyłączeniu (art. 72 p.u.n.).

Podsumowanie

W konsekwencji należy przyjąć, że jeżeli dany składnik majątkowy nawet bezzasadnie zostanie umieszczony w treści spisu inwentarza z jakiejkolwiek przyczyny, np. na skutek błędu przeprowadzającego spis, mylnego rozpoznania stanu prawnego itp., to wyłączenie takiego składnika masy upadłości może nastąpić tylko i wyłącznie w trybie formalnego postępowania o wyłączeniu składnika masy upadłości. Innymi słowy, o ile sporządzenie spisu inwentarza pozostaje bez rzeczywistego wpływu na materialnoprawne stosunki własnościowe odnoszące się do umieszczonych w nim składników, o tyle rodzi istotne konsekwencje w obrębie przebiegu postępowania upadłościowego.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 155–162 (2014)

Jarosław R. Antoniuk
Assistant Professor, Silesian University of Technology, Gliwice, Poland

A gloss to the decision of the Court of Appeals in Katowice of 3 October 2011, V ACz 624/11 (Re: A claim for information under industrial property law)

The regulation of Article 286[1] of Industrial Property Law to the extent it grants the subject, whose rights as regards industrial property were infringed, the right to obtain detailed information about the violator's actions presents a specific processual demand, distinct from the code-based construction of securing the claims. The decision of the Court of Appeal in Katowice from 3 October, 2011, V ACz 624/11, Lex 1120408.

The significance of the voted decision of the Court of Appeal in Katowice manifests itself in the fact that it is the first and so far the only judicature's utterance concerning the legal nature of so called claim for information. It is also the first judicial opinion where it was admitted that the claim for information presents a separate processual demand. It should be emphasized that although the decision was issued in accordance with the Article 286**[1]** of the Act on Industrial Property Law of 30 June 2000 (hereinafter referred to as IPL),[1] it will also be applicable to other intellectual property regulations where the same claim was included i.e. Article 80 of the Copyright and Related Rights Act of 4 February 1994 (hereinafter referred to as CRRA),[2] Article 11a of the Database Protection Act of 27 July 2001 (hereinafter referred to as DPA),[3] and Article 36b of the Plant Variety Legal Protection Act of 26 June 2003 (hereinafter referred to as PVLPA).[4] These regulations are the result of the implementation of Article 8 of the Directive 2004/48/EC of the Euro-

[1] Consolidated text, "Journal of Laws" 2003, No. 119, Item 1117, as amended.
[2] Consolidated text, "Journal of Laws" 2006, No. 90, Item 631, as amended.
[3] "Journal of Laws" 2001, No. 128, Item 1402, as amended.
[4] "Journal of Laws" 2003, No. 137, Item 1300, as amended.

pean Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights[5] into the Polish legal order.

The purpose of the introduced regulation is to increase the efficiency of the protection of the person authorized under intellectual property rights, whose rights were infringed. The damage which the person authorized under intellectual property rights as a consequence of infringement of their rights sustains or the benefits the violator acquires as a result of infringement, due to the specific character of the protected goods i.e. their intangible character on the one hand, and the technological possibilities of using someone else's intellectual property on the other hand, are, in the great majority of cases, difficult to determine. The authorized person does not have any knowledge of the created number of copies of the protected products, their selling price or the expenditure for their production. The lack of such information prevents the authorized person from defining the damage they suffered or the benefits the violator acquired and hence, defining the amount of the claim for compensation or returning the groundlessly acquired benefits. The remedy for those difficulties is the possibility for the authorized person of demanding from the violator of the intellectual property (Article 80 para. 1 (2) CRRA, Article 11a para. 1 (2) DPA, Article 286[1] para. 1 (2) IPL, Article 36b para. 1 (2) PVLPA) or from the specified third parties (Article 80 para. 1 (3) CRRA, Article 11a para. 1 (3) DPA, Article 286[1] para. 1 (3) IPL, Article 36b para.1 (3) PVLPA) the information, which will allow the authorized person to determine the amount of the claim against the violator.

Facts of a case in which the voted judicial opinion of the Court of Appeal was issued are not significant for further analysis. It is only enough to say that the judicial opinion was issued following the petitioner's complaint against the decision of the Circuit Court that dismissed her petition for obligation of the defendant to provide information concerning the number of made and sold windows as well as their selling price. In the grounds for the decision the District Court indicated that, in this respective case, the petitioner did not state any claims for compensation against the defendant, she just insisted that the defendant should be ordered to cease the production and launching of the specified goods in the marketplace and to remove the consequences of those infringements by withdrawing them from the market and their destruction. By evaluating the grounds for the petitioner's complaint, the Court of Appeal recognized that defining the legal nature of the claim for information determines the possibility of finding whether the type and character of the claim, asserted by the authorized person in the progress of a lawsuit, influence the

[5] Official Journal of the European Union L.04.157.45, as amended.

possibility of obtaining information in the way specified by Article 286[1] IPL, which, on the other hand, might be used to specify the claim and to enable to assert a claim in different proceedings.

First of all, the Court of Appeal validly rejected the dominant position of the doctrine concerning the legally substantive character of the norm[6] in question. The Court of Appeal showed accurately that, above all, the disposition indicating what legal consequences are caused by specifying the hypothesis of the same norm determines the character of the given regulation. Producing effects directly in the sphere of social relationships is the feature of substantive norms, whereas producing effects in the sphere of proceedings characterizes norms of a lawsuit. Legally substantive norms regulate directly social relationships, while norms regulating forms of proceedings in civil cases and norms regulating competence of bodies entitled to cognizance of those cases compose a group of formal norms, i.e. norms of a lawsuit.

The Court of Appeal showed that from the content of Article 286[1] IPL, similarly to other regulations of intellectual property, results that a number of measures supporting assertion of civil law claims were collectively agreed in it. The measures are "securing of evidence" and "securing the claims" defined in Article 287 para. 1 and Article 296 para. 1 IPL which may consist in providing information, minutely described in Article 286[1] para. 2 IPL. According to the Court of Appeal, the structure of the provisions of Article 286[1] IPL, containing regulations of litigation nature and using the notion of securing the claims enables to accept that the claim for information has a litigious character and serves mainly auxiliary purposes in relation to claims set forth in Article 287 para. 1 and Article 296 para. 1 IPL, constituting a significant simplification for establishing the scope of civil law liability of the violator. Using the notion of "securing the claims" by the legislator is associated with the code-based regulation concerning the proceedings to secure the claims, which, undoubtedly, has character of a litigation. Moreover, imposition of an

[6] See: A. Jakubecki [in:] *System prawa prywatnego. Prawo własności przemysłowej*, Vol. 14B, eds. R. Skubisz, Warsaw 2012, p. 1662; K. Jasińska [in:] *Ustawa o ochronie prawnej odmian roślin. Komentarz*, eds. K. Felchner, Warsaw 2009, p. 252; A. Kołodziej, *Roszczenie informacyjne w prawie własności intelektualnej*, [in:] *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwai*, eds. E. Nowińska, M. du Vall, Kraków 2004, p. 150–151, 158; A. Nowak-Gruca, *Roszczenie informacyjne w ustawie – Prawo własności przemysłowej w świetle ekonomicznej analizy prawa*, MoP 2008, No. 15, p. 798; A. Tischner, *Harmonizacja prawa polskiego wymogami dyrektywy w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej – part I*, MoP 2005, No. 13, p. 635–636; idem, *Odpowiedzialność majątkowa za naruszenie prawa do znaku towarowego*, Warszawa 2008, p. 292; A. Tischner, T. Targosz, *Dostosowanie polskiego prawa własności intelektualnej do wymogów prawa wspólnotowego. Uwagi na tle projektu z dnia 24 maja 2006 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz o zmianie innych ustaw*, PIPWI UJ 2007, No. 97, p. 100.

obligation to provide information and the access to records before instituting an action is balanced by the guarantee of protection of interests of the subject under obligation (Article 80 para. 2 CRRA, Article 11a para. 2 DPA, Article 286[1] para. 3 IPL, Article 36b para. 2 PVLPA) and, also from this point of view, proceedings concerning obligation to provide information is similar to proceedings to secure claims, because the Code of Civil Procedure as regards regulating proceedings to secure claims also contains regulations serving the protection of the debtor (Article 730[1] para. 3 and Article 731 Code of Civil Procedure).

To support the rightness of the position of the Court of Appeal one should raise another argument that the legally substantive claims are settled in the litigation by the final judgment, whereas in non-litigious proceedings they are settled by the decision, which is appealed. Meanwhile, the regulation of Article 80 para. 5 CRRA, Article 11a para. 5 DPA, Article 286[1] para. 8 IPL and Article 36b para. 5 PVLPA indicates, that the petition for information is recognized by means of a decision challenged by a complaint. Therefore, it means that we deal with a processual demand of an auxiliary character in relation to legally substantive claims. This view confirms sustained position of the judicature as regards Article 105 para. 2 CRRA which grants Collective Management of Copyright (and related rights) organizations the demand to provide information and access to the documents, similar to the content of the claim for information, which is necessary to estimate the amount of remunerations and fees vindicated by the organization. It was unequivocally admitted in jurisdiction that this claim has a legally substantive character and, thus, it is settled under litigation by means of the final judgment.[7]

The Court of Appeal also rightly rejected the concept presented in the doctrine[8] and judicature[9] opting for direct or adequate application of regulations of proceedings to secure claims with respect to a claim for information. As the Court of Appeal paid attention to actual difficulties connected with possible carrying out the decision of providing information, obtained by the petitioner, especially when such a petition would be submitted before instituting an action and would be used to specify the future claim. In this

[7] See: in particular the resolution of the Supreme Court of 17 September 2009, III CZP 57/09, OSNC 2010, No. 4, Item. 49, and also the decision of the Court of Appeal in Białystok of 21 October 2009, I ACz 807/08, OSAB 2009, No. 4, p. 28–30 and the decision of the Court of Appeal in Białystok of 15 June 2011, I ACz 619/11, OSAB 2011, No. 2–3, p. 48–51.

[8] P. Fik, E. Laskowska, *Charakter prawny roszczenia informacyjnego*, MoP 2012, No. 24, p. 1296––1297; A. Jakubecki, *op. cit.*, p. 1664; A. Tischner, *op. cit.*, p. 292; idem, [in:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, eds. P. Kostański, Warszawa 2010, p. 1154.

[9] See: the decision of the Court of Appeal in Lublin of 12 February 1997, I ACz 38/97, Apel.-Lub. from 1997, No. 3, Item 14.

context, the Court of Appeal noticed that by applying the norm of Article 733 of the Code of Civil Procedure directly, which requires the court securing against instituting legal proceedings to assign a date (not later than within two weeks) to institute an action or otherwise injunctive relief shall be cancelled, in the situation when the subject obliged to provide information would be in a delay to carry out a decision and even when considering immediate enforceability of the decision of securing, or if they would complain about the decision of the Court of First Instance, it could result in a complete annihilation of the attempted petitioner's rights when they, in case of the behaviour of the person under an obligation described above, would be unable to submit a petition within assigned by the court date. In such circumstances, the norm of Article 286^1 IPL permitting to submit a petition for information before instituting an action, would be, in fact, an empty norm. In that case, the application of regulations of Article 730–757 of the Code of Civil Procedure to the extent not regulated in the Article 286^1 IPL should be rejected, according to the Court of Appeal, because it would lead to the conclusions inconsistent with the merit and purpose of the discussed solution.

In the opinion of the Court of Appeal, the evidence of the special nature of the regulation of Article 286^1 IPL as regards proceedings to secure claims, regulated in the Code of Civil Procedure, can be found in the fact that the legislator, in spite of using the notion of "securing the claims", decides, at the same time, on the regulation of matters such as competence of a law court, a time limit of cognizance of a petition, a requirement for a demonstration of a high probability of infringement, a possibility of evasion of an obligation to provide information, which is different than in proceedings to secure claims, and this, in the assessment of the Court, entitles to state that the discussed norm constitutes *lex specialis* in relation to the provisions of Article 730–757 of the Code of Civil Procedure.[10] Hence, the Court of Appeal fell into contradiction. Since the regulation of Article 286^1 IPL constitutes *lex specialis* in relation to the provisions of Article 730–757 of the Code of Civil Procedure, thus the provisions of Article 730–757 of the Code of Civil Procedure should be applied to the extent not regulated in Article 286^1 IPL, which was previously rejected by the Court of Appeal.

According to the Court of Appeal, in favour of releasing a petition for information from securing the claims speaks the fact that prerequisites of obligation of the violator to provide information were defined precisely otherwise than code-based prerequisites of securing the claims. The Court noticed that the legislator, in accordance with IPL, does not use the notion of "substantia-

[10] The same as in: A. Nowak-Gruca, *op. cit.*, p. 798.

tion of a claim", as it takes place in accordance with the regulation of Article 730[1] of the Code of Civil Procedure, and such law requires from the petitioner to demonstrate "high probability of patent infringement, additional protection right, protection right or the right to register." This wording of prerequisite of providing information is justified, according to the Court of Appeal, considering that when submitting a petition for providing information, there is no possibility to specify the claim precisely, with the exception of pointing its actual ground, referring sometimes to the circumstances of infringement of the law, which is particularly significant in case of the claim for compensation, the amount of which, as a rule, will remain unknown to the authorized person at this stage of proceedings, although its grounds (the sole fact of infringement of the law) are unquestionable.

The Court of Appeal agreed with the position presented in the doctrine[11] that the norm of Article 286[1] para. 1 (2) and (3) IPL, according to which providing information constitutes a form of securing the claims, is exceptionally awkwardly defined. Such a connection of both measures i.e. the right to provide information with securing the claims, provided for in Article 287 para. 1 and Article 296 para. 1 IPL, is illogical due to the fact that a petition for information may be submitted before instituting an action, earlier than the claims of the authorized person were defined. In addition, this wording which does not appear in Article 80 para. 1 (2) and (3) CRRA, Article 11a para. 1 (2) and (3) DPA and Article 36b para. 1 (2) and (3) PVLPA, anticipating similar claims, misleads as far as the legal nature of the petition for information is concerned.

The reasoning of the Court of Appeal should be extended by the observation that the purposes of the petition for information and the petition for securing the claims are fundamentally different, although associated with pursuing the legally substantive claims. The purpose of the right to obtain information is to enable the person authorized form the intellectual property, whose rights were infringed, to define the content and the extent of the claims arising from the exclusive rights infringement, whereas the purpose of the petition for securing is to ensure executability or effectiveness of the future judgment[12].

As a result of their analysis, the Court of Appeal took an approvable position on the regulation of Article 286[1] IPL to the extent in which it grants the subject, whose rights as regards industrial property or, even further, intellec-

---

[11] A. Tischner, *op. cit.*, p. 291; idem, [in:] *Prawo…*, p. 1153.

[12] Also the Court of Appeal in Warsaw in the judgment of 20 September 2012 took note of it. I ACa 251/12, Lex, No. 1246920.

tual property, were infringed, the right to obtain detailed information about the violator's actions, which constitutes a specific litigation demand, different from a code-based structure of securing the claims. To complete the position of the Court of Appeal, one ought to demonstrate that the petition for information should not be examined in compliance with provisions of securing the claims applied either directly or respectively, but in compliance with the regulations of litigation included in the Code of Civil Procedure, applied to the extent not regulated in Article 286^1 IPL in compliance with Article 13 para. 1 of the Code of Civil Procedure which introduces a presumption of cognisance of the case in the proceedings. Since the legislator in Article 286^1 IPL and also in other provisions anticipating a claim for information, did not show the type of proceedings, based on which the petition is examined, it takes place by means of litigation.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 163–186 (2014)

Piotr Zaporowski
dyrektor krajowy, Fundacja „People in Need", Rangun, Birma

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 czerwca 2012 r., V ACa 255/12 (dotyczy prawa do firmy)

Część 1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11 czerwca 2012 r. V ACa 255/12

1. *Prawo do firmy ma charakter nie tylko osobisty, jako prawo do niezbywalnego oznaczenia podmiotu prawa służącego do jego identyfikacji w obrocie gospodarczym. Z chwilą, gdy nazwisko osoby fizycznej staje się częścią firmy, przedsiębiorcy zaczyna pojawiać się majątkowy charakter tego dobra.*

2. *Firma jest tworzona z oznaczeń stanowiących dobra osobiste podmiotów prawa cywilnego, chronione na podstawie art. 24 k.c. Z chwilą jednak, gdy dobra te służące oznaczeniu przedsiębiorcy przeistaczają się w jego firmę, ochrona tych dóbr dokonywa się na podstawie art. 43^{10} k.c. i wyłączone jest stosowanie art. 24 k.c. Wyłączenie stosowania art. 24 k.c. oznacza, że w przypadku naruszenia prawa do firmy, przedsiębiorcy służą jedynie roszczenia określone w art. 43^{10} k.c. W katalogu tych roszczeń nie jest wymienione roszczenie (przewidziane w art. 24 k.c.) o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny.*

3. *Osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą na podstawie umowy spółki cywilnej określają nazwę tej spółki przez wskazanie imion i nazwisk wspólników (ewentualnie dodatkowo innych określeń wskazujących na przedmiot działalności), w istocie upoważniają się wzajemnie do używania swojej firmy (imienia i nazwiska). Wów-*

czas przedsiębiorcy posługują się takim oznaczeniem, używając kilku firm na oznaczenie działalności gospodarczej[1].

4. *Po dniu rozwiązania spółki cywilnej wspólne używanie firmy przez wspólników utraciło swoją podstawę prawną. Dalsze funkcjonowanie w obrocie takiego oznaczenia byłoby naruszeniem obowiązku wynikającego z art. 43³ § 2 k.c.*

Sentencja

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny po rozpoznaniu w 30 maja 2012 r. w Katowicach na rozprawie sprawy z powództwa K. B. przeciwko K. R. P. „P. i P.-W." spółce jawnej w P., R. P. i K. P.-W. o ochronę dóbr osobistych na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z 30 grudnia 2011 r., sygn. akt V GC 103/11 oddala apelację.

Uzasadnienie faktyczne

Powód K. B. domagał się w pozwie:

1. zobowiązania solidarnie pozwanych: K. R. P. „P. i P.-W." spółkę jawną w P. oraz R. P. i K. P.-W. do:
   a) przywrócenia stanu poprzedniego, tj. napisu zawierającego nazwisko powoda „B." poprzez naklejenie na poprzednim miejscu, tj. ścianie obok drzwi do kancelarii (II piętro – ściana na wprost schodów, w budynku przy ul. T. P. na wysokości 160 cm od podłogi, 65,5 cm od krawędzi ściany, na której zamontowane są drzwi z klatki schodowej do kancelarii, liter tworzących nazwisko „B." – litery w kolorze złotym o wymiarach: wysokość 15 cm, szerokość maksymalnie 6,5 cm i w związku z tym usunięcie tablicy zawieszonej w tym samym miejscu o treści „P. & P.-W. K. R. P." w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się wyroku,
   b) przeproszenia powoda za dokonane bezprawnie naruszenie jego dobra osobistego poprzez umieszczenie w miejscu jak w pkt 1 żądania bezpośrednio pod literami tworzącymi nazwisko powoda tablicy o wymiarach 69 cm x 150 cm w kolorze białym z napisem (litery w kolorze

[1] Teza 3, zaczerpnięta z uzasadnienia, lecz przez wydawców nieznacznie zmodyfikowana, różniąca się w wydaniu Lex oraz OSA jedynie co do interpunkcji, byłaby czytelniejsza, gdyby brzmiała następująco: „Osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą na podstawie umowy spółki cywilnej określają nazwę tej spółki przez wskazanie imion i nazwisk wspólników (ewentualnie dodatkowo innych określeń wskazujących na przedmiot działalności), w istocie upoważniając się wzajemnie do używania swojej firmy (imienia i nazwiska). Wówczas przedsiębiorcy posługując się takim oznaczeniem używają kilku firm na oznaczenie działalności gospodarczej".

czarnym o wymiarach 8,5 cm x 6,5 cm o treści następującej: „R. P. i K. P.-W. przepraszają radcę prawnego K. B. za bezprawne naruszenie jego prawa do nazwiska przez demontaż liter tworzących napis „B." w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się wyroku i utrzymanie tej tablicy przez okres równy okresowi, przez który na ścianie w miejscu jak wyżej nie było napisu zawierającego nazwisko powoda nie krócej jednak niż 1 miesiąc". Powód wnosił o upoważnienie go do wykonania zastępczego czynności określonych wyżej w pkt 1a i pkt 1b w części dotyczącej wykonania i zamontowania tablicy opisanej w tym punkcie na koszt pozwanych, jeżeli w terminie zakreślonym przez Sąd nie wykonaliby swoich obowiązków,

c) zapłaty na cel społeczny – Domu Opieki Społecznej w Ł. kwoty 5 000 zł.

Pismem z 17 listopada 2011 r. powód sprecyzował swe żądanie w ten sposób, że podtrzymał żądanie w pkt 1b i c oraz 3 petitu pozwu i zmodyfikował żądanie zawarte w pkt 2 w ten sposób, że upoważnienie powoda do wykonania zastępczego obejmować winno zamontowanie tablicy określonej w pkt 1b.

W odpowiedzi na pozew pozwana K. R. P. „R. P. i K. P.-W." spółka Jawna w P. wniosła o oddalenie powództwa. W uzasadnieniu wskazała, że nie decydowała o demontażu jakichkolwiek liter czy napisów. Przyznała, że spółka prowadzi działalność w opisanym lokalu, której wspólnik R. P. jest współwłaścicielem i na którą to działalność powód wyraził zgodę. Demontaż liter nastąpił na polecenie R. P., o czym powód był informowany. Zarzucała brak podstaw odpowiedzialności solidarnej pozwanej.

W odpowiedzi na pozew pozwany R. P. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniósł, że powód nie wykazał, kto faktycznie naruszył jego dobra osobiste zdejmując lub polecając demontaż napisu „B.". Pomiędzy stronami pozwanymi nie zachodzi solidarność, a powód nie podjął próby jej wykazania. Powód nie dostrzega złożoności relacji pomiędzy powodem a pozwanym jako byłymi wspólnikami spółki cywilnej, a ponadto jako między nimi jako współwłaścicielami nieruchomości. Pozwany przyznał, że od stycznia 2009 r. do lutego 2011 r. przed drzwiami do wspólnego lokalu był umieszczony napis „b. & p.", stanowiący nazwę i logo firmy prowadzonej przez pozwanego i powoda od 31 grudnia 2008 r. Ten stan był tolerowany przez pozwanego, bowiem spółka formalnie istniała.

Z dniem 31 grudnia 2010 r. stan ten uległ zmianie, bowiem spółka cywilna „b. & p." została rozwiązana, a pozwany stał się współwłaścicielem nieruchomości przy ul. T. w części ułamkowej. Pozwany działając jako były wspólnik zlikwidowanej spółki, wobec bezczynności powoda w piśmie z 27 stycznia 2011 r. wskazał najpilniejsze do wykonania czynności likwidacyjne i terminy ich wykonania. Wobec bierności powoda i upływu tygodniowego terminu, zlecił firmie G. D. M. usunięcie napisu „b. & p." sprzed drzwi wspólnego lokalu oraz tablicy z napisem „b. & p." oraz tablic z napisem „b. & p." kancelaria prawnicza, znajdującej się na parterze przy portierni oraz zlecił usunięcie sprzed drzwi swojego gabinetu regałów z zawartością oraz różnych nieużywanych sprzętów biurowych. 7 lutego 2011 r. na zlecenie pozwanego podjęto próbę demontażu tablic, lecz w związku z kategorycznym stanowiskiem powoda usunięto z tablicy nazwisko pozwanego, pozostawiając tablicę. Podniósł, że 18 marca 2011 r. na jego zlecenie zamontowano litery tworzące napis „B.". Pozwany podniósł, że nie zlecał usuwania nazwiska powoda z istniejących tablic, lecz usunięcie nazwy firmy „b. & p." zawierającej także nazwisko powoda. Powód nie zamontował na ścianie budynku zdemontowanej niebieskiej tablicy z napisem „b. & p.", lecz nową tablicę z własnym nazwiskiem. Pozwana prowadzi działalność za zgodą wszystkich współwłaścicieli w tym powoda. Pozwany realizował swe prawa jako wspólnik spółki cywilnej oraz jako współwłaściciel nieruchomości. Nie usunął nazwiska powoda, lecz znak firmowy zlikwidowanej spółki. Ze wspólnej tablicy usunął własne nazwisko i nie kwestionował praw powoda do umieszczania tablic informacyjnych o prowadzonej działalności.

W odpowiedzi na pozew pozwana K. P.-W. wnosiła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniosła zarzut braku legitymacji biernej. Wskazała na brak jakiegokolwiek związku ze sprawą objętą żądaniem pozwu. Podniosła argumentację podnoszoną przez pozostałych pozwanych odnośnie do okoliczności zdarzenia i wzajemnych relacji stron.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Częstochowie oddalił powództwo.

Rozstrzygnięcie to zapadło przy następujących ustaleniach faktycznych.

Powód K. B. prowadził wraz z pozwanym R. P. kancelarię, przy czym od 6 lutego 1995 r. jako K. R. P. „b. & p." spółka cywilna w P. Spółka cywilna faktycznie prowadziła działalność do 31 grudnia 2008 r. 22 września 2010 r. pozwany R. P. wypowiedział umowę spółki cywilnej, która uległa rozwiąza-

niu z dniem 31 grudnia 2010 r. Spółka prowadziła działalność od czerwca 1999 r. w lokalu o powierzchni ok. 150 m^2 położonym w budynku, będącym współwłasnością powoda, pozwanego R. P. i osób trzecich, położonym na drugim piętrze budynku. W czasie działalności powoda K. B. i pozwanego R. P. w formie spółki cywilnej na zewnątrz budynku znajdowała się tablica w kolorze niebieskim o treści „K. R. P. b. i p." s.c. Podobne oznaczenie znajdowało się na plafonie, a na ścianie obok drzwi do kancelarii znajdował się napis treści „b. & p.". Napis ten stanowiły litery w kolorze złotym. 27 stycznia 2011 r. pozwany R. P. zwrócił się do powoda K. B. wskazując sprawy związane z likwidacją spółki cywilnej konieczne do uregulowania, wśród nich wymienia się kwestię demontażu tablic i oznakowań zlikwidowanej kancelarii. Z początkiem stycznia 2011 r. powstał pomiędzy stronami spór odnośnie do likwidacji tablic na zewnątrz budynku i montażu tablic z aktualnymi formami prowadzonej działalności. Problemem stał się podział lokalu zajmowanego dotychczas przez wspólników spółki cywilnej, jak również respektowanie zasad wspólnego korzystania z pomieszczeń. Powód w piśmie z 7 stycznia 2009 r. stanowczo wskazał na konieczność jego akceptacji odnośnie do zmiany tablic informacyjnych wewnątrz i na zewnątrz budynku. W odpowiedzi na pismo z 27 stycznia 2011 r. powód pismem z 28 stycznia 2011 r. poinformował, że do treści pisma ustosunkuje się po powrocie z urlopu i że nikt z kancelarii nie jest upoważniony do odbioru korespondencji. Pozwany R. P. uznał treść pisma jako brak stanowiska i zlecił świadkowi D. M. montaż tablic informacyjnych spółki jawnej, co rodziło konieczność demontażu liter stanowiących napis „b. & p.". Po powrocie z urlopu powód pismem z 7 lutego 2011 r. wezwał pozwanych do przywrócenia nazwiska „B." i demontażu tablicy informacyjnej spółki jawnej. W odpowiedzi na pismo pozwany RP przekazał zdemontowane litery, które powód zwrócił w celu ich ponownego zamontowania. Ostatecznie w celu ugodowego załatwienia sporu pomiędzy stronami w sprawie X Ga 433/10, toczącej się przed Sądem Apelacyjnym w Łodzi, pozwany R. P. zlecił montaż liter w kolorze złotym tworzących nazwisko powoda, które umieszczono w miejscu poprzedniego zamontowania 18 marca 2011 r. Nad nazwiskiem powoda pozostała umieszczona tablica informacyjna o treści „P.& P.-W. K. R. P.".

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie dokumentów prywatnych w postaci korespondencji pomiędzy stronami, notatek, których prawdziwości żadna ze stron nie kwestionowała oraz na podstawie zeznań stron, które obrazują własne przekonania stron i ich motywacje przy podejmowaniu działań, a także dokumentacji fotograficznej obrazującej oznaczenie prowadzonej przez strony działalności, w tym sporny napis. Zeznania świadka

W. M. pracującej w pozwanej spółce są potwierdzeniem okoliczności wynikających z korespondencji i zeznań stron, a także dokumentacji fotograficznej. Zeznania świadka D. M. potwierdzają okoliczności wynikające z korespondencji stron, świadek demontował nie tylko sporny napis, ale też montował i demontował tablice informacyjne na zewnątrz budynku, które nie są przedmiotem sporu. W trakcie wykonywana tychże prac powód oponował przeciwko zdjęciu tablic z nazwą spółki cywilnej, dlatego też po uzgodnieniu z pozwanym R. P. zdjęto jedynie napis dotyczący nazwiska pozwanego, a ponadto świadek demontował na drzwiach napisy z folii dotyczące spółki cywilnej. Z pozwaną K. P.-W. świadek ustalał jedynie, na jakiej wysokości ma znajdować się tablica informacyjna przy drzwiach wejściowych do kancelarii. Z zeznań świadka wynika, że demontaż miał dotyczyć tablic i napisów z nazwą spółki cywilnej, a nie tylko na usunięciu z tablic nazwiska powoda.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny sąd pierwszej instancji uznał, że okoliczności dotyczące zdjęcia liter z napisem „b. & p." są między stronami bezsporne. Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia czy doszło do naruszenia dóbr osobistych powoda i czy wszyscy pozwani ponoszą odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych powoda. Bezsporne jest, że powód i pozwany R. P. prowadzili od 1995 r. działalność pod nazwą kancelaria radców prawnych „b. & p." s.c. W oznaczaniu kancelarii eksponowano nazwę „b. & p.", czemu dano wyraz w wizytówkach k. 160, jak również w 1999 r. zamieszczając przy drzwiach do wspólnej kancelarii napis w postaci złotych liter o treści „b.& p.". Zdjęcie powyższego napisu jest jedną z przyczyn konfliktu pomiędzy stronami. Poza sporem jest, że z treści korpusu nazwy spółki cywilnej nie zdemontowano nazwiska powoda, lecz zdemontowano nazwę spółki cywilnej, pod jaką działali powód i pozwany R. P. Poza sporem jest, że w chwili demontażu napisu spółka cywilna została rozwiązana, a widniejący napis sugerował, że spółka cywilna istnieje i działa dalej. W ocenie Sądu Okręgowego sporny napis umieszczony przy drzwiach kancelarii oznaczał nazwę, pod jaką działa kancelaria. Oczywiste jest, że powód i pozwany R. P. zamieścili w nazwie spółki cywilnej swoje nazwiska pisane wbrew zasadom pisowni z małych liter, a umieszczając łącznik & podkreślili wspólną działalność. Napis ten stracił na aktualności z końcem 2009 r., kiedy spółka cywilna przestała istnieć, powód prowadzi działalność w formie indywidualnej kancelarii radcy prawnego, a pozwany R. P. wraz z K. P.-W. prowadzą działalność w formie spółki jawnej. Zatem napis sugerujący prowadzenie wspólnej działalności stracił sens i nie oznaczał już, że w tej kancelarii pracują wspólnie radcowie prawni wymienieni z nazwiska. Istniejący pomiędzy stronami konflikt utrudniał podjęcie wspólnie decyzji co do nieaktualnych tablic, szyldów czy napisów. Strony stawiały siebie wobec faktów

dokonanych, jak zdejmowanie tablic informacyjnych i zamieszczanie na tym samym miejscu własnych. Strona pozwana jak zeznał R. P. wręcz nie chciała być utożsamiana z powodem. Poza sporem jest, że pozwany R. P. zwrócił się do powoda w kwestii demontażu tablic i oznakowań zlikwidowanej kancelarii, pismo to dotarło do powoda 28 stycznia 2011 r. Odpowiedź powoda nie zawierała stanowiska powoda w omawianym zakresie, jak chociażby wola pozostawienia jego nazwiska na tablicach i w spornym napisie. Wolę taką wyraził powód po powrocie z urlopu, kiedy to napis dotyczący firmy spółki cywilnej nie istniał. O tym, czy doszło do naruszenia dóbr osobistych, jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniach, nie mogą decydować subiektywne odczucia osoby uważającej się za pokrzywdzoną, lecz decydujące znaczenie ma to, jaką reakcję naruszenie to wywołało w społeczeństwie. Z art. 24 k.c. wynika jednoznacznie, że ochrona dóbr osobistych przysługuje jedynie przed bezprawnym działaniem. Przepisy kodeksu cywilnego regulujące spółkę cywilną oprócz regulacji zawartej w art. 875 k.c. dotyczącej podziału majątku wspólnego nie przewidują sformalizowanego postępowania likwidacyjnego, pozostawiając jego unormowanie woli wspólników. Z chwilą rozwiązania spółki winny być podjęte decyzje m.in. co do likwidacji nieaktualnych tablic informacyjnych i spornego napisu przy drzwiach kancelarii, w ocenie bowiem sądu był on nierozerwalnie związany z działalnością stron w ramach spółki cywilnej. Zatem zdjęcie napisu stanowiącego korpus nazwy nieistniejącej spółki cywilnej przez wspólnika tejże spółki nie nosi cech bezprawności działania. Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska powoda, że sporny napis nie odnosił się do nazwy spółki cywilnej, lecz jedynie wskazywał nazwiska radców prawnych pracujących w tej kancelarii.

W ocenie sądu strony użyczyły swych nazwisk dla oznaczenia firmy kancelarii radców prawnych działających w formie spółki cywilnej, przez wprowadzenie do kodeksu cywilnego uregulowania dotyczącego oznaczenia przedsiębiorcy przepisami art. 43^1 do 43^{10} k.c. ustawą z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408) w sposób jednoznaczny została unormowana kwestia firmy przedsiębiorców będących osobami fizycznymi i ochrona firmy takich przedsiębiorców. W szczególności wprowadzono zasadę, że przedsiębiorca działa pod firmą i że przedsiębiorcą jest osoba fizyczna także wtedy, gdy osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej. Firma jest zatem oznaczeniem przedsiębiorcy i w zasadzie składa się z rdzenia i dodatków obowiązkowych, których nie można pominąć i fakultatywnych – których umieszczenie zależy od woli przedsiębiorców. Ponieważ firma jest nazwą, pod którą działa przedsiębiorca, przypisać jej należy funkcję indywidualizującą przedsiębiorcę w szeroko rozumianym obrocie gospodarczym, ale także funkcję reklamową pozwalającą zidentyfikować

źródło pochodzenia towarów lub usług. Z tych też względów firma jest dobrem intelektualnym, któremu prawo przyznaje ochronę i ma niewątpliwie charakter prawa podmiotowego przysługującego przedsiębiorcy. Prawo do firmy powstaje z chwilą wpisania przedsiębiorcy do ewidencji działalności gospodarczej i trwa do chwili zakończenia jej działalności. W tym też czasie w przepisie art. 43^{10} k.c. firma uzyskała szeroką autonomiczną ochronę oderwaną od roszczeń określonych w art. 24 k.c. Bezsporne jest, że w chwili demontażu napisu „b. & p." spółka cywilna nie istniała, a zdjęcie napisu z korpusem nazwy nieistniejącej nazwy spółki cywilnej na polecenie jednego z byłych wspólników, tj. R. P., nie nosiło cech bezprawności. Polecenie zdjęcia spornego napisu łączyło się z poleceniem zdjęcia tablic informacyjnych dotyczących działalności nieistniejącej spółki cywilnej. Zatem sąd na podstawie art. 24 k.c. oddalił powództwo w stosunku do R. P. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego nie wynika, aby prawo do nazwiska powoda zostało naruszone przez pozwaną spółkę jawną, czy też pozwaną K. P.-W. Fakt, że pozwany R. P. wspólnie z córką K. P.-W. działa jako kancelaria radców prawnych w formie spółki jawnej, nie oznacza ich odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych powoda K. B. Powód jako podstawę solidarnej odpowiedzialności pozwanych wskazał na regulację art. 422 k.c., który wprowadza odpowiedzialność solidarną ze sprawcą pomocników, podżegaczy czy też osoby, które świadomie skorzystały z wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody. Powód w toku procesu nie wykazał, aby pozwana spółka jawna i pozwana K. P.-W. były pomocnikami w rozumieniu omawianego przepisu. Spór bowiem ogniskuje się wokół byłych wspólników spółki cywilnej i nierozwiązanych kwestii związanych ze współwłasnością nieruchomości i prowadzonej działalności, co rodzi konflikty i problemy związane z podjęciem jakichkolwiek decyzji. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z art. 422 k.c., czyn niedozwolony, o którym mowa w tym przepisie, polega na świadomym skorzystaniu z wyrządzonej innemu podmiotowi szkody, która powstała w wyniku innego czynu niedozwolonego zaistniałego wcześniej. Pomiędzy działalnością pomocnika a szkodą musi istnieć związek przyczynowy, który zachodzi wtedy, gdy wola pomocnika skierowana jest na dokonanie czynu niedozwolonego. Powód w myśl art. 6 k.c. nie wykazał podstaw odpowiedzialności pozwanej spółki jawnej oraz pozwanej K. P.-W., zatem sąd w oparciu o art. 422 k.c. w związku z art. 24 k.c. powództwo oddalił.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód, podnosząc zarzuty:

1. naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. przez:
   - brak jednoznacznego stanowiska sądu pierwszej instancji co do tego, czy w sprawie doszło do naruszenia dobra osobistego powoda poprzez demontaż liter zawierających jego nazwisko,

- brak wyjaśnienia, jakie w ocenie sądu są wzajemne relacje pomiędzy przepisami art. 24 i art. 43^{10} k.c. w przypadku, gdy dochodzi do naruszenia dobra, jakim jest nazwisko w przypadku przedsiębiorcy – osoby fizycznej,
- brak rozważań dotyczących interpretacji pojęcia firmy w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność w formie spółki cywilnej i niewyjaśnienia powodów niezastosowania w sprawie art. 43^4 k.c. co w istotny sposób utrudnia kontrolę instancyjną zaskarżonego wyroku;

2. nieuzasadnionego pominięcia z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c., przez sąd pierwszej instancji przy dokonywaniu ustaleń faktycznych w sprawie, zeznań świadków W. M. i D. M. w części dotyczącej zlecenia i wykonania usługi demontażu spornych liter, podmiotu na rzecz którego została wystawiona faktura przez wykonawcę usługi i co uniemożliwiło określenie roli poszczególnych podmiotów po stronie pozwanej w czynnościach związanych z demontażem liter z nazwiskiem powoda oraz zakresu i podstaw odpowiedzialności pozwanych;
3. naruszenia prawa materialnego, tj.:

a. art. 43^4 § 1 k.c. przez jego błędną wykładnię i jego niezastosowanie, polegające na przyjęciu, że: w przypadku prowadzenia działalności przez wspólników – radców prawnych w formie spółki cywilnej, ustanie tej spółki uprawnia do demontażu tablicy zawierającej jedynie nazwiska obu wspólników – w części dotyczącej nazwiska powoda – bez jego zgody – w sytuacji, gdy:
   - powód dalej prowadzi działalność w formie indywidualnej kancelarii w tym samym lokalu,
   - nazwiska wspólników nie stanowiły „nazwy spółki cywilnej", a jedynie wskazywały na konkretnych radców prawnych, świadczących usługi w tej kancelarii (w tym powoda),
   - spółka cywilna nie jest podmiotem prawa i nie posiada firmy ani nazwy, firmę posiadają jedynie poszczególni wspólnicy, tym bardziej nie są nazwą czy firmą spółki cywilnej nazwiska jej wspólników,
   - w zawodzie radcy prawnego nazwisko odgrywa rolę szczególną, a nazwisko powoda w ogóle nie było kojarzone przez klientów i lokalną czy regionalną społeczność ze spółką, w której działał, ale z jego renomą, doświadczeniem i wiedzą;
b. art. 24 k.c. przez jego wadliwe zastosowanie i uznanie, że działanie pozwanych, a w szczególności R. P., nie było działaniem bezprawnym, ewentualnie art. 43^{10} k.c. przez jego niezastosowanie.

Wskazując na powyższe zarzuty domagał się powód zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienia powództwa.

Uzasadnienie prawne

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powoda nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zaskarżony wyrok jest trafny i odpowiada prawu, choć na innej podstawie prawnej niż to ostatecznie wskazał sąd pierwszej instancji – art. 43^{10} k.c. w związku z art. 43^{4} k.c. a nie art. 24 k.c.

W pierwszej kolejności rozważyć należało zarzuty apelacji dotyczące legitymacji biernej pozwanej K. P. i pozwanej spółki jawnej K. R. P. „P. i P.-W.". Powód w pozwie upatrywał ich odpowiedzialności w treści art. 422 k.c., choć nie wskazywał, czy ponoszą oni odpowiedzialność jako pomocnicy, podżegacze czy korzystający z wyrządzonej szkody. Pomimo jasnej oceny sądu pierwszej instancji opartej na prawidłowo dokonanych ustaleniach faktycznych, które Sąd Apelacyjny przyjmuje jako własne, że powód nie wykazał odpowiedzialności pozwanych na tej podstawie prawnej, powód w apelacji nie wskazuje, na jakiej podstawie pozwani ponoszą odpowiedzialność – czy na podstawie art. 422 k.c., czy też za własne działania jako naruszające prawa powoda do firmy.

W ocenie Sądu Apelacyjnego brak legitymacji biernej pozwanych jest oczywista.

Zarówno z zeznań stron, jak i zeznań świadków W. M. i D. M. wynika jednoznacznie, że pozwana K. P.-W. nie zlecała demontażu spornej tablicy z firmy powoda i pozwanego R. P. Jej działanie ograniczyło się jedynie do wskazania miejsca zawieszenia tablicy z firmy spółki jawnej. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do przypisania pozwanej naruszenia prawa powoda do firmy w rozumieniu art. 43^{10} k.c. Brak jest także podstaw do przypisania takiej odpowiedzialności pozwanej spółce jawnej reprezentowanej przez R. P.

W niniejszej sprawie pozwany R. P. występuje zarówno jako były wspólnik spółki cywilnej, jak i wspólnik spółki jawnej.

Z zeznań świadków, jak i przesłuchania pozwanego wynika jednoznacznie, że polecając demontaż oznaczenia wspólnej z powodem działalności gospodarczej, pozwany działał jako osoba fizyczna – były wspólnik spółki cywilnej, a nie wspólnik spółki jawnej.

Pomocnictwo lub podżeganie, co jest oczywiste, zakłada nakłanianie lub pomoc innej osobie do popełnienia czynu zabronionego. Nie mógł zatem

pozwany nakłaniać samego siebie do naruszenia prawa powoda do firmy lub samemu sobie w tym pomagać. Brak także podstaw do uznania, że pozwany jednocześnie działał jako osoba fizyczna i wspólnik spółki jawnej, tym samym zachowaniem jednocześnie naruszył prawa powoda do firmy w imieniu własnym i w imieniu spółki jawnej. Oceny tej nie zmienia fakt, że ostatecznie fakturę za montaż nowej tablicy informacyjnej wykonawca wystawił spółce jawnej. Tym samym nie sposób uznać, że pozwana spółka jawna swoim działaniem naruszyła treść art. 43^4 k.c. i na podstawie art. 43^{10} k.c. jest biernie legitymowana. Pozostaje zatem ocena zachowania pozwanego R. P. i ustalenie podstawy prawnej jego odpowiedzialności.

Powód w pozwie określił, że podstawą odpowiedzialności pozwanych jest naruszenie jego dobra osobistego do nazwiska zgodnie z art. 24 k.c., natomiast w apelacji zarzuca niewyjaśnienie relacji pomiędzy tym przepisem a art. 43^{10} k.c. i brak zastosowania tego przepisu. Nie budzi wątpliwości, że stan faktyczny wskazany w pozwie, który określa podstawę prawną żądania pozwu wskazuje, że powód dochodzi ochrony swojego nazwiska wywodząc swoje roszczenie z przepisów o ochronie firmy przedsiębiorcy – osoby fizycznej.

Wbrew zarzutom apelacji pogląd, że art. 43^{10} k.c. wyłącza stosowanie art. 24 k.c., nie jest odosobniony. Został on wyrażony nie tylko w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 marca 2006 r. sygn. akt I ACa 2057/05, ale także szeroko w doktrynie (por. m.in. J. Sitko, *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2009; glosa do powyższego wyroku Piotr Zaporowski, Glosa 2009/3/64-67).

Prawo do firmy ma charakter nie tylko osobisty jako prawo do niezbywalnego oznaczenia podmiotu prawa służącego do jego identyfikacji w obrocie gospodarczym. Jednak z chwilą, gdy nazwisko osoby fizycznej staje się częścią firmy przedsiębiorcy, zaczyna pojawiać się majątkowy charakter tego dobra. Zatem zgodnie z art. 43^4 k.c. firma jest tworzona z oznaczeń stanowiących dobra osobiste podmiotów prawa cywilnego, chronione na podstawie art. 24 k.c. Z chwilą jednak, gdy dobra te, służące oznaczeniu przedsiębiorcy, przeistaczają się w jego firmę, ochrona tych dóbr dokonywa się na podstawie art. 43^{10} k.c. i wyłączone jest stosowanie art. 24 k.c.

Wyłączenie stosowania art. 24 k.c. oznacza, że w przypadku naruszenia prawa do firmy, przedsiębiorcy służą jedynie roszczenia określone w art. 43^{10} k.c. W katalogu tych roszczeń nie jest wymienione roszczenie (przewidziane w art. 24 k.c.) o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. Tym samym roszczenie określone w pkt 1c pozwu nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na brak podstawy prawnej.

Ostatecznie zatem wymagało oceny, czy działanie pozwanego R. P., polegające na zdjęciu liter określających prowadzenie wraz z powodem działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej „b. & p.", stanowiło naruszenie prawa powoda do jego firmy.

Zgodnie z art. 42^2 k.c. przedsiębiorca działa pod firmą, a zgodnie z art. 42^1 k.c. przedsiębiorcą jest osoba fizyczna także wtedy, gdy osoby fizyczne prowadzą działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, gdyż nie budzi wątpliwości, że spółka cywilna jako umowa stron nie jest przedsiębiorcą.

W doktrynie posługiwanie się firmą przez spółkę cywilną budzi kontrowersje.

Pogląd, że firma nie przysługuje spółce, która nie jest podmiotem prawa cywilnego prezentowany jest w komentarzach (Lex; U. Promińska, *Komentarz* 2009; M. Wyrwiński, *Komentarz* 2003; natomiast odmienny pogląd wyrażony jest w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarzu do Kodeksu cywilnego* 2004, s. 155).

Nie budzi natomiast wątpliwości, że zgodnie z art. 43^4 k.c., firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko i brak jest podstaw do przyjęcia, iż przepis ten dotyczy wyłącznie przedsiębiorcy prowadzącego działalność gospodarczą samodzielnie.

Zgodnie z art. 43^3 § 2 k.c., firma nie może wprowadzać w błąd, w szczególności co do osoby przedsiębiorcy, przedmiotu działalności i miejsca działania. Zatem osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą na podstawie umowy spółki cywilnej określają nazwę tej spółki przez wskazanie imion i nazwisk wspólników (ewentualnie dodatkowo innych określeń wskazujących na przedmiot działalności), w istocie upoważniają się wzajemnie do używania swojej firmy (imiona i nazwiska). Wówczas przedsiębiorcy posługują się takim oznaczeniem używają kilku firm na oznaczenie działalności gospodarczej.

W niniejszej sprawie taka właśnie sytuacja miała miejsce, skoro jest bezsporne, że powód i pozwany R. P. prowadzili wspólnie na podstawie umowy spółki cywilnej działalność gospodarczą jako kancelaria radców prawnych i używali swoich firm (nazwisk) dla oznaczenia tej działalności.

Bezsporne jest także, że spółka cywilna została rozwiązana z dniem 31 grudnia 2010 r., a zatem po tej dacie wspólne używanie firmy przez wspólników utraciło swoją podstawę prawną. Oznaczenie „b. & p." przestało zatem pełnić funkcję wspólnego oznaczenia firm wspólników spółki cywilnej i dalsze funkcjonowanie w obrocie takiego oznaczenia było naruszeniem obowiązku wynikającego z art. 43^3 § 2 k.c.

Pozwany R. P. był zatem uprawniony w świetle tego przepisu do zlikwidowania napisu, który zawierał firmy obu wspólników dla oznaczenia wspólnej

działalności gospodarczej i takiemu zachowaniu nie sposób nadać cech bezprawności. Wspólnicy spółki cywilnej wyrazili bowiem zgodę jedynie na wzajemne używanie swojej firmy w ramach wspólnej działalności gospodarczej, a wobec rozwiązania spółki ta podstawa prawna wygasła.

Pozwany nie naruszył zatem prawa powoda do jego firmy, gdyż sporne oznaczenie związane było z działalnością spółki cywilnej, a nie powoda jako samodzielnie prowadzącego działalność gospodarczą. Pozwany działał także w ramach porządku prawnego zgodnie z art. 43^3 § 2 k.c. i wykonywał swoje prawo podmiotowe do firmy zgodnie z art. 43^4 k.c. tak, aby jego firma po rozwiązaniu spółki cywilnej nie była związana z działalnością powoda, a zatem brak także podstaw do przypisania pozwanemu bezprawności działania (art. 43^{10} k.c.).

Z tych przyczyn skoro pozwany R. P. nie naruszył prawa powoda do firmy, to roszczenie określone w pkt 1b pozwu było bezzasadne, a zatem nie mogą zostać uwzględnione zarzuty apelacji powoda naruszenia art. 43^4 § 1 k.c., 43^{10} k.c. i art. 24 k.c. Apelacja powoda jest zatem bezpodstawna i zgodnie z art. 385 k.p.c. podlega oddaleniu.

Część 2. Glosa

1. Spór, który rozstrzyga glosowane orzeczenie dotyka zagadnienia sporadycznie rozważanego w polskim piśmiennictwie prawniczym i chyba – poza tym wyrokiem – nieobecnego w judykaturze naszych sądów. Ta refleksja nie dotyczy powszechnie dostrzeganej i komentowanej zasady wyrażonej w art. 43^2 § 1 k.c., że przedsiębiorca „działa pod firmą". Sformułowanie to nie budzi bowiem wątpliwości i choć słusznie nie posłużono się tu dosadnym określeniem „przedsiębiorca musi działać pod firmą", wiadomo, że przedsiębiorca ma obowiązek działania pod firmą. Oczywiste jest, że nie wyklucza to posługiwania się przez przedsiębiorcę, w niekiedy zbliżonych, ale nigdy nie w tożsamych celach, nazwą przedsiębiorstwa (art. 55^1 pkt 1 k.c.), znakiem firmowym, logo, a nawet znakiem towarowym, z których zwłaszcza drugi z wymienionych może spełniać w wyjątkowych sytuacjach funkcje zbliżone, jak oznaczająca przedsiębiorcę firma.

Uzasadniona jest jednak dalej idąca interpretacja postanowienia zawartego w art. 43^2 § 1 k.c. Otóż, jeżeli przedsiębiorca działa (czyli: musi działać) pod firmą, to znaczy, że pod firmą nie może działać nikt inny, czyli nieprzedsiębiorca.

Interesujące wydaje się to stwierdzenie w odniesieniu do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi. Ci bowiem mogą działać pod firmą, której je-

dynym elementem jest ich imię i nazwisko. A wtedy, gdy przedsiębiorca używający takiej firmy przestanie być przedsiębiorcą, jego aktywność czy tylko obecność inna niż przedsiębiorcza działalność, dalej, tak samo jak wcześniej, będzie prowadzona (realizowana, wykonywana) pod jego imieniem i nazwiskiem, choć oczywiście może być prowadzona niekiedy pod imieniem, nazwiskiem, pseudonimem, ale także – prawo w niektórych sytuacjach *expressis verbis* to przewiduje (zob. np. art. 16 pkt 2 *in fine* ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych) – pod żadnym oznaczeniem, lecz anonimowo.

Tyle, że wówczas, gdy taki były przedsiębiorca, który prowadził działalność gospodarczą (lub zawodową) pod firmą składającą się tylko z jego imienia i nazwiska, dalej prowadzi już nieprzedsiębiorczą aktywność pod swoim imieniem i nazwiskiem, będzie teraz, nie będąc przedsiębiorcą, występował pod oznaczeniem tożsamym z jego byłą firmą. Taka sytuacja ukazuje mankamenty obecnej regulacji firmy osoby fizycznej, która nie wymaga, aby osoba taka prowadziła działalność gospodarczą uzupełniając obligatoryjne dotąd elementy firmy (imię i nazwisko) o określenie wskazujące, że występuje tu, posługując się swoim imieniem i nazwiskiem, jako przedsiębiorca, czyli pod firmą (wydaje się, co proponowano już wcześniej, że dostatecznym oznaczeniem byłoby wówczas określenie: przedsiębiorca, np. Jan Kowalski przedsiębiorca).

Podobny problem wydaje się jeszcze bardziej doniosły wtedy, gdy przedsiębiorca działający pod firmą składającą się tylko z imienia i nazwiska, prowadzi jednocześnie nieprzedsiębiorczą, np. charytatywną czy inną społeczną działalność, posługując się swoim imieniem i nazwiskiem. Nie musi być wtedy oczywiste, kiedy działa jako przedsiębiorca, a kiedy jako nieprzedsiębiorca.

Może zresztą dojść do sytuacji wielokrotnie opisywanej i tylko na pozór paradoksalnej. Jeżeli bowiem zagrożone lub naruszone zostanie prawo do firmy przedsiębiorcy posługującego się oznaczeniem składającym się tylko z imienia i nazwiska, podstawą prawa do żądania ochrony firmy jest art. 43^{10} k.c. Jeżeli jednak zagrożone lub naruszone zostanie jego imię lub nazwisko wówczas, gdy nie jest albo nie jest już przedsiębiorcą, podstawą prawa do formułowania roszczeń ochronnych będą najczęściej art. 23 i 24 k.c. Może to zresztą mieć miejsce równocześnie, gdy oprócz naruszenia lub zagrożenia prawa do takiej firmy, dojdzie do naruszenia imienia i nazwiska jako oznaczeń indywidualizujących tę samą osobę, ale nie jako przedsiębiorcę. Pozór tego paradoksu bierze się stąd, że imię i nazwisko czy precyzyjniej – prawo do imienia i nazwiska, może być chronione na podstawie różnych przepisów, w zależności od roli, jaką *in casu* imię i nazwisko spełnia. Można więc wyobrazić sobie osobę fizyczną, której imię i nazwisko chronione jest także jako np. element znaku towarowego, jako oznaczenie twórcy wynalazku albo pro-

jektu racjonalizatorskiego, wzoru użytkowego albo przemysłowego, topografii układu scalonego, czy przede wszystkim jako oznaczenie utworu imieniem i nazwiskiem jego twórcy.

Wiążą się te refleksje ze stanowiskiem zajętym przez SA w glosowanym orzeczeniu, które – w tym zakresie – może budzić zastrzeżenia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przed kancelarią skonfliktowanych radców nie mógł dalej, po rozwiązaniu ich spółki cywilnej, być umieszczony napis: „b. & p.", do czego jeszcze będzie nawiązanie. Ale czy dalej nie mógł tam znajdować się dotychczasowy napis pozbawiony elementu „& p."? Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że sporny napis znajdował się przed pomieszczeniem, w którym również po rozwiązaniu spółki wykonywał działalność radca prawny K. B. i jego zapewne wskazywało oznaczenie „b." Uzasadnionym było więc ograniczenie uprawnień pozwanego R. P. tyko do usunięcia z dotychczasowego napisu określenia „& p.", czy nawet tylko „p." (usunięcie znaku „&" spoczywałoby wówczas na powodzie K. B., choć teoretycznie niewykluczone, że po zawarciu przez niego innej spółki cywilnej także znak „&" mógłby się jemu i nowemu wspólnikowi przydać).

Z uzasadnienie wyroku SA wynika zresztą, że pozwany były wspólnik spółki cywilnej zorientował się, że usuwając napis zawierający nazwę rozwiązanej spółki, usunął również co najmniej skrót firmy powoda i taki tok rozumowania zapewne przyświecał ugodowemu rozwiązaniu przyjętemu w sporze X Ga 433/10 toczącym się przed SA w Łodzi, zgodnie z którym „pozwany R. P. zlecił montaż liter w kolorze złotym, tworzących nazwisko powoda, które umieszczono w miejscu poprzedniego zamontowania".

Warto też zauważyć, że poza napisami usytuowanymi na zewnątrz budynku oraz na plafonie, co do których nie toczył się spór zakończony wydaniem orzeczenia przez SA, charakter napisu o treści „b. & p.", znajdującego się obok drzwi do kancelarii, był różnie określany przez oba sądy rozpatrujące ten spór oraz przez jego strony.

Sąd Apelacyjny stwierdził, że „powód i pozwany R. P. prowadzili wspólnie, na podstawie umowy spółki cywilnej, działalność gospodarczą, jako kancelaria radców prawnych i używali swoich firm (nazwisk) dla oznaczenia tej działalności". A przecież oznaczenie „b. & p." nie mogło być uznane za poprawną nazwę ich spółki cywilnej, zawierało bowiem, co sąd w przytoczonym cytacie wyraźnie zaznaczył, tylko nazwiska, nie zawierało zaś imion wspólników. Stwierdzenie SA ma prawo zastanawiać i dlatego, że w poprzedzającym akapicie uzasadnienia swego orzeczenia wskazał, iż wspólnicy spółki cywilnej muszą być wskazani w jej nazwie także z imienia.

Sąd Okręgowy natomiast określał napis „b. & p." raz jako „nazwę, pod jaką działała kancelaria", inny razem jako korpus nazwy spółki cywilnej, a nawet jako firmę „kancelarii radców prawnych działających w formie spółki cywilnej", choć przecież po wejściu w życie reformy prawa firmowego napis znajdujący się obok drzwi kancelarii wspólników spółki cywilnej nie spełniał wymogu przewidzianego w art. 43^4 zd. 1 k.c. i oczywiście nie mógł być firmą spółki cywilnej, bo tej spółki te nie mają. Ale i w takiej postaci, w jakiej ten napis tu się znajdował, mógł być on uznany za skrót nazwy spółki cywilnej, dopuszczalny zapewne w obrocie tak samo, jak skrót firmy. W niczym to nie zmienia zasadności przedstawionej niżej interpretacji (przeciwnej tej, którą przyjął także Sąd Okręgowy[2]) o niedopuszczalności usunięcia nazwiska powoda, wbrew jego woli, także z tego skrótu nazwy spółki cywilnej.

W uzasadnieniu glosowanego orzeczenia pojawia się również twierdzenie pozwanego wspólnika rozwiązanej spółki cywilnej, że napis „b. & p." zawierał nie tylko treść nazwy tej spółki, ale i jej logo. Przemawiałaby za tym krótka, w zasadzie dwuwyrazowa postać napisu, a także pisownia nazwisk wspólników z małych liter. Jeśli tak, to uzasadniona jest interpretacja, że logo takie stanowiło majątek wspólny wspólników także po rozwiązaniu spółki cywilnej (por. art. 875 § 1 k.c.). Nie wiadomo, czy napis „b. & p." był stylizowany: inaczej niż nazwę, logo charakteryzuje bowiem w znacznym stopniu nadana mu forma, nierzadko doniosłość treści logo może być mniejsza od doniosłości jego formy, zwłaszcza gdy ta ostatnia jest oryginalna. To zaś mogłoby mieć niemałe znaczenie przy ocenie wartości majątkowej logo pozostałego po spółce cywilnej. Te refleksje w niczym nie podważają zasadności opinii, że pozwany były wspólnik mógł usunąć z logo oznaczenie „p.", a nawet „& p.", choć nie miał prawa usuwać oznaczenia „b.", a upoważnienia do usunięcia tego ostatniego nie mógł skutecznie domagać się nawet od sądu.

2. Wbrew pozorom doniosła praktycznie jest również trzeciorzędna *prima facie* kwestia pisowni nazwisk wspólników spółki cywilnej w nazwie tej spółki małymi literami. Dotyczy to także, poza okolicznościami tej sprawy, pisowni

[2] Sąd ten bowiem uznał, że zdjęcie spornego napisu nie nosiło „cech bezprawności działania" (OSA poz. orz.cyw. 17/2013, s. 80 i 81). Takie samo stanowisko zajął SA: „Pozwany R. P. był zatem uprawniony […] do zlikwidowania napisu, który zawierał firmy obu wspólników dla oznaczenia wspólnej działalności gospodarczej i takiemu zachowaniu nie sposób nadać cech bezprawności […]. Pozwany nie naruszył zatem prawa powoda do jego firmy, gdyż sporne oznaczenie związane było z działalnością spółki cywilnej, a nie powoda jako samodzielnie prowadzącego działalność gospodarczą. Pozwany działał także w ramach porządku prawnego zgodnie z art. 43^3 § 2 k.c. i wykonywał swoje prawo podmiotowe do firmy zgodnie z art. 43^4 k.c., tak aby jego firma po rozwiązaniu spółki cywilnej nie była związana z działalnością powoda, a zatem brak także podstaw do przypisania pozwanemu bezprawności działania (art. 43^{10} k.c.)" (*ibidem*, s. 87).

jakichkolwiek wyrazów umieszczonych w firmie „wbrew zasadom pisowni". Problem to dużo szerszy: wiąże się z pisownią z małej litery wyrazów, które powinny być i w firmach pisane z wielkiej litery, używania wielkiej litery czy wielkich liter w wyrazach rozpoczynających się z małej litery, pisania wyrazów z zamierzonymi błędami czy nawet zdarzające się odwracanie liter lub sytuowanie ich – najczęściej jednej – w pionie. Te praktyki, zwłaszcza ostatnie z wymienionych, dokonywane są z reguły nie w firmach, ale w znakach firmowych czy w wyrazach będący elementem logo[3]. Ale nie tylko bliski związek wielu znaków firmowych czy logo z firmą usprawiedliwia przypuszczenie, że przedsiębiorcy mogą zabiegać o takie ukształtowanie także firmy. W konkurencyjnej walce firma, która przyciąga uwagę, a niekoniecznie ma już renomę, przedstawia rynkową wartość.

[3] Meritum Bank ICB S.A. posługuje się logo w postaci podobnej do MeritumBank^{ICB}, gdzie litera rozpoczynająca wyraz „Bank" jest w istocie ustawioną pionowo stylizowaną literą „M", na którą kończy się wyraz „Meritum". Oryginalnie wygląda też napis przed wejściem do lokalu wrocławskich przedsiębiorców przy ul. Odrzańskiej, w którym podstawowym elementem są imiona i nazwisko Monika i Emil Pośpieszni, przy czym litera rozpoczynająca imię męskie jest odwrócona, nosząc w tym napisie postać: „Monika & Ǝmil Pośpieszni". W tym drugim przykładzie nie ma żadnych praktycznych problemów dla znającego język polski, aby taki napis właściwie i bez trudu odczytać. Ze strony internetowej tych przedsiębiorców (www.pospieszni.pl/#/kontakt; dostęp 11.02.2014) wynika, że ich nazwa, zapewne spółki cywilnej, ma postać „Monika i Emil Pośpieszni Fotografia Artystyczna i Reklamowa", natomiast „Monika & ∃mil Pośpieszni Fotografia Artystyczna i Reklamowa" stanowi ich logo poprzedzone stylizowanymi i specyficznie usytuowanymi literami „ME". Gdyby Meritum Bank ICB S.A. chciał zastąpić rdzeń swojej firmy wspomnianą postacią logo MeritaBank^{ICB} w zasadzie też nikła byłaby obawa przed niemożliwością poprawnego odczytania takiej firmy. Mało jednak prawdopodobne, aby sąd rejestrowy zaakceptował taki zapis firmy. O celowym i dopuszczalnym łamaniu w firmach zasad ortografii zob.: I. Piesik, *Nazwa oraz tożsamość i wizerunek w marketingu*, „Marketing i Rynek" 1997, nr 7, s. 30, gdzie przykład wyrazu „zabafka". Co do dopuszczalności wyrażania firmy cyframi zob.: wyrok Sądu Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich (druga izba) z 19 listopada 2009 r. w połączonych sprawach T-425/07 i T-426/07 w sprawie Agencji Wydawniczej Technopol sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory) (OHIM), dotyczącej rejestracji wspólnotowych znaków towarowych, których podstawowym elementem graficznym były cyfry 100 i 300 (www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007A0425:PL:HTML; dostęp 27.07.2010) oraz I.B. Nestoruk, *Oznaczenia numeryczne jako znaki towarowe*, „Monitor Prawniczy" 2010, nr 11, s. 641 i nast.; wyr. Trybunału (pierwsza izba) z 10 marca 2011 r. w sprawie C-51/10 P Agencji Wydawniczej Technopol sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie przeciwko Urzędowi Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory), oddalający odwołanie Agencji Wydawniczej Technopol sp. z o.o. (www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:139:0010:0010:PL:PDF, dostęp 26.05.2012). W odniesieniu do analogicznej kwestii w przypadku firmy zob.: stanowisko Urzędu Harmonizacji w ramach Rynku Wewnętrznego (znaki towarowe i wzory), który odmówił ochrony wzorowi przemysłowemu modelu lalki z głową Osamy bin Ladena (M. Poźniak-Niedzielska, *Pojęcie wspólnotowego wzoru przemysłowego*, [w:] M. Poźniak-Niedzielska, J. Sieńczyło-Chlabicz, *Europejskie prawo wzorów przemysłowych*, Warszawa 2010, s. 34).

Jednym z pytań, które może się tu pojawić jest to, czy w świetle przede wszystkim art. 43^4 zd. 1 k.c., dopuszczalne jest umieszczanie w firmach imienia i nazwiska przedsiębiorcy pisanych z małej litery? Nakaz umieszczania imienia i nazwiska przemawiałby za koniecznością respektowania przynajmniej tutaj zasad ortografii. Można jednak przyjąć, że usprawiedliwione jest dopuszczenie lokowania w firmie także imion i nazwisk pisanych z małej litery, nawet zróżnicowanymi co do wielkości literami, jeśli tylko nie może to wprowadzać to w błąd np. co do przymiotu wyrazu jako nazwiska przedsiębiorcy (np. adam marek kowalski, ale już nie adam marek kowal).

Chyba nie wszyscy prawnicy są na takie rynkowe (marketingowe) wyzwania przygotowani, w sądach rejestrowych też. Choć sędziowie rejestrowi powinni być w takich sytuacjach wyrozumiali, jeśli wykonują bez słowa ujawnionej krytyki § 7 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 30 listopada 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach[4]. Przecież w przepisie tym przewidziano, że wpisu „do rejestru dokonuje się wielkimi literami", najczęściej wbrew zapisowi firmy ustalonemu przez przedsiębiorców. Przekonywująco krytykował to w znakomitym, choć prawie niezauważonym artykule S. Ogonek[5], pisali o tym także inni[6], lecz od lat[7] nic się nie zmieniło i nikłe są widoki, aby firma była zawsze wpisywana w KRS poprawnie, czyli w postaci, jaką – w ramach swobody kształtowania firmy – nadał jej przedsiębiorca. Dotychczasowe rozwiązanie rodzi zaś dolegliwe niekiedy skutki dla przedsiębiorców, gdy wpis formy (nie treści) firmy w KRS odbiega od formy firmy używanej przez nich, pomijając osobny problem jeszcze bardziej zadziwiającego sposobu wpisywania w KRS firm, które została napisane przez przedsiębiorców czy wspólników literami niewystępującymi w tablicy znaków pisarskich, będącej załącznikiem nr 1 do tego rozporządzenia[8].

---

[4] Dz.U. Nr 273, poz. 1616 z późn. zm.

[5] S. Ogonek, *Nos dla tabakiery czy tabakiera dla nosa, czyli firma dla rejestru czy rejestr dla firmy*, „Nowy Przegląd Notarialny" 2005, nr 1, s. 41 i nast.; idem, *Firma dla rejestru czy rejestr dla firmy?*, „Dobra Firma" 2004, nr 278 [dodatek do „Rzeczpospolitej" 2004, nr 115], s. 12–13.

[6] Ł. Zamojski, *Rejestracja spółek. Zagadnienia materialne i procesowe*, Warszawa 2008, s. 230; idem, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 259, 353; A. Janiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2009, s. 207; P. Zaporowski, *Czy § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 30 XI 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach jest zgodny z Konstytucją RP?*, „Rejent" 2012, nr 6, s. 117.

[7] Taki sam przepis zawarty był bowiem w poprzednio obowiązującej wersji tego rozporządzenia z 21 grudnia 2000 r. (Dz.U. Nr 117, poz. 1237 z późn. zm.).

[8] A. Orliński, *Ograniczenia swobody w obieraniu firmy spółki kapitałowej wynikające z regulacji określających treść wpisu do rejestru przedsiębiorców*, „Przegląd Prawa i Administracji", t. LXIV, s. 127 i nast.; P. Zaporowski, *op.cit.*, s. 105 i nast.

3. Warto zatrzymać się też przy dwóch pierwszych zdaniach zapożyczonej z uzasadnienia glosowanego wyroku jego pierwszej tezy, w których stwierdzono, że prawo „do firmy ma charakter nie tylko osobisty, jako prawo do niezbywalnego oznaczenia podmiotu prawa, służącego do jego identyfikacji w obrocie gospodarczym", gdyż „z chwilą, gdy nazwisko osoby fizycznej staje się częścią firmy przedsiębiorcy, zaczyna pojawiać się majątkowy charakter tego dobra".

Zdanie drugie wymaga o tyle komentarza, że majątkowe aspekty prawa do nazwiska umieszczonego w firmie, choć są tutaj najdonioślejsze, nie mogą jednak dezawuować praw osobistych związanych z nazwiskiem w niej umieszczonym. Sąd Apelacyjny takiej interpretacji nie przyjmuje, ale można odnieść wrażenie, zwłaszcza w świetle argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku, że dopuszcza, iż nazwisko umieszczone w firmie nabiera charakteru przede wszystkim czy nawet wyłącznie majątkowego. Inna sprawa, że zapewne wyjątkowo zdarzyć się mogą sytuacje, gdy naruszenie prawa do firmy będzie nie tylko naruszeniem tego prawa, ale przede wszystkim naruszeniem prawa do nazwiska i niekiedy czci, np. poprzez zniekształcenie pisowni firmy „Tanie noclegi. Andżelika Dubska" na „Tanie noclegi. Andżelika Dupska".

Stąd uznając za poprawną refleksję zawartą w zdaniu uzasadnienia stwierdzającym, że dobra osobiste człowieka wchodząc w skład firmy „przeistaczają się w jego firmę", tak jak w szczególności nazwisko, należy sformułować doniosłe prawnie zastrzeżenie, że wchodzące w skład firmy nazwisko (podobnie, jak imię czy pseudonim) nie przestaje być dalej także nazwiskiem (imieniem czy pseudonimem), tyle że naruszenie tego nazwiska, imienia czy pseudonimu stanowiącego część firmy poddane jest reżimowi ochronnemu przewidzianemu w art. 43^{10} k.c., nie zaś temu, który określa art. 23 i 24 k.c.[9] Z tego jednak nie wynika, co warto powtórzyć, niedopuszczalność sięgania po instrumentarium zawarte w tym ostatnim, gdy wyjątkowo naruszenie prawa do firmy zawierającej nazwisko, imię czy pseudonim będzie równocześnie naruszeniem tych dóbr jako dóbr osobistych, a nie tylko jako elementów firmy.

4. Pomocne w wyeksponowaniu rozważanego w niniejszej glosie problemu charakteru prawnego nazwy spółki cywilnej może być przytoczenie tezy 3 wyr. SN z 5 III 2010 r. (IV CSK 371/09)[10], w której najpierw powtórzono znaną już konstatację, że „firma jest prawem podmiotowym bezwzględnym, przysługują-

[9] W uzasadnieniu SA stwierdził, że wbrew „zarzutom apelacji pogląd, iż art. 43^{10} k.c. wyłącza stosowanie art. 24 k.c. nie jest odosobniony. Został on wyrażony nie tylko w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 marca 2006 r. sygn. akt I ACa 2057/05, ale także szeroko w doktrynie (por. m.in. J. J. Sitko, *Firma i jej ochrona*", Warszawa 2009; glosa do powyższego wyroku: P. Zaporowski, *Glosa 2009/3/64-67) (OSA poz. orz.cyw. 17/2013, s. 85).*

[10] Lex, nr 811812.

cym wyłącznie przedsiębiorcom, którymi w przypadku spółki cywilnej są poszczególni wspólnicy", potem zaś dodano „dlatego dochodzenie ochrony prawa do firmy stanowi realizację indywidualnego prawa wspólnika, które nie należy do wspólnego majątku wszystkich wspólników spółki cywilnej".

Te stwierdzenia są oczywiste w odniesieniu do firm wspólników spółki cywilnej, które wchodzą, bo wejść muszą, do nazwy spółki cywilnej. Ale jaki jest status prawny nazwy spółki cywilnej, w skład której wchodzą firmy wspólników? Warto rozważyć dwie sytuacje.

Pierwsza dotyczy nazwy takiej spółki cywilnej, do której, poza firmami wspólników, wchodzi inny element. Nazwa taka nie jest „złożeniem" (dodaniem) firm jej wspólników, ale *par excellence* nazwą, charakteryzującym się swoistością (mniejszą lub większą) dobrem prawnym.

Czy może być ona uznana za dobro osobiste? Należy mieć co do tego zasadnicze wątpliwości, jeśli i co natury samej firmy przebrzmiał już niegdyś prawie powszechnie podzielany (przed kilkunastu laty, w tym i autora) pogląd o osobistym jej charakterze. Dziś najbardziej rozpowszechnione i przede wszystkim zasadne jest stanowisko, że firma jest dobrem prawnym majątkowym, często z elementami osobistymi (niemajątkowymi).

A może nazwa spółki cywilnej jest zbliżona do nazwy przedsiębiorstwa, której status majątkowego dobra niematerialnego jest niekwestionowany w świetle art. 55^1 pkt 1 k.c.? Wydaje się, że tak i to nie tylko w sytuacji, gdy spółka cywilna prowadzi przedsiębiorstwo o takiej samej nazwie, jak nazwa spółki cywilnej. Ta ostatnia sytuacja byłaby zresztą bardzo zbliżona do tej, w której przedsiębiorca prowadzi przedsiębiorstwo pod nazwą tożsamą jego firmie, co przecież nie oznacza dopuszczalności utożsamiania statusu prawnego firmy i nazwy przedsiębiorstwa.

Stąd uzasadnionym jest przypuszczenie, że nazwa spółki cywilnej jest również dobrem niematerialnym o majątkowym charakterze, o wartości zapewne często nieznacznej, w której także mogą wystąpić elementy oznaczeń o charakterze osobistym, np. nazwiska, co zresztą może także nazwie przedsiębiorstwa nadać rys prawnoosobisty, nie dając jednak podstaw do zmiany zasadniczej konstatacji, że zarówno nazwa spółki cywilnej, jak i nazwa przedsiębiorstwa spółki cywilnej, są dobrami majątkowymi wchodzącymi do majątku wspólnego jej wspólników.

Status nazwy spółki cywilnej po rozwiązaniu spółki komplikuje się jednak przez to, że obligatoryjnymi elementami tej nazwy muszą być firmy wszystkich wspólników[11], którzy po rozwiązaniu spółki mogą przecież dalej, samo-

[11] Na marginesie tego poprawnego normatywnie stwierdzenia warto jednak przywołać do dzisiaj inspirujące, w szczególności w odniesieniu do oznaczenia przedsiębiorców działających w spół-

dzielnie albo w innej spółce cywilnej, prowadzić działalność gospodarczą (zawodową) pod dotychczasowymi firmami.

Wydaje się więc, że nazwa spółki cywilnej ma po jej rozwiązaniu zróżnicowany charakter i status, w zależności od tego, jakie elementy wchodzą w jej treść. Jeżeli stanowiły ją, poza oznaczeniem „spółka cywilna" czy „s.c.", tylko firmy wspólników, konsekwencją rozwiązania spółki jest „wygaśnięcie" (zanik) nazwy jako dobra prawnego; dotychczasowi wspólnicy wychodząc ze spółki „wychodzą" również ze swoimi firmami z nazwy tej spółki, wskutek czego nazwa ta staje się pusta, a oznaczenie „spółka cywilna" czy „s.c." nie oznacza już takiej spółki. Jeśli jednak, poza firmami wspólników, w skład nazwy wchodziły również inne określenia, w szczególności znaczące rynkowo, wolno przyjąć, że prawo do tych określeń wchodzi w skład mienia wspólnego byłych wspólników.

W dawnym piśmiennictwie i w szczególności w orzecznictwie sądowym nawiązywano do poglądu, a nawet podkreślano, że nazwa spółki cywilnej jest dobrem osobistym jej wspólników. Nikt jednak nie udowodnił, że tak jest w istocie. Być może tego rodzaju przypuszczenie brało się stąd, że elementem często, choć nie zawsze[12], występującym w nazwach spółek cywilnych były nazwiska wspólników (dziś, na gruncie art. 43^4 zd. 1 k.c. w zw. z jego art. 43^2 § 1, jest to konieczne), będące ich dobrami osobistymi.

---

ce cywilnej, kontrowersyjne w części i niemożliwe *de lege lata* do akceptacji uwagi sformułowane w naszym piśmiennictwie chyba najpierw przez A. Opalę, że ustawodawca „wpadł w pułapkę, bo oto od 01.04.2001 r. na pieczątkach, szyldach i towarach muszą być wymieni wszyscy przedsiębiorcy z imienia i nazwiska i mogą także dopisać nazwę. Jest jednak istotny problem. Spółki cywilne są wieloosobowe. Znam przypadek, że spółka liczy 50 osób. Nie wyobrażam sobie by wszyscy wspólnicy byli umieszczeni na szyldzie. Ustawodawca powinien przewidzieć taką sytuację i zastosować przez analogię rozwiązania Kodeksu spółek handlowych. Proponuję wykładnię *preater legem* by w dużych wieloosobowych spółkach cywilnych w okresie przejściowym w oznakowaniu było jedno nazwisko z dopiskiem «i wspólnicy» bez używania skrótu s.c." (*Prawo działalności gospodarczej i Krajowy Rejestr Sądowy w pytaniach i odpowiedziach*, Zielona Góra 2001, s. 13–14). W podobnym duchu, choć dużo bardziej powściągliwie pisali później J. Szwaja i I. B. Mika: „Pewien problem może pojawić się wówczas, gdy wspólników spółki cywilnej jest wielu. Konsekwentne przestrzeganie wymogu, by imiona i nazwiska (nazwy, firmy) wszystkich wspólników zamieścić w oznaczeniu spółki cywilnej, może prowadzić do tworzenia oznaczeń zbyt długich, a przez to niejasnych. Uważamy, że w takim przypadku wystarczy, gdy oznaczenie spółki cywilnej zawiera imiona i nazwiska (nazwy, firmy) tylko kilkunastu wspólników" (*Oznaczenia przedsiębiorcy (prawo firmowe)*, [w:] *System prawa handlowego*, t. 1: *Prawo handlowe – część ogólna*, red. S. Włodyka, Warszawa 2009, s. 845).

[12] Jak bowiem stwierdziła I. Bałos, „najwięcej nieprawidłowych oznaczeń w całej bazie odnosi się do podmiotów, które prowadzą działalność na podstawie umowy spółki cywilnej" (*Oznaczenia przedsiębiorców. Wymogi ustawowe a postępowanie uczestników obrotu gospodarczego*, „Monitor Prawniczy" 2009, nr 24, s. 1357; wspomnianą bazą były „Panorama Firm" oraz „Infoglobal", *ibidem*, s. 1356). W swych badaniach zauważyła, że jednym „z najczęściej pojawiających się błędów w bazie, jest podawanie w korpusie wyłącznie nazwy fantazyjnej, a po niej skrótu S.C." (*ibidem*, s. 1358, 1359–1360).

Nawiązano tu do przytoczonej tezy wyr. SN z 5 III 2000 r. po to, by wesprzeć sformułowane wyżej przypuszczenie, że także nazwa spółki cywilnej, której przede wszystkim dotyczył spór rozważany w glosowanym wyroku SA w Katowicach, była niematerialnym dobrem majątkowym również ich byłych wspólników. A jeśli tak, to *sui generis* „wyjście" ze wspólności także tej nazwy wymagało współdziałania byłych wspólników albo rozstrzygnięcia sądowego, nie mogło zaś być decyzją jednego ze wspólników, w szczególności wówczas, gdy drugi wspólnik na określony sposób „wyjścia" z pozostałej po rozwiązaniu spółki cywilnej wspólności także nazwy tej spółki nie wyrażał zgody.

Podkreślono już, że po rozwiązaniu spółki cywilnej prawo do jej nazwy stanowi – zważywszy oznaczającą funkcję nazw – *nudum ius*, nazwa ta bowiem niczego już nie oznacza (nawet, gdy jest tożsama z nazwą przedsiębiorstwa byłych wspólników). Poniekąd paradoksalnie nie jest to jednak uzasadnienie stanowiska, że po rozwiązaniu spółki cywilnej jej nazwa nie ma żadnego waloru prawnego. Jak już bowiem wspomniano, jeżeli częścią tej nazwy były określenia mające wartość rynkową, w szczególności doniosłą, niebędące jednak elementami firm wspólników, wówczas wspólnicy mogą być zainteresowani dalszym wykorzystywaniem tych określeń w firmach, pod którymi będą prowadzić działalność po rozwiązaniu spółki cywilnej. I wtedy dobrowolne albo sądowe „wyjście" ze wspólności dotychczasowej nazwy może mieć dla nich znaczenie, także dla tego wspólnika, który po rozwiązaniu spółki cywilnej nie chce tego określenia (określeń) wykorzystywać, ale za zgodę na jego (ich) wykorzystywanie przez innego wspólnika chcę otrzymać zapłatę.

Przedstawione zagadnienie wiąże się ze stosunkowo szeroko rozważanym w piśmiennictwie prawniczym zagadnieniem losu firmy po zaprzestaniu działalności przez przedsiębiorcę, którego oznaczała. Przytłaczająca większość badaczy twierdzi, że prawo do takiej firmy wygasa[13] i może być ona zawłaszczona (zdaniem niektórych po pewnym czasie) przez innych przedsiębiorców. Nie można zgodzić się z tym stanowiskiem – tym bardziej dzisiaj, gdy coraz szerzej ugruntowuje się przeświadczenie o majątkowym charakterze prawa do firmy. Wygasanie praw majątkowych jest odstępstwem od zasady ich niewygasania i niewątpliwie wymaga podstawy ustawowej sformułowanej stanowczo, *expressis verbis*. A takiej podstawy dla uznania wygasalności prawa do firmy nie ma. Ponadto przyjęcie wygasalno-

[13] Także w uzasadnieniu glosowanego wyroku stwierdzono, że prawo „do firmy powstaje z chwilą wpisania przedsiębiorcy do ewidencji działalności gospodarczej i trwa do chwili zakończenia jej działalności" (OSA poz. orz. cyw. 17/2013, s. 80).

ści prawa do firmy po utracie statusu przedsiębiorcy jest niedopuszczalne, gdy jedynymi albo podstawowymi czy nawet tylko znaczącymi elementami firmy były jego imię i nazwisko. Analogicznie należałoby potraktować status nazwy spółki cywilnej po utracie przez wspólników przymiotu przedsiębiorców, tym bardziej, gdy się zważy, że nazwa taka nie może być uznana za dobro osobiste.

5. Przedmiotem sporu rozstrzyganego w glosowanym orzeczeniu był napis ulokowany obok drzwi kancelarii stron sporu, nie zaś tablice umocowane w innych miejscach. Wartość majątkowa napisu była zapewne niewielka, ale przecież nie było tak, że nie przedstawiał on żadnej wartości, jeśli litery musiały być wykonane i zamontowane. Lecz gdyby przedmiotem sporu sądowego stały się także owe tablice, unaoczniłoby to, że spór dotyczył nie tylko nazwiska powoda i nazwy rozwiązanej spółki cywilnej, ale i losów *corpus mechanicum*, na którym to nazwisko i ta nazwa były uwidocznione. Otóż, owe *corpora mechanica*, czyli tablice z nazwą tej spółki, stanowiły własność obu byłych wspólników nieistniejącej już spółki. To, że i te tablice mogły przedstawiać niewielką wartość, jest bez znaczenia. Na wspólne mienie byłych wspólników składa się wszystko, co je stanowi, także pasywa. Dlatego także o losach tych tablic byli wspólnicy musieli decydować wspólnie: dobrowolnie albo na mocy orzeczenia sądowego.

Dodać należy, że nawet w sytuacji, gdy któryś ze wspólników zabiega o ochronę swoich interesów, np. prawa do firmy, pod którą działa po rozwiązaniu spółki cywilnej albo prawa do nazwiska i w tym celu chce usunąć tablicę z nazwą nieistniejącej już spółki cywilnej, w której jako element widnieje jego firma lub nazwisko (nie zaś zachowując tablicę, chce tylko usunąć z niej swoją firmę czy nazwisko), również powinien uzyskać zgodę pozostałych byłych wspólników albo orzeczenie sądu, poza zapewne teoretyczną możliwością wykorzystania w szczególnych okolicznościach nadzwyczajnych środków przewidzianych w art. 423 i 424 k.c.

Kończąc glosę warto zauważyć, że przy rozstrzyganiu tego sporu można było pójść tropem wskazanym przez powoda, gdy podniósł on, że w wyniku usunięcia z napisu „b. & p." także oznaczenia „b.", naruszone zostało jego prawo do firmy (takiej samej zapewne przed, jak i po rozwiązaniu spółki cywilnej). Po rozwiązaniu spółki cywilnej prowadził on bowiem działalność zawodową w lokalu, przed którym znajdować się mógł dalej sam napis „b." (stanowiący element zasadniczy, choć niewystarczający jego firmy), co zresztą nastąpiło w wyniku zawartej między stronami ugody. Mógł więc dochodzić ochrony tego napisu, mimo tego, że nie za-

wierał on jego imienia, wolno było przecież przyjąć, że określenie „b." jest dopuszczalnym w obrocie skrótem firmy zawierającej poza nazwiskiem, imię oraz ewentualnie inne elementy. I takie roszczenie powoda byłoby uzasadnione, inaczej niż żądanie, aby przeproszono go za bezprawne naruszenie prawa do nazwiska.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 187–190 (2014)

Katarzyna Skoczeń
studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 29 października 2012 r., I KZP 11/12 (dotyczy rozumienia pojęcia kradzieży z włamaniem oraz związanych z nim sposobów przełamywania zabezpieczeń)

TEZA

Rozszerzenie interpretacji pojęcia „włamanie" przez przyjęcie, że włamanie to także niedopuszczenie do załączenia się zabezpieczenia przed nieuprawnionym otwarciem pojazdu mechanicznego, jest z punktu widzenia wykładni zabiegiem noszącym w sobie cechy analogii na niekorzyść sprawcy.

GLOSA

Opisywane postanowienie Sądu Najwyższego dotyczy rozumienia pojęcia kradzieży z włamaniem oraz związanych z nim sposobów przełamywania zabezpieczeń, na które coraz większy wpływ mają zmiany cywilizacyjne. Główny problem interpretacyjny skupia się wobec pojmowania znamion przestępstwa oraz rozumienia pojęcia „włamanie".

Sąd Najwyższy rozstrzygał na podstawie opisanego niżej stanu faktycznego. Mężczyzna używając skanera częstotliwości radiowych, doprowadził do zagłuszenia fal radiowych, w skutek czego uniemożliwił zdalne zamknięcie pojazdu stojącego na parkingu. Sprawca dostał się do wnętrza samochodu, po czym przywłaszczył sobie aparat fotograficzny o wartości nie mniejszej niż 150 zł. Sąd uznał czyn mężczyzny za występek z mocy art. 279 § 1 k.k. i na jego podstawie wymierzył mu karę roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby oraz orzekł karę grzywny w wysokości 60 stawek dziennych, ustalając jednocześnie wysokość jednej stawki na kwotę 15 zł. Obrońca mężczyzny wniósł apelację od wyroku.

Sąd Okręgowy powziął wątpliwości co do wykładni ustawy i zwrócił się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym, „czy ingerencja sprawcy w proces zabezpieczający mienie ruchome przed dostaniem się do jego wnętrza, polegająca na uniemożliwieniu uruchomienia elektronicznej (lub innej) przeszkody chroniącej mienie, a następnie zabór tego mienia (lub innej rzeczy znajdującej się wewnątrz) w celu przywłaszczenia, wyczerpuje normatywne pojęcie kradzieży z włamaniem w rozumieniu art. 279 § 1 k.k., czy też stanowi kradzież zwykłą w rozumieniu art. 278 § 1 k.k. (czy ze względu na wartość mienia 119 k.w.), ewentualnie czy jest etapem niekaralnych czynności przygotowawczych do dokonania przestępstwa kradzieży z włamaniem?".

Aby dobrze zrozumieć problemy interpretacyjne, należy prześledzić genezę przestępstwa kradzieży z włamaniem. Przestępstwo to pojawiło się w polskim kodeksie karnym jako kwalifikowana forma kradzieży przeciwko mieniu społecznemu na mocy art. 1 § 3 lit. c dekretu z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej. Art. 279 § 1 k.k. znajduje się w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciw mieniu i określa kwalifikowaną formę kradzieży poprzez sposób jej dokonania, tj. „z włamaniem". W przepisach prawa nie ma definicji legalnej tego pojęcia. Sąd Najwyższy wielokrotnie dokonywał interpretacji pojęcia „kradzież z włamaniem". Na szczególną uwagę zasługuje teza postanowienia z 6 grudnia 2006 r., mówiąca że „określenie „włamanie" jest pojęciem prawnym, którego treść jest ustalana autonomicznie w obszarze prawa karnego, zgodnie z przyjmowanymi regułami wykładni i może odbiegać od jego potocznego rozumienia"[1]. Samo określenie „włamanie" ma charakter pejoratywny. Oznacza ono wykazanie większego natężenia złej woli, większej zuchwałości ze strony przestępcy, jakim jest zwykły złodziej działający w celu przywłaszczenia. Naruszeniu władztwa nad mieniem towarzyszy naruszenie systemu bezpieczeństwa, jakie zorganizował posiadacz wokół swojego mienia przez umieszczenie go pod zamknięciem. Naruszenie tego systemu stwarza dodatkowy element szkodliwości społecznej, jaka wiąże się z działaniem tego typu[2].

Czynności sprawcze składające się na przestępstwo z art. 279 § 1 k.k. określone są jako usunięcie przeszkody zamykającej dostęp do danego pomieszczenia oraz wtargnięcie sprawcy do zamkniętego pomieszczenia celem zaboru rzeczy ruchomej.

Przesłanką uznania pomieszczenia za zamknięte jest zarówno jego zamknięta konstrukcja, jak i zaopatrzenie w specjalne przeszkody utrudniające

[1] Postanowienie SN z 6 grudnia 2006 r., III KK 358/06, OSNKW 2007, z. 2, poz. 17.
[2] Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, Warszawa 1970, s. 9.

dostęp do wnętrza[3]. W doktrynie przyjmuje się jednak, że zamknięcie drzwi na klamkę czy skobel nie stanowi rozumianej w ten sposób ochrony, gdyż sprawca może ją bez problemu usunąć. Podobnie bez znaczenia jest sposób działania sprawcy. Istotne jest tylko, aby zachowanie sprawcy doprowadziło do usunięcia przeszkody w dostępie do zabezpieczanego pomieszczenia[4]. Jak już wskazano, zasadniczą cechą kradzieży z włamaniem jest umieszczenie rzeczy ruchomej w pomieszczeniu zamkniętym. Włamanie jest jedynie drogą czy też sposobem do osiągnięcia celu. Przestępstwo kradzieży z włamaniem należy do grupy przestępstw kierunkowych. Działanie „w celu" przesądza o zamiarze bezpośrednim. Sprawca kradzieży musi mieć świadomość, że dokonuje włamania do cudzego pomieszczenia oraz zabiera nienależącą do niego rzecz ruchomą.

W praktyce nastąpił problem z oceną polegającą na włamaniu do pojazdów stojących na wolnej przestrzeni. Trudno jest przyjąć, że samochód sam dla siebie stanowi pomieszczenie zamknięte. Z uwagi na domniemanie racjonalnego ustawodawcy przyjmuje się, że zarówno włamanie do samochodu w celu zaboru znajdującej się w środku rzeczy ruchomej, jak i włamanie do samochodu w celu zaboru pojazdu, stanowi o istocie kradzieży z włamaniem.

W odniesieniu do naszego stanu faktycznego warto podkreślić, że warunkiem odpowiedzialności za kradzież jest jednoczesne zaistnienie dwóch okoliczności. Po pierwsze tego, że stanowiąca przedmiot zaboru rzecz ruchoma jest zabezpieczona, a więc istnieje specjalne urządzenie (mechaniczne lub elektroniczne), którego funkcją jest zamknięcie dostępu do rzeczy osobom nieuprawnionym, po drugie, że to zabezpieczenie rzeczy zostało aktywowane i było uruchomione w chwili podejmowania przez sprawcę czynności sprawczych[5]. Interesujący jest zwłaszcza drugi przypadek, w którym nieaktywne zabezpieczenie w chwili zamachu przesądza o braku popełnieniu przestępstwa kradzieży z włamaniem. Zabezpieczenie pojazdu mechanicznego nie było aktywowane w momencie, gdy sprawca dokonywał zaboru rzeczy ruchomej. W chwili dokonania czynu samochód był otwarty, można się domyślać, że jedynym zabezpieczeniem była klamka. Kradzieżą zwykłą, a nie kradzieżą z włamaniem jest więc zabór mienia w celu przywłaszczenia z wszelkiego rodzaju pomieszczeń w następstwie wdarcia się do ich wnętrza dokonanego przez wykorzystanie otworów przeznaczonych do normalnego wkraczania

[3] A. Marek, *Prawo karne – zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2010, s. 526.

[4] R. Zawłocki, *System prawa karnego – przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, t. 9, Warszawa 2011, s. 91.

[5] M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 85.

do wnętrza (np. drzwi, okna), lecz nie zamkniętych (np. zamknięcia drzwi na klamkę)[6]. Przełamanie zabezpieczeń pojazdu nie jest wytworem nowym, miano z nim do czynienia znacznie wcześniej, lecz nie w takiej formie, jak obecnie. Obecnie ogromne znaczenie mają wysoce rozwinięte środki techniczne. Wcześniejsze działania sprawców charakteryzowały się dużą większą prostotą – do braku aktywacji stosownych zabezpieczeń można było doprowadzić przez zniszczenie zamka w pojeździe, tak aby jego zamknięcie było niemożliwe.

Zatem przy obecnym kształcie przepisu i jego rozumieniu w doktrynie nie możemy przypisać sprawcy czynu z art. 279 § 1 k.k. Należy się w tym względzie zgodzić z Sądem Najwyższym, który podnosi, że takie rozumowanie będzie analogią wpływającą na niekorzyść sprawcy. Warto podkreślić, że gwarantem praworządności są pewne zasady występujące u podstaw polskiego systemu karnego. Z zasady *nullum crimen sine lege*, można wywieść zakaz analogii (*nullum crimen sine lege stricta*). Jest on sformułowany w art. 1 § 1 k.k. Ponadto z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP można wyprowadzić zasadę określoności. Odnosi się ona zarówno do przesłanek odpowiedzialności karnej, jak i do wysokości kary.

Bezsprzeczny jest sam fakt popełnienia przestępstwa – sprawca dokonał zaboru aparatu. Tym samym przez swoje działanie godził w prawo własności, tj. włączył rzecz do swojego stanu posiadania. Wątpliwości pojawiają się dopiero przy przyjęciu formy kwalifikowanej przestępstwa. W tym względzie należy zgodzić się z Sądem Najwyższym przyznając, że w wyżej opisanej sytuacji przypisanie sprawcy kradzieży z włamaniem, będzie wiązało się z zastosowaniem analogii na jego niekorzyść.

[6] A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 136.

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 191–194 (2014)

Anna Szuba-Boroń
doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prof. zw. dr hab. Janusz Szwaja – jubileusz 80-lecia urodzin i 60-lecia pracy naukowej

Jubileusz zawsze jest wydarzeniem niezwykłym. Chwilą podsumowania, refleksji nie tylko dla Jubilata, ale również dla wszystkich, którzy spotkali Go jako nauczyciela, promotora, na których wybory wpłynął, dla których stał się inspiracją i dla których wskazówki, mądrość i życzliwość okazywały się nieocenione w dokonywaniu wyborów, realizowaniu zamierzeń zarówno naukowych, jak i pozauczelnianych.

W lipcu obchodzić będziemy wyjątkowy i piękny, podwójny jubileusz 80-lecia urodzin i 60-lecia pracy naukowej prof. dr hab. Janusza Szwaji[1] – adwokata, profesora nauk prawnych, nauczyciela akademickiego, promotora, autora licznych publikacji. Profesora, którego wkład w życie naukowe, działalność naukową i dydaktyczną przez wiele lat w Uniwersytecie Jagiellońskim, a od 2002 roku w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego – nie sposób przecenić.

Profesor Janusz Szwaja urodził się 1 lipca 1934 roku w Jaśle. Studia prawnicze na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego odbył w latach 1951–1955. Stopień doktora nauk prawnych uzyskał w 1964 roku po obronie rozprawy doktorskiej *Kara umowna według kodeksu cywilnego*, przewód habilitacyjny przeprowadził w roku 1972 na podstawie pracy *Państwowa własność wynalazków*. Tytuł profesora nadzwyczajnego otrzymał w roku 1983, natomiast w 1989 roku – profesora zwyczajnego nauk prawnych.

Profesor Janusz Szwaja przebywał kilkakrotnie na zagranicznych stażach naukowych. W 1968 roku jako stypendysta rządu francuskiego prowadził badania i uczestniczył w zajęciach na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Paryżu. W latach 1969–1972 odbył studia na Wydziale Nauczania Prawa Po-

[1] Odmiana nazwiska – odbiegająca od współczesnych zasad przyjętych w języku polskim – jest tradycyjnie przyjęta w rodzinie Profesora [przyp. red.].

równawczego (2 sesje w Strasburgu i jedną w Pescarze, uzyskując dyplom z wyróżnieniem [*Avec mention promotion Lord Chorley*]). Kilkakrotnie, poczynając od roku 1981 przebywał na stażach badawczych w Instytucie Maxa Plancka Prawa Autorskiego, Własności Przemysłowej i Konkurencji w Monachium. W 1995 roku prowadził badania w Uniwersytecie Lyon III Jean Moulin.

W czasie pracy w Krakowskiej Akademii prof. Janusz Szwaja był zapraszany na wykłady przez Wydziały Prawa w Nantes, Poitiers i Orleanie. W tym ostatnim przez kilka lat prowadził wykłady z prawa własności przemysłowej jako *professeur invité* na Wydziale Prawa, Ekonomii i Zarządzania.

Przez wiele lat profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, w tym kilkanaście jako dyrektor Międzyuczelnianego Instytutu Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej (obecnie Katedra Prawa Własności Intelektualnej UJ). Od roku 2002 profesor Janusz Szwaja współpracuje z Krakowską Akademią im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, a studenci naszej uczelni z doświadczenia profesora w pełni czerpać mogą od roku 2004. Przez większość lat współpracy z Krakowską Akademią Profesor pełnił funkcję dyrektora Instytutu Prawa Prywatnego i kierownika Katedry Prawa Cywilnego w ramach Instytutu Prawa Prywatnego na Wydziale Prawa i Administracji, obecnie kieruje Katedrą Prawa Handlowego i Własności Przemysłowej na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych.

Zainteresowania naukowe Jubilata dotyczą głównie patentów, firm, znaków towarowych, zwalczania nieuczciwej konkurencji i prawa spółek. Kierował pracami zespołów w ramach badań zleconych przez Komitet Badań Naukowych. Wyniki tychże badań zawsze uzyskiwały wysokie oceny.

Dorobek naukowy prof. Janusza Szwaji obejmuje prawie 350 pozycji, wśród których znajdują się trzy razy wznawiane *Zagadnienia prawa wynalazczego* (red. S. Grzybowski, A. Kopff), a także: *Prawo wynalazcze (przepisy, orzecznictwo, piśmiennictwo, objaśnienia)*, *Prawo patentowe krajów kapitalistycznych* (jako współautor); *System prawa własności intelektualnej*, t. 3: *Prawo wynalazcze* (1990; współautor i współredaktor). Jest redaktorem i współautorem komentarza *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (wydania w latach 1994, 2000, 2006 i 2013). Wspólnie z S. Sołtysińskim i A. Szajkowskim napisał *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1 i 2 (dwa wydania), również z S. Sołtysińskim, A. Szajkowskim i A. Szumańskim *Kodeks spółek handlowych, komentarz*, t. 1–5 (wydania w latach 2001–2004, 2008, 2012–2013; t. 5 w druku).

Jest również współautorem (obok S. Waltosia i S. Salmonowicza) niezwykle ciekawej publikacji *Pitaval krakowski* – zbioru spraw rozpatrywanych

przez krakowskie sądy od średniowiecza do roku 1939, osadzonych w scenerii starego Krakowa na tle ówczesnych wydarzeń. Książka ta miała już 5 wydań.

Publikacje autorstwa lub współautorstwa Jubilata niejednokrotnie uzyskiwały nagrody i wyróżnienia.

Uczestniczył w szkoleniach sędziów, adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych. Współtworzył programy i przygotowywał szkolenia dla pracowników służb wynalazczości i ochrony własności przemysłowej oraz rzeczników patentowych. Swoją wiedzą i doświadczeniem Profesor Janusz Szwaja wspomaga rozwój i nadaje kierunek wielu karierom naukowym. Przez wiele lat prowadził szkolenia dla aplikantów adwokackich w Izbie Adwokackiej w Krakowie. Wypromował kilku doktorów, których rozprawy wydano jako książki oraz był opiekunem naukowym i recenzentem w trzech przewodach habilitacyjnych. Dwoje z Jego habilitantów uzyskało tytuł naukowy profesora (śp. prof. Michał du Vall i prof. Ewa Nowińska).

Profesor cieszy się również opinią wnikliwego recenzenta rozpraw w przewodach na stopnie i tytuły naukowe. Wśród absolwentów piszących prace magisterskie pod kierunkiem profesora Janusza Szwaji, wielu zostało laureatami konkursów organizowanych co roku przez Urząd Patentowy RP – m.in. Agnieszka Duda, Jolanta Stadnik, Areta Ochwat i Patrycja Napiórkowska, natomiast Iga Bałos i Małgorzata Lampart uzyskały nagrody w organizowanym przez Krakowską Akademię konkursie na najlepsze prace magisterskie i licencjackie.

Profesor Janusz Szwaja pozostaje aktywnym uczestnikiem życia naukowego i społecznego. Jest arbitrem Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie. Jako ekspert wspomagał wiele procesów legislacyjnych ustaw z zakresu własności przemysłowej, prawa handlowego oraz przewodniczył zespołowi, który przygotował projekt ustawy o wzorach przemysłowych, jak również zespołowi opracowującemu projekt obecnie obowiązującej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jest autorem wielu opinii dla Urzędu Patentowego RP, Sejmu i Senatu, Ministerstwa Szkolnictwa Wyższego i Nauki, uczestniczył w pracach Zespołu ds. Przystosowania Prawa Polskiego do Systemu Prawa Wspólnot Europejskich.

Aktywny uczestnik licznych krajowych i międzynarodowych kongresów, konferencji i sympozjów naukowych, wśród których wymienić można choćby te organizowane np. w Wilnie, Bratysławie, Pradze, Berlinie, Lipsku, Monachium, Padwie, Turynie, Lizbonie, Wenecji, Wiedniu, Brukseli, Amsterdamie, Genewie, Bolonii, Lyonie, Poitiers, Grenoble, Orleanie i Montreux.

Profesor Janusz Szwaja bierze żywy udział w życiu naukowym w kraju i za granicą. Jest jednym z założycieli, a przez dwie kadencje był wiceprzewod-

niczącym Międzynarodowego Stowarzyszenia Rozwoju Nauczania i Badań w Dziedzinie Własności Intelektualnej (ATRIP). Przez jedną kadencję był przewodniczącym zarządu Polskiej Grupy Narodowej Międzynarodowego Stowarzyszenia Ochrony Własności Przemysłowej (AIPPI), jest członkiem zarządu Polskiej Grupy Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawa Konkurencji (CLP).

Profesor Janusz Szwaja był lub jest członkiem rad programowych zagranicznych i krajowych wydawnictw, m.in.: Actualités des droit de propriété intellectuelle dans les pays de l'Est, „Bulletin CUERPI", Grenoble; I.P. Reports from Socialist Countries, „European Law Centre Limited", London; „Państwo i Prawo", „Monitor Prawniczy"; „Studia Prawa Prywatnego", „Zeszyty Naukowe UJ" (seria *Prace z prawa własności intelektualnej*), „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały".

Wyrazem uznania dla osiągnięć Profesora Janusza Szwaji są przyznane Mu liczne wyróżnienia i medale, m.in.: Złoty Krzyż Zasługi (1976), Krzyż Kawalerski Orderu Odrodzenia Polski (1983), Medal Komisji Edukacji Narodowej (1997), Krzyż Oficerski Orderu Odrodzenia Polski (1998) oraz Krzyż Komandorski Orderu Odrodzenia Polski (2004).

W krótkiej notce nie sposób pomieścić wszystkich osiągnięć Profesora Janusza Szwaji – wybitnego przedstawiciela nauki, wspaniałego nauczyciela, a przede wszystkim niezwykle życzliwego człowieka. Drogi Panie Profesorze, z okazji tak pięknego jubileuszu proszę przyjąć serdeczne życzenia, wielu lat życia bogatych w sukcesy zarówno zawodowe, jak i osobiste.

Ad multos annos!

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Materials: 1 (14): 195–196 (2014)

Mariusz Załucki
profesor nadzwyczajny, Krakowska Akademia
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z publicznej obrony rozprawy doktorskiej Marcina Ożoga, „Reklama, promocja i informowanie o sponsorowaniu napojów alkoholowych"

26 marca 2014 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych odbyła się pierwsza na tej uczelni obrona rozprawy doktorskiej z zakresu nauk prawnych. Praca Marcina Ożoga, „Reklama, promocja i informowanie o sponsorowaniu napojów alkoholowych", napisana została w Katedrze Prawa Cywilnego. Promotorem pracy był prof. nadzw. dr hab. Piotr Ślęzak (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Uniwersytet Śląski w Katowicach), a recenzentami prof. nadzw. dr hab. Barbara Jaworska-Dębska (Uniwersytet Łódzki) oraz dr hab. Iwona Niżnik-Dobosz (Uniwersytet Jagielloński).

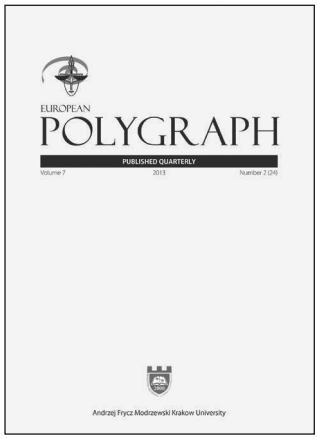
W ocenie doktoranta, „zagadnienie reklamy alkoholu i jej prawnych ograniczeń ma istotne znaczenie społeczne z uwagi na znaczenie, jakie w życiu społecznym pełni alkohol: zjawisko jego konsumowania, zagadnienie ogólnego i indywidualnego poziomu jego spożycia oraz zagadnienie występowania problemów społecznych związanych z alkoholem, jak np. zachorowalność na niektóre choroby somatyczne czy psychiczne, czy zaburzenia w pełnieniu ról społecznych. Reklama alkoholu postrzegana jest jako czynnik mogący przyczyniać się do wzrostu występowalności tych problemów: zwiększania częstotliwości picia, mocy wypijanych alkoholi, obniżania wieku osób pijących, wskutek czego na osoby prowadzące ją lub zamierzające prowadzić nakładane są odpowiednie ograniczenia i zakazy". W związku z tym stanowiskiem przedstawił główny cel rozprawy, którym była „analiza i ocena modelu polskiej regulacji zagadnienia reklamy napojów alkoholowych na tle argumentów wysuwanych obecnie na gruncie nauk społecznych i medycznych,

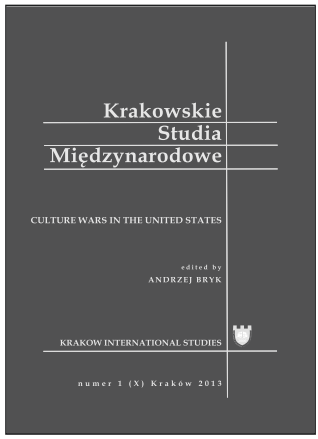
historycznych uwarunkowań rozwoju tego modelu, oraz prawnych ograniczeń w jego kształtowaniu wynikających w głównej mierze z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej". W opinii recenzentów cel ten zasadniczo został zrealizowany, dlatego konkluzje obu recenzji były pozytywne.

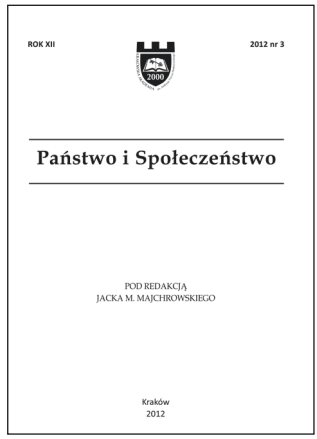
W dyskusji nad tezami pracy podjęto zagadnienia charakteru prawnego zakazu reklamy napojów alkoholowych, sygnalizowano niekonsekwencję ustawodawcy na tle prawnych regulacji, zakazujących z jednej strony właśnie tego rodzaju reklamy, a z drugiej – dopuszczających sponsoring napojów alkoholowych, będący *de facto* alternatywną formą komunikacji marketingowej. Zwracano także uwagę na konieczność rozstrzygnięcia konfliktu wartości chronionych na poziomie konstytucyjnym: swobody prowadzenia działalności gospodarczej i ochrony zdrowia publicznego. Doktorant bronił stanowiska, że „aktualny stan prawny w dziedzinie regulacji reklamy napojów alkoholowych w Polsce powinien zostać utrzymany, pomimo pewnych mankamentów regulacji, a problemy wynikłe w interpretacji ustawy są możliwe do uniknięcia w drodze uważnego odczytania jej przepisów". Wskazywał także, że niektóre zarzuty stawiane tej regulacji, w tym m.in. niekonstytucyjność przepisów reklamowych ustawy czy ich sprzeczność z prawem unijnym, są niezasadne.

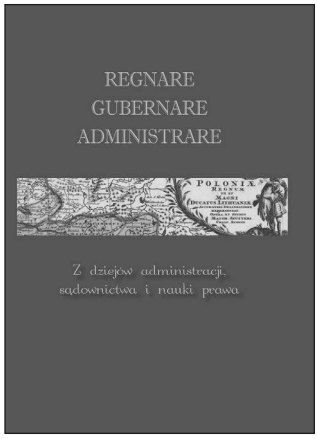
Członkowie Rady Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych podjęli uchwałę o przyjęciu obrony rozprawy doktorskiej i nadaniu Marcinowi Ożogowi stopnia naukowego doktora nauk prawnych, w dyscyplinie prawo.

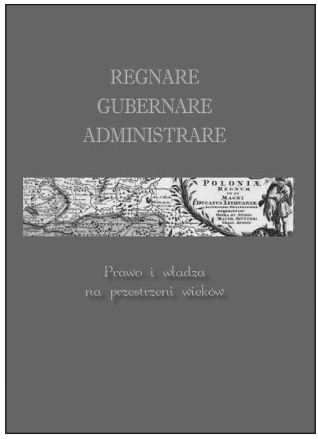
Polecamy publikacje Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych:

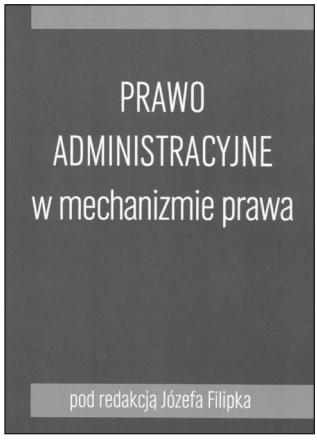








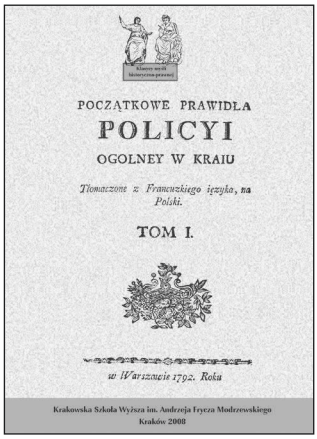


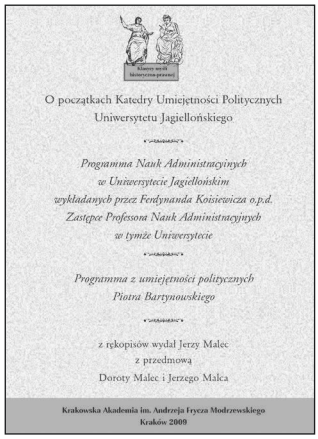


u Frycza KSIĘGARNIA

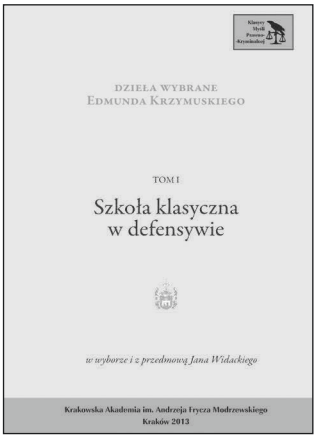
Księgarnia u Frycza
Kampus Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1,
30-705 Kraków
tel./faks: (12) 252 45 93;
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

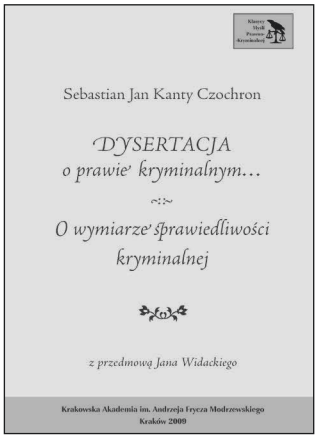
Seria „Klasycy myśli historyczno-prawnej”

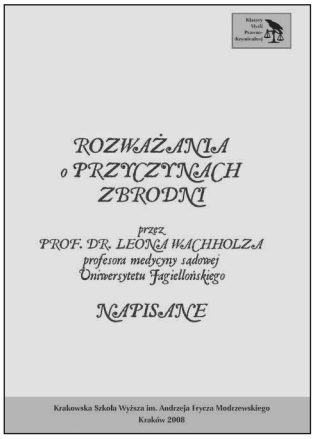




Seria „Klasycy myśli prawno-kryminalnej”







u Frycza KSIĘGARNIA

Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93; e-mail: ksiegarnia@kte.pl