

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

Recenzja:
dr hab. Janina Czapska
prof. dr hab. Krzysztof Pałeczki

Projekt okładki:
Joanna Sroka

Korekta:
Magdalena Polek

Copyright© by Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2008

ISBN 978-83-7571-021-2

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

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

Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM,
Kraków 2008

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia Krakowskiego Towarzystwa Edukacyjnego sp. z o.o.
Kampus Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1
30-705 Kraków
tel./faks: (012) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Skład:
Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa:

Spis treści

Tadeusz Biernat	
<i>Europeizacja prawa – zjawisko wielowymiarowe. Wprowadzenie ..</i>	7
Marcin Pieniążek	
<i>Europeizacja prawa krajowego na przykładzie reformy konstytucyjnej Wielkiej Brytanii</i>	13
Diane Ryland	
<i>The Proposed Directive on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare: Postponed or Suppressed?</i>	31
Henryk Lewandowski	
<i>Niedostatki transpozycji dyrektyw wspólnotowych do polskiego prawa pracy</i>	49
Ryszard Szostak	
<i>Unieważnienie umowy w świetle dyrektywy 2007/66/WE o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych</i>	57
Stefan Poździech	
<i>Wpływ standardów europejskich na ustawodawstwo polskie w wybranych dziedzinach prawa administracyjnego</i>	71
Grażyna Grabarczyk	
<i>Perspektywy rozwoju prawa karnego w państwach Unii Europejskiej</i>	85
Renata Pawlik	
<i>Kompetencje Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do stanowienia sankcji karnych</i>	99

Zyta Dymińska	
<i>Kilka uwag odnośnie do tymczasowego aresztowania</i>	125
Michał Skorecki	
<i>Problematyka ekspertyz prywatnych na tle procesu standaryzacji opiniowania biegłych w wybranych krajach Unii Europejskiej</i>	137
Adam Strzelec	
<i>Prokreacja pozaustrojowa (wybrane aspekty europeizacji polskiego prawa karnego)</i>	147
Anna Sapota	
<i>Europeizacja norm kolizyjnych miarodajnych dla rozwodu – projekt rozporządzenia unijnego i skutki jego wejścia w życie</i> ...	159
Samanta Kowalska	
<i>Europeizacja prawa a ochrona dziedzictwa kulturowego – wybrane zagadnienia legislacyjne Rzeczypospolitej i Unii Europejskiej</i>	171
Tamara Milenkovic Kerkovic	
<i>The New Directions in Enactment of Franchising Regulation in Serbia</i>	185
Noty o autorach	199

Tadeusz Biernat

Europeizacja prawa – zjawisko wielowymiarowe Wprowadzenie

W kręgu zagadnień prawnych, którym współcześnie poświęca się wiele uwagi, znajduje się kwestia europeizacji prawa. Takie ukierunkowanie zainteresowań w pracach prawniczych nie stanowi całkowicie oryginalnej i wyjątkowej orientacji badawczej, bo kwestia europeizacji odnosi się także do zjawisk politycznych¹, do sfery kultury, a nawet historii², ale intensyfikacja badań prawnych w tym zakresie jest widoczna.

W związku z tym pojęcie europeizacji, podobnie jak pojęcie globalizacji, staje się, przynajmniej w ostatnim okresie, jednym z częściej używanych w opisie i wyjaśnianiu rozmaitych zjawisk społecznych³. Wobec braku powszechnie ustalonego znaczenia tego pojęcia staje się ono swego rodzaju kluczem, ułatwiającym różnorodne dążenia do niekonwencjonalnego opisu

¹ U. Sedelmeier, *Europeanisation in New Member and Candidate States*, Living Reviews in European Governance (LREG), <http://europeangovernance.livingreviews.org/Articles/lreg-2006-3>.

² Jako przykład można wskazać projekt badawczy: The Europeanisation History Network, w ramach którego podejmowane są zagadnienia rozwoju i wykorzystania pojęć europeizacji i (de)europeizacji jako narzędzi analitycznych i heurystycznych. Szerzej na ten temat: <http://www.europeanisation.org/project.html>.

³ Zarówno zjawisko globalizacji, jak i europeizacji generuje katalog problemów podobnego typu. W jednym i w drugim przypadku mamy do czynienia z czymś co określane jest jako konieczność rewizji dotychczasowych koncepcji prawa i koniecznością konstruowania nowego porządku prawnego. Jak się podkreśla: „Obliczony na spokojne czasy, demokratyczny porządek prawny względnie niezależnych od siebie państw wraz ze swoją koncepcją państwa prawnego jest już obecnie chyba niewystarczający”. A. Bator, W. Gromki, S. Kaźmierczak, A. Kozak, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 9.

zjawisk i ich interpretacji. Ze względu na szeroki zakres znaczeniowy z jednej strony pojęcie to jest bardzo wygodnym narzędziem analizy, z drugiej powoduje, że większość z tych rozważań obarczona jest metodologicznym błędem. Polega on na tym, że wieloznaczność terminu wymaga jego doprecyzowania, zdefiniowania każdorazowego użycia, a to nie zawsze znajduje wyraz w opracowaniach konkretnych tematów.

Wielowymiarowość zjawiska europeizacji i jego złożony charakter można kojarzyć z sytuacją zrelatywizowania go do różnych aspektów stosunków społecznych lub podejmowanych działań, a także odnosić je do jednego z precyzyjnie wyznaczonych obszarów. Stanowi to istotne wyzwanie dla podejmowanych rozważań analitycznych, również wtedy, gdy dotyczą one precyzyjnie wydzielonego obszaru „europeizacji prawa”. Z tego względu prezentowane w tym wprowadzeniu uwagi nie stanowią ani wyczerpującego przedstawienia tematu, ani nie formułują katalogu możliwych znaczeń pojęcia europeizacji prawa. Są jedynie próbą wskazania na wiele możliwych powiązań i relacji generujących skomplikowane sytuacje efektywnie oddziałujące na treść prawa, proces prawotwórczy, obowiązywanie prawa, stosowanie prawa, i *last but not least*, systemy prawa. O tym, które z nich stanowią najważniejszy i najbardziej wpływowy element analizowanego zjawiska, będąc podstawą nowych hipotez eksplanacyjnych, nie można obecnie przesądzać. Ich precyzyjne ustalenie wymaga bardzo szerokiej i pogłębionej dyskusji na płaszczyźnie teoretyczno-prawnej i filozoficzno-prawnej, ale należy podkreślić, że zależy ono przede wszystkim od wyników szczegółowych badań, prowadzonych w różnych dziedzinach prawa, które dostarczą materiału umożliwiającego dokonanie takiej syntezy.

Patrząc na pojęcie europeizacji z punktu widzenia jego powszechnego użycia, możemy wskazać na trzy podstawowe odniesienia. Pierwsze dotyczy procesu przekształcania się, rozwoju, tworzenia, a w konsekwencji powstania nowej jakości w zakresie organizacji politycznej społeczeństwa (polity). Tak tworzą się wszystkie charakterystyczne dla polityki części składowe: instytucje, władza, struktura administracyjna, prawo. Drugie wskazuje na procesy, w wyniku których zmiany zachodzące w ramach systemu unijnego stają się integralną częścią szeroko rozumianych działań politycznych podejmowanych w państwach, przede wszystkim członkowskich, ale nie tylko. Trzecie oznacza proces adaptacyjny, dostosowawczy, w wyniku którego charakterystyczne dla systemu europejskiego cechy są transponowane do innych systemów.

Dwa ostatnie odniesienia mają podstawowe znaczenie dla określenia europeizacji prawa. Podstawowy wymiar tego zjawiska jest identyfikowany z relacjami między prawem Unii Europejskiej a systemami prawnymi państw członkowskich. Te relacje prowadzą do ukierunkowanych zmian w prawie

i decydują o charakterze zmian w źródłach prawa w poszczególnych państwach⁴. W konsekwencji prowadzą do kompleksowych zmian w narodowych systemach prawnych. Takie rozumienie europeizacji prawa można uznać za najbardziej typowe i powszechne wtedy, gdy dokonuje się analiz w odniesieniu do systemu prawnego⁵. Podstawą jest niekwestionowana zależność, z której wynika, że z chwilą uruchomienia procesu integracji europejskiej systemy prawne państw członkowskich UE stają przed koniecznością dostosowania porządku prawnego do prawa wspólnotowego. Rezultatem jest tzw. europeizacja prawa krajowego. Jest to aspekt szerszego zjawiska europeizacji systemowej⁶. Takie podejście pojawia się również na gruncie dogmatyki prawa, gdy analizowane jest zjawisko europeizacji prawa w obrębie jego poszczególnych dziedzin⁷.

Warto, sygnalizując ten aspekt, zwrócić uwagę na dwa zagadnienia, które mają wpływ na zróżnicowanie procesu europeizacji.

Zagadnienie pierwsze jest związane z wydzieleniem etapów uwzględniających pozycję państwa, w którym dochodzi do omawianych zmian w prawie. Etap pierwszy stanowią działania dostosowawcze w okresie przed akcyjnym, gdy mamy do czynienia z niezbędną harmonizacją prawa państwa kandydującego do UE. Etap drugi to implementacja prawa, głównie dyrektyw. W obydwu wypadkach europeizacja prawa jest procesem zinstytucjonalizowanym. Czy i w jakim stopniu możemy mówić o pozainstytucjonalnym wymiarze europeizacji, pozostaje sprawą odrębną⁸. Wiele wskazuje na to, że również w państwach, które formalnie nie podejmują starań o członkostwo w UE, zachodzą analogiczne procesy. To ważny aspekt badanego problemu, a jego szersza analiza pozwala na zweryfikowanie istoty europeizacji prawa.

Drugie zagadnienie dotyczy dziedzin prawa, w których występuje jego europeizacja. Ich część jest objęta szczególnym zakresem regulacji prawnych

⁴ „Europeanisation leads to change in the systems of sources of law in the national legal systems”. J. Ziller, *Europeanisation of Law: From the Enlargement of the Areas of European Law to a Transformation of the Law of the Member States (L'Européisation Du Droit: De L'Élargissement Des Champs Du Droit De L'Union Européenne À Une Transformation Des Droits Des États Membres)* (July 2006), EUI Working Paper LAW No. 2006/19, <http://ssrn.com/abstract=965664>.

⁵ C. Mik, *Europeizacja prawa krajowego*, Toruń 2000.

⁶ *System prawa RP w procesie europeizacji*, red. M. Matey-Tyrowicz, Warszawa 2002.

⁷ *Europeizacja prawa prywatnego*, t. I, II, red. M. Pazdan, W. Popiołek, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2008; *Europeizacja prawa karnego w Polsce i w Niemczech – podstawy konstytucyjnoprawne*, red. A. Szwarc, J. Joerdena, Poznań 2006.

⁸ Na stronie internetowej programu RECON realizowanego przez ARENA – Centre for European Studies, University of Oslo, zatytułowanego: „Europeanisation of National Constitution”, wprowadzona jest kategoria państw „potencjalnych kandydatów do członkostwa” w UE. Prezentowane materiały wskazują na adaptacyjne treści zawarte w konstytucjach państw członkowskich i kandydujących, <http://www.europeconstitution.eu/>.

w ramach prawa europejskiego, zgodnie z wydzielonymi w europejskim prawie pierwotnym politykami, i bazuje na bardzo rozbudowanych unormowaniach z zakresu prawa wtórnego. Część dziedzin prawa ma znacznie skromniejszy zakres regulacji, a część nie posiada statusu przynależności do prawa europejskiego z punktu widzenia prawa traktatowego. Pytanie konkretne dotyczy tego, czy badania w ramach tak zróżnicowanych dziedzin prawa pozwalają na uchwycenie istoty europeizacji?

Europeizacja prawa w znaczeniu dostosowania prawa krajowego do prawa wspólnotowego nie jest jedynym wymiarem omawianego zjawiska. W literaturze przedmiotu wskazuje się na wiele innych interesujących aspektów. Cytowany wcześniej J. Zillera wskazuje, że w szerokim znaczeniu europeizacja prawa może być rozumiana zarówno jako poszerzanie zakresu prawa europejskiego, jak i jako pojawianie się nowych dyscyplin prawnych, ściśle związanych z procesem integracji europejskiej. W obydwu wypadkach wpływ praw człowieka jest bardzo istotny. Autor podkreśla również, że poza zmianami normatywnymi i omawianym wyżej wpływem prawa europejskiego na źródła prawa w państwach członkowskich UE europeizacja prawa może być wiązana ze współczesnymi konsekwencjami ukonstytuowania się prawa wspólnotowego. Pierwsza dotyczy zbliżenia wcześniej wyraźnie odseparowanych systemów *common law* i systemu kontynentalnego, a druga zmian w metodologii nauk prawnych⁹.

Zmiany systemowe, przejawiające się nie tylko w eksponowanym zjawisku konwergencji odmiennych systemów prawnych, należą, jak sądzę, do najistotniejszych aspektów europeizacji prawa. Ich wpływ jest znaczący, ponieważ przyczynia się do zmiany paradygmatu prawa. Konsekwencją występujących od ponad 50 lat procesów integracyjnych, budowy nowej formy organizacyjnej społeczności europejskiej, opartej na specyficznej konstrukcji prawnej jest *sui generis* system prawny. Od samego początku system europejski był budowany w sposób wyraźnie preferujący więzi oparte na prawie. Tworzyła się szczególnego rodzaju „wspólnota prawa”¹⁰. Określenie relacji między prawem wspólnotowym a systemami prawnymi państw członkowskich było tylko jednym z aspektów tego procesu. Innym, nie mniej ważnym, a z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że ważniejszym, było tworzenie nowego typu związków, szczególnego rodzaju korelacji między sferą

⁹ J. Ziller, *Europeanisation of Law...*

¹⁰ Szerzej zagadnienia te omawiam w: T. Biernat, *Wspólnota prawa. O osobliwościach systemu europejskiego*, Toruń 2000. Termin „wspólnota prawa” (*community of law*) jest używany dla podkreślenia roli prawa jako podstawy integracyjnej. W literaturze poświęconej kwestiom funkcjonowania UE jest niekiedy używany dla podkreślenia działania zgodnie z zasadą *the rule of law*. „The EU’s ability to establish itself as a «Community of law», i.e. as polity under the Rule of law, has been critically important for propping up its fledging legitimacy”. V. Röben, *Constitutionalism of Inverse Hierarchy: the Case of the European Union*, „Jean Monnet Working Paper” 2003, 8.

polityki i władzą polityczną a prawem. Ten problem stał się szczególnie istotny wraz z poszerzeniem domeny prawa wspólnotowego. Skutkiem tego było powstanie oryginalnych rozwiązań w zakresie tworzenia i stosowania prawa. Przede wszystkim jednak doprowadziło to do „jurydyzacji sfery polityki”, a w konsekwencji do rewolucyjnych zmian w modelu relacji polityka – prawo¹¹.

Jak wspomniałem na wstępie, zagadnienie europeizacji prawa stanowi stosunkowo nowy przedmiot teoretycznych rozważań. Trudno więc o podejmowanie już teraz prób syntetyzujących gamę poruszanych problemów. Warto jednak zaznaczyć, że w literaturze poświęconej temu zagadnieniu pojawiają się propozycje wyznaczenia należących do tego zakresu bardziej szczegółowych zagadnień. Przedstawia je F. Synder w pracy *The Europeanisation of Law*, wyróżniając następujące:

1. Efektywny wpływ integracji europejskiej na poszczególne dziedziny prawa krajowego, w tym również na prawo konstytucyjne, administracyjne, prawo pracy.
2. Wypracowanie takiego prawa UE, które prowadzi do narzucenia nowych ram dla prawa krajowego, a niekiedy nawet do zastąpienia go.
3. Bardziej fragmentaryczny rozwój specyficznych instrumentów prawnych należących do prawa UE, które będą się wtapiać w prawo państw członkowskich lub prawo międzynarodowe przez praktykę.
4. Niebezpośrednie, a niekiedy niezamierzone konsekwencje integracji europejskiej w odniesieniu do prawa państw członkowskich, prawa UE lub prawa międzynarodowego¹².

To zestawienie wskazuje na interesujące, rzadko eksponowane aspekty problemu europeizacji prawa, trudno jednak uznać je za wyczerpujące. Warto wspomnieć jeszcze o dwóch zagadnieniach. Pierwsze dotyczy szeroko rozumianej sfery kultury prawnej, a diskutowany problem można sprowadzić do pytania, czy i w jakim stopniu europeizacja prawa dokonuje się za pośrednictwem unifikacji podstawowych dla europejskiej kultury prawnej wzorów, mających umocowanie w sferze aksjologicznej. Sygnalizowane zagadnienie jest szczególnie ważne z punktu widzenia europeizacji prawa konstytucyjnego, ale szerzej łączy się z konstrukcją systemu bazującego na przestrzeganiu praw człowieka i hołdującego zasadzie państwa prawa i rządów prawa¹³.

¹¹ Szerzej zagadnienie to omawiam w: T. Biernat, *Law making policy*, [w:] *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*, ed. T. Biernat, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2008.

¹² F. G. Synder, *Introduction*, [w:] *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, ed. F. G. Snyder, Oxford 2000, s. 3.

¹³ F. D'Agostino, *The State Under the Rule of Law*, [w:] *European Democratic Culture*, ed. N. Parker, London 1993, s. 114.

Doniosłe jest również z punktu widzenia możliwości przewyciężenia różnic między kulturami prawnymi społeczności poszczególnych państw¹⁴.

Drugie zagadnienie jest związane z szeroko dyskutowaną problematyką multicentryczności systemów prawnych. Zróżnicowane centra, a w systemie UE mamy do czynienia z ich występowaniem, w ramach swojej aktywności wypełniają tę samą przestrzeń prawną. To wymaga wykształcenia zasad korelacji oraz nowych sposobów wykładni prawa¹⁵.

Problem europeizacji prawa jest, jak zaznaczono to w tytule tego wprowadzenia, wielowymiarowy i wieloaspektowy. Jest także niezmiernie istotny zarówno z punktu widzenia doktryny, jak i praktyki prawniczej. W dalszym ciągu wymaga wielu badań nie tylko na poziomie ogólnej refleksji teoretycznej, ale także, przede wszystkim, przez analizę wybranych konkretnych zagadnień pojawiających się w poszczególnych dziedzinach prawa.

Włączając się w dyskusję nad tak zarysowanymi problemami, prezentujemy zbiorowe opracowanie na temat wybranych problemów europeizacji prawa. Publikowane teksty podnoszą wiele szczegółowych aspektów tego zagadnienia. Prace poszczególnych autorów, zarówno z Polski, jak i zagranicznych, zawierają ważne badawcze inspiracje i ustalenia. Przedstawione treści, ze względu na ich zakres i sposób opracowania, mogą być również ważne i użyteczne dla praktyki stosowania prawa.

Zawartość tomu jest zróżnicowana i odzwierciedla bardzo złożoną problematykę europeizacji prawa przez odniesienie jej do jego różnych dziedzin. Istnieje jednak bardzo wyraźny element łączący zamieszczone w publikacji opracowania. Jest nim sygnalizowana wcześniej teza sprowadzająca zjawisko europeizacji do szeroko rozumianego oddziaływania prawa UE na prawo, instytucje i systemy prawne państw członkowskich. Zależność ta prowadzi do ukierunkowanych zmian w prawie poszczególnych państw, a także decyduje o ich charakterze, głębokości i trwałości. Wyniki badań przedstawione w poszczególnych tekstach wskazują, że ten wpływ ma zróżnicowany stopień intensyfikacji, w zależności od tego, który z obszarów regulacji jest mu poddany. Proponowane usystematyzowanie zawartych w tym tomie opracowań, z wyjątkiem tekstu pierwszego, który dotyczy problematyki ogólnoustrojowej, opiera się na tej przesłance.

¹⁴ M. Van Hoecke, *European legal cultures in a Context of Globalisation*, [w:] *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*, ed. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach, Warszawa 2007, s. 82–83.

¹⁵ E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogięto, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005.

Marcin Pieniążek

Europeizacja prawa krajowego na przykładzie reformy konstytucyjnej Wielkiej Brytanii

Uwagi wstępne

W poniższym artykule proces zbliżania się prawa ustrojowego Wielkiej Brytanii do szeroko rozumianych standardów europejskich (europeizacja prawa angielskiego) jest przedstawiony na przykładzie radykalnych zmian, jakie objęły (lub miały objąć) w ostatnich latach dwie istotne, specyficznym brytyjskie instytucje – urząd Lorda Kanclerza (Lord Chancellor) oraz Sąd Izby Lordów (House of Lords Appellate Committee). Należy dodać, że podstawowe znaczenie w przekształceniach ustrojowych, które zmodyfikowały instytucję Lorda Kanclerza oraz pozycję Sądu Izby Lordów na tle innych organów władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, miał Constitutional Reform Act, przyjęty przez Parlament angielski 24 marca 2005 roku (wszedł w życie 3 kwietnia 2006 roku)¹.

W skróty sposób główne założenia brytyjskiej reformy konstytucyjnej – której istotnym elementem były wspomniane powyżej zmiany – przedstawił Lord Falconer of Thoroton (w owym czasie Lord Chancellor i Secretary of State for Constitutional Reform) w adresowanym do brytyjskiego społeczeństwa dokumencie pt. *Doing law differently* (z kwietnia 2006 roku):

„To, co robimy, i to, nad czym będziemy pracować

Niektóre z ważnych reform są już w toku, inne są dopiero przed nami. Istnieją jednak specyficzne obszary, w których konieczność zmian jest nieunikniona, są one następujące:

¹ Pełny tekst Constitutional Reform Act 2005 znajduje się na stronach Office of Public Sector Information. Por. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_1.

- **Ponowne określenie granic pomiędzy państwem a władzą sądową, rozgraniczenie władzy ustawodawczej i wykonawczej, utworzenie Sądu Najwyższego Wielkiej Brytanii i zlikwidowanie funkcji Lorda Kanclerza jako zwierzchnika władzy sądowej.**
- **Zreformowanie procesu sądowych nominacji w celu zapewnienia większej przejrzystości, wzmocnienie niezależności sądów i określenie różnic pomiędzy funkcją Lorda Kanclerza a Lord Chief Justice, jak również poprawa relacji pomiędzy sędziami a podsądnymi i promowanie większej różnorodności w sądownictwie.**
- Reforma systemu sądownictwa karnego w celu zapewnienia efektywniejszego, prostszego i przyspieszonego postępowania.
- Przekształcenie usług prawniczych w taki sposób, aby ich jakość była adekwatna do ich ceny i odpowiadała potrzebom klientów.
- Ponowne zrównoważenie finansowania pomocy prawnej, w taki sposób, aby koncentrowała się ona w większym stopniu na podmiotach słabszych, oczekujących takiej pomocy, większym stopniu na nielicznych ale kosztownych sprawach karnych.

Podsumowując, powyższe reformy stanowią wyznacznik ważnych zmian zarówno w krajowym systemie prawnym, jak i w systemie sądownictwa i celem ich jest zapewnienie, aby części składowe systemu sądownictwa, czyli sędziowie, sądy, pomoc prawna i usługi prawnicze wyraźnie koncentrowały się na potrzebach społeczeństwa²².

²² „What we are doing – and what we will do

Some of the necessary reforms are already under way. Others are as yet ahead of us. But there are a number of specific areas where change is essential:

- **Recalibrating the boundaries between the state and the judiciary, with a clear separation from the legislature and the executive with the establishment of a Supreme Court for the United Kingdom and the ending of the role of the Lord Chancellor as the head of the judiciary.**
- **Reforming the judicial appointments process to provide greater transparency, helping strengthen judicial independence and clarifying the roles of the Lord Chancellor and the Lord Chief Justice, as well as improving the connection between judges and those they judge and promoting greater diversity in the judiciary.**
- Re-engineering the criminal justice system to deliver a process that is speedy, simple and summary.
- Reshaping legal services to ensure they provide value for money and are more responsive to consumers' needs.
- Rebalancing the funding of legal aid to bring about a greater focus on vulnerable people rather than a small number of very high-cost criminal cases.

Taken together, these reforms mark a significant shift in the legal and judicial system in this country and will ensure the constituent parts – judges, the courts, legal aid and legal services – are focused much more clearly on the needs of the people”. *Doing law differently. A paper by Lord Falconer*, Department for Constitutional Affairs, Crown copyright 2006, s. 4.

By zrozumieć punkt wyjścia, kierunek i istotę powyższych zmian, należy przypomnieć najogólniej te cechy prawa brytyjskiego (przede wszystkim – angielskiego i walijskiego), które przesądzają o jego wyjątkowości na tle systemów prawnych innych państw członkowskich Unii Europejskiej. (Europeizacja prawa jest więc w tym artykule rozumiana szeroko – jako proces zbliżania się do uznanych standardów ustrojowych, właściwych dla państw UE. Szczególna rola w ich wyznaczaniu przypada przywoływanej poniżej Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności).

Po pierwsze, w przeciwieństwie do większości państw kontynentalnych prawo angielskie (*common law*) rozwija się ewolucyjnie od czasów średniowiecza. Dlatego liczne instytucje prawne (wliczając monarchię) utrzymywane są przy życiu siłą wielowiekowej tradycji, opierając się także i dziś racjonalizatorskim ambicjom rządu Partii Pracy. Dla przykładu, według pierwotnych założeń reformy konstytucyjnej (z 2004 roku) instytucja Lorda Kancelrza miała zostać zlikwidowana³. Zamiar ten się nie powiódł, choć ustrojowe usytuowanie i rola urzędu uległy zasadniczej zmianie.

Po drugie, co się wiąże z powyższym – prawo angielskie rozwija się w sposób systemowy (niejako „pełzający”), co oznacza, że zasadniczo są mu obce gwałtowne zmiany polegające na derogacji całej dziedziny prawa. Nie używam w tym miejscu pojęcia gałęzi prawa, gdyż prawo angielskie nie posiada przejrzystej założonej struktury, lecz jego najważniejsze instytucje były i są nadal kreowane przez orzecznictwo angielskiego sądownictwa w drodze precedensów. Historycznie najważniejsza była tu aktywność Sądu Ławy Królewskiej (Court of King’s Bench) oraz Sądu Kancelrskiego (Court of Chancery). Oba te sądy są formalnie do dziś działaniami (*divisions*) sądu o nazwie High Court of Justice, wchodzącego w skład Supreme Courts of England and Wales. Pierwsze i ostatecznie dość ograniczone próby kodyfikacji prawa podjęto w Anglii w XIX wieku (tzw. Consolidation Acts) pod wpływem osiągnięć Francji i Niemiec w tej dziedzinie. (Paradoksalnie autorem nowoczesnej koncepcji kodyfikacji prawa jest angielski filozof Jeremy Bentham). Ostatecznie w Anglii nie doszło także do systematycznego spisania konstytucji, reformy ustrojowe są zaś podejmowane *ad hoc*, tak jak w przypadku Constitutional Reform Act z 2005 roku. W kontekście powyższych uwag należy podkreślić, że każda reforma angielskiego sądownictwa jest poważną reformą ustrojową.

Po trzecie, prawo angielskie oparło się wpływowi prawa rzymskiego (choć było ono dyscypliną nauczania w Oxfordzie i Cambridge od początku istnienia tych ośrodków uniwersyteckich), którego instytucje są podstawą sys-

³ Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Reform_Act_2005#Legislative_history.

temów państw kontynentalnych, należących do kultury prawnej *ius civile*. Europeizacja prawa angielskiego wiąże się w tym kontekście z rozwijaniem studiów z zakresu komparatystyki prawniczej, ze względu na bezpośrednią nieprzekładalność podstawowych angielskich i kontynentalnych instytucji prawnych.

Pierwsza nowoczesna faza szeroko rozumianej „europeizacji” (czy też – kontynentalizacji) prawa angielskiego miała miejsce w drugiej połowie XIX wieku i była reakcją na spektakularny rozwój i kodyfikację prawa niemieckiego. Formułowano wtedy m.in. postulaty recepcji instytucji prawa rzymskiego w drodze nawiązującego doń orzecznictwa angielskich sądów. Jak wspominałem, podjęto próbę ograniczonej kodyfikacji prawa karnego i handlowego; dokonano także daleko idącej reformy struktury angielskiego sądownictwa. W 1846 roku utworzono w Anglii i Walii sieć powszechnych sądów hrabstw, orzekających w sprawach z zakresu prawa cywilnego (County Courts Act z 28 sierpnia 1846 roku, wszedł w życie 15 marca 1847 roku), zaś w 1873 roku zunifikowano zaś liczne, istniejące od średniowiecza sądy centralne (tzn. rezydujące w Londynie w budynku Royal Courts of Justice). Mówiąc ściślej, połączono w jedną strukturę sądy westminsterskie, których orzecznictwo nadawało główny ton w rozwoju instytucji prawnych *common law* (Court of Queen’s Bench, Court of Common Pleas i Court of Exchequer), z trzema innymi sadami, tj. z Court of Probate and Matrimonial Causes, High Court of Admiralty i z High Court of Chancery. Zwłaszcza połączenie sądów westminsterskich z Sądem Kanclerskim należy uznać za przejaw dalekosiężnego charakteru reformy, gdyż w ramach nowo powstałej struktury, zwanej High Court of Justice, znalazły się ciała sędziowskie odpowiedzialne dotychczas za rozwój konkurencyjnych wobec siebie nurtów prawa angielskiego: *common law* i *equity law*. High Court of Justice i utworzony wspomnianą reformą Sąd Apelacyjny (Court of Appeal) złożyły się na najważniejszą angielską, centralną strukturę sądowniczą – Supreme Court of Judicature⁴. Dodajmy od razu, że struktura ta istnieje w zasadniczo niezmienionej formie do dzisiaj, z tym że w 1972 roku dodano do niej nowo utworzone powszechne, profesjonalne sądy karne, tj. *crown courts*⁵ (Courts Act, 1971). Ponadto na mocy Constitutional Reform Act (2005) zmieniono nazwę Supreme Court of

⁴ High Court of Justice posiada od 1873 roku do dziś trzy działy: Queen’s Bench Division, Chancery Division i Family Division (który utworzono w 1970 roku w miejsce istniejącego wcześniej Probate, Admiralty and Divorce Division).

⁵ Od uchwalonego w 1361 roku Justices of the Peace Act kształtuje się w Anglii najniższy szczebel niezawodowego sądownictwa w sprawach karnych. Obecnie jest ono wykonywane przez około 30 000 *lay magistrates* (*justices of the peace*), którzy orzekają w ok. 10 000 sądów pokoju (*magistrates’ courts*).

Judicature na Senior Courts of England and Wales – z powodów, o których będzie mowa poniżej⁶.

Pierwszy okres europeizacji angielskiego prawa skończył się wraz z Wielką Wojną, która przyczyniła się w Anglii do zasadniczego odrotu od germańskiego, pozytywistycznego modelu prawa. Okres międzywojenny jest uważany przez angielskich teoretyków prawa za czas powrotu do tradycyjnego prawa precedensowego.

Kolejna faza europeizacji angielskiego prawa jest rezultatem doświadczeń drugiej wojny światowej i wykształcenia się uniwersalizującego systemu konwencji Rady Europy. O fazie trzeciej (będącej europeizacją *sensu stricto*, czyli dostosowaniem prawa Zjednoczonego Królestwa do prawa europejskiego) należy mówić w związku z członkostwem Wielkiej Brytanii we Wspólnotach Europejskich. Reforma konstytucyjna z 2005 roku została wymuszona zarówno przez nieprzystawalność niektórych angielskich instytucji ustrojowych do standardów wskazywanych w konwencjach Rady Europy, jak i przez procesy integracyjne zachodzące w łonie Unii Europejskiej.

W dalszej części artykułu chciałbym się odnieść do szczegółowej kwestii, jaką do czasu Constitutional Reform Act było w prawie angielskim poważne zaburzenie zasady trójpodziału władz, związane z instytucjami Lorda Kancelerza i Sądu Izby Lordów. Podnosząc konieczność korekty ustrojowej dotyczącej powyższych instytucji, wskazywano m.in. na ich potencjalną sprzeczność z Europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku⁷. Literalnie, chodzi tu zarówno o tekst Preambuły, jak i o art. 6, ust. 1 Konwencji.

W Preambule czytamy m.in.:

„Rządy Państw-Sygnatariuszy niniejszej Konwencji, członkowie Rady Europy, [...] Zważywszy, że celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności jej członków i że jednym ze sposobów osiągnięcia tego celu jest ochrona oraz rozwój praw człowieka i podstawowych wolności;

Potwierdzając swoją głęboką wiarę w te podstawowe wolności, które są fundamentem sprawiedliwości i pokoju na świecie i których zachowa-

⁶ W 1970 roku dokonano reformy The Probate, Admiralty and Divorce Division, zmieniając jego nazwę na Family Division i przenosząc jurysdykcję w sprawach z zakresu prawa morza do The Admiralty Court, który jest w tej chwili *subdivision* w ramach Queen's Bench Division. Pierwotne połączenie w jednym sądzie bardzo odległych sobie kwestii prawnych, dotyczących (jak powiadano żartem) *wills, wives and wrecks*, wynikało z faktu, że u podstaw ich rozstrzygnięcia – zarówno w przypadku sporów z zakresu prawa morza, jak i w przypadku należących do właściwości rzeczowej sądów kościelnych kwestii rozwodów i testamentów – leżało prawo rzymskie. Por. M. Szerer, *Sądownictwo angielskie*, Warszawa 1959, s. 38.

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, publ. Kancelaria Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wrzesień 2003.

nie opiera się głównie z jednej strony **na rzeczywiście demokratycznym ustroju politycznym**, z drugiej na jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka, do których się one odwołują;

Zdecydowane jako Rządy Państw europejskich działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa podjęć pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji,

Uzgodniły, co następuje [...]”⁸.

Z kolei art. 6, ust. 1 („Prawo do rzetelnego procesu sądowego”) stanowi:

„1. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości”⁹.

Artykuł 6, ust. 1 Konwencji (i w związku z tym także np. art. 2–4 Protokołu nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 22 listopada 1984 roku¹⁰) mogłoby być naruszone, gdyby niezawisłość an-

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ „Protokół nr 7 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności [...]”

Artykuł 2 – Prawo do odwołania w sprawach karnych

1. Każdy, kto został uznany przez sąd za winnego popełnienia przestępstwa, ma prawo do rozpatrzenia przez sąd wyższej instancji jego sprawy, tak w przedmiocie orzeczenia o winie, jak i co do kary. Korzystanie z tego prawa, a także jego podstawy, reguluje ustawa.

2. Wyjątki od tego prawa mogą być stosowane w przypadku drobnych przestępstw, określonych w ustawie, lub w przypadkach, gdy dana osoba była sądzona w pierwszej instancji przez sąd najwyższy albo została uznana za winną i skazana w wyniku zaskarżenia wyroku niewinniającego sądu pierwszej instancji.

Artykuł 3 – Odszkodowanie za bezprawne skazanie

Każdemu skazanemu prawomocnie za przestępstwo, który odbył karę w wyniku takiego skazania, a następnie został uniewinniony lub ułaskawiony na tej podstawie, że nowy lub nowo ujawniony fakt dowiódł, iż nastąpiła pomyłka sądowa, przysługuje odszkodowanie zgodnie z ustawą lub praktyką w danym Państwie, jeżeli nie udowodniono, że jest on całkowicie lub częściowo odpowiedzialny za nieujawnienie faktu we właściwym czasie.

gielskich sądów ucierpiała wskutek organizacyjnej podległości Lordowi Kanclerzowi, który przed reformą konstytucyjną był zwierzchnikiem sądownictwa i równocześnie przedstawicielem władzy ustawodawczej i wykonawczej (będzie o tym mowa poniżej). Bezpośrednio do poruszonej kwestii odnosi się ustęp 3 części 2 Constitutional Reform Act, w której – w kontekście przekształcenia instytucji Lorda Kanclerza w angielskiego „Ministra Sprawiedliwości” – czytamy:

„Część 2. Zasady modyfikowania urzędu Lorda Kanclerza [...]

Kontynuacja niezawisłości sędziowskiej

[Ustęp] 3, Gwarancja kontynuacji niezawisłości sędziowskiej

(1) Lord Kanclerz, inni Ministrowie Korony i wszystkie osoby odpowiedzialne za sprawy związane z wymiarem sprawiedliwości i z jego funkcjonowaniem **mają obowiązek podtrzymywania niezawisłości sędziowskiej**. [...]

(4) W szczególności następujące obowiązki zostają nałożone **w celu podtrzymania niezawisłości sędziowskiej**.

(5) Lord Kanclerz i inni Ministrowie Korony nie mogą wywierać wpływu na konkretne decyzje sędziowskie za pomocą przysługujących im środków dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

(6) **Lord Kanclerz musi mieć na względzie –**

(a) potrzebę stania na straży tej niezawisłości;

(b) fakt, iż wymiar sprawiedliwości potrzebuje tego wsparcia w celu umożliwienia wykonywania powierzonych mu funkcji;

(c) potrzeby interesu publicznego w odniesieniu do kwestii związanych z wymiarem sprawiedliwości i z realizowaniem jego funkcji, które powinny znaleźć właściwe odzwierciedlenie w decyzjach dotyczących tych spraw [...]¹¹.

Artykuł 4 – Zakaz ponownego sądenia lub karania

1. Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego Państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego Państwa.

2. Postanowienia poprzedniego ustępu nie stoją na przeszkodzie wznowieniu postępowania zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego danego Państwa, jeśli wyjdą na jaw nowe odkryte fakty lub jeśli w poprzednim postępowaniu popełniono poważną pomyłkę, która mogła mieć wpływ na wynik sprawy [...]”. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności...

¹¹ „Part 2. Arrangements to modify the office of Lord Chancellor [...]

Continued judicial independence

[Section] 3. Guarantee of continued judicial independence

(1) The Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice **must uphold the continued independence of the judiciary**. [...]

Przywołana reforma jest więc wyrazem forsowanej przez Gabinet Partii Pracy europeizacji prawa angielskiego na płaszczyźnie ustrojowej, rozumianej jako „korekta” tradycyjnych urządzeń angielskiego systemu prawa pod kątem bardziej uniwersalnych standardów europejskich. Nie wnikając w szczególności natury teoretycznej, zasadę trójpodziału władz należy uznać za jeden z filarów zabezpieczających funkcjonowanie demokratycznego państwa prawnego. Dlatego na szczególną uwagę zasługuje to, że – paradoksalnie – instytucję Lorda Kanclerza, łączącą prerogatywy przynależące trzem różnym władzom, uważano w Anglii do czasów współczesnych za gwarant stabilności angielskiego ustroju. Nie należy się dziwić, że pierwotny plan lejburzystów, dotyczący całkowitej likwidacji tego urzędu był dla wielu Anglików szokujący i natrafił na zdecydowany opór, o czym będzie mowa w dalszej części artykułu.

Urząd Lorda Kanclerza

Jak pisze M. Szerer, historycznie dygnitarz, jakim był Lord Kanclerz, spełniał doniosłe funkcje na dworze angielskiego monarchy. Jako jeden z nielicznych towarzyszy królewskich bezwzględnie musiał posiadać umiejętność pisania i czytania; z tego względu miał pod swą strażą pieczęć państwową i czuwał nad przygotowywaniem dokumentów największej wagi. Urząd kanclerski przypadał z reguły księdzu, który był zarazem spowiednikiem monarchy: stąd jego tradycyjne określenie jako „piastuna sumienia królewskiego”¹².

Monarsze przysługiwał m.in. tytuł *fons iustitiae* („krynica sprawiedliwości”). Dlatego mógł on wywoływać przed swój sąd osobisty wszelkie, także zakończone już sprawy sądowe.

Jak wyjaśnia M. Szerer, jest zrozumiałe, że osobą najbardziej powołaną do tego, by w zastępstwie monarchy i zgodnie z sumieniem królewskim (w przeciwieństwie do zgodności z rygorystycznymi precedensami) sędzić kłopotliwe sprawy, był jego spowiednik – Lord Kanclerz. Tą drogą – zgodnie z cytowaną opinią – powstał w XV wieku sąd kanclerski (Court of Chancery),

(4) The following particular duties are imposed **for the purpose of upholding that independence.**

(5) The Lord Chancellor and other Ministers of the Crown must not seek to influence particular judicial decisions through any special access to the judiciary.

(6) **The Lord Chancellor must have regard to –**

(a) the need to defend that independence;

(b) the need for the judiciary to have the support necessary to enable them to exercise their functions;

(c) the need for the public interest in regard to matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice to be properly represented in decisions affecting those matters [...]. Za: Constitutional Reform Act 2005, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_2#pt2.

¹² M. Szerer, *Sądownictwo angielskie...*, s. 37.

„w którym konserwatyzm sądów stosujących stereotypowo prawo [precedensowe – M. P.] miarkowano względami słusznościowymi i osiągnano w ten sposób potrzebny postęp wymiaru sprawiedliwości”.

Przypomnijmy, że wytworzony w średniowieczu w drodze orzecznictwa sądów królewskich system *common law* był bardzo sztywny, m.in. ze względu na stałe odwoływanie się do dawnych precedensów i ich powtarzanie w nowych rozstrzygnięciach¹³. Potrzeby czasu stwarzały więc konieczność uelastycznienia reguł *common law*. Oczekiwania te zaczął od XV wieku spełniać właśnie Sąd Kanclerski. Ze wspomnianych wyżej powodów nie był on związany regułami prawa powszechnego. Także postępowanie przed nim było – w porównaniu z procedurą *common law* – znacznie uproszczone. Również w samych orzeczeniach sąd ten nie trzymał się norm prawa powszechnego, ale kierował się względami słuszności, tzn. *equity*. Rozwijający się tą drogą nowy system prawa – *equity* – mógł teraz skutecznie łagodzić formalizm *common law*, a także z biegiem czasu zapewniać ochronę prawną nowym instytucjom prawnym, wyrosłym na gruncie przemian gospodarczych¹⁴. Ostatecznie, jak pisze M. Szerer, w *common law* znajdował się główny pień regulacji prawnych, podczas gdy przed *equity* nabierały legalnych form te wszystkie nowe instytucje, jakie wytwarzały się z rozwojem życia gospodarczego¹⁵. Z czasem pierwotna sprzeczność między *common law* i *equity law* się zacierała. Pierwotna przeciwstawność ustępowała miejsca wzajemnemu uzupełnianiu. Jeden z autorów tak scharakteryzował ostateczny wynik tego procesu: „*Common law* bez *equity* byłoby jak płaszcz z dziurami; *equity* bez *common law* byłaby samymi łatami unoszącymi się w powietrzu”¹⁶.

Gdy w reformie z 1873 roku zlikwidowano samodzielny Sąd Kanclerski, pozostał po nim „ślad” w postaci Chancery Division, tj. jednego z wydziałów High Court of Justice¹⁷. W Wydziale Kanclerskim do dziś stosuje się procedurę odmienną od tej wykształconej na gruncie prawa precedensowego.

Dodajmy jeszcze, że do aktu Unii Królestw (1707 rok) istniały odrębne urzędy Lorda Kanclerza dla Anglii i Szkocji. W następstwie połączenia państw powstał jeden, wspólny urząd dla Zjednoczonego Królestwa. Inne rozwiązanie ustrojowe zostało przyjęte w Akcie Unii Wielkiej Brytanii i Irlandii w 1800 roku. Urząd Lorda Kanclerza Irlandii (Lord Chacellor of Ireland) istniał aż do odrodzenia niepodległego państwa irlandzkiego sto dwadzieścia dwa lata później. Wspomniany urząd został wówczas zlikwidowany i zastąpiony przez

¹³ Por. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2006, s. 76.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ M. Szerer, *Sądownictwo angielskie...*, s. 37.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, s. 38.

Gubernatora Irlandii Północnej (Governor of Northern Ireland), a następnie przez Secretary of State for Northern Ireland¹⁸.

Jak powiedziano, przed wejściem w życie Constitutional Reform Act Lord Kanclerz łączył uprawnienia z zakresu władzy ustawodawczej, sądowniczej i wykonawczej. Był więc – po pierwsze – przewodniczącym obrad Izby Lordów w parlamencie (Speaker).

Po drugie – jeżeli chodzi o prerogatywy z zakresu władzy wykonawczej – Lord Kanclerz był członkiem Gabinetu, a także królewskiego ciała doradczego o nazwie Privy Council (Tajna Rada). W latach 1885–2003 kierował odrębnym urzędem, zwanym Lord Chancellor's Office (do 1971 roku), a później Lord Chancellor's Department. Uprzedzając, powiedzmy, że w 2003 roku rząd lejburzystów zintensyfikował starania zmierzające do likwidacji omawianej instytucji; przejawem tego było zastąpienie istniejącego dotąd departamentu przez Department of State for Constitutional Affairs i połączenie urzędu Lorda Kanclerza z nowo utworzonym Secretary of State for Constitutional Affairs.

Po trzecie, przed 2006 rokiem Lord Kanclerz pełnił nominalnie liczne funkcje sądownicze: zasiadał jako sędzia w House of Lords Appellate Committee (Sądzie Izby Lordów); był członkiem Judicial Committee of the Privy Council¹⁹; zajmował stanowisko President of Supreme Court of Judicature, nadzorując prace Court of Appeal oraz High Court of Justice; był także *ex officio* sędzią Sądu Apelacyjnego oraz President of the Chancery Division (a więc przewodniczącym pozostałości dawnego Sądu Kanclerskiego w ramach struktury High Court of Justice). Większość wspomnianych funkcji sądowych była jednak w czasach najnowszych rzadko wykonywana przez Lorda Kanclerza osobiście.

Dla uzupełnienia obrazu dodajmy, że Lord Kanclerz pełnił – i pełni nadal – pewne funkcje w strukturze kościoła anglikańskiego.

Przebieg reformy urzędu Lorda Kanclerza (2003–2007)

Początek XXI wieku zastał w Anglii uświęcony tradycją urząd, łamiący zasadę trójpodziału władz i potencjalnie naruszający postanowienia Europejskiej konwencji praw człowieka. Taki stan rzeczy skłaniał do reformy, idącej w sukursz hasłom wyborczym Partii Pracy, wśród których znalazły się

¹⁸ Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Lord_Chancellor#The_Office.

¹⁹ Był to Sąd Najwyższy (Senior Court) Imperium Brytyjskiego, a następnie Brytyjskiej Wspólnoty Narodów. Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Privy_Council_of_the_United_Kingdom#Functions.

postulaty radykalnej przebudowy angielskiego ustroju, z likwidacją monarchii włącznie.

W 2003 roku Lordem Kanclerzem mianowany został Lord Falconer of Thoroton, przyjaciel Tony'ego Blaira z czasów studiów. Jego zadaniem było – mówiąc kolokwialnie – w miarę bezbolesne zarządzanie urzędem do czasu jego likwidacji. Premier Blair ogłosił w tym czasie plany daleko idącej reformy konstytucyjnej państwa, z zakończeniem istnienia wywodzącej się ze średniowiecza instytucji kanclerskiej włącznie. Gdy w Parlamencie angielskim opadła fala konsternacji, ustalono, że funkcjonowanie urzędu może zostać zakończone wyłącznie na mocy ustawy (Act of Parliament). Zmusiło to nowego Lorda Kanclerza do przewodniczenia – wbrew swym zamierzeniom – obradom Izby Lordów (do tradycyjnego „zasiadania na worku z wełny”). Równocześnie jednak zmieniono nazwę Lord Chancellor's Department na Department for Constitutional Affairs, z czym wiązała się wyraźna sugestia co do nieodległej w czasie i ostatecznej likwidacji urzędu.

W styczniu 2004 roku Department for Constitutional Affairs opublikował dokument precyzujący podział kompetencji na linii Lord Kanclerz – Lord Chief Justice. (Lord Chief Justice był wówczas drugim co do rangi sędzią w angielskim sądownictwie – m.in. przewodniczył obradom wzmiankowanego Sądu Ławy Królewskiej – Queen's Bench Division). Wspomniany „concordat” miał być podstawą planowanych zmian ustrojowych. 24 lutego 2004 roku rząd przedstawił w Izbie Lordów w Constitutional Reform Bill zarys reformy konstytucyjnej, która w interesującym nas zakresie zakładała likwidację urzędu Lorda Kanclerza²⁰. Jego kompetencje mieli przejąć odpowiednio, realizując zasadę trójpodziału władz, Lord Speaker of House of Lords (w sferze władzy ustawodawczej), Secretary of State for Constitutional Affairs (w sferze władzy wykonawczej) i Lord Chief Justice (w sferze władzy sądowniczej). Choć w pierwszym okresie wydawało się, że projekt w Parlamencie upadnie, rząd doszedł z opozycją do porozumienia i prace były kontynuowane. 13 lipca 2004 roku Izba Lordów uchwaliła poprawkę, zgodnie z którą urząd Lorda Kanclerza został zachowany w swego rodzaju unii personalnej z urzędem Sekretarza do Spraw Konstytucyjnych²¹. Constitutional Reform Act otrzymał królewską asygnatę 24 marca 2005 roku i wszedł w życie 3 kwietnia 2006 roku²². W praktyce transfer kompetencji, które mieli przejąć Lord Speaker i Lord Chief Justice, został zakończony w połowie 2006 roku.

²⁰ Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Reform_Act_2005#Legislative_history.

²¹ Por. *The Constitutional Reform Bill [HL] – the office of Lord Chancellor*, Bill No. 18 of 2004-5, Research Paper 05/05, 12 January 2005.

²² Por. *Constitutional Reform Act – Part 2 „Arrangements to modify the office of Lord Chancellor”*, za: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_2#pt2-pb1.

W kwietniu 2006 roku Lord Falconer w następujący sposób przybliżył przebieg i cel reformy brytyjskiemu społeczeństwu:

„Reforma konstytucyjna i sądowa

Od kwietnia 2006 roku realizacja Constitutional Reform Act oznacza, iż Lord Kanclerz – sprawujący funkcję polityczną – nie będzie dłużej zwierzchnikiem wymiaru sprawiedliwości, ponieważ funkcję tę będzie pełnił Lord Chief Justice.

Powodem tej zmiany był stanowczy pogląd rządu, że dotychczasowe połączenie roli ministra, zwierzchnika władzy sądowniczej, sędziego i Przewodniczącego Izby Lordów w jednym urzędzie nie było ani wskazane, ani też możliwe w warunkach współczesnej demokracji. Lord Chancellor jest powoływany przez Prezesa Rady Ministrów ze względu na swoją przynależność polityczną do partii rządzącej. Sprawuje on funkcję ministra w związku z obowiązkami w swoim departamencie i ponosi odpowiedzialność wobec Parlamentu za właściwe ich wykonywanie. Jego głównym obowiązkiem ministerialnym jest odpowiedzialność za sądy i pomoc prawną, co wraz z pozostałymi obszarami działalności jego ministerstwa stanowi roczny wydatek rządu 4 mld GBP. Według starego systemu, osoba sprawująca tę funkcję była wybierana z ograniczonej osobowo liczby kandydatów posiadających prawnicze i polityczne doświadczenie. Należy również dodać, iż relacja tego urzędu do wymiaru sprawiedliwości znacznie się różni od relacji istniejących pomiędzy innymi ministrami a zainteresowanymi stronami. **Mogłoby to doprowadzić do niepożądanego sytuacji, w której osoba piastująca urząd byłaby narażona na konflikty pomiędzy poglądami sędziów a tym, co według niej i jej współpracowników leży w najlepszym interesie społeczeństwa. Zdaniem rządu nawet potencjalne ryzyko wystąpienia takiego konfliktu jest nie do przyjęcia i powinno być zminimalizowane poprzez rozdzielenie uprawnień, ról i obowiązków.**

Zreformowany urząd Lorda Kanclerza będzie nadal odgrywał rolę urzędu ministerialnego odpowiedzialnego za podtrzymywanie niezależności wymiaru sprawiedliwości i praworządności, natomiast osoba go sprawująca nie będzie już piastowała funkcji sędziego. Zgodnie z tą ustawą Lord Chief Justice staje się zwierzchnikiem władzy sądowniczej w Anglii i Walii.

Powyższe założenie ma na celu zachowanie niezawisłości sędziowskiej, zdefiniowanie roli sędziów i uwolnienie urzędu Lorda Kanclerza, aby sprawował on taką funkcję, która dawała się zaobserwować od dawna w praktyce, mianowicie polityczną, połączoną z odpowiedzialnością za inwestowanie funduszy publicznych w celu zapewnienia najwyższej jakości usług dla społeczeństwa. Historyczny urząd Lorda Kanclerza, istniejący od ponad 800 lat, nadal będzie aktywnie chronił niezależność w ramach rządu

ze względu na fakt, iż Constitutional Reform Act nakłada na Lorda Kancelerza i wszystkich Ministrów Korony swoisty obowiązek zagwarantowania takiej niezależności”²³.

Zwieńczenie reformy nastąpiło 9 maja 2007 roku. Department for Constitutional Affairs zakończył wtedy swe istnienie, zaś w jego miejsce po raz pierwszy w historii Anglii – wychodząc naprzeciw europejskim standardom – utworzono Ministerstwo Sprawiedliwości (Ministry of Justice). Od tego dnia urząd Lorda Kancelerza jest sprawowany w połączeniu z urzędem Secretary of State for Justice. Innymi słowy, w rezultacie reformy konstytucyjnej 9 maja 2007 roku Lord Kancelarz został angielskim Ministrem Sprawiedliwości. Nowo powstałe ministerstwo przejęło część funkcji Home Office (Ministerstwa Spraw Wewnętrznych) i niektórych innych najwyższych angielskich urzędów. W czerwcu 2007 roku na czele Ministerstwa Sprawiedliwości stanął Jack Straw, który jest pierwszym w historii Anglii Lordem Kancelerzem nieposiadającym tytułu lordowskiego i niebędącym członkiem Izby Lordów. Wynika to z faktu, że

²³ „**Constitutional and judicial reform**

From April 2006 the implementation of the Government’s Constitutional Reform Act means that the Lord Chancellor – a politician – will no longer be the head of the judiciary and that responsibility will instead transfer to the Lord Chief Justice.

The reason for this change was the Government’s firm view that the old combination of the roles of Cabinet Minister, Head of Judiciary, a judge and Speaker of the House of Lords in one office was no longer appropriate or tenable in a modern democracy. The Lord Chancellor is appointed by the Prime Minister because of his political affiliations to the governing party. He performs the job of a normal minister in his departmental responsibilities and in his accountability to Parliament for those responsibilities. His main ministerial responsibility is for courts and legal aid, which, along with other areas of policy that his department is responsible for, accounts for an annual expenditure of around £4 billion. The old system involved the office-holder being drawn from a restricted pool-those with senior legal and political standing. In addition, the office-holder’s role in relation to the judiciary is significantly different from other ministers’ relationships with their stakeholders. **This could lead to the unsatisfactory situation where the office-holder could be subject to a practical conflict between the views of the judges and what he and his colleagues see as in the wider public interest. The Government believes that even the potential for such a conflict is undesirable and best averted by a proper separation of powers, of role and of responsibilities.**

The reformed office of Lord Chancellor will continue to be a ministerial role, with responsibility for upholding the independence of the judiciary and the rule of law, but he will no longer be a judge. The Act now establishes the Lord Chief Justice as head of the Judiciary of England and Wales.

This preserves judicial independence, defines the judges’ role and frees the office of the Lord Chancellor to be what in practice it has long been – a political role with responsibility for the investment of public funds in order to deliver first-class services for the people. The office of the Lord Chancellor, with the historical authority that comes from 800 years of history, will still actively protect that independence within government – indeed, the Constitutional Reform Act imposes specific duties on the Lord Chancellor and all Ministers of the Crown to uphold such independence”. *Doing law differently...*, s. 5.

dotychczas Lord Kanclerz pełnił funkcję Speakera tej Izby, zaś po reformie funkcje Przewodniczącego i Lorda Kanclerza są rozdzielone.

Druga poza utratą funkcji Przewodniczącego Izby Lordów najważniejsza zmiana w pozycji Lorda Kanclerza, to utrata jego tradycyjnej, zwierzchniej funkcji w stosunku do angielskiego sądownictwa. Rolę tę przejął Lord Chief Justice, który reprezentuje angielskie i walijskie sądy przed Gabinetem i Parlamentem.

Mówiąc ściślej, Lordowi Kanclerzowi przysługują w tej chwili następujące uprawnienia w zakresie władzy wykonawczej: jako członek Gabinetu kieruje Ministerstwem Sprawiedliwości; w związku z tym jest odpowiedzialny za nadzorowanie dalszego przebiegu reformy konstytucyjnej, administrację sądów, a także za politykę karną, zapobieganie powrotności do przestępstwa, nadzór nad więziennictwem i środkami probacyjnymi (przejęte przez Ministry of Justice z Home Office w maju 2007 roku). Lord Kanclerz nadal odgrywa pewną rolę w nominacji sędziów w Anglii i Walii. Historycznie dokonywał tych nominacji samodzielnie; w tej chwili kandydatury zgłaszane są przez Judicial Appointment Committee (ciało opiniodawcze w strukturze Ministerstwa), zaś Kanclerz oficjalnie je zatwierdza. Kanclerz decyduje także o tym, którzy z członków korporacji pełnomocników procesowych (*barristers*²⁴) otrzymają honorowy tytuł Queen's Counsel (Doradca Królowej). Jest także powiernikiem Wielkiej Pieczęci Królestwa (Great Seal of the Realm), którą przykłada się tradycyjnie na najważniejsze dokumenty państwowe (np. *royal proclamations*)²⁵. Dodajmy, że Ministerstwo Sprawiedliwości ma swoją siedzibę w Selborne House przy Victoria Street w Londynie.

Po raz pierwszy w historii (z chwilą wejścia w życie reformy konstytucyjnej) na pozycji zwierzchnika angielskiego sądownictwa (w miejsce Lorda Kanclerza) znalazł się Lord Chief Justice. Poprzednio, jak wspomniano, był to drugi po Kanclerzu najważniejszy angielski sędzia, który przewodniczył m.in. obradom Court of the King's/Queen's Bench (Sądu Ławy Królewskiej), a następnie (po reformie 1873 roku) obradom King's/Queen's Bench Division of the High Court of Justice. (W tej chwili rolę tę przejął President of the Queen's Bench Division).

²⁴ Zawód ten nie posiada swojego odpowiednika wśród kontynentalnych zawodów sądowych. *Barrister* jest prawnikiem wyspecjalizowanym w sądowej procedurze, którego aktywność zawodowa wiąże się wyłącznie z rozprawą i z bezpośrednim przygotowaniem do niej. Słowo *barrister* pochodzi od rzeczownika *bar*, którym określa się drewnianą przegrodę dzielącą angielską salę sądową na część przeznaczoną dla „sędziów” i część przeznaczoną dla publiczności. Por. T. Kozłowski, *Etyka zawodów prawniczych za granicą na przykładzie Anglii*, [w:] *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, Warszawa 2005, s. 78.

²⁵ Uściślając, jest to pieczęć Królestwa Anglii. Królestwa Szkocji i Irlandii Północnej posiadają własne pieczęcie. Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Lord_Chancellor#Executive_functions.

Dziś Lord Chief Justice posiada ok. 400 prerogatyw w zakresie władzy sądowniczej. Między innymi reprezentuje władzę sądowniczą przed rządem i parlamentem, jest odpowiedzialny za zawodowy rozwój sędziów i za ich alokację w okręgach sądowych Anglii i Walii; decyduje także o podziale środków rządowych przeznaczonych dla sądownictwa itp. Ponadto zajmuje stanowisko President of the Senior Courts of England and Wales; rozpatruje także samodzielnie najtrudniejsze sprawy z zakresu prawa karnego, cywilnego rodzinnego²⁶ oraz najważniejsze apelacje (może również udzielać wskazówek w tym zakresie). Lord Chief Justice formalnie może rozpatrzyć każdą sprawę w każdym angielskim i walijskim sądzie, wliczając nieprofesjonalne *magistrates courts*, w których orzekają sędziowie pokoju. Natomiast wspólnie z Lordem Kanclerzem kieruje pracami Office for Judicial Complaints – ciała, rozpatrującego skargi na osoby piastujące urząd sędziowski.

House of Lords Appellate Committee (House of Lords Judicial Committee) i jego likwidacja na mocy Constitutional Reform Act 2005

Drugim przykładem europeizacji angielskiego ustroju, przejawiającej się w usuwaniu na mocy Constitutional Reform Act 2005 naruszeń zasady trójpodziału władz, jest wyprowadzenie poza House of Lords najwyższego sądu odwoławczego Wielkiej Brytanii²⁷. Mamy tu więc do czynienia z likwidacją tradycyjnego związku władzy wykonawczej i sądowniczej. W przypadku Sądu Izby Lordów nie jest to pierwsza podobna inicjatywa, można jednak żywić przekonanie, że w przeciwieństwie do poprzedniej reformy, ta zostanie uwieńczona sukcesem.

Jak pisze M. Szerer, angielscy lordowie posiadli jurysdykcję apelacyjną w XIV wieku i wykonywali ją przez pięć wieków, pierwotnie *in corpore* (jako cała izba wyższa parlamentu), zaś później za pośrednictwem komisji złożonych z lordów o wykształceniu prawniczym²⁸. Uprawnienia te miały zostać zlikwidowane na mocy reformy z 1873 roku, w której założono, że Trybunał Apelacyjny (Court of Appeal), będący oddziałem nowo utworzonego Supreme Court of Judicature – przejmie wszystkie funkcje odwoławcze Izby Lordów.

²⁶ Podział ten odzwierciedla specyficzną strukturę High Court of Justice.

²⁷ Por. Constitutional Reform Act 2005, Schedule 9 (Section 40): „Amendments relating to jurisdiction of the Supreme Court. Part 1 Jurisdiction transferred from the House of Lords”, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_29.

²⁸ M. Szerer, *Sądownictwo angielskie...*, s. 41.

Jak zauważa Szerer, „niebawem [...] lordowie pożałowali zmiany. Uznali, iż i tak nie są przeciążeni pracą i że to zmniejszenie ich działalności może stać się hasłem do dalszych podobnych odciążeń, co mogłoby skończyć się zupełnym zanikiem całej instytucji drugiej Izby. Trybunał Apelacyjny działał jednak już sprawnie, trudno było znosić go i przywracać dawny stan. Angielskim więc sposobem dobudówek utworzono ponad Trybunałem Apelacyjnym jeszcze jedną instancję odwoławczą i umieszczono ją w Izbie Lordów”²⁹. W ten sposób już trzy lata po reformie (1876) utworzony został sąd, zwany od końca lat 40. XX wieku House of Lords Appellate Committee³⁰. Obecnie jest to wciąż najwyższy sąd odwoławczy dla Anglii, Walii, Irlandii Północnej i – częściowo – także dla Szkocji (tu wyjątek stanowią sprawy karne, dla których najwyższą instancją jest szkocki High Court of Justiciary³¹).

W skład Sądu Izby Lordów nie weszli (zasadniczo) jej „urodzeni” członkowie. Jak pisze Szerer: „Nie dowierzając [...] kwalifikacjom sądowniczym ogółu dziedzicznych lordów, a jednak chcąc mieć sądownictwo, które by mogło się zwać sądownictwem Izby Lordów i podnosić w ten sposób jej powagę, wzięto się na bardzo prosty sposób: nie mogąc lordów uczynić znakomitymi prawnikami, postanowiono znakomitych prawników uczynić lordami”³². Kandydaci otrzymywali z rąk premiera dożywotnio tytuł Lord of Appeal in Ordinary (w skrócie – Law Lord), tworząc swoistą „wysepkę sądowniczą” w obrębie Izby Wyższej Parlamentu.

Sąd Izby Lordów był ukonstituowany, jeżeli zebrali się co najmniej pięć spośród następujących osób: 1) Lord Kanclerz (jako przewodniczący Sądu); 2) Law Lords (w ostatnim czasie w liczbie 16); 3) członkowie Izby Lordów, którzy albo dzierżą, albo dzierżyli wysoki urząd sędziowski³³.

Warto zwrócić uwagę, że początkowo udział innych członków Izby Lordów w posiedzeniu Judicial Committee nie był wyłączony, ale nie stanowił o prawomocnym ukonstituowaniu się tego sądu. Dlatego, nieco paradoksalnie, lordowie nieprawnicy wstrzymywali się od uczestniczenia w posiedzeniach Sądu. Z czasem pojawienie się takiego lorda nieprawnika na rozprawie w charakterze sędziego uznano za rażące złamanie konwenansu³⁴. Można stwierdzić, że utrzymywanie kompetencji sądowniczych Izby Lordów już od lat 70. XIX wieku było swego rodzaju fikcją – tym bardziej szkodliwą, że naruszającą przeciw zasadę trójpodziału władz. Dlatego na mocy Constitu-

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Por. http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_functions_of_the_House_of_Lords.

³¹ Por. http://en.wikipedia.org/wiki/High_Court_of_Justiciary.

³² M. Szerer, *Sądownictwo angielskie...*, s. 42.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

tional Reform Act z 2005 roku kompetencje sądowe House of Lords Appellate Committee (oraz kompetencje The Privy Council – sądowego ciała doradczego przy królowej angielskiej) zostały przekazane do nowo utworzonego Supreme Court for the United Kingdom, który jest – ze wskazanym, szkockim wyjątkiem – najwyższym sądem apelacyjnym dla wszystkich części Królestwa.

Podstawą prawną do utworzenia Sądu jest część trzecia (Section 23) Constitutional Reform Act:

„Część 3. Sąd Najwyższy. [...]”

(1) Ustanawia się Sąd Najwyższy Wielkiej Brytanii.

(2) Sąd Najwyższy składa się z 12 sędziów powołanych przez Jej Królewską Mość [...]”³⁵.

Uzasadnienie powyższej zmiany Lord Falconer przedstawia w sposób następujący:

„Uzasadnienie naszych konstytucyjnych rozwiązań dotyczy także rozdziału władzy sędziowskiej od wykonawczej i ustawodawczej. Sądem Apelacyjnym, który wydaje najtrudniejsze i zarazem najbardziej kontrowersyjne wyroki, jest obecnie Appellate Committee Izby Lordów. W celu zwrócenia większej uwagi na Sąd Apelacyjny i zaakcentowania podziału funkcji pomiędzy sędziami a Parlamentem, właściwość Appellate Committee zostanie przeniesiona do nowego Sądu Najwyższego Wielkiej Brytanii, mieszczącego się poza siedzibą Parlamentu”³⁶.

Nowy Supreme Court for the United Kingdom – inaczej niż dotychczasowy Sąd Izby Lordów – będzie się mieścić poza Pałacem Westminsterskim, w Middlesex Guildhall (przy Parliament Square), który był siedzibą jednego z historycznie najważniejszych angielskich sądów karnych. Ten monumentalny budynek zostanie ponownie oddany do użytku po remoncie w 2009 roku i wtedy the Supreme Court rozpocznie swoją pracę; w tej chwili oficjalnie działa jeszcze House of Lords Appellate Committee. Jest prawdopodob-

³⁵ „Part 3. The Supreme Court. [...]”

(1) There is to be a Supreme Court of the United Kingdom.

(2) The Court consists of 12 judges appointed by Her Majesty by letters patent [...]”. Constitutional Reform Act, Section 23, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_3#pt3.

³⁶ „Clarification of our constitutional arrangements is also being extended to the separation of the courts from the legislature and the executive. The final court of appeal, the body that makes the most difficult and controversial decisions, is currently the Appellate Committee of the House of Lords. To make the final court of appeal more visible with a clear division between the judges and Parliament, the jurisdiction of the Appellate Committee will be transferred to a new Supreme Court for the United Kingdom. This will be located separately from the Houses of Parliament”. *Doing law differently...*, s. 5

ne, że wyprowadzenie sądu z Izby Lordów będzie krokiem ku likwidacji dziedzicznego charakteru Izby, a więc ku dalszej demokratyzacji (i europeizacji) angielskiego ustroju.

The Supreme Court for the United Kingdom nie może być mylony z opisanym powyżej Supreme Court of Judicature of England and Wales (utworzonym w 1873 roku). Dlatego – o czym już wspomiano – Constitutional Reform Act z 2005 roku zmienił nazwę tego ostatniego na Senior Courts of England and Wales³⁷.

³⁷ Por. Constitutional Reform Act 2005 – Schedule 11 (Section 59): „Renaming of the Supreme Courts of England and Wales and Northern Ireland”, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050004_en_32#sch11-pt2.

Diane Ryland

The Proposed Directive on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare: Postponed or Suppressed?

Introduction

A fundamental freedom to receive cross border medical treatment is granted to citizens of the European Union under the internal market provision in the European Community Treaty on the freedom to provide and receive services¹. This has been confirmed in a sequence of rulings by the European Court of Justice². At the behest of the Member States, who called for legal certainty in the form of a political initiative and not as result of Court judgments³, the European Commission engaged in an open Consultation exercise⁴, on the

¹ Article 49 EC.

² Joined Cases 286/82 and 26/83 *Luisi and Carbone*; Case C-158/96 *Kohll*; Case C-120/95 *Decker*; Case C-368/98 *Vanbraekel*; Case C-157/99 *Geraets Smits and Peerbooms*; Case C-385/99 *Müller-Fauré and van Riet*; Case C-56/01 *Inizan* and Case C-372/04, *The Queen, on the application of Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*. Judgment of the Court (Grand Chamber), 16th May 2006.

³ See Council Conclusions on Common Values and Principles in EU Health Systems, 2733rd Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs Council meeting, Luxembourg, 1–2 June 2006, 3rd conclusion, [http://www.consilium.europa.eu/Newsroom OJ C 146, 22.6.2006, p. 1](http://www.consilium.europa.eu/Newsroom/OJ C 146, 22.6.2006, p. 1). The Council recognised the particular value of an initiative on health service ensuring clarity for European citizens about their rights and entitlements when they move from one Member State to another in order to ensure legal certainty. Healthcare services were excluded from the scope of Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, [2006] OJ L 376/36.

⁴ Commission Communication, Consultation regarding Community action on health services, SEC(2006) 1195/4, 26 September 2006. The Commission received 280 responses to this consulta-

need for Community action on health services, and proposed to adopt a draft Directive with an internal market legal basis on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare. This Directive has positive implications for an internal market in healthcare systems in the European Union, opening up competition in healthcare, and, in fact, would go much further in this regard than the *Watts* case and previous Court rulings.

The adoption of the draft Directive which was scheduled for 19 December 2007 was postponed until early 2008 because of 'a series of open and controversial questions needing further discussion'⁵. Since 7 February 2008, the proposed draft Directive has been withdrawn pending 'further analysis'⁶. It is the intention of this paper to examine the provisions of a leaked copy of the draft Directive⁷, to pose some questions and to draw some conclusions.

The Proposed Draft Directive on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare Three Elements

The Commission's proposed Community framework for cross border healthcare is comprised of three elements: firstly, common principles in all European Union health systems; second, a specific framework for cross border healthcare, clearly delineating the entitlements of patients to have healthcare in another

tion from a wide range of stakeholders, including health professional organisations, healthcare providers, national and regional governments, insurers, industry, and individual citizens. The full list of contributors and their responses may be consulted directly on the Commission's website: http://www.ec.europa.eu/health/phoverview/cooperation/mobility/results_open_consultation_en.htm. The proposal is also based on an independent expert analysis conducted by the European Observatory on Health Systems and Policies, which focused on seven aspects of cross border healthcare: pre-authorisation and access to healthcare; quality and safety; patients rights; cross border collaboration; healthcare baskets and tariffs; past impacts of cross border healthcare; and cross border healthcare data. M. Wismar, W. Palm, J. Figueras, K. Ernst and E. Van Ginneken, *Cross-Border Healthcare: Mapping and Analysing Health Systems Diversity*, European Observatory on Health Systems and Policies, 2007. See the Executive Summary to the Draft Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare, pp. 2 and 3.

⁵ 'Brussels postpones landmark bill on EU cross-border healthcare until 2008', Lucia Kubosova, EU Observer/Brussels, 19 December 2007, <http://euobserver.com/9/25361/?rk=1>.

⁶ 'EU health bill faces indefinite delay', Renata Goldirova, EU Observer/Brussels, 7 February 2008. <http://euobserver.com/9/25618/?rk+1>.

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients' Rights in Cross Border Healthcare, as yet unpublished. In a reply dated 4 March 2008, from the Secretary, European Commission Health and Consumer Protection Directorate-General, Health Strategy Unit, to this author's request for transparency and access to the formal Commission proposal, the following reference was attributed to this proposed draft Directive: COM(2007)810.

Member State and also the limits that Member States can place on cross-border healthcare; and thirdly, a framework for European cooperation on healthcare.

Internal Market Legal Basis

The draft proposal for the Directive is based on Article 95 of the European Community Treaty. The Commission maintains that this legal basis is justified by both the objective and content of the proposal. Measures adopted under Article 95 EC should have as their object the establishment and functioning of the internal market⁸.

Aim

The aim of the draft proposed Directive is to establish a general framework for the provision of safe, high quality and efficient cross border healthcare⁹ in the European Union¹⁰. Community action is deemed necessary to address barriers to the provision of cross border healthcare. The uncertainty about the general application of rights to reimbursement for healthcare provided in other Member States creates obstacles to the free movement of patients and health services in practice. The European Commission maintains that greater clarity and certainty regarding Community law on the freedom to receive cross border healthcare cannot be addressed by the Member States alone. By reason of the scale of the action, the proposed objectives can better be achieved at Community level. This draft proposal, according to the Commission, thus complies with the principle of subsidiarity¹¹.

Scope

The draft proposed Directive will apply to the provision of healthcare¹² regardless of how it is organised, delivered and financed or whether it is public

⁸ Executive Summary, *ibidem*, p. 6.

⁹ Defined as 'healthcare provided in a Member State other than that where the patient is an insured person or healthcare provided in a Member State other than that where the healthcare provider resides, is registered or is established. Article 4 (b).

¹⁰ Chapter I, Article 1.

¹¹ In accordance with Article 5 of the European Community Treaty. Executive Summary, *ibidem*, pp. 6, 7 and 8.

¹² 'Healthcare' means a health service provided by or under the supervision of a health professional in exercise of his profession according to the legislation of the Member State on whose territory the service is provided and regardless of the ways in which it is organised, delivered and financed at national level or whether it is public or private. Article 4(a) of the draft proposed Directive.

or private¹³. This consolidates the rulings of the European Court of Justice: The fact that reimbursement of the hospital treatment in question is subsequently sought from a national health service... does not mean that the rules on the freedom to provide services guaranteed by the Treaty do not apply¹⁴. Article 49 EC applies where a patient receives medical services in a hospital environment for consideration in a Member State other than her State of residence, regardless of the way in which the national system with which that person is registered and from which reimbursement of the cost of those services is subsequently sought operates¹⁵.

Relationship With Other Community Provisions

When an insured person¹⁶ seeks healthcare in another Member State in circumstances **other** than when an authorisation must be granted under the coordination of social security Regulation¹⁷ – the proposed draft Direc-

¹³ Article 2.

¹⁴ See to that effect *Smits and Peerbooms*, paragraph 55, and *Müller-Fauré and van Riet*, paragraph 39.

¹⁵ There being no need in the present case to determine whether the provision of hospital treatment in the context of a national health service such as the NHS is itself a service within the meaning of Article 49. *Watts*, para. 90.

¹⁶ 'Insured person' means:

(i) until the date of application of Regulation (EC) No 883/2004: a person who is insured in accordance with the provisions of Articles 1, 2 and 4 of Regulation (EC) 1408/71;

(ii) as from the date of application of Regulation (EC) No. 883/2004: a person who is an insured person within the meaning of Article 1(c) of Regulation (EC) No. 883/2004. Article 4(g) of the draft proposed Directive.

¹⁷ Article 22 of Regulation (EC) No 1408/71 of the Council on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, [1971] OJ L 149/2; and Article 20 of Council Regulation (EC) No. 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems, [2004] OJ L 200/1. Regulation (EC) No. 1408/71, as since amended by Regulation (EC) No. 883/2004, are based on Article 42 of the European Community Treaty and entitle persons to medical treatment which becomes necessary during a stay in the territory of another Member State, using the European Health Insurance Card. Reimbursement between the Member State and the providers is regulated by national rules. The Regulations ensure assumption of costs for planned treatment in other Member States, subject to prior authorisation, and deal with the settlement of financial claims between receiving and sending Member States. See further, European Commission, "Summary report of the responses to the consultation regarding 'Community action on health services'", (SEC(2006)1195/4, 26 Sept. 2006). *Ibidem*.

Article 22 of Regulation 1408/71 provides:

(1) An employed or self-employed person who satisfies the conditions of the legislation of the competent State for entitlement to benefits...., and:

(c) who is authorised by the competent institution to go to the territory of another Member State to receive there the treatment appropriate to his condition, shall be entitled:

tive¹⁸ will apply, – and the coordination of social security Regulation will not apply. However, whenever the conditions for granting an authorisation set out in Article 22(2) of Regulation (EC) No. 1408/71 are fulfilled, the authorisation must be accorded and the benefits provided in accordance with that Regulation¹⁹.

The draft proposed Directive does not address the assumption of costs of healthcare which become necessary on medical grounds during a temporary stay of insured persons in another Member State. Neither does the draft Directive affect patients' rights to necessary treatment in another Member State where they cannot be given such treatment in their home Member State within a time limit which is medically justifiable, taking into account their current state of health and the probable cause of their illness. These two situations are already covered by the European Community Regulation on the coordination of social security schemes, which Regulation would also apply in instances where the authorisation is granted after an administrative or judicial review of the request and that person concerned has received the treatment in another Member State²⁰.

Provisions regarding entitlements provided for by the draft proposed Directive and provisions regarding entitlements provided for by the coordination of social security would be **alternative** mechanisms for coverage of the costs of cross border healthcare. When the prior authorisation is sought and granted within the framework provided for by the coordination of social secu-

(i) to benefits in kind provided on behalf of the competent institution by the institution of the place of stay... in accordance with the provisions of the legislation which it administers, as though he were insured with it;

(2) The authorisation required under paragraph 1(c) may not be refused where the treatment in question is among the benefits provided by the legislation of the Member State on whose territory the person resides and where he cannot be given such treatment within the time normally necessary for obtaining the treatment in question in the Member State of residence taking account of his current state of health and the probable course of his disease.

¹⁸ Articles 6, 7, 8 and 9.

¹⁹ In that case Articles 6, 7, 8 and 9 of the draft proposed Directive will not apply. 'When the circumstances under which an authorisation to go to another Member State in order to receive appropriate treatment under Article 22 of Regulation (EC) No. 1408/71 must be granted are met, the provisions of that Regulation shall apply and the provisions of article 6, 7, 8 and 9 of this Directive shall not apply. Conversely, when an insured person seeks healthcare in another Member State in other circumstances, Articles 6, 7, 8 and 9 of this Directive apply and Article 22 of Council Regulation (EC) No. 1408/71 shall not apply. However, whenever the conditions for granting an authorisation set out in Article 22(2) of Regulation (EC) No. 1408/71 are fulfilled, the authorisation shall be accorded and the benefits provided in accordance with that Regulation. In that case Articles 6, 7, 8 and 9 of this Directive shall not apply.' Article 3(2) of the draft proposed Directive. 'Member States shall apply provisions of this Directive in compliance with the rules of the EC Treaty.' Article 3(4).

²⁰ See Recital 31 to the draft proposed Directive.

riety Regulation, the provisions of that Regulation apply and sickness benefits will be granted and calculated according to the rules established by that Regulation on the basis of national legislation. The draft proposed Directive requires patients who go for healthcare to another Member State outside the system for coordination of social security schemes to be able to benefit from the principles of free movement of services in accordance with the Treaty, case law and the provisions of that Directive²¹.

Responsibilities of Authorities of the Member State of Treatment for Compliance with Common Principles for Health Care²²

The draft proposed Directive places the responsibility on the authorities of the Member State of treatment²³, while respecting principles of universality, access to good quality care, equity and solidarity, to ensure that healthcare is provided according to clear quality and safety standards of healthcare defined by **that** Member State. Furthermore, mechanisms must be in place in the Member State of treatment for ensuring that healthcare providers²⁴ are able to meet these standards, taking into account international medical science and generally recognised good medical practices. Moreover, the application of quality and safety standards by healthcare providers in practice must be monitored regularly and the authorities of the Member State of treatment must take corrective action when appropriate standards and outcomes are not met, taking into account progress in medical sciences and health technology.

The draft proposed Directive further requires the authorities of the Member State of treatment to ensure that healthcare providers provide all relevant information to enable patients to make an informed choice, in particular on availability, prices and outcomes of the healthcare provided and details of any insurance cover or other means of personal or collective protection with regard to professional liability. Patients must have a means of making complaints and be guaranteed remedies and compensation when they suffer harm resulting from the healthcare they receive. In accordance with the draft proposed Directive, healthcare providers would have to subscribe to professional liability insurance appropriate to the nature and extent of the risk, or provide

²¹ Recitals 19, 20 and 21 to the draft proposed Directive.

²² Chapter II, Article 5.

²³ 'Member State of treatment' means the Member State on whose territory cross border healthcare is actually provided. Article 4(i) of the draft proposed Directive.

²⁴ 'Healthcare provider' means any natural or legal person legally providing healthcare on the territory of a Member State. Article 4(e) of the draft proposed Directive.

a guarantee or similar arrangement which is equivalent or essentially comparable as regards its purpose for the treatment provided on their territory. Responsibility would also be placed on the authorities of the Member State of treatment to ensure that the fundamental right to privacy with respect to the processing of personal data is protected, and finally, that patients from other Member States enjoy equal treatment with the nationals of the Member State of treatment²⁵.

Thus the draft proposed Directive, in the first instance, clarifies the fact that it is the Member State of treatment who would be responsible in any given case of cross border healthcare for ensuring compliance with common principles for healthcare. In the second instance, there would be a minimum degree of certainty since there would be a minimum core set of common principles on which patients and professionals from other Member States would know they could rely²⁶.

Use of Healthcare Provided in Another Member State; the Responsibilities of the Member State of Affiliation²⁷

The Member State of affiliation²⁸ would have to ensure that insured persons travelling to another Member State with the purpose of receiving healthcare or seeking to receive healthcare provided there, would not be prevented from receiving such healthcare – where the treatment in question is among the benefits provided for by the legislation of the Member State of affiliation to which the insured person is entitled. The Member State of affiliation would also be required to reimburse the costs to the insured person, which would have been paid for by its statutory social security system had the same or similar healthcare been provided in its territory, without exceeding the actual costs of healthcare received²⁹.

In accordance with the draft proposed Directive, the Member State of affiliation may impose on a patient seeking healthcare provided in another Member State the same conditions and formalities for receiving healthcare and

²⁵ Article 5(1)(a) – (h). In so far as it is necessary to facilitate the provision of cross border healthcare and taking as a basis a high level of protection of health, the Commission, in cooperation with the Member States, shall develop guidelines or standards to facilitate the implementation of paragraph 1, points (a) and (b). Article 5(2).

²⁶ Executive Summary, *ibidem*, p. 10.

²⁷ Chapter III, Article 6.

²⁸ 'Member State of affiliation' means the Member State where the patient is an insured person. Article 4(h) of the draft proposed Directive.

²⁹ Article 6(1) and (2).

reimbursement of healthcare costs as it would impose if the same or similar healthcare were provided in its territory, in so far as they are neither discriminatory nor an obstacle to freedom of movement of persons. Thus the draft proposal would not alter the right of Member States to apply conditions to their benefits, such as going through a general practitioner for referral to specialist treatment or hospital care³⁰.

Member States would be required to have a mechanism for calculation of the costs to be reimbursed to the insured person by the statutory social security system for healthcare provided in another Member State. This mechanism must be based on objective, non-discriminatory criteria known in advance and the costs reimbursed according to this mechanism must not be less than what would have been assumed had the same or similar healthcare been provided in the territory of the Member State of affiliation³¹.

Furthermore, patients travelling to another Member State with the purpose of receiving healthcare or seeking to receive healthcare provided there must be guaranteed access to their medical records³².

Non-hospital Care

In the light of the case law of the European Court of Justice, the draft proposed Directive would not establish or maintain the requirement of any prior authorisation for reimbursement by the social security system of a Member State of affiliation for non-hospital care provided in another Member State. The Commission confirms that in so far as the reimbursement of such care remains within the limits of the cover guaranteed by the sickness insurance scheme of the Member State of affiliation, the absence of a prior authorisation requirement will not undermine the financial equilibrium of social security systems³³. The reimbursement of the costs of non-hospital care provided in another Member State must not, therefore, be subject to prior authorisation, where the cost of that care, if it had been provided in the territory of the Member State of affiliation, would have been paid for by its social security system³⁴.

³⁰ Article 6(3). The Commission is of the view that this proposal thereby complies with the principle of proportionality in Article 5 EC in that it does not go beyond that which is necessary to achieve its objective. See: the Executive Summary, *ibidem*, p. 9 and Recital 27 to the draft proposed Directive.

³¹ Article 6(4).

³² Article 6(5).

³³ See in particular *Kohll*, paragraph 42, *Müller-Fauré and van Riet*, paragraphs 76–80. See: the Executive Summary, *ibidem*, p. 13.

³⁴ Article 7.

Hospital and Specialised Care

The draft proposed Directive does not introduce a general prior authorisation requirement but allows Member States to provide for a system of prior authorisation for assumption of costs for hospital care provided in another Member State, provided however, that Member States can provide evidence that the outflow of patients for cross border healthcare has such an impact that it undermines all the planning and rationalisation carried out in the hospital sector. The draft proposed Directive defines hospital care for the purposes of reimbursement of healthcare provided in another Member State as meaning healthcare which requires overnight accommodation of the patient in question for at least one night³⁵. A list of additional healthcare that does not require overnight accommodation of the patient but which is assimilated with hospital care for the purposes of the draft proposed Directive may be adopted by the Commission. This list, which will be updated regularly, will be limited to healthcare that requires use of highly specialised and cost-intensive medical infrastructure or medical equipment or involving treatments presenting a particular risk for the patient or the population³⁶.

It would be the general rule that the Member state of affiliation would *not* make the reimbursement of the costs of hospital care or defined additional healthcare provided in another Member State subject to prior authorisation, where the cost of that care, if it had been provided in their territory, would have been assumed by their social security system³⁷. By way of derogation, however, Member States **may provide for a system of prior authorisation** for reimbursement by their social security system of the cost of the hospital care or defined additional healthcare provided in another Member State, **where the outflow of patients has such an impact on the planning and rationalisation carried out in the hospital sector in order to avoid hospital overcapacity, imbalance in the supply of hospital care and logistical and financial wastage as to undermine the financial balance of their social security system, the maintenance of a balanced medical and hospital service open to all, or the maintenance of treatment capacity or medical competence on its territory.**

³⁵ Article 8(1).

³⁶ Article 8(2). The Commission reports that there is no consistent definition of what constitute hospital care throughout the different health systems of the European Union. The difference of definition could therefore constitute on the one hand an obstacle to the freedom for patients to receive health care services because patients would be subject to different provisions in this Directive depending on the definition of hospital care. In order to overcome that obstacle, the Commission is of the opinion that it is necessary to provide a minimum definition of hospital care. See the Executive Summary..., *ibidem*, pp. 14 and 15.

³⁷ Article 8(3).

The prior authorisation system must be limited to what is necessary and proportionate to avoid such impact, and shall not constitute a means of arbitrary discrimination³⁸.

Concerning hospital care, the European Court of Justice has recognised that it cannot be excluded that the possible risk of seriously undermining a social security system's financial balance or the objective of maintaining a balanced medical and hospital service open to all may constitute overriding reasons in the general interest capable of justifying a barrier to the principle of freedom to provided services. The European Court of Justice has also recognised that the number of hospitals, their geographical distribution, the way in which they are organised and the facilities with which they are provided, and even the nature of the medical services which they are able to offer, are all matters for which planning must be possible³⁹. The aims of such planning are to ensure, within each Member State, access to a balanced range of quality hospital care, to secure efficient cost management and, so far as is possible, to avoid wastage of financial, technical or human resources⁴⁰.

Procedural Guarantees Regarding Use of Healthcare in Another Member State

Under the draft proposed Directive, the Member State of affiliation must ensure that administrative procedures regarding the use of healthcare in another Member State related to any prior authorisation, reimbursement of costs of healthcare incurred in another Member State and such conditions as, for example, general practitioner referral, are based on objective, non-discriminatory criteria which are published in advance, and which are necessary and proportionate to the objective to be achieved. Any such procedural systems must be easily accessible and capable of ensuring that requests are dealt with objectively and impartially within the time limits set out and made public in advance by the Member States. Member States must specify in advance and in a transparent way the criteria for refusal of the prior authorisation⁴¹.

In addition, Member States are required, when setting out the time limits within which requests for the use of healthcare in another Member State must be dealt with, to take into account: the specific medical condition; the patient's

³⁸ Article 8(4). An obligation is placed on the Member State of affiliation to make available to the public information on the prior authorisation systems introduced pursuant to the provisions of paragraph 4. Article 8(5).

³⁹ See in particular: *Smits and Peerbooms*, paragraphs 76–80.

⁴⁰ *Ibidem*, paragraph 82. Executive Summary..., pp. 11–14.

⁴¹ Article 9(1). See Recital 27 to the draft proposed Directive.

degree of pain; the nature of the patient's disability; and the patient's ability to carry out a professional activity⁴². The Commission is of the opinion that procedures regarding cross border healthcare established by the Member States should give patients guarantees of objectivity, non-discrimination and transparency, in such a way as to ensure that decisions by national authorities are made in a timely manner and with due care and regard for both those overall principles and the individual circumstances of each case. This applies also to actual reimbursement of costs of healthcare incurred in another Member State after the patient's return. The Commission believes that patients should normally have a decision regarding the cross border healthcare within fifteen calendar days or a shorter period where warranted by the urgency of the treatment in question⁴³. Member States must also ensure that any administrative decisions regarding the use of healthcare in another Member State are subject to administrative review and also capable of being challenged in judicial proceedings, which include provision for interim measures⁴⁴.

The ruling of the European Court of Justice in the *Watts* case purported to circumscribe the potential for arbitrary discretionary decisions of national health authorities concerning the grant or refusal of prior authorisation and the regulation of their waiting lists⁴⁵. The Court noted that the National Health Service regulations in the United Kingdom do 'not set out the criteria for the grant or refusal of the prior authorisation necessary for the reimbursement of the cost of hospital treatment provided in another Member State, and therefore do not circumscribe the exercise of the national competent authorities' discretionary power in that context.' Moreover, 'the lack of a legal framework in that regard also makes it difficult to exercise judicial review of decisions refusing to grant authorisation'⁴⁶. The Court further ruled, '...a refusal to grant prior authorisation

⁴² Article 9(2).

⁴³ Recital 32 to the draft proposed Directive.

⁴⁴ Article 9(3).

⁴⁵ Case C-372/04 *Watts*, *ibidem*, 'It is settled case-law that a system of prior authorisation cannot legitimise discretionary decisions taken by the national authorities which are liable to negate the effectiveness of provisions of Community law, in particular those relating to a fundamental freedom such as that at issue in the main proceedings (see Case C-157/99 *Smits and Peerbooms*, para. 90, and Case C-385/99 *Müller-Fauré and van Riet*, para. 84). Thus, in order for a system of prior authorisation to be justified even though it derogates from a fundamental freedom of that kind, it must in any event be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily. Such a system must furthermore be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time and refusals to grant authorisation must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings (*Smits and Peerbooms*, para. 90, and *Müller-Fauré and van Riet*, para. 85).' paras. 115 and 116 of the judgment.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 118.

cannot be based merely on the existence of waiting lists enabling the supply of hospital care to be planned and managed on the basis of predetermined general clinical priorities, without carrying out in the individual case in question an objective medical assessment of the patient's medical condition, the history and probable cause of his illness, the degree of pain he is in and/or the nature of his disability at the time when the request for authorisation was made or renewed⁴⁷. The *Watts* ruling shed light on the fact that the National Health Service in the United Kingdom is deficient in all of these regards.

Information for Patients Concerning the Use of Healthcare in Another Member State

The Member State of affiliation would be required to ensure that there are mechanisms in place to provide patients on request with information on receiving healthcare in another Member State, and the terms and conditions that would apply, including in case of harm⁴⁸ caused by cross-border healthcare⁴⁹. The information must be made easily accessible, including by electronic means, and must include information on patients' entitlements, on procedures for accessing those entitlements and on systems of appeal and redress if the patient is deprived of such entitlements⁵⁰. Such information about the process for having access to cross border care (e.g.: procedures to be followed, timetable for reimbursement) is distinct from information about the content of the health care itself (e.g.: cost, timetable for availability, outcomes), which should be provided by the healthcare providers in the Member State of treatment. According to the Commission, information on all essential aspects of cross border healthcare is necessary in order to enable patients to exercise their rights to cross border healthcare in practice, i.e. to facilitate freedom of movement

⁴⁷ *Ibidem*, para. 119. See further, D. Ryland, 'Freedom, Solidarity and Citizenship', paper presented at the International Conference on 'The European Constitution and National Constitutions', organised by Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University College, the Jagiellonian University in Kraków, the University of Hull and the Consulate of the Republic of Poland in Beverley, held in Kraków, Poland, 21 to 24 October 2007. See also: D. Ryland, 'Patient Mobility in the European Union: A Freedom to Choose?' Paper presented at the 7th International Academic Conference held on 28 May 2007 at Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University College. Both papers are published on the Internet at <http://www.fom.com.pl>.

⁴⁸ 'Harm' means adverse outcomes or injuries stemming from the provision of healthcare. Article 4(l) of the draft proposed Directive.

⁴⁹ Article 10(1).

⁵⁰ Article 10(2). The Commission may develop a standard Community format for the prior information. Article 10(3).

to receive healthcare⁵¹. The current practice in providing information to patients on aspects of cross border healthcare in the Member States was found to be rather limited. For example, a study conducted by the Health Consumer Powerhouse in France, Poland, United Kingdom, Spain and Germany showed that 25 percent of citizens believed that they do not have the right for treatment abroad and 30 percent were unsure⁵². This was confirmed by the recent Eurobarometer survey⁵³, which showed that 30 percent of citizens in the European Union are not aware of the possibility to receive health care outside their country of affiliation.

National Contact Points for Cross Border Healthcare

For cross border healthcare the most efficient mechanism for providing such information is deemed by the Commission to be the establishment of central contact points within each Member State to which patients can refer, which will cooperate with each other and which can provide information on cross border healthcare. The form of these national contact points, as well as their numbers would be left to be decided by the Member State. The national contact points may also be incorporated in, or build on activities of, existing information centres provided that it is clearly indicated that they are also national contact points for cross border healthcare⁵⁴. Member States are thus required to designate national contact points for cross border healthcare and communicate their names and contact details to the Commission⁵⁵. According to the draft proposed Directive, the information to be provided and disseminated to patients by the national contact points must specify their rights related to cross border healthcare⁵⁶. The national contact points, in accordance with the draft proposed Directive, would have the further remit of helping patients to protect their rights and seek appropriate redress in the event of harm caused by the use of healthcare in another Member State⁵⁷.

⁵¹ Recital 33 to the draft proposed Directive.

⁵² http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_co-operation/mobility/docs/health_services_co147.pdf.

⁵³ Flash Eurobarometer Series #210, Cross border health services in the EU, Analytical report, conducted by the Gallup Organisation, Hungary upon the request of the European Commission, the Health and Consumer Protection Directorate General (DG SANCO), 2007.

⁵⁴ Recital 34 to the draft proposed Directive.

⁵⁵ Article 11(1).

⁵⁶ And the guarantees of quality and safety, protection of personal data, procedures for complaints and means of redress available for healthcare provided in another Member State, and on the terms and conditions applicable. Article 11(2)(a).

⁵⁷ The national contact point must in particular inform patients about the options available to settle any dispute, help to identify the appropriate out-of-court settlement scheme for the specific case and help patients to monitor their dispute where necessary.

Article 11(2)(b). See further Articles 11(2)(c) and (d) and 11(3).

Cooperation on Health Services

To achieve the objective of realising the internal market, the Member States are placed under a duty of cooperation to render such mutual assistance as is necessary for achieving implementation of the draft proposed Directive and to facilitate cross border healthcare provision at regional and local level⁵⁸. Since the national, regional and local administrative practices in the health care sector differ significantly, the Commission is of the opinion that mutual cooperation between different health systems will help to avoid unnecessary obstacles to the free movement of health services⁵⁹.

Recognition of Prescriptions Issued in Another Member State

Member States will be required to ensure that prescriptions issued by an authorised person in another Member State for a named patient can be used in their territory and that any restrictions on recognition of individual prescriptions are prohibited unless they are limited to what is necessary and proportionate to safeguard human health and are non-discriminatory or are based on legitimate and justified doubts about the authenticity or content of an individual prescription⁶⁰.

European Reference Networks

Member States will also be required under the draft proposed Directive to facilitate the development of European reference networks of healthcare providers⁶¹. The objectives of European reference networks will be, *inter alia*: to help realise the potential of European cooperation regarding highly specialised healthcare for patients; and to help to promote access to high quality and cost-effective healthcare for all patients with conditions requiring a particular concentration of resources or expertise⁶².

⁵⁸ Chapter IV, Article 12(1). See: Article 12(2).

⁵⁹ Executive Summary, *ibidem*, p. 17.

⁶⁰ Article 13(1).

⁶¹ See further: Articles 14(1) and 14(3).

⁶² Article 14(2) (a) and (b). Furthermore, the Commission undertakes to adopt specific measures necessary for achieving the interoperability of information and communication technology systems in the healthcare field whenever Member States decide to introduce them. Article 15.

Data Collection for Statistical and Monitoring Purposes

It is significant that Member States will be required to collect statistical and other complementary data for monitoring purposes on the provision of cross border healthcare, the care provided, its providers and patients, the costs and the outcomes. Member States must then transmit the data to the Commission at least annually⁶³. The Commission concluded that data on cross border health care was not sufficiently available or comparable to enable long term assessment and management of cross border health care⁶⁴.

Some Questions National Health Service Concerns⁶⁵

Four particular issues are of potential concern to the NHS. Firstly, Member States will be required to abide by the numerous principles for healthcare systems, which include, *inter alia*, patient information, quality and safety, complaints procedures, rights to privacy of data, and professional liability insurance. Would the failure to abide by these principles lead to enforcement actions either before the European Court of Justice or in the national courts? In the second instance, European Union Member States would only be able to justify prior authorisation for hospital care on the basis that, without it, the financial sustainability of their healthcare system would be undermined. Where prior authorisation is not a requirement to receive hospital or non-hospital care abroad, would Primary Care Trusts face unmanageable uncertainty in financial planning? In the third instance, there would be, potentially, a risk of exacerbating inequalities in access to care when patients who can afford to pay travel costs and advance treatment costs may receive care more quickly in another Member State than those without such funds. Fourthly, the principle of equal treatment with residents of the country where cross border healthcare is provided could also pose significant difficulties concerning capacity planning for the NHS.

Reasons for Withdrawal: Postponement or Suppression?

Why was the draft proposed Directive withdrawn at the last minute before its scheduled publication? A plethora of reasons have been put forward.

⁶³ Article 16(1) and (2).

⁶⁴ Executive Summary, *ibidem*, p. 19. Article 17 of the draft proposed Directive would facilitate cooperation on management of new health technologies.

⁶⁵ The NHS Confederation Company Limited, 'Forthcoming EU Directive on cross border healthcare', December 2007, <http://www.nhsconfed.org/specialist/specialist-3088.cfm>.

‘Ministers are concerned that the changes could lead to too much cash flowing out of the NHS [and] potentially a significant loss of control for Whitehall’⁶⁶.

‘The bill has been postponed until early January as several questions are expected to prompt further debate between Commissioners, including on how and when patients who opt for treatment abroad should be reimbursed’⁶⁷.

‘The official reason for withdrawing the bill has been the Commission’s heavy agenda’⁶⁸. ‘Several Commission officials have informally acknowledged, however, that the legislative proposal was ‘not foreseen for the adoption in the near future’ because it is not supported by all 27 Commissioners. ‘Many cabinets intervened’ against the bill, one official said, citing high costs and the negative impact on national health systems during internal discussions. In addition, some wanted to avoid opening a highly-sensitive issue during ratification of the EU’s Lisbon Treaty’⁶⁹. Kathy Sinnott, Irish MEP and member of the Committee on Public Health, has expressed ‘no doubt that this proposal has been temporarily buried because of the Lisbon Treaty ratification, especially in relation to the referendum in Ireland, where an overstretched under-funded public health service is of major concerns to voters’⁷⁰. She goes on to say: ‘When a home country cannot supply needed medical care, people must travel, but to make this a normal occurrence by making it an entitlement paid for at the expense of the home revenues – that is, from public hospital systems – will result in a diminishment of both services and quality. Of course, this legislation will be a boon to private medical providers as medical treatment becomes a very big and competitive business.’ By comparison, Paolo Giordano, secretary general of the European union of private hospitals, says that the public sector will not be financially disadvantaged because of the principle of the country of origin. A patient who chooses to receive healthcare in another Member State would only be entitled under the draft proposed directive to the reimbursement of the cost of that treatment as determined by national law and not any extra costs incurred in the Member State of treat-

⁶⁶ ‘Patients to beat NHS queues in EU plan for open health market’, David Charter, *The Times*, December 18, 2007.

⁶⁷ ‘Brussels postpones landmark bill on EU cross-border healthcare until 2008’, Lucia Kubosova, *EU Observer/Brussels*, 19 December 2007, <http://euobserver.com/9/25361/?rk=1>.

⁶⁸ ‘The Commission then promised a draft Directive by the end of January, but said at the beginning of February that proposals on climate change and renewable energy had dominated that month’s agenda. ‘Just a matter of time?’ Sarah Collins, *Parliament Magazine*, 18 February 2008.

⁶⁹ ‘EU health bill faces indefinite delay’, Renata Goldirova, *EU Observer/Brussels*, 7 February 2008, <http://euobserver.com/9/25618/?rk+1>.

⁷⁰ *Parliament Magazine*, 18 February 2008, *ibidem*.

ment. He believes that the proposed Directive would 'open up the private sector and choice for the patient'⁷¹.

This author had requested access to the unpublished draft proposed Directive in accordance with the Regulation⁷² regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. This request could not be met, the stated reason being that the Commission had not yet taken a decision on the proposed Directive and 'Disclosure of the document would seriously undermine the institution's decision-making process'⁷³. Maybe all of the reasons hold water! Nevertheless, the lack of transparency renders the decision making process flawed in this author's opinion, whose request for formal access to the unpublished Directive is still ongoing⁷⁴.

The new Cypriot Commissioner Androula Vassiliou has stated her determination to submit a European Union health Directive addressing patients' rights for adoption by the Commission in June of this year, despite the subject's controversy, stating that the draft proposal had been withdrawn because of strong opposition from several Commissioners, as well as Member States and Members of the European Parliament. The Directive will be presented along with the Commission's pending social legislation, 'promoting access, opportunities and solidarity for all EU citizens'⁷⁵.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Regulation (EC) No. 1049/2001, [2001] OJ L145/43.

⁷³ (Article 4, paragraph 3 of Regulation (EC) No. 1049/2001). Letter dated 4 March 2008, from Robert Madelin, Director General, European Commission Health and Consumer Protection Directorate-General, Brussels.

⁷⁴ European Commission Secretariat – General, SG-E-3 Transparency, Relations with Stakeholders and External Organisations, Mark Maes, Deputy Head of Unit, Letter dated 7 April 2008. Subject: Confirmatory application for access to the Proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross border healthcare. 'Your application is currently being handled. However, since we still have not been able to gather all the elements we need to carry out a proper analysis of your request in order to take a final decision, we will not be able to reply to your confirmatory request within the prescribed time limit. Therefore we have to extend this period by another 15 working days in accordance with Article 8(2) of Regulation 1049/2001. The new deadline expires on 28 April 2008. I apologise for any inconvenience this delay may cause.' This period has since extended as per letter dated 28 April 2008.

⁷⁵ 'New Commissioner pledges to tackle disputed EU health bill', Lucia Kubosova, EU Observer, 1 April 2008, <http://euobserver.com/9/25899/?rk=1>. This has been confirmed. The 'social package'... 'is to include a long-awaited proposal on patients' cross border healthcare rights.' 'Barroso to focus on social agenda ahead of elections', Honor Mahony, EU Observer/Brussels, 30 April 2008, <http://euobserver.com/9/26071/?rk=1>.

Adopted in June?

It will be interesting to see if a proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross border healthcare will be adopted by the Commission in June 2008, and, more significantly, to compare its provisions with those in the unpublished version which have been highlighted in this work. It will be then that conclusions may be drawn.

Concluding Comments Balance

Suffice to say, in the interim, that the draft proposed Directive does strive to achieve a balance between: the stated interests of the Member States, on the one hand; in its provision on costs of reimbursement, the country of origin principle, the definition of hospital care, and the maintaining of such conditions as general practitioner referral; and, on the other hand, the entitlement of patients to receive healthcare in another Member State, with its strong procedural requirements and guarantees which will facilitate the removal of unnecessary barriers to freedom of movement to receive healthcare services in the European Union.

Administration

It should be emphasised that the draft proposed Directive would increase the administrative burdens of the Member States. This is evident from a reading of its provisions, such as, for example: the requirement to work out the costs of health treatments provided by the NHS so as to be able to reimburse patients for care received abroad; the establishment of national contact points responsible for disseminating information to patients on their rights to cross border healthcare; the collation of statistical data on cross border healthcare; the provision of access to medical records; verifying the authenticity of prescriptions *etc.*

Raise Standards and Facilitate Freedom of Movement

In this author's opinion, the draft proposed Directive on the application of patients' rights to cross border healthcare clearly would open up access to what is currently a heavily controlled service, which potentially would raise standards in the provision of healthcare services in the European Union and facilitate patients' entitlement to freedom of movement.

Henryk Lewandowski

Niedostatki transpozycji dyrektyw wspólnotowych do polskiego prawa pracy

Refleksja teoretyczno-prawna, oparta głównie na wykładni gramatycznej (językowej) art. 249 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), prowadzi do wniosku, że dyrektywy, jako źródło prawa pochodnego stanowią w pierwszym filarze, nie mają bezpośredniej skuteczności w państwach członkowskich, do których są adresowane. W odróżnieniu od rozporządzeń, będących również pochodnym źródłem prawa wspólnotowego, ujętym w tym samym przepisie TWE, dyrektywy nie są bowiem adresowane do podmiotów prawa w poszczególnych państwach, nie mogą więc być dla tych podmiotów bezpośrednim źródłem praw (i obowiązków)¹. „Rezultat” uregulowany w dyrektywie wymaga „przeniesienia” do prawa wewnętrznego; dopiero normy tego prawa wewnętrznego determinują bezpośrednio sytuację określonych podmiotów: obywateli i jednostek organizacyjnych – w państwie członkowskim. Takie rozumienie dyrektywy prowadzi do supozycji, że w braku jej wdrożenia czy nienależytego wdrożenia do wewnętrznego porządku prawnego państwa członkowskiego w określonym terminie, obywatel (lub inny podmiot), który dozna z tego tytułu szkody, będzie mógł dochodzić jej naprawienia od odpowiedniego organu swego kraju (w Polsce od Skarbu Państwa). Niezależnie od tego Komisja Europejska może na takie państwo członkowskie, nierespektujące prawa wspólnotowego, wnieść skargę do

¹ Por. m.in. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 665 i n.; B. Kurcz, *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Kraków 2004, s. 47 i n., zwłaszcza s. 205; a także *Unia Europejska*, red. E. Kawecka-Wyrzykowska, E. Synowiec, t. I, Warszawa 2004, s. 31.

Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, żądając nałożenia na nie kary pieniężnej².

Wiadomo, że wdrażanie dyrektyw wspólnotowych przez państwa członkowskie napotyka różne przeszkody i pozostawia wiele do życzenia. Nierzadkie są przypadki braku transpozycji, transpozycji po terminie określonym w dyrektywie czy transpozycji nieodpowiadającej treści danej dyrektywy. W publikacjach podnosi się także niewielki wpływ wyżej wymienionych środków na terminowość i poprawność transpozycji dyrektyw. Jeśli chodzi o odpowiedzialność odszkodowawczą państwa za szkodę wyrządzoną jednostce, to uzależnia się ją od spełnienia określonych wymagań. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że jednostka może wystąpić z żądaniem odszkodowawczym przeciw własnemu państwu, jeśli: 1) określony przepis dyrektywy przyznaje tej jednostce prawo, które z braku transpozycji czy należytej transpozycji dyrektywy jest źródłem szkody; 2) naruszenie przepisu dyrektywy jest dostatecznie poważne; 3) między tym naruszeniem przepisu dyrektywy a powstałą szkodą zachodzi bezpośredni związek przyczynowy³. Znając realia polskie, można wskazać dodatkową, czwartą przeszkodę: przewlekłość postępowania sądowego. Nicodosobnione są także przypadki powściągliwości Komisji Europejskiej w kierowaniu do Trybunału Sprawiedliwości skarg na państwa członkowskie naruszające prawo wspólnotowe. Nie wyklucza się, że powściągliwość ta powodowana jest też wywieraniem wpływu na Komisję przez państwa, które miałyby ona pozwać do Trybunału⁴.

W związku z tym Europejski Trybunał Sprawiedliwości, powołując się na potrzebę zapewnienia dyrektywom większej efektywności, zaczął formować zasadę, że normy w nich zawarte mogą wywierać skutek bezpośredni w państwach członkowskich, do których są adresowane. Rozważał taką możliwość już w wyroku w sprawie 41/74 *van Duyn v. Home Office*⁵. Wkrótce teza

² Możliwość wniesienia przez Komisję Europejską skargi na państwo członkowskie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości ma podstawę prawną w art. 226 TWE, a prawo dochodzenia odszkodowania od swego państwa jest tworem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Por. m.in. N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw członkowskich za naruszenie prawa Wspólnot Europejskich*, [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 151 i n. oraz T. Pajor, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego Unii Europejskiej za szkodę wyrządzoną jednostce wskutek naruszenia prawa wspólnotowego*, [w:] *Studia prawa prywatnego*, Łódź 1997, s. 171 i n.

³ Szerzej o tym m.in. w opracowaniach: N. Półtorak, *op. cit.*, s. 157 oraz *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. M. M. Kenig-Witkowska, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 296.

⁴ Zob. *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2004, s. 70. Por. też wzmiankę o tej okoliczności zawartą w moim opracowaniu: *Dyżur medyczny – uwagi na kanwie wyroku SN z 6.6.2006*, opublikowanym na łamach „Monitora Prawa Pracy” 2008, nr 1, s. 48.

⁵ Cyt. za. M. M. Kenig-Witkowska, *op. cit.*, s. 292.

o bezpośredniej skuteczności dyrektyw stała się zasadą prawa wspólnotowego. Trybunał nie podzielił argumentu opartego na odmiennym uregulowaniu rozporządzeń i dyrektyw w art. 249 Traktatu. Stwierdził, iż to, że rozporządzenia, zgodnie z wyraźną dyspozycją art. 189 (obecnie art. 249) Traktatu, stosowane są bezpośrednio i mogą wywierać skutek bezpośredni, nie wyklucza możliwości przypisania podobnego charakteru dyrektywom⁶. Trybunał ogranicza jednak to swoje stanowisko ze względu na zawartą w art. 249 Traktatu definicję, według której dyrektywa jest aktem adresowanym do państwa. Sformułowanie to, zdaniem Trybunału, pozwala tylko państwo obciążyć obowiązkiem zastosowania się bezpośrednio do przepisu dyrektywy; dyrektywa niewdrożona czy wdrożona nienależycie do prawa krajowego nie może natomiast być źródłem prawa (czy obowiązku) między jednostkami (podmiotami) prawa prywatnego. W konsekwencji zapatrywanie to prowadzi do zawężenia skutku bezpośredniego przepisów dyrektyw wspólnotowych do relacji między obywatelem (czy innym podmiotem prawa) a państwem, przy czym to podmiot prawa prywatnego, będący w stosunku prawnym z państwem, może się powołać bezpośrednio na odpowiedni przepis dyrektywy⁷. Ujemną stroną tej koncepcji jest to, że powoduje ona poważne zróżnicowanie sytuacji podmiotów prawa w zależności od tego, czy pozostają w relacji z jednostką państwową czy z jednostką prawa prywatnego. Zróżnicowania tego nie niweczy oczywiście przyjęcie szerokiego pojęcia państwa przez odwołanie się do – wypracowanej także przez Trybunał – formuły „emanacji państwa”⁸. Trybunał, świadomy konsekwencji swego stanowiska, wszelkie uwagi negatywne kwituje stanowczo i lapidarnie, że skutków tych można by uniknąć, gdyby państwo członkowskie dokonało implementacji dyrektywy w terminie i należycie⁹.

Mimo wymienionych zastrzeżeń trzeba przyznać, że stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest – wyraźnie bądź milcząco – akceptowane. Pisząc o tym, z przykrością stwierdzam zarazem, że niektóre z rozwiązań naszego prawa pracy nadal nie odpowiadają w pełni standardom dyrektyw wspólnotowych. Mam przy tym świadomość, że w naszej rzeczywistości obok licznej grupy zakładów pracy sektora publicznego funkcjonują również, i to nie mniej liczne, prywatne zakłady pracy. Pracownicy tych ostatnich nie

⁶ Zob.: D. Kornobis-Romanowska, *op. cit.*, s. 70–71.

⁷ Por. m.in. M. M. Kenig-Witkowska, *op. cit.*, s. 290–293, a także: *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz, E. Szkrzydło-Tefelska, wyd. 3, Lublin 2006, s. 122–125.

⁸ Trybunał odwołując się do tej koncepcji terminem „państwo” obejmuje nie tylko jednostki państwowe (*sensu stricto*), ale i samorządowe oraz takie, które na skutek udziału w realizacji jakichś funkcji państwowych – czy z innych powodów – pozostają pod nadzorem państwa. Por. m.in. *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2002 s. 250–251.

⁹ Zob. M. M. Kenig-Witkowska, *op. cit.*, s. 298.

mogą dochodzić od swego pracodawcy praw przewidzianych w dyrektywie, jeśli nie została ona należycie wdrożona do krajowego porządku prawnego.

Ograniczę się do zwięzłego omówienia trzech ważniejszych rozbieżnych rozwiązań. Są to regulacje zawarte w kodeksie pracy (dwie pierwsze) i w ustawie o tzw. zwolnieniach zbiorowych (trzecia):

1. Odmienne niż przewiduje prawo wspólnotowe polskie prawo pracy nie zalicza do czasu pracy dyżuru pełnionego przez pracownika w miejscu pracy.
2. Umowa o pracę zawarta na czas wykonywania określonej pracy została ujęta w polskim prawie pracy jako odrębny rodzaj umowy o pracę, niepodlegający reżimowi o przeciwdziałaniu nadużywaniu umowy terminowej (na czas określony), natomiast prawo wspólnotowe pojęciem umowy o pracę na czas określony obejmuje także umowy o pracę, których czas trwania jest oznaczony okresem realizacji przedsięwzięcia, do którego wykonywania pracownik został zatrudniony.
3. Prawo polskie stanowi, że przy określeniu pojęcia zwolnienia zbiorowego uwzględnia się rozwiązania stosunku pracy na mocy porozumienia stron dopiero wtedy, gdy co najmniej pięciu pracowników w tym trybie opuszcza zakład pracy. Według prawa wspólnotowego zaś ta minimalna liczba odnosi się do pracowników zwalnianych przez pracodawcę na mocy wypowiedzenia.

Ad 1. Rozbieżność, o której tu mowa, wypłynęła w środowisku medycznym. Według dwóch dyrektyw wspólnotowych obowiązujących kolejno jedna po drugiej¹⁰ i wiążących Polskę – czas pracy jest rozumiany nie tylko jako czas efektywnego wykonywania obowiązków, ale także jako czas pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy w miejscu pracy. Taka była też interpretacja odpowiednich przepisów obu dyrektyw dokonywana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹¹. Definicji tej odpowiada całkowicie określenie czasu pracy występujące w art. 128 kodeksu pracy. Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 roku o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. 1091, nr 91, poz. 408), w wersji art. 32j obowiązującej do końca 2007 roku, stanowiła jednak, że czasu pełnienia dyżuru przez pracownika mającego wyższe wykształcenie medyczne w zakładzie opieki zdrowotnej nie zalicza się do czasu pracy. Takie unormowanie dyżurów medycznych w ustawie z 1991 roku, wyraźnie kolidujące z przepisami wymienionych dyrektyw, spowodowało masowy napływ do

¹⁰ Chodzi o mające taki sam tytuł (*O niektórych aspektach organizacji czasu pracy*) dyrektywy: nr 93/104 z dnia 23 listopada 1993 roku i nr 203/88 z dnia 4 listopada 2003 roku.

¹¹ Por. L. Mitrus, *Pojęcie czasu pracy w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Studia z prawa pracy*, red. Z. Góral, Łódź 2007, s. 171 i n.

sądów pozwów opartych bezpośrednio na przepisach dyrektyw¹². Z publikowanych orzeczeń można wnosić, że sądowy wymiar sprawiedliwości nie najlepiej radzi sobie z tą lawiną zróżnicowanych spraw. Na przykład, Sąd Najwyższy – w składzie siedmiu sędziów – wydał 13 marca 2008 roku (I PZP 11/07) bardzo kontrowersyjne orzeczenie¹³ dotyczące wynagrodzenia za czas pełnienia dyżurów. Skład orzekający uznał, że lekarzowi pełniącemu dyżury medyczne pod rządem wymienionej ustawy o zakładach opieki zdrowotnej w wersji obowiązującej do końca 2007 roku nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie¹⁴. W sentencji orzeczenia zaznaczono, że to dodatkowe wynagrodzenie miałoby wchodzić w grę „w razie nieudzielenia przez pracodawcę odpowiednich okresów nieprzerwanego odpoczynku”. W związku z tym nasuwa się pytanie o to, czy w okresie rekompensowanego wypoczynku pracownikowi przysługuje wynagrodzenie za pracę. W sentencji orzeczenia nie ma żadnej wzmianki na ten temat. Prawdę mówiąc, kwestia ta nie była objęta pytaniem adresowanym do Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego, ale z uzasadnienia orzeczenia zdaje się wynikać, że odpowiedź na takie pytanie byłaby negatywna.

Jak zaznaczyłem, sprawa dyżuru pojawiła się w służbie zdrowia. Ma ona jednak szerszy zakres. W kodeksie pracy bowiem nadal znajduje się przepis (art. 151–5 §2) stanowiący, że czasu dyżuru nie wlicza się do czasu pracy, jeżeli podczas dyżuru pracownik nie wykonywał pracy. Przepis ten, dotąd jakby niezauważalny, może rodzić problemy brzemiennie w skutki, jak te, które do dzisiaj nurtują sektor publiczny służby zdrowia.

Ad 2. Przypomnijmy, że według art. 25–1 obowiązującego kodeksu pracy dopuszczalna jest możliwość zawarcia sukcesywnie tylko dwóch umów o pracę na czas określony, chyba że przerwa między nimi była dłuższa niż miesiąc. Z reguły tej wyjęte zostały przypadki zawarcia umów terminowych zarówno dla zastępstwa pracownika w czasie jego usprawiedliwionej nieobecności w pracy, jak i w celu wykonywania prac o charakterze dorywczym lub sezonowym bądź zadań realizowanych cyklicznie. Regulacja ta zgodna jest z dyrektywą wspólnotową z 28 czerwca 1999 roku (nr 99/70).

Moim zdaniem¹⁵ niezgodne z tą dyrektywą jest natomiast wyłączenie z tego reżimu ograniczającego umowy o pracę zawartej na czas wykonywa-

¹² Zaznaczmy, że pozwy pochodziły od pracowników publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Uwagi na temat niektórych kwestii z tego zakresu zamieściłem w cytowanym opracowaniu: *Dyżur medyczny...*

¹³ Orzeczenie opublikowane na stronie internetowej Sądu Najwyższego.

¹⁴ Wynagrodzenie dodatkowe – obejmujące różnicę między należną z mocy ustawy odpłatą za dyżur a wynagrodzeniem za pracę w godzinach nadliczbowych.

¹⁵ Czynie to zastrzeżenie, gdyż w wielu opracowaniach polskiego prawa pracy przyjmuje się, że art. 25–1 kodeksu pracy nie obejmuje umowy na czas wykonania określonej pracy; por. zwłaszcza

nia określonej pracy. Co prawda, ustawodawca wśród wyłączeń nie wymienił *expressis verbis* umowy na czas wykonywania określonej pracy, ale wynika ono z wyraźnego ujęcia w wielu przepisach prawa pracy umowy na czas określony i umowy na czas wykonania określonej pracy jako odrębnych rodzajów umowy o pracę¹⁶. Twierdzenie o niezgodności art. 25–1 kodeksu pracy z wymienioną dyrektywą uzasadniam tym, że w prawie wspólnotowym umowa o pracę na czas określony jest kategorią prawną, pojęciem obejmującym również przypadki zatrudnienia pracownika na czas wykonywania określonej pracy. Inaczej mówiąc, okres realizacji pracy, do której świadczenia zatrudniono pracownika, jest tylko sposobem oznaczenia czasu trwania umowy na czas określony. Tak zdeterminowana kategoria umowy na czas określony występuje w innej dyrektywie posługującej się tym pojęciem, mianowicie w dyrektywie z 25 czerwca 1991 roku (nr 89/383)¹⁷. Według art. 1, pkt 11) tej dyrektywy stosunkiem pracy nawiązanym na podstawie umowy o pracę na czas określony jest stosunek, którego wygaśnięcie jest zdeterminowane przez obiektywne warunki, np. nadejście terminu, zakończenie określonej pracy lub zaistnienie określonego zdarzenia¹⁸. Uwagi te łączę z wypracowaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości regułą, zgodnie z którą państwo członkowskie dokonujące transpozycji dyrektywy musi respektować pojęcia prawa wspólnotowego¹⁹.

Przyznam, że nie mam informacji o wykorzystaniu rozbieżności między polskim prawem pracy a prawem wspólnotowym w omawianej tu materii. Zakładam jednak, że w razie zawarcia z pracownikiem zakładu pracy należącego do sektora publicznego sukcesywnie trzeciej umowy o pracę na czas wykonywania określonej pracy i braku któregoś z wyjątków od zasady wymienionych w art. 25–1 kodeksu pracy pracownik ten mógłby zakwestionować tę czynność prawną, twierdząc, że z tym podmiotem zatrudniającym łączy go już stosunek pracy oparty na umowie na czas nieokreślony.

J. Wratny, *Nietypowe formy zatrudnienia w perspektywie polskiego prawa pracy*, [w:] *Deregulacja polskiego rynku pracy*, red. K. W. Frieske, Warszawa 2003, s. 123–125.

¹⁶ Zob. np. artykuły 25, 41–1 § 2 i 58 kodeksu pracy.

¹⁷ Z interesującego nas punktu widzenia istotny jest tytuł tej dyrektywy, dlatego też podaję go w pełnym brzmieniu. Jest to dyrektywa uzupełniająca działania mające na celu poprawę bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy **pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na czas określony** (podkreślenie – H. L.) lub na podstawie stosunku pracy czasowej.

¹⁸ Podając te dane, korzystam z opracowania A. M. Świątkowski, H. Wierzińska, *Dokumenty źródłowe Instytucji Wspólnot Europejskich w zakresie prawa socjalnego*, Kraków 1999.

¹⁹ Por. L. Mitrus, *op. cit.*, s. 178–179. Autor uwzględnia tę regułę w rozważaniach na gruncie przepisów wspólnotowych dotyczących czasu pracy, ale z rozważań tych wynika niedwuznacznie, że ma ona ogólne znaczenie.

Ad 3. Trzecia istotna niezgodność między dyrektywą wspólnotową a prawem polskim wdrażającym dyrektywę dotyczy liczby zwalnianych pracowników w ramach zwolnienia zbiorowego. Regulująca tę materię dyrektywa z 20 lipca 1998 roku (nr 98/59) przewiduje mianowicie, że w grupie pracowników, których odejście z zakładu pracy jest określone jako zwolnienie zbiorowe, mogą się także znajdować pracownicy opuszczający ten zakład z przyczyn ich niedotyczących, ale na innej podstawie niż wypowiedzenie dokonane przez pracodawcę, pod warunkiem jednak, że pracowników zwalnianych na mocy wypowiedzenia pracodawcy będzie co najmniej pięciu. W polskiej ustawie transponującej tę dyrektywę²⁰ natomiast minimalna liczba pięciu pracowników odnosi się do grupy osób zwalnianych na podstawie porozumienia stron (do którego dochodzi z inicjatywy pracodawcy, ale następuje ono z przyczyn niedotyczących tych pracowników). Łagodnie rzecz ujmując, rozbieżność ta może być potraktowana jako rezultat nieprawidłowego odczytania dyrektywy. Niemniej jednak, dopóki przepis polskiej ustawy z 13 marca 2003 roku, niezgodny z wymienioną dyrektywą, nie zostanie zmieniony, możliwe są procesy o roszczenia z tytułu wadliwości naruszenia przepisów o zwolnieniach zbiorowych dokonywanych w zakładach pracy sektora publicznego.

²⁰ Chodzi o ustawę z dnia 13 marca 2003 roku o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, Dz. U. z 2004 r., Nr 96, poz. 959.



Ryszard Szostak

Unieważnienie umowy w świetle dyrektywy 2007/66/WE o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych

Uwagi ogólne

Zasadniczym celem dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych¹ jest zwiększenie efektywności prewencyjnych środków korygujących względem uchybień popełnianych przez zamawiającego, a także zaostrzenie odpowiedzialności za te uchybienia. Chodzi przede wszystkim o zapobieganie wadliwym rozstrzygnięciom organizatora postępowania o udzielenie zamówienia, na bieżąco, jeszcze przed zawarciem umowy, aby nie dopuszczać do posługiwania się niedozwolonymi procedurami oraz unikać wadliwego wyboru oferty i w konsekwencji eliminować trudności towarzyszące późniejszemu dochodzeniu żądań związanych z nieważnością umowy i odszkodowaniem na zasadach ogólnych. Rolą protestu kierowanego do zamawiającego-organizatora, a w razie jego nieuwzględnienia – odpowiedniego żądania w trybie publiczno-procesowym jest wymuszenie szybkiego przywrócenia stanu zgodnego z prawem w czasie zawieszenia biegu postępowania o udzielenie zamówienia, wstrzymującego możliwość zawarcia umowy finalnej². W szczególności powinno to nastąpić

¹ OJ L-335, p. 31, 20 grudnia 2007 roku.

² Por. R. Szostak, *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, „Przeгляд Sądowy” 2007, nr 3, s. 72 i n.

poprzez powtórzenie (poprawienie) oprotestowanej czynności przetargowej bądź uchylenie (nakazanie uchylenia) bezprawnych czynności zamawiającego, w tym usunięcie dyskryminujących warunków zamówienia.

Nowością jest wprowadzenie do dyrektywy 89/665/EWG³ dodatkowej regulacji o „bezskuteczności umowy” zawartej z pogwałceniem ustawowo nakazanych wymagań w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (art. 2d). Dotychczas problematyka ta leżała wyłącznie w domenie prawa krajowego⁴. W preambule do dyrektywy 2007/66/WE zwraca się uwagę na potrzebę wzmocnienia i poszerzenia gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji przy udzielaniu zamówień publicznych, zapewniającej całej Wspólnocie możliwość pełnego korzystania z efektów modernizacji prawa zamówień publicznych dokonanej na mocy niedawno wydanych dyrektyw 2007/17/WE i 2007/18/WE, ustalających podstawowe wymagania obowiązujące przy udzielaniu tych zamówień⁵. Aby realnie zwalczać praktyki bezzasadnego udzielania zamówień z pominięciem procedur przetargowych, uznawane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości za najgroźniejsze naruszenie prawa wspólnotowego⁶, trzeba sięgać po skuteczniejsze i bardziej odstrasające sankcje prawne. Umowa cywilnoprawna zawarta w wyniku zastosowania niedozwolonej procedury powinna być co do zasady uznana za bezskuteczną, ale w świetle nowej dyrektywy nie może to być sankcja automatyczna, lecz wynikająca z orzeczenia sądu lub innego organu rozpoznawczego. Według postanowienia pkt 14 preambuły „bezskuteczność umowy to najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, bezprawnie pozbawionym udziału w otwartej procedurze

³ Chodzi o dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 roku o koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (OJ L-395, p. 33, 30 grudnia 1989 roku), zmienioną dyrektywą 92/50/EWG (OJ L-209, p. 1, 24 lipca 1992 roku), zwaną dalej dyrektywą 89/665.

⁴ Bliżej o tym zob. zwłaszcza: M. Lemke, *Zamówienia publiczne w UE – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw (wprowadzenie)*, Warszawa; *Komentarz*, Kraków 2006, s. 764 i n.

⁵ Mowa o dwóch dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku, a mianowicie: ogólnej 2004/18/WE o udzielaniu zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane (OJ L-134, p. 114, 30 kwietnia 2004 roku) oraz wycinkowej 2004/17/WE o udzielaniu zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (OJ L-134, p. 1, 30 kwietnia 2004 roku).

⁶ Por. zwłaszcza wyroki ETS z 24 stycznia 1995 roku (C-359/93, Unix), ECR 1995, I-157, z 11 sierpnia 1995 roku (C-433/93, Komisja – Niemcy), ECR 1995, I-2303, z 24 września 1998 roku (C-111/97, EuroBus, Austria), ECR 1998, I-5411, z 28 października 1999 roku (C-81/98, Alcatel), ECR 1999, I-7671, z 19 czerwca 2003 roku (C-410/01, Fritsch), ECR 2003, I-6413, z 12 lutego 2004 roku (C-230/02, Grossmann Air Service), ECR 2004, I-1829 oraz z 2 czerwca 2005 roku (C-15/04, Koppensteiner GmbH), OJ C-182, 23 lipca 2005 roku.

udzielenia zamówienia”. To samo dotyczy przypadku przedwczesnego zawarcia umowy, przed upływem ustawowego terminu (według dyrektywy co najmniej 10-dniowego) do oprostowania wyniku przetargu lub innej procedury. W razie zaś naruszenia przez zamawiającego organizatora wymagań formalnych toczono postępowania sankcja zależy już wyłącznie od rozwiązań przewidzianych w prawie krajowym. Państwa członkowskie mogą bowiem uznać konstrukcję względnej nieważności za niewłaściwą i dopuścić inne rozwiązanie. Nowością jest też przyznanie konkurentowi prawa żądania unieważnienia przez sąd (inny organ) umowy zawartej z pogwałceniem warunków udzielania zamówień publicznych, co stanowi wyłom od tradycyjnego zapatrywania, że interes prawny w unieważnieniu umowy mają w zasadzie tylko same strony umowy lub rzecznik interesu publicznego (według prawa polskiego – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych)⁷.

Stan prawa polskiego w zakresie regulacji środków zwalczających naruszenie reguł udzielania zamówień publicznych nie budzi większych zastrzeżeń⁸. Obok protestów wymuszających szybką korektę uchybień proceduralnych (art. 179 i n. p.z.p.) oraz tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej (art. 167 i n. p.z.p.) występuje sankcja bezwzględnej nieważności umowy, zwłaszcza zawartej z ominięciem obligatoryjnej procedury, bez wymaganego ogłoszenia, przed upływem ustawowego okresu zawieszenia przewidzianego na wnoszenie środków odwoławczych, a także z naruszeniem wymagań proceduralnych przewidzianych dla wybranego trybu udzielenia zamówienia (art. 146 p.z.p.)⁹. Brak jednak wyraźnego przepisu o możliwości oprostowania zastosowania procedury negocjacyjnej (innego trybu zamkniętego) zamiast procedury otwartej (przetargowej). Biegający od wyboru oferty termin 7-dniowego zawieszenia, odraczający możliwość podpisania umowy o zamówienie publiczne jest niewystarczający wobec wymaganego według nowej dyrektywy terminu 10-dniowego. Największa niezgodność polega na tym, że nowa dyrektywa przewiduje sankcję wzruszalności umowy zawartej w wyniku niedozwolonej procedury, bez obligatoryjnej publikacji ogłoszenia urzędowego albo przed upływem 10-dniowego okresu zawieszenia, podczas gdy prawo polskie w każdym z tych przypadków operuje bezwzględną nieważnością umowy, z nieograniczoną w czasie możliwością sądowego jej stwierdzenia. Wprawdzie nie wyklucza ona możliwości zastosowania surowszych

⁷ Zob. szerzej o tym: A. Kaźmierczyk-Henzelmann, *Unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 7–8, s. 68 i n.

⁸ Por. W. Lysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, Warszawa 2007, s. 502 i n. oraz G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 742 i n.

⁹ Por. R. Szostak, *Nieważność umowy o zamówienie publiczne spowodowana wadliwością postępowania przetargowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, nr 4, s. 983 i n.

sankcji zgodnie z prawem krajowym (por. pkt 20 preambuły), ale nie dotyczy to bezskuteczności umowy. Po implementacji znowelizowanej dyrektywy 89/665 do polskiego porządku prawnego nie będzie można zatem utrzymać dotychczasowej sankcji nieważności bezwzględnej umowy.

Ratio legis nowego rozwiązania wynika z potrzeby zapewnienia należytej oceny skuteczności umowy o zamówienie publiczne przez sąd lub inny niezależny organ rozstrzygający. W dyrektywie wyraźnie wskazano, że konieczność zagwarantowania trwałej pewności prawnej rozstrzygnięć podejmowanych przez zamawiającego wymaga ustanowienia rozsądnego terminu ograniczającego możliwość wystąpienia z żądaniem podważającym skuteczność umowy o zamówienie publiczne. Dlatego też w celu uniknięcia chwiejności oceny okresu obowiązywania zamówienia państwa członkowskie muszą wyłączyć ze swoich porządków prawnych wszelkie kolizyjne drogi procesowego stwierdzania bezskuteczności umów o zamówienie publiczne (por. pkt 25–26 preambuły). Jedynie w odniesieniu do wykraczających poza dyspozycje dyrektywy 85/665 przypadków naruszenia ustawowych reguł postępowania mających wpływ na jego wynik nadal można operować działającą automatycznie sankcją bezwzględnej nieważności umowy (art. 146 ust. 1, pkt 6 p.z.p.). Jednakże w imię pożądanej jednolitości także i te przypadki powinny być objęte następstwem unieważnienia umowy, a nie sankcją bezwzględnej jej nieważności. Nie można przecież dopuścić, aby cięższe naruszenie prawa, jakim jest bezpodstawne uchylene się od zastosowania procedury przetargowej, sankcjonowane było łagodniej niż uchybienia popełniane w postępowaniu o udzielenie zamówienia rzutujące na jego wynik. Ponadto nie bez znaczenia jest tu potrzeba zachowania spójności z rozwiązaniem wyrażonym w art. 70⁵ k.c., wyposażającym organizatora oraz każdego z uczestników przetargu (aukcji) w prawo żądania unieważnienia umowy finalnej, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęli na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami¹⁰. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

Wzruszalność umowy

Według nowego art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665/EWG „państwa członkowskie zapewnią, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoław-

¹⁰ Por. S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza – część ogólna*, Warszawa 2004, s. 315–316 oraz P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 188–189.

czy [...] lub aby jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu”. Powyższy przepis dopuszcza alternatywne konstrukcje prawne, a mianowicie niejasną na gruncie prawa polskiego, odrębną względem nieważności bezwzględnej bezskuteczność umowy, następującą wprawdzie *ex lege*, wymagającą jednak powodztwa ustalającego¹¹ oraz wzruszalność umowy, polegającą na ubezskutecznieniu umowy z mocy konstytucyjnego orzeczenia właściwego organu. Bliższa prawu polskiemu jest ta druga konstrukcja, zwana też nieważnością względną, która w odniesieniu do umowy zawartej w wyniku wadliwej procedury polegałaby (analogicznie do art. 70⁵ k.c.) na żądaniu unieważnienia umowy przez sąd lub inny organ orzekający. Podobnie jak w przypadku klasycznych wad zaistniałych przy składaniu oświadczeń woli (błąd, podstęp lub groźby) chodzi o prawo kształtujące, umożliwiające jednostronne doprowadzenie do unicestwienia skutków umowy *ex tunc*, od chwili jej zawarcia, z tym że nie na mocy własnego oświadczenia zainteresowanego, lecz w wyniku orzeczenia właściwego organu, wydanego na żądanie uprawnionego¹². Rola orzeczenia sprowadza się do sądowej (urzędowej) kontroli przesłanek uzasadniających wzruszenie czynności prawnej oraz publicznego potwierdzenia tego faktu¹³. Taki sposób wzruszenia czynności przewidują zwłaszcza przepisy o wadach oświadczeń składanych przy zawarciu małżeństwa (art. 15 i 17 k.r.o.), o wyzysku (art. 388 k.c.) czy o uchyleniu uchwały wspólników spółki kapitałowej z uwagi na jej sprzeczność ze statutem (umową), z dobrymi obyczajami lub z interesami wspólników (k.s.h.).

Ubezskutecznienie umowy, inaczej niż przy automatycznie i definitywnie działającej nieważności bezwzględnej, stanowi efekt dalszego aktu prawnego. Wzruszalna czynność wywołuje wprawdzie od początku zamierzone skutki prawne, ale może być obalona przez uprawnionego z uwagi na niekorzystne dla niego konsekwencje. Charakteryzuje się zatem ogólnym osłabieniem skuteczności czynności i niepewnością co do jej następstw¹⁴. Stan taki jest jednak wysoce niedogodny dla stron zawartej umowy, a nawet może być szkodliwy dla obrotu gospodarczego. Dlatego analizowana dyrektywa przewiduje krótki (30-dniowy) termin zawity do występowania z żądaniem unieważnienia umowy, po upływie którego wspomniane prawo kształtujące wygasa. W przeciwieństwie do bezwzględnie nieważnej wzruszalna czynność prawna ulega konwalidacji w wyniku bezskutecznego upływu terminu do

¹¹ Nie tylko same strony, lecz także konkurent, który pozbawiony został zamówienia, powinni mieć możliwość żądania sądowego stwierdzenia nieważności umowy w krótkim zawitym terminie.

¹² Por. na tle art. 70⁵ k.c. Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 372 oraz P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 189.

¹³ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 440.

¹⁴ Por. B. Lewaszewicz-Petrykowska, *System prawa cywilnego*, t. 1: *Część ogólna*, Wrocław 1985, s. 712 i n.

żądania jej unieważnienia oraz ewentualnie w innych przypadkach ustawowo przewidzianych, skoro przez konwalidację rozumie się uchylenie wadliwości uprzednio dokonanej czynności¹⁵.

Według dyspozycji art. 2d, ust. 3 dyrektywy 89/665 w prawie krajowym dopuszczalny jest następujący wyjątek: właściwy organ rozpoznawczy może nie uznać wadliwej umowy o zamówienie publiczne za bezskuteczną, choćby zamówienia udzielano z naruszeniem prawa, jeśli stwierdzi, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania w mocy skutków umowy. Wolno zaś przewidzieć inne sankcje zamiennie, zwłaszcza skrócenie okresu obowiązywania umowy lub kary pieniężne. Interes gospodarczy w utrzymaniu skuteczności umowy może zostać uznany za nadrzędną przyczynę w powyższym ujęciu jedynie wtedy, gdy w wyjątkowych okolicznościach jej ubezskutechnienie pociągałoby niewspółmierne konsekwencje. Nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym nie stanowi jednak interes gospodarczy dotyczący bezpośrednio samego zamówienia, zwłaszcza odnoszący się do uszczerbków wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, kosztów uruchomienia nowej procedury udzielenia zamówienia i kosztów wynikających ze zmiany wykonawcy, a także do następstw majątkowych zobowiązań związanych z bezskutecznością umowy.

Unieważnienie umowy w świetle art. 2d dyrektywy dopuszczalne jest w trzech przypadkach, a mianowicie, gdy:

1. Udzielono zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem ustawy, zwłaszcza w trybie negocjacyjnym,
2. Doszło do przedwczesnego zawarcia umowy z naruszeniem ustawowego zakazu jej zawarcia przed upływem co najmniej 10-dniowego stanu zawieszenia kontraktowania, jeżeli naruszenie to pozbawiło oferenta mającego szansę na uzyskanie zamówienia (oferta niepodlegająca odrzuceniu) możliwości wniesienia protestu (odwołania),
3. Doszło do uchybień formalnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, mających wpływ na wynik tego postępowania, z tym że sankcja unieważnienia umowy w tym przypadku zależy od woli legislatury krajowej.

Powyższy katalog różni się znacznie od podstaw nieważności bezwzględnej umowy wskazanych w obecnie obowiązującym art. 146 ust. 1 p.z.p. Nie obejmuje bowiem przypadku niedopuszczalnego zawarcia umowy przed zakończeniem tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej udzielenia zamówienia, a także przypadku dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

¹⁵ Por. zwłaszcza: S. Grzybowski, *O rzekomej konwalidacji nieważnej czynności prawnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, nr 3, s. 38 oraz J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie cywilnym*, Warszawa 1983, s. 166 i n.

Pierwszy przypadek powinien być utrzymany w polskim prawie zamówień publicznych, choć zakres kontroli uprzedniej ulega znacznemu ograniczeniu¹⁶, natomiast przypadek drugi wymaga skreślenia, ponieważ pojęcie „rażącego naruszenia ustawy” obce jest cywilnoprawnym stosunkom przedumownym, stosowane bywa raczej w regulacji postępowania administracyjnego albo procesu sądowego. W szczególności dla skuteczności czynności materialno-prawnych nie ma znaczenia, czy naruszenie ustawy było rażące, czy też nierażące. Liczą się ewentualnie wszelkie sprzeczności z bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, które – skądinąd – objęte są „naruszeniem ustawy mającym wpływ na wynik postępowania” z art. 146 ust. 1, pkt 6 p.z.p. Ta podstawa unieważnienia umowy musi być jednak nieco szersza i powinna obejmować nie tylko naruszenie samej ustawy, lecz także i dobrych obyczajów, aby można było objąć nią naruszenie przez zamawiającego warunków zamówienia (przetargu)¹⁷.

Konsekwencje unieważnienia umowy o zamówienie publiczne przewiduje wyłącznie prawo krajowe, analogicznie do nieważności bezwzględnej¹⁸. Odmienny może być jednak ich zakres. Wzruszalnością bowiem objęta jest na ogół cała czynność prawna, bez możliwości ubezskuteczenia wybranych jej postanowień¹⁹. W świetle art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 prawo krajowe może przewidzieć wsteczne anulowanie wszystkich obowiązków umownych bądź ograniczyć zakres ubezskuteczenia tylko do tych obowiązków, które pozostały jeszcze do wykonania. W rachubę wchodzi zatem unieważnienie umowy *ex tunc* (z mocą wsteczną) albo *ex nunc* (jedynie na przyszłość). Ustawowe następstwa pierwszego rodzaju unieważnienia umowy sprowadzają się do obowiązku zwrotu spełnionych świadczeń tytułem nienależnego świadczenia (art. 410 k.c.), natomiast w przypadku drugiego rodzaju unieważnienia powinno dojść do stosownego rozliczenia wykonanej części umowy. Ten drugi rodzaj „ubezskuteczenia” umowy jest raczej obcy tradycji polskiego prawa cywilnego. Analogiczne zaś skutki osiąga się w drodze przedwczesnego rozwiązania umowy przez sąd lub jej wypowiedzenia przez jedną ze stron. Jak się zdaje, w wypadkach szczególnych można dopuścić

¹⁶ Por. rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 471).

¹⁷ Por. R. Szostak, *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 218–219.

¹⁸ O skutkach wzruszalności czynności prawnej zob. zwłaszcza: T. Zieliński, *Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1970, t. III, s. 71 i n.; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *op. cit.*, s. 719; J. Preussner-Zamorska, *Nieważność jako postać wadliwości czynności prawnej*, Kraków 1977, s. 69 i n. oraz Z. Radwański, *op. cit.*, s. 441.

¹⁹ Częściowa bezskuteczność czynności w zakresie tzw. klauzul abuzywnych w rozumieniu art. 385 § 1 k.c., stanowi szczególny przypadek nieważności bezwzględnej.

w prawie polskim przymusowe rozwiązanie umowy, jednak tylko jako uzupełnienie względem rozwiązania podstawowego w postaci całkowitego unieważnienia umowy z mocą wsteczną.

Nie całkiem jednoznacznie przedstawia się kwestia kręgu osób czynnie legitymowanych do wystąpienia o zastosowanie tego rodzaju sankcji. Z charakteru wskazanych w art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 podstaw unieważnienia wynika pośrednio, że chodzi nie tylko o strony umowy²⁰, lecz także o inne osoby mające interes w uzyskaniu zamówienia (konkurentów)²¹, a także o rzecznika interesu publicznego, skoro wyjątkowo organ orzekający w kontradyktoryjnym procesie zamiast unieważnienia umowy może zastosować inną sankcję, zwłaszcza ograniczyć okres zobowiązania lub nałożyć na zamawiającego karę pieniężną. Rozwiązanie rozszerzające krąg legitymowanych ma na celu *prima facie* ochronę pewnych wartości publicznych, przede wszystkim rzetelności i uczciwości w walce konkurencyjnej o zawarcie określonej umowy²².

W świetle nowego art. 2f dyrektywy 89/655 termin do wystąpienia z żądaniem o unieważnienie umowy powinien wynosić co najmniej 30 dni kalendarzowych od dnia opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub od dnia prawidłowego zawiadomienia zainteresowanych oferentów o zawarciu umowy, w każdym razie nie może on być dłuższy niż 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jest to termin zawity, po upływie którego prawo żądania unieważnienia umowy wygasa²³. Z uwagi na bezwzględnie wiążący charakter regulacji, termin ten nie podlega żadnym modyfikacjom na mocy woli stron. Wykluczona jest też jakakolwiek zmiana skutków upływu tego terminu.

Zaniechanie publikacji urzędowego ogłoszenia o zamówieniu

Według art. 2d pkt a dyrektywy umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający udzielił zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

²⁰ Bierną legitymację procesową ma niewątpliwie zamawiający, a także druga strona umowy (wykonawca), jeśli z żądaniem występuje inny konkurent bądź rzecznik interesu publicznego. Por. M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa 2007, s. 446.

²¹ Por. A. Sołtyśńska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Kraków 2006, s. 774 i n.

²² Z. Radwański, *op. cit. (Suplement*, Warszawa 2004), s. 71.

²³ O istocie terminu zawitego zob. zwłaszcza: B. Kordasiewicz, *System prawa prywatnego*, t. 2: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2002, s. 631 i n.

w sprzeczności z dyrektywą 2004/18/WE²⁴. Dyspozycja ta dotyczy nie tylko uruchomienia procedury przetargowej (otwartej) w odmienny sposób, zwłaszcza przy wykorzystaniu ogłoszenia innego rodzaju, lecz także, przede wszystkim przypadku bezpodstawnego udzielenia zamówienia na podstawie tzw. procedury zamkniętej, zwłaszcza z zastosowaniem negocjacji bez ogłoszenia albo procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Pierwszy przypadek zdarza się stosunkowo często, gdy zamawiający unika wymagań surowszego reżimu udzielenia zamówienia o wartości sięgającej europejskiego progu kwotowego (133 tys. euro w odniesieniu do dostaw i usług, a 5150 tys. euro w przypadku robót budowlanych), ograniczając się do zamieszczenia ogłoszenia wyłącznie w krajowym Biuletynie Zamówień Publicznych. Drugi przypadek zaś łączy się bezpośrednio z zastosowaniem niedopuszczalnej procedury²⁵. Implementując powyższą regułę, należy ją rozciągnąć także na zamówienia mniejszej wartości, w trosce o pożądaną spójność regulacji. Obecny art. 146 ust. 1 pkt 1 p.z.p. odzwierciedla już jej dyspozycję, z tym że pod rygorem sankcji bezwzględnej nieważności umowy.

Zaniechanie właściwego ogłoszenia wpływa na obniżenie konkurencyjności postępowania, prowadząc także do naruszenia zasady równego dostępu do zamówień publicznych, zwłaszcza transgranicznych²⁶. Wprawdzie postępowanie może się toczyć na podstawie ogłoszenia umieszczonego na stronie internetowej i na tablicy, wzbogaconego ewentualnie ogłoszeniem prasowym, ale ze względu na znaczące obniżenie konkurencyjności musi być sankcjonowane unieważnieniem umowy, choć wcześniej samo postępowanie powinno być unieważnione, ponieważ zmierza do bezskutecznej umowy. Konstrukcja powyższa oparta jest na normatywnym związku przyczynowo-skutkowym, a mianowicie zakłada, że zaniechanie wymaganego ogłoszenia zawsze wpływa na obniżenie konkurencyjności postępowania i w konsekwencji na jego wynik.

²⁴ Analogiczne rozwiązanie zawiera art. 2d, ust. 1 znowelizowanej dyrektywy 92/13/EWG dotyczącej procedur odwoławczych dotyczących udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (O JL-76, p. 14, 23 marca 1992 roku zm. O JL-335, p. 31, 20 grudnia 2007 roku).

²⁵ Przesłanki zastosowania wyjątkowych procedur pozaprzetargowych, zwłaszcza negocjacyjnych, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Por. wyroki ETS z 28 marca 1996 roku (C-318/94, Komisja – Niemcy), ECR 1996, II-1028 oraz z 10 kwietnia 2003 roku (C-20/01 i 28/01 Komisja – Niemcy), ECR 2003, I-03609.

²⁶ Zaniechanie urzędowej fazy ogłoszenia należy do często zarzucanych nieprawidłowości w orzecznictwie europejskim. Por. zwłaszcza orzeczenia ETS z 5 grudnia 1989 roku (C-3/88, Komisja – Włochy), ECR 1989, I-4035, z 18 marca 1992 roku (C-24/91, Komisja – Hiszpania), ECR 1992, I-1989 oraz z 19 marca 1996 roku (C-360/93, Komisja – Niemcy), ECR 1996, I-1949.

Przedwczesne zawarcie umowy

Zgodnie z art. 2a dyrektywy 89/665/EWG zawarcie umowy o zamówienie publiczne objęte zakresem dyrektyw europejskich nie może nastąpić przed upływem okresu co najmniej 10 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Chodzi o okres zawieszenia typu *stand-still*, polegający na czasowym wstrzymaniu postępowania, mający na celu „umożliwienie oferentom przeanalizowania decyzji o udzieleniu zamówienia i stwierdzenie, czy stosowne jest wszczęcie procedury odwoławczej” (pkt 6 preambuły do dyrektywy 2007/66/WE). Odstępstwa od tego okresu zawieszenia (jego skrócenie) mogą dotyczyć udzielania zamówień mniejszej wartości oraz przypadków, w których o zamówienie ubiega się jedyny wykonawca, także wtedy, gdy zainteresowanie innych konkurentów ustało w wyniku uprzedniego skutecznego odrzucenia ich wniosków lub ofert. Umowa o zamówienie publiczne podlega unieważnieniu w razie dopuszczenia do przedwczesnego jej zawarcia z pominięciem powyższego okresu zawieszenia albo w razie ograniczenia jego rozmiaru, jeśli uchybienie takie pozbawiło konkurenta wnoszącego odwołanie możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, gdy miał on szanse na otrzymanie zamówienia (złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu). Oznacza to, że pomimo przedwczesnego zawarcia umowy protest i odwołanie są dopuszczalne, a stan zawarcia umowy nie stoi na przeszkodzie w ich rozpoznaniu i możliwości skorygowania wadliwego postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ umowa podlega unieważnieniu. Jednakże w tym przypadku lepsza byłaby działająca automatycznie sankcja bezwzględnej nieważności umowy, niewymagająca konstytutywnego obalania jej skutków. W świetle zaś dyrektywy organ odwoławczy musi być wyposażony w równoległą kompetencję unieważniania przedwześnie zawartej umowy.

Dostosowanie polskiego prawa zamówień publicznych do powyższych rozwiązań będzie wymagało zmian, w szczególności w art. 94, ust. 1, przewidującym 7-dniowy okres zawieszenia możliwości podpisania umowy. Požadany jest jednak przepis dopuszczający wyraźnie odstępstwo od tego zawieszenia przy udzielaniu zamówienia z wolnej ręki albo gdy w postępowaniu ofertowo-eliminacyjnym o zamówienie ubiega się wyłącznie jeden wykonawca. Minimalny charakter dyspozycji dyrektywy nie wyklucza utrzymania przepisu o nieważności umowy zawartej przed zakończeniem tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej udzielenia zamówienia (sprawowanej przez Prezesa UZP) o charakterze obligatoryjnym²⁷. Jak się zdaje, dopuszczalne będzie także utrzymanie przepisu o możliwości uchylecia przez Krajową Izbę Od-

²⁷ Por. T. Czajkowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 447 i n.

wolańczą zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli odroczenie jej zawarcia mogłoby spowodować ujemne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesów pokrzywdzonych oferentów (art. 182, ust. 3 p.z.p.).

Uchybienia rzutujące na wynik postępowania

Zależną od prawa krajowego sankcję nieważności umowy finalnej z tytułu uchybień popełnianych przez zamawiającego-organizatora w trakcie toczącego postępowania trzeba utrzymać, jeżeli miały one wpływ na wynik tego postępowania. Prewencyjne oddziaływanie tej sankcji jest oczywiste. Jakikolwiek próby rozszerzania jej zasięgu powinny być jednak wykluczone, ponieważ tylko uchybienie rzutujące na wynik postępowania (przetargu) jest równoznaczne z naruszeniem prawa, pozbawiającym pokrzywdzonego realnej szansy na zamówienie. Tylko takie naruszenie prawa można też sensownie łączyć z pojęciem interesu prawnego. W pierwszej kolejności uchybienie istotne uzasadnia konieczność skorygowania wadliwości postępowania, a gdyby nie było to możliwe – wymusza jego unieważnienie. Sankcja nieważności umowy jest aktualna dopiero wtedy, gdy zawiódł mechanizm korygujący co do przywrócenia stanu zgodnego z prawem.

Zdarzeniami wpływającymi na wynik przetargu lub innego trybu ofertowego są takie zdarzenia, które pozostają z nim w tzw. adekwatnym związku przyczynowym²⁸, zwłaszcza różne uchybienia rzutujące na liczbę zakwalifikowanych ofert, zmowa przetargowa czy błąd popełniony przy ocenie ofert. Nie ma tu znaczenia przyczyna wadliwości procedowania: czy wywołał ją bezpośrednio sam zamawiający, czy też doszło do niej w wyniku zachowania oferenta lub nawet osoby trzeciej, za wiedzą czy bez wiedzy zamawiającego, nieistotne jest nawet to, czy mógł się on z łatwością dowiedzieć o nieprawidłowości. Wada procedury deformująca jej wynik musi być więc rozpatrywana obiektywnie. Jest to dodatkowy argument za skreśleniem dyspozycji art. 146, ust. 1, pkt 5 p.z.p., dopuszczającego unieważnienie umowy z powodu „dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy”, która w znacznej mierze wyczerpuje się w dyspozycji wskazującej na wadę rzutującą na wynik postępowania²⁹. Z drugiej strony obie dyspozycje ustawowe pomijają uchybienia sprzeczne z warunkami przetargu (zamówienia). Należy zatem rozważyć wprowadzenie na wzór art. 70⁵ § k.c. przepisu obejmującego za-

²⁸ Por. A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 122 oraz A. Kaźmierczyk-Henzelmann, *op. cit.*, s. 77.

²⁹ Bliżej o tym: R. Szostak, *Nieważność...*, s. 995–996.

chowania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (złamanie warunków procedury) jako wadliwość stanowiącą ogólną podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia albo późniejszego unieważnienia umowy, zapewniającą jednakową kwalifikację takich samych nieprawidłowości bez względu na fazę procedury (w oderwaniu od wyboru oferty), sprawcę i przyczynę uchybienia, skoro liczyłyby się nawet zdarzenia spowodowane przez osoby trzecie.

Właściwość organu orzekającego

Według obecnego stanu normatywnego o stwierdzenie bezwzględnej nieważności umowy mogą wystąpić do sądu powszechnego same strony lub Prezes UZP, jako rzecznik interesu publicznego (art. 146, ust. 2 p.z.p.). Z uwagi na konstrukcję bezwzględnej nieważności są to przypadki rzadkie, na dodatek powództwo nie musi być wnoszone od razu, w bezpośrednim związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia. Wprawdzie art. 2, ust. 2 dyrektywy 89/665 nadal zezwala na powierzenie kompetencji orzekania o nieważności umowy odrębnym względem Krajowej Izby Odwoławczej organom (sądom), ale niewątpliwym wzrost liczby powództw (legitymację będą mieli konkurenci) połączony z koniecznością uprzedniego unieważnienia zawartej umowy w każdym przypadku wznowienia postępowania o udzielenie zamówienia na żądanie pokrzywdzonego konkurenta uzasadnia przekazanie tych spraw do właściwości Izby lub do właściwości sądu szczególnego, analogicznego do sądu antymonopolowego.

Podsumowanie

Dotychczas europejskie prawo zamówień publicznych nie regulowało problematyki nieważności (bezskuteczności) umowy majątkowej, pozostawiając ją w domenie prawa krajowego. Jednakże stosownie do dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku, aby zwalczać praktyki bezzasadnego udzielania zamówień publicznych z pominięciem ustawowo nakazanych procedur przetargowych, rozpatrywane przez ETS w kategoriach najgroźniejszych naruszeń prawa wspólnotowego, trzeba dopuścić skuteczniejsze i bardziej odstrasżające sankcje prawne (pkt 13 preambuły). W szczególności umowa cywilnoprawna zawarta w wyniku niedozwolonej procedury udzielenia zamówienia publicznego powinna być z zasady uznana za bezskuteczną, ale nie może być to sankcja automatyczna, lecz wynikająca z orzeczenia sądu lub innego organu odwoławczego. Bez-

skuteczność umowy to najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, bezprawnie pozbawionym udziałów w otwartej procedurze udzielania zamówienia. To samo dotyczy przypadku przedwczesnego zawarcia umowy, przed upływem ustawowego terminu (co najmniej 10-dniowego) do oprotestowania wyniku przetargu. W razie zaś naruszenia przez zamawiającego-organizatora wymagań formalnych prowadzonej procedury sankcja zależy od rozwiązań przewidzianych w prawie krajowym. Państwa członkowskie mogą bowiem uznać konstrukcję względnej nieważności za niewłaściwą i dopuścić inne rozwiązanie. Nowością jest przyznanie konkurentowi prawa do żądania unieważnienia umowy przez sąd (inny organ) zawartej z pogwałceniem zasad udzielania zamówień publicznych, co stanowi wyłom od tradycyjnego poglądu, że interes prawny w unieważnieniu umowy mogą mieć w istocie tylko same strony lub rzecznik interesu publicznego.

W związku z powyższym polskie prawo zamówień publicznych wymaga zmian dostosowawczych. Regulacja następstw uchybień proceduralnych popełnianych przez zamawiającego powinna zmierzać w czterech kierunkach. W pierwszej kolejności trzeba zastąpić nieważność bezwzględną umowy z art. 146 p.z.p. powództwem o unieważnienie umowy z jednoczesnym dostosowaniem jego podstaw do standardów nowej dyrektywy. Wyraźnego przepisu wymaga określenie legitymacji czynnej z rozszerzeniem jej na konkurentów względem wykonawcy będącego stroną umowy. W celu zachowania jednolitego rozwiązania i spójności z art. 70 (5) k.c. prawo żądania unieważnienia umowy należy połączyć z przepisami dotyczącymi nie tylko zastosowania niedozwolonej procedury, ale także uchybień popełnionych w jej toku. Niezbędna będzie też wyraźna dyspozycja w sprawie jurysdykcji, a mianowicie rozstrzygnięcie czy właściwy do unieważnienia umowy ma być sąd, czy Krajowa Izba Odwoławcza.



Stefan Poździuch

Wpływ standardów europejskich na ustawodawstwo polskie w wybranych dziedzinach prawa administracyjnego

Wprowadzenie

Standardy europejskie wywierają wpływ na regulacje prawne niemal we wszystkich ważniejszych gałęziach i dziedzinach polskiego prawa. Ich oddziaływanie jest coraz bardziej skuteczne i wyraziste, niezależnie od dyskusji teoretycznych oraz stanowisk politycznych co do tego, jakie mają być ostateczne granice i limity harmonizacji albo nawet unifikacji rozwiązań prawnych, obowiązujących w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Wpływ regulacji europejskich na polskie prawo z oczywistych względów zaznaczył się zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i już po uzyskaniu przez Polskę członkostwa w Unii Europejskiej. Proces dostosowania polskiego ustawodawstwa do wspólnotowego prawa faktycznie rozpoczął się bowiem niemal już na samym początku III Rzeczypospolitej. Analizując ten problem, można wyróżnić cztery następujące okresy:

1. Od zawarcia przez Polskę traktatu stowarzyszeniowego do rozpoczęcia negocjacji o akcesję (1991–1999).
2. Faza negocjacji o akcesję (1999–2002).
3. Od zakończenia negocjacji do formalnego przystąpienia Polski do Unii Europejskiej (13 grudnia 2002 – 1 maja 2004).
4. Po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej (od 1 maja 2004).

Wpływ standardów europejskich na polskie ustawodawstwo we wskazanych okresach coraz wyraźniej zaznaczał się zarówno w gałęziach i dziedzinach prawa prywatnego, jak i prawa publicznego, szczególnie w prawie ad-

ministracyjnym. Odbywało się to w dwojaki sposób: albo poprzez uregulowanie w Polsce wielu ważnych zakresów i problemów po raz pierwszy, albo też poprzez zmianę już istniejących wcześniejszych rodzimych rozwiązań prawnych i dostosowanie oraz przyjęcie w nich standardów zawartych w prawie wspólnotowym.

Podstawę prawną procesu dostosowywania polskiego prawa do standardów europejskich stanowiło podpisanie w 1991 roku Układu Europejskiego ustanawiającego stowarzyszenie Rzeczypospolitej Polskiej ze Wspólnotami Europejskimi. Następstwem tego historycznego dla Polski traktatu było przyjęcie w 1992 roku przez Sejm uchwały zobowiązującej rząd RP do przygotowania programu dostosowującego gospodarkę i polski system prawny do wymagań tego układu. Rada Ministrów taki program przyjęła z początkiem 1993 roku. Kolejny etap stanowiła uchwała rządu nr 16 z 1994 roku w sprawie oceny projektów aktów prawnych pod względem ich zgodności z prawem wspólnotowym. W jej następstwie w latach 1994–1998 wydano aż 3384 opinie prawne co do rozbieżności polskich rozwiązań prawnych z zapisami prawa Wspólnot Europejskich. Z kolei Biała Księga Komisji Europejskiej z 1995 roku stanowiła podstawę do określenia obszarów negocjacyjnych i koniecznych zmian w polskim prawie w wyznaczonych w niej zakresach i dziedzinach. W 1997 roku Rada Ministrów przyjęła harmonogram działań dostosowujących polski system prawny do zaleceń tej księgi. W tym samym roku Komitet Integracji Europejskiej podjął decyzję o opracowaniu narodowego programu przygotowania do członkostwa w Unii Europejskiej, zatwierdzony przez Radę Ministrów w 1998 roku (zmodyfikowany w 1999 roku). Z kolei Komisja Europejska w 1998 roku przyjęła dokument „Partnerstwo dla Pokoju”, a Rada Unii Europejskiej decyzję w sprawie „Zasad i Priorytetów”. Należy również wspomnieć, że od 1999 roku Komitet Integracji Europejskiej został włączony w proces opiniowania projektów nowych aktów prawnych, zarówno ustaw, jak i rozporządzeń¹.

Uwzględnianie standardów wspólnotowych w polskich rozwiązaniach prawnych zaznaczyło się już na początku lat 90. XX wieku w prawie pracy i wkrótce potem w prawie cywilnym. Wyrazem dostosowywania polskiego prawa do standardów europejskich na gruncie prawa pracy było wprowadzenie do Kodeksu pracy szeregu nowych przepisów (np. art. 23.1 o zobowiązaniach dotychczasowego i nowego pracodawcy w razie przejścia zakładu pracy lub jego części na inny podmiot) albo też uchwalenie ustaw okołozwiązkowych, regulujących ochronę roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy i rozwiązywanie stosunków pracy z przyczyn dotyczących

¹ Informacja Ministra Zdrowia dla Sejmowej Komisji Zdrowia na temat przystosowania polityki zdrowotnej Polski i harmonizacji prawa z zakresu ochrony zdrowia do wymogów Unii Europejskiej, Warszawa 1999 (materiały niepublikowane), s. 2–159.

pracodawcy (zwolnienia zbiorowe). Wspomniane rozwiązania prawne przyjęte zostały pod wpływem trzech następujących dyrektyw europejskich: nr 129 z 19 lutego 1975 roku (75/120/EEC) w sprawie zbliżania przepisów państw członkowskich o zwolnieniach z przyczyn dotyczących zakładów pracy, nr 187 z 14 lutego 1977 roku (77/187/EEC) o ochronie praw pracowników w przypadku przejścia zakładu pracy lub części zakładu na innego pracodawcę i nr 987 z 20 października 1980 roku (80/987/EEC) w sprawie zbliżania przepisów państw członkowskich o ochronie pracowników w razie ogłoszenia upadłości przez pracodawcę².

W płaszczyźnie prawa cywilnego wyrazem wpływu prawa wspólnotowego w okresie przedakcesyjnym było przyjęcie w Kodeksie cywilnym, w drodze kolejnych jego nowelizacji, odpowiednich nowych przepisów dotyczących ochrony konsumentów, odpowiedzialności za szkody spowodowane przez produkty niebezpieczne albo o umowach zawieranych na odległość.

W świetle wzajemnych uzgodnień pomiędzy Komisją Europejską i rządem RP wśród 31 głównych obszarów harmonizacji polskiego prawa ze standardami europejskimi większość stanowiły jednak dziedziny regulacji wchodzące do prawa administracyjnego. Wśród nich znalazły się następujące: żywność, kosmetyki, substancje farmaceutyczne, substancje niebezpieczne i produkty chemiczne, urządzenia medyczne, narkotyki, problematyka ochrony środowiska, ochrony zdrowia (zdrowie publiczne), ochrona konsumenta, rolnictwo, transport i wiele innych.

Przedmiotem dalszych rozważań przedstawionych w niniejszym opracowaniu jest wykazanie, w jakim stopniu wspólnotowe ustawodawstwo wpłynęło na nowelizację istniejących już rozwiązań prawnych w Polsce albo uregulowanie pewnych problemów i zakresów historycznie po raz pierwszy w niektórych wybranych dziedzinach prawa administracyjnego. Z pewnością kwestia ta zasługuje na bardziej szczegółowe i wnikliwe opracowanie w postaci monografii, a w niniejszym artykule jest ona jedynie zasygnalizowana na podstawie kilku wybranych ustaw z zakresu prawa administracyjnego.

Wpływ wspólnotowych standardów na polskie prawo żywnościowe

Swobodny przepływ towarów, w tym artykułów i produktów spożywczych, wymuszał przyjmowanie przez Wspólnotę Europejską niemal od samego początku jej istnienia i działalności coraz bardziej rygorystycznych regulacji

² Szerzej patrz: A. Świątkowski, *Europejskie Prawo Socjalne*, t. II: *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 1999.

prawnych co do ich jakości, opakowania i oznakowania oraz wielu innych kwestii związanych z żywnością. Wobec tego znacząca rewizja w zapisach polskiego prawa żywnościowego zarówno w okresie przedakcesyjnym, jak i już po przyjęciu do Unii Europejskiej była wręcz nieodzowna.

Pierwsze krajowe przepisy w zakresie wymagań zdrowotnych żywności i żywienia zostały przyjęte w Polsce na mocy rozporządzenia Prezydenta RP z mocą ustawy z dnia 22 marca 1928 roku o dozorcze nad artykułami żywności i przedmiotami powszechnego użytku³. Jego postanowienia dopełnione były przepisami zawartymi w kilkunastu rozporządzeniach wykonawczych wydanych w latach 1927–1934. W regulacjach międzywojennych po raz pierwszy zdefiniowano wiele pojęć o podstawowym znaczeniu, takich jak: artykuł żywności szkodliwy dla zdrowia, podrobiony, zepsuty, fałszywie oznakowany, oraz wprowadzono krajowy nadzór nad produkcją i obrotem żywnością. Nadzór ten był wykonywany na poziomie województwa, powiatu i gminy. Utworzone zostały również komunalne pracownie badania żywności. Zakres tych regulacji prawnych odpowiadał ówczesnym standardom europejskim. Kolejne polskie rozwiązania prawne zostały przyjęte w ustawie o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia z 25 listopada 1970 roku. Nowe przepisy dotyczyły między innymi wymagań co do urządzeń, aparatów, przyrządów, sprzętu, opakowań i innych materiałów mających styczność ze środkami spożywczymi w produkcji i w obrocie, jak również wymagań dotyczących stanu zdrowia osób zatrudnionych przy produkcji i w obrocie żywnością oraz obowiązki zakładów zbiorowego żywienia. Konieczność dostosowania polskiego prawa żywnościowego do podwyższonych standardów europejskich spowodowała uchwalenie przez Sejm 11 maja 2001 roku nowej ustawy o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia⁴. Ustawą tą zostały wprowadzone zarówno lepsze standardy co do jakości żywności i dopuszczalnych zanieczyszczeń chemicznych i biologicznych, także dozwolonych substancji dodatkowych lub też pomagających w przetwarzaniu żywności, jak i, przede wszystkim, zupełnie nowe przepisy dotyczące żywności specjalnego przeznaczenia, nowej żywności i wzbogacania żywności,

³ Przepisy tego rozporządzenia dotyczyły nie tylko artykułów żywności, ale także wszelkiego rodzaju przedmiotów powszechnego użytku, w szczególności takich jak kosmetyki i inne środki do pielęgnacji ciała, odzieży, zabawek i szeregu innych.

⁴ Z regulacjami w niej zawartymi były bezpośrednio powiązane przepisy następujących nowych ustaw: o organizacji rynku owoców i warzyw, rynku chmielu, rynku tytoniu oraz rynku suszu paszowego (z 2000 roku), o regulacji rynku mleka i przetworów mlecznych (z 2001 roku), o rolnictwie ekologicznym (z 2001 roku), o organizmach genetycznie zmodyfikowanych (z 2001 roku), o materiałach przeznaczonych do kontaktu z żywnością (z 2001 roku), o środkach żywienia zwierząt (z 2001 roku), o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich (z 2001 roku zastąpionej nową w 2004 roku) i o napojach spirytusowych (z 2002 roku).

dobrej praktyki higienicznej i produkcyjnej. W odniesieniu do wymagań związanych z produkcją i obrotem środkami spożywczymi nowością w polskim prawie było przyjęcie odpowiednich przepisów dotyczących kontroli na wszystkich etapach produkcji i przetwarzania żywności, identyfikowania i oszacowania ryzyka zagrożeń z punktu widzenia jakości zdrowotnej żywności, czyli systemu HACCP (Hazard Analysis and Critical Control Point). Unia Europejska przyjęła w tym ostatnim zakresie wiele przepisów na wzór Stanów Zjednoczonych, gdzie system ten został wypracowany i wdrożony już od lat 1970. Jego istotą jest określenie krytycznych punktów kontroli w celu wyeliminowania lub zminimalizowania występujących zagrożeń zdrowotnych i opracowanie dla każdego punktu kontroli parametrów i wymagań, jakie powinien on spełniać, oraz określenie granic tolerancji (tzw. limitów krytycznych), ustalenie i wprowadzenie systemu monitorowania krytycznych punktów kontroli i działań korygujących, a także ustalenie procedur weryfikacji HACCP wraz z opracowaniem jego dokumentacji. Nowe polskie przepisy wprowadziły obowiązek organizowania i prowadzenia systemu skutecznej kontroli wewnętrznej w każdym zakładzie produkującym żywność lub obracającym nią, zatwierdzanego przez instytucje urzędowej kontroli żywności. Natomiast w zakresie urzędowej kontroli żywności, sprawowanej głównie przez Inspekcję Sanitarną i Inspekcję Weterynaryjną, przepisy polskie zostały jedynie doprecyzowane i uszczegółowione.

Ustawa o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia z 2001 roku, w ciągu następnych 5 lat była 13 razy nowelizowana. Jej uszczegółowienie stanowiło 27 rozporządzeń wykonawczych. W końcowej części przywoływała ona aż 147 dyrektyw europejskich, które były przyjęte przez organy wspólnotowe w latach 1976–2004.

Swobodny przepływ żywności, podobnie jak innych towarów na obszarze Unii Europejskiej i ostateczne zniesienie wszelkich ograniczeń w tym zakresie powodują, że organy wspólnotowe systematycznie podnoszą i doskonalą standardy dotyczące kontroli jakości żywności, jej oznakowania, prowadzenia stałego monitoringu i wielu innych kwestii. Kilkadziesiąt nowych aktów prawnych przyjęły one już w obecnej dekadzie, wiele z nich już po akcesji Polski do Wspólnot Europejskich. Polska jako kraj członkowski jest zobowiązana stosować standardy europejskie. Z tego względu 25 sierpnia 2006 roku została uchwalona kolejna ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Jest ona jednym z obszerniejszych aktów prawnych prawa administracyjnego⁵. Z art. 1 tej ustawy wynika, że określa ona wymagania i procedury niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa żywności i żywienia zgodnie

⁵ Ustawa ta składa się z 9 obszernych działów i 21 rozdziałów. Obejmuje ogółem 48 stron tekstu zawierających 128 artykułów.

z przepisami rozporządzenia Wspólnoty Europejskiej nr 178/2002 (Parlamentu Europejskiego i Rady z 28 stycznia 2002 roku), ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, a także procedury w sprawie bezpieczeństwa żywności i powołującego Europejski Urząd do spraw Bezpieczeństwa Żywności. Z zapisów końcowych ustawy wynika, że wykonuje ona w zakresie swojej regulacji 25 rozporządzeń Wspólnoty Europejskiej, w tym 13 przyjętych w latach 2002–2005, i 57 dyrektyw europejskich, w tym 12 przyjętych w latach 2002–2005. W poszczególnych artykułach przywołuje wprost około 25 razy akty wspólnotowego prawa żywnościowego. Ustawę uszczegółowiają 42 rozporządzenia wykonawcze, których znaczna część również przywołuje postanowienia dyrektyw europejskich. Tytułem przykładu można podać, że rozporządzenie w sprawie znakowania środków spożywczych przywołuje 21 dyrektyw. Przyjęte od 2002 roku procedury i standardy unijne w omawianym zakresie stały się bardziej rygorystyczne, a nad ich przestrzeganiem czuwa Europejski Urząd do spraw Bezpieczeństwa Żywności. Wprowadzony został system wczesnego ostrzegania o niebezpiecznej żywności i paszach – RASFF (Rapid Alert System for Food and Feed), określający szczegółowo zasady postępowania organów urzędowej kontroli żywności i innych podmiotów realizujących zadania z zakresu bezpieczeństwa żywności (rozporządzenie 178/2002). Podwyższone zostały wymagania dotyczące materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością (rozporządzenie 1935/2004), a także zasady dobrej praktyki higienicznej (*Good Hygienic Practice* – GHP), dobrej praktyki produkcyjnej (*Good Manufacturing Practice* – GMP). Uszczegółowiono przepisy odnośnie do żywności genetycznie zmodyfikowanej (rozporządzenie 1829/2003) i wiele innych kwestii.

Postanowienia te znalazły pełne odzwierciedlenie w nowej, obowiązującej polskiej ustawie określającej szereg nowych obowiązków organów administracji publicznej państwa, do których kompetencji należą sprawy związane z nadzorem nad żywnością. Przede wszystkim sprecyzowała ona obowiązki Ministra Zdrowia lub określiła nowe, w zakresie nadzoru i kontroli nad produkcją i przetwarzaniem żywności, stosowaniem substancji dodatkowych, aromatów i rozpuszczalników, urzędowej kontroli żywności i jej monitoringu w celu oznaczania i określania najwyższych dopuszczalnych poziomów substancji zanieczyszczających w żywności, napromieniowania jej promieniowaniem jonizującym, środków specjalnego przeznaczenia żywnościowego i wzbogacania żywności oraz żywności wprowadzanej po raz pierwszy do obrotu. Tytułem przykładu można przywołać art. 11 ustawy, z którego postanowień wynika, że Minister Zdrowia, określając w drodze rozporządzenia listę stosowanych w Polsce substancji dodatkowych do żywności, jest obowiązany przekazać jej treść Komisji Europejskiej i pozostałym państwom członkowskim. Zamierzając dopuścić nową substancję dodatkową do obrotu

i stosowania w żywności na terytorium Wspólnoty Europejskiej, jest on zobowiązany wystąpić z wnioskiem do Komisji Europejskiej, dołączając do niego uzasadnienie i propozycje warunków jej stosowania. Z art. 94 wynika, że Minister Zdrowia koordynuje opracowanie wieloletniego krajowego planu urzędowych kontroli żywności i współpracuje w tym zakresie z Komisją Europejską i państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Ustawa określiła nowe obowiązki i kompetencje odpowiednich służb podległych Ministrowi Zdrowia, w szczególności Głównego Inspektora Sanitarnego oraz wojewódzkich i powiatowych inspektorów sanitarnych. Z art. 85 ustawy wynika, że Główny Inspektor Sanitarny kieruje krajową siecią systemu RASFF – powiadamiania o niebezpiecznej żywności – i przesyła odpowiednie informacje Komisji Europejskiej. W świetle art. 94, pkt 2 jest on odpowiedzialny za opracowanie i realizację wieloletniego krajowego planu urzędowej kontroli żywności⁶. Z art. 30 ustawy wynika, że prowadzi on także postępowanie w sprawie żywności wprowadzanej po raz pierwszy do obrotu. Z kolei art. 61 stanowi, że powiatowy inspektor sanitarny jest organem właściwym w sprawach rejestracji oraz wydawania, zawieszania lub cofania zezwoleń na działalność zakładów, które produkują żywność pochodzenia niezwierzęcego.

Nowa ustawa wyraźnie rozdzieliła kompetencje poszczególnych ministrów w wielu zakresach lub wskazała zasady ich współpracy w dziedzinach zdrowia, rolnictwa, gospodarki, ochrony środowiska. Wprowadziła również nowe instytucje, np. Radę do spraw Monitoringu Żywności i Żywienia, działającą przy Ministrze Zdrowia. Artykułem 95 ustawy została również wprowadzona odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez podmiot działający na rynku artykułów spożywczych na zasadach przepisów określonych w Kodeksie cywilnym, dotyczących szkód spowodowanych przez produkt niebezpieczny.

Wpływ wspólnotowych standardów na polskie prawo farmaceutyczne

Swobodny obrót lekami na terytorium Wspólnoty wymagał przyjęcia przez jej organy przepisów określających ponadkrajowe, jednolite standardy. Pierwsze przepisy i działania w tym zakresie podjęto już w latach 60. XX wieku i następnie systematycznie je doskonalono.

W Polsce podstawowe kwestie związane z produkcją leków i obrotem nimi po raz pierwszy uregulowane zostały w drodze kilku rozporządzeń ministra

⁶ Wraz z Głównym Lekarzem Weterynarii i Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta.

odpowiedzialnego za sprawy ochrony zdrowia w latach 1920–1934. Wśród prekursorskich rozwiązań prawnych z okresu międzywojennego należy przywołać zorganizowanie inspekcji farmaceutycznej odpowiedzialnej za kontrolę działalności aptek. Po II wojnie światowej przyjęto kolejno 2 zwięzłe i skromne w postanowieniach ustawy: o środkach farmaceutycznych i odurzających oraz artykułach sanitarnych z 1951 roku i o substancjach farmaceutycznych, artykułach sanitarnych i aptekach z 1987 roku. Z początkiem III RP, w 1991 roku, została uchwalona ustawa o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym. Nie odbiegała ona zasadniczo w swojej treści od wcześniejszych polskich rozwiązań prawnych. Pierwszym obszernym aktem prawnym była ustawa z 6 września 2001 roku Prawo farmaceutyczne, przyjęta w końcowym okresie negocjacji o akcesję do Unii Europejskiej. Na zapisy w niej zawarte bezpośrednio wpłynęły postanowienia kilkudziesięciu wspólnotowych dyrektyw, przyjmowanych od połowy lat 60. do 2000 roku. Uregulowała ona kompleksowo wszystkie ważniejsze problemy związane ze środkami leczniczymi:

- 1) zasady i tryb dopuszczania środków leczniczych⁷ do obrotu, z uwzględnieniem wymagań dotyczących jakości, skuteczności i bezpieczeństwa ich stosowania,
- 2) warunki wytwarzania środków leczniczych,
- 3) warunki obrotu nimi,
- 4) reklamy leków,
- 5) wymagania wobec hurtowni farmaceutycznych, aptek i placówek obrotu pozaaptecznego,
6. Organizację i zadania inspekcji farmaceutycznej.

Ustawa ta wprowadziła wiele nowych pojęć i nieznanymi uprzednio polskiemu prawu rozwiązań prawnych, w szczególności dotyczących dobrej praktyki dystrybucyjnej, laboratoryjnej, klinicznej i wytwarzania. Uszczegółowione i sprecyzowane zostały przepisy dotyczące warunków dopuszczenia produktu leczniczego do obrotu, wymagania w zakresie jego szczegółowej charakterystyki i procedury wzajemnego uznawania przez inne państwa członkowskie, które w ramach Wspólnoty Europejskiej obowiązywały już z końcem lat 80 XX wieku. Po raz pierwszy uregulowano w tej ustawie kwestie związane z reklamą leków oraz niepożądanym ich działaniem, a w ramach inspekcji farmaceutycznej utworzono nową kategorię inspektorów do spraw wytwarzania, odpowiedzialnych za kontrolę producentów. Pierwotny tekst ustawy Prawo farmaceutyczne odsyłał do 47 rozporządzeń wykonawczych, z których wiele liczy po kilkadziesiąt stron tekstu. Od chwili jej przyjęcia ustawa

⁷ W miejsce tradycyjnych określeń „środki lecznicze” (leki) i „substancje farmaceutyczne” wprowadziła definicję wspólnotową „produkt leczniczy”.

była wielokrotnie nowelizowana – po wejściu Polski do Unii Europejskiej aż 20 razy. Największa nowelizacja pierwotnego tekstu ustawy miała miejsce 30 marca 2007 roku, na mocy ustawy zmieniającej, obejmującej aż 50 stron tekstu. Konieczność tak dużej nowelizacji pierwotnych zapisów z 2001 roku, zgodnych z ówczesnym prawem wspólnotowym, wynikała z faktu przyjęcia 31 marca 2004 przez Parlament Europejski i Radę 3 dyrektyw wspólnotowych: 2004/24/WE i 2004/27/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu dotyczącego produktów leczniczych stosowanych u ludzi i 2004/28/WE w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, jak również dyrektywy 2001/20/WE z 4 kwietnia 2001 roku w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, odnoszących się do wdrożenia zasady dobrej praktyki klinicznej w prowadzeniu badań klinicznych produktów leczniczych przeznaczonych do stosowania przez człowieka. Wskazane trzy dyrektywy zastąpiły lub udoskonaliły postanowienia kilkudziesięciu wcześniejszych. Po wspomnianej nowelizacji ustawa Prawo farmaceutyczne jest jedną z najnowszych w zakresie materialnego prawa administracyjnego i liczy aż 102 strony tekstu. Dodano do niej dwa nowe rozdziały, dotyczące klinicznych produktów leczniczych i wydawania zezwoleń na dopuszczenie produktów leczniczych do obrotu oraz wykonywania działalności gospodarczej w tym zakresie, obejmujące 42 artykuły i 42 nowe artykuły w pozostałych rozdziałach⁸. Znowelizowana ustawa doprecyzowała wiele kwestii związanych z wytwarzaniem i reklamą produktów leczniczych, obrotem nimi, funkcjonowaniem hurtowni i aptek oraz kompetencjami, obowiązkami i uprawnieniami inspekcji farmaceutycznej. Uregulowała po raz pierwszy prowadzenie badań klinicznych produktów leczniczych z udziałem osób dorosłych i małoletnich i obowiązek przedkładania państwom członkowskim i Komisji Europejskiej wyników takich badań. Zdefiniowała wiele nowych pojęć i wprowadziła przepisy o odpowiedzialności za szkody wyrządzone produktami leczniczymi, zasady kontroli i monitorowania bezpieczeństwa stosowania produktów leczniczych oraz zasady współpracy państw członkowskich w tym zakresie, zasady kontroli wytwórców produktów leczniczych przez inspektorów farmaceutycznych do spraw wytwarzania (nie rzadziej niż raz na 3 lata), badań jakościowych produktów leczniczych dopuszczonych do obrotu w Polsce po raz pierwszy i w wielu innych kwestiach.

⁸ Natomiast z pierwotnego tekstu skreślono jedynie 5 artykułów. O ile pierwotnie ustawa obejmowała 134 artykuły, o tyle obecnie liczy ich aż 216 i z całą pewnością jej objętość i treść co najmniej się podwoiła.

Wpływ wspólnotowych standardów na polskie regulacje dotyczące substancji niebezpiecznych i preparatów chemicznych

Kolejnym przykładem dużego wpływu wspólnotowych standardów na polskie ustawodawstwo w zakresie prawa administracyjnego materialnego jest ustawa z 11 stycznia 2001 roku o substancjach i preparatach chemicznych. Zastąpiła ona skromną w treści i przestarzałą ustawę z 1963 roku o substancjach trujących. Od przyjęcia pierwotnego tekstu w 2001 roku była ona 10 razy nowelizowana. Stanowi stosunkowo obszerny akt prawny (23 strony tekstu) i odsyła aż do 17 rozporządzeń wykonawczych. Ustawa ta przywołuje aż 46 dyrektyw europejskich z lat 1961–2001, dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w zakresie produkcji, obrotu i bezpiecznego stosowania wszelkich substancji niebezpiecznych i preparatów chemicznych. Wprowadziła po raz pierwszy przepisy dotyczące dobrej praktyki laboratoryjnej, wymagania co do karty szczegółowej charakterystyki substancji niebezpiecznych i innej dokumentacji technicznej oraz ich pakowania i etykietowania, magazynowania i transportu. Na mocy tej ustawy utworzony został nowy centralny organ administracji rządowej – urząd Inspektora do spraw Substancji i Preparatów Chemicznych, podległy ministrowi zdrowia i wykonujący zadania w niej określone. Ustawa po raz pierwszy szczegółowo uregulowała wymagania dotyczące wprowadzania do obrotu substancji nowej, a także badań substancji i preparatów chemicznych, informowania o niebezpiecznych preparatach, ich oznakowania, opakowania i stosowania oraz sprawowania nadzoru przez właściwe służby inspekcyjne: Inspekcję Ochrony Środowiska, Inspekcję Handlową, Państwową Inspekcję Pracy, Straż Graniczną i Państwową Straż Pożarną.

Wpływ wspólnotowych standardów na polskie prawo ochrony środowiska

Do najobszerniejszych regulacji z zakresu materialnego prawa administracyjnego należy ustawa z 27 kwietnia 2001 roku Prawo ochrony środowiska. Składa się ona z obszernych 8 tytułów, podzielonych odpowiednio na kilkanaście działów, a w ich obrębie rozdziałów, obejmujących ogółem aż 442 artykuły⁹. Pomimo że nowa ustawa jest tak bardzo obszerna, to odsyła aż do 51

⁹ Zastąpiła ona zwięzłą ustawę o ochronie środowiska naturalnego z 1980 roku. Należy także zaznaczyć, że pierwszą skromną ustawę o ochronie środowiska naturalnego w Polsce uchwalono już w okresie międzywojennym, w 1936 roku, jako drugą historycznie w Europie.

rozporządzeń wykonawczych. Ustawa ta była przygotowywana i została uchwalona w okresie negocjacji Polski o akcesję do Unii Europejskiej. W znowelizowanym brzmieniu przywołuje ona 29 dyrektyw europejskich z lat 1975–2003 i rozporządzenie Parlamentu i Rady z 18 stycznia 2006 roku (2006/166/WE), które z całą pewnością wywarły znaczący wpływ na treść zapisów w niej zawartych¹⁰. Po raz pierwszy zdefiniowano w niej wiele pojęć nieznanych uprzednio tej dziedzinie prawa administracyjnego, takich jak: poważna awaria, zrównoważony rozwój i wiele innych. Określono też zadania państwa w dziedzinie polityki ekologicznej, kompetencje, obowiązki i uprawnienia organów administracji publicznej państwa. Zwrócono także uwagę na udział społeczeństwa w postępowaniu w sprawie ochrony środowiska, udostępnianie informacji o środowisku i jego ochronie, rolę organizacji ekologicznych i powszechną edukację w tej dziedzinie. Jednym z kluczowych postanowień jest zapis art. 8 tej ustawy. Wynika z niego, że polityki, strategie, plany, programy dotyczące w szczególności przemysłu, energetyki, transportu, telekomunikacji, gospodarki wodnej, gospodarki odpadami, gospodarki przestrzennej, leśnictwa, rolnictwa, rybołówstwa, turystyki i wykorzystywania terenu powinny uwzględniać zasady ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju. Ochrona środowiska powinna być elementem wszelkich polityk, jakie państwo prowadzi. W ramach realizacji polityki ekologicznej państwa samorządy terytorialne są obowiązane realizować odpowiednio wojewódzkie, powiatowe i gminne programy ochrony środowiska (art. 17). Takie podejście do tego problemu we Wspólnocie Europejskiej zaznaczało się wyraźnie od połowy lat 80 XX wieku. Z kolei z art. 12 ustawy wynika, że każda decyzja administracyjna wydana z naruszeniem przepisów dotyczących ochrony środowiska z mocy prawa jest nieważna. W powołanej ustawie przyjętej pod wpływem dyrektyw europejskich szczególnie rozbudowane zostały przepisy w sprawie prowadzenia państwowego monitoringu, z uwzględnieniem wszelkich elementów składowych środowiska naturalnego: powietrza, wód, ziemi, ochrony przed hałasem i polami elektromagnetycznymi, kopalni, a także flory i fauny. W zakresie przeciwdziałania zanieczyszczeniom środowiska wprowadzono liczne przepisy dotyczące instalacji, urządzeń, substancji i produktów oraz dopuszczalnych wielkości emisji, a także prowadzenia okresowych ich pomiarów przez wszelkich użytkowników. Nowością było także przyjęcie rozbudowanych przepisów prawnych o odpowiedzialności w ochronie środowiska: cywilnej, karnej i administracyjnej, a także licznych innych przepisów o środkach finansowo-prawnych ochrony środowiska.

¹⁰ Z jej postanowieniami ściśle są powiązane wcześniejsze ustawy, np. ustawa z 1991 roku o Inspekcji Ochrony Środowiska albo z 1996 roku o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, czy uchwalone w 2001 roku ustawa o odpadach i ustawa Prawo wodne.

Dopełnienie ustawy Prawo o ochronie środowiska stanowi nosząca tę samą datę ustawa Prawo o odpadach, stanowiąca całkowitą nowość w polskim prawie. Przywołuje ona 12 dyrektyw europejskich, przyjętych w latach 1975–2003. W celu jej wykonania wydanych zostało 30 rozporządzeń. Ustawa uregulowała zasady postępowania z odpadami w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzi oraz ochronę środowiska, zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju, a w szczególności zasady zapobiegania powstawaniu odpadów lub ograniczania ich ilości i negatywnego oddziaływania na środowisko, a także odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Sprecyzowała obowiązki wszelkich wytwórców lub posiadaczy odpadów zgodnie z wymaganiami ochrony środowiska, oraz obowiązki opracowywania i realizowania planów gospodarki odpadami przez administrację publiczną państwa na wszystkich szczeblach: krajowym, wojewódzkim, powiatowym i gminnym. Szczególnie rozbudowane zostały przepisy określające zasady gospodarowania niektórymi niebezpiecznymi rodzajami odpadów, ich magazynowania i składowania.

Wpływ wspólnotowych standardów na polskie prawo o wyrobach medycznych

Pierwsze polskie rozwiązania prawne dotyczące wyrobów medycznych zostały przyjęte pod wpływem standardów europejskich w ustawie z 27 lipca 2001 roku. W świetle wspólnotowego prawa pod pojęciem „wyrób medyczny” rozumie się narzędzia, przyrządy, aparaturę i sprzęt medyczny, stosowane w diagnostyce, terapii i rehabilitacji medycznej, począwszy od najprostszych (np. igły jednorazowego użytku) aż po niezwykle skomplikowane i złożone technologie medyczne (tomografy, skanery, aparatura do sztucznego podtrzymywania funkcji fizjologicznych organizmu człowieka itp.). Bezpieczeństwo pacjentów i osób udzielających im rozmaitych świadczeń zdrowotnych wymaga, aby wyroby medyczne spełniały określone standardy. Odpowiednie normy w tym zakresie wprowadziła po raz pierwszy wskazana ustawa. Była ona stosunkowo skromna w treści i obejmowała łącznie 38 artykułów, pogrupowanych odpowiednio w 8 związanych rozdziałach. Udoskonalony i o wiele obszerniejszy akt prawny stanowi ustawa z 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych. Obejmuje ona aż 106 artykułów zawartych w 11 rozdziałach. Stanowi ona wykonanie czterech następujących dyrektyw europejskich: 90/385/EWG, 98/79/WE, 2003/12/WE i 2003/32/WE. W obydwu ustawach zostały uregulowane następujące problemy:

- 1) wymagania zasadnicze co do wyrobów medycznych,
- 2) klasyfikacja wyrobów medycznych i ocena ich zgodności z wymaganiami zasadniczymi,

- 3) wprowadzanie wyrobów medycznych po raz pierwszy,
- 4) badania kliniczne i ocena wyrobów medycznych do różnego przeznaczenia i aktywnych wyrobów do implantacji,
- 5) inspekcja badań klinicznych,
- 6) prowadzenie rejestru wytwórców i wyrobów medycznych,
- 7) nadzór nad wytwarzaniem, wprowadzaniem do obrotu i używaniem wyrobów medycznych,
- 8) warunki używania wyrobów medycznych,
- 9) incydenty medyczne.

W obydwu omówionych ustawach przyjęto po raz pierwszy szereg przepisów mających na celu zwiększenie bezpieczeństwa pacjentów i personelu medycznego i eliminowanie incydentów medycznych. Pod pojęciem incydentu medycznego ustawodawca rozumie każde wadliwe działanie, pogorszenie cech lub działania wyrobu medycznego, jak również każdą nieprawidłowość w oznakowaniach lub w instrukcjach używania, które mogą lub mogły bezpośrednio lub pośrednio doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta, użytkownika lub osoby trzeciej, albo techniczną lub medyczną nieprawidłowość związaną z właściwościami lub działaniem wyrobu medycznego, prowadzącą ze wskazanych przyczyn do systematycznego wycofywania wyrobów tego samego typu przez wytwórcę. Ustawa wprowadziła obowiązek zgłaszania incydentów medycznych przez wytwórców, autoryzowanych przedstawicieli, dystrybutorów, importerów, podmiotów odpowiedzialnych za wprowadzenie do obrotu wyrobu medycznego, zakłady opieki zdrowotnej, personel medyczny, organy inspekcji, ośrodki prowadzące systemy zewnętrznej kontroli jakości laboratoriów diagnostycznych, jeśli stwierdzono ich zaistnienie (art. 62). Ustawa wymaga, aby każdy wyrób medyczny był oznaczony znakiem CE umieszczonym w instrukcji używania, na opakowaniu handlowym i, jeżeli to możliwe, na wyrobie medycznym lub jego opakowaniu gwarantującym sterylność, w sposób widoczny, czytelny i nieusuwalny (art. 6). Pełna dokumentacja dotycząca oceny wyrobu medycznego i jego zgodności z wymaganiami zasadniczymi powinna być przechowywana przez 5 lat od dnia zakończenia jego produkcji (art. 18).

Podsumowanie

Proces dostosowywania polskiego prawa do wspólnotowego ustawodawstwa rozpoczął się już z początkiem lat 90. Już w tym czasie pod wpływem rozporządzeń i dyrektyw europejskich zostały przyjęte nowe ustawy w kwestiach nieuregulowanych uprzednio w polskim prawie. Przyspieszenie działań nastąpiło w okresie negocjacji Polski o akcesję do Unii Europejskiej i już po

niej. Wpływ wspólnotowego prawa jest widoczny niemal we wszystkich gałęziach i dziedzinach polskiego prawa. Szczególnie zaznaczył się on jednak w prawie administracyjnym, w jego dziedzinach i obszarach dotyczących zwłaszcza zdrowia publicznego, ochrony środowiska, ochrony praw konsumenta. Aby wykazać słuszność tezy postawionej na wstępie przywołano i omówiono pokrótce tylko kilka nowszych ustaw z zakresu prawa żywnościowego, prawa farmaceutycznego i prawa o ochronie środowiska.

Bibliografia

- Alt M., *Prawo europejskie*, Warszawa 1995.
- Arnold R., *Znaczenie prawa europejskiego dla polskiej praktyki prawnej*, „Monitor Prawniczy” 1996, nr 2.
- Boć J., Samborska-Boć E., *Ochrona środowiska*, Wrocław 1994.
- Informacja Ministra Zdrowia dla Sejmowej Komisji Zdrowia na temat przystosowana polityki zdrowotnej Polski i harmonizacji prawa z zakresu ochrony zdrowia do wymogów Unii Europejskiej, Warszawa 1999 (materiały niepublikowane).
- Jasudowicz T., *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1987.
- Lasok D., *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Toruń 1998.
- Leoński Z., *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2002.
- Paczulski R., *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz 2000.
- Poździoch S., *Prawo zdrowia publicznego*, Kraków 2004.
- Świątkowski A., *Europejskie Prawo Socjalne*, t. II: *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 1999.
- Wspólny standard do osiągnięcia – stan urzeczywistnienia*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1998.

Summary

The paper is an attempt for the assessment of the level of European legal norm influence on Polish legislation in particular sphere of administrative law. The undertaken analysis and evaluation if the presented problem has been conducted in the special attention to the regulations concerning health protection and environment protection. In the sphere of above indicated of law the already existing Polish regulations, amended under the influence of community law as well as these adopted in Poland for the first time.

Grażyna Grabarczyk

Perspektywy rozwoju prawa karnego w państwach Unii Europejskiej

W literaturze przedmiotu istnieje szereg opinii na temat istnienia „europejskiego prawa karnego”¹. Z uwagi na brak na obszarze Unii Europejskiej regulacji, takich jak europejski kodeks karny czy europejski kodeks postępowania karnego, dyskusyjne są poglądy co do zawartości tej dziedziny prawa. Prawo karne w tym kontekście pozostało domeną państw członkowskich². Często mówi się o stopniowej europeizacji prawa karnego państw członkowskich, na którą wpływ mają niewątpliwie regulacje Unii Europejskiej i Rady Europy. Europeizacja prawa karnego może polegać zarówno na harmonizacji tego prawa (rozumianej jako likwidacja niektórych różnic pomiędzy prawem państw członkowskich), jak i jego unifikacji. W literaturze przedmiotu wskazuje się również na pojęcie zbliżenia (*approximation*), które jest jednak procesem wymagającym nie tylko usuwania różnic między systemami prawnymi, ale również wprowadzenia pewnych minimalnych standardów³. Wszystkie działania zmierzające do wyeliminowania różnic prowadziłyby i tak ostatecznie do jednolitego ustawodawstwa dla wszystkich państw członkowskich.

¹ Zob. na ten temat: L. Kubicki, *Prawo karne europejskie (narodziny pojęcia)*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 12.

² A. Grzelak, *Czy istnieje europejskie prawo karne? Nowa Europa*, „Przegląd Natoliński” 2006, nr 2, s. 183 i n.

³ Szerzej na ten temat A. Lach, *Europejska pomoc prawna w sprawach karnych*, Toruń 2007, s. 102 i n.

W przeszłości podejmowano kilka prób harmonizacji prawa karnego w niektórych obszarach⁴. I tak w 1962 roku stworzono grupę roboczą, która miała zbadać sytuację w zakresie zwalczania naruszeń prawa wspólnotowego. Prace dotyczyły kwestii proceduralnych, a także ewentualnej odpowiedzialności karnej urzędników. W 1966 roku ostatecznie zrezygnowano z opracowania projektu traktatu, bowiem Francja odstąpiła od prac w tej grupie⁵.

Dziesięć lat później stworzono kolejną grupę roboczą. Rezultatem jej pracy było przekazanie w 1976 roku Radzie dwóch projektów traktatów. Pierwszy z nich dotyczył odpowiedzialności karnej urzędników wspólnotowych; drugi odnosił się do „europrzestępstw” i opisywał oszustwa finansowe i prowadzenie postępowań za naruszenie prawa wspólnotowego. Z uwagi na rolę budżetu wspólnotowego kolejne próby harmonizacji podejmowane były przez Parlament Europejski. Na tym etapie prace koncentrowały się jednak tylko na przestępstwach finansowych. W 1976 roku Parlament Europejski przedstawił raport dotyczący tych kwestii oraz przyjęto rezolucję w pełni wspierającą proponowane traktaty. Parlament zaprosił Komisję do prowadzenia dalszych badań w tej dziedzinie. Zaproponowane traktaty nie zostały jednak ostatecznie przyjęte.

W państwach Unii Europejskiej zawarto jednak pewne porozumienia, dotyczące stosowania traktatów w ramach Rady Europy. Ich przedmiotem było przekazywanie postępowań karnych i ujednoczanie norm dotyczących ekstradycji w dwóch konwencjach (pierwsza, z 1995 roku, dotyczyła uproszczenia procedury ekstradycyjnej między państwami członkowskimi; druga, z 1996 roku – ekstradycji pomiędzy państwami członkowskimi). Żadna z tych konwencji nie została jednak ratyfikowana przez wszystkie państwa członkowskie, chociaż wezwała do tego Rada Europejska na szczycie w Tampere w 1999 roku⁶.

Chociaż początkowo próby działań w zakresie prawa karnego nie miały szerokiego zastosowania, należy zauważyć, że w literaturze przedmiotu pojawiły się definicje europejskiego prawa karnego. Do źródeł tego prawa można zaliczyć: 1) regulacje zawarte w prawie wspólnotowym; 2) regulacje dotyczące międzypaństwowej współpracy w sprawach karnych; 3) regulacje chro-

⁴ A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006.

⁵ A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002, s. 129.

⁶ A. Gruszczak, *III filar Unii Europejskiej po Tampere: wnioski i perspektywy*, „*Studia Europejskie*” 2000, nr 3, s. 93.

niące prawa człowieka, w szczególności zaś Europejską konwencję praw człowieka wraz z protokołami dodatkowymi⁷.

Inny autor, Ch. Harding, uważa, że europejskie prawo karne stanowi: wielostronne prawo traktatowe (wspólnotowe prawo pierwotne, konwencje Rady Europy itp.); wspólnotowe prawo wtórne; orzecznictwo sądów europejskich (tj. Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka) oraz instrumenty wspomagające prawo (np. rezolucje, rekomendacje Rady Europy, raporty). Do trójpodziału europejskiego prawa karnego nawiązuje również A. Lach, który uważa, że taki podział jest uzasadniony i użyteczny⁸.

Kolejne zmiany w zakresie pojmowania źródeł europejskiego prawa karnego pojawiły się w Traktacie z Maastricht z 1992 roku. W tytule VI traktatu: „Współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych” wskazano, że źródłami prawa w III filarze są: wspólne stanowiska, decyzje ramowe, wspólne działania i konwencje. Te ostatnie dla wejścia w życie musiały być ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie⁹. Poza wymienionymi wyżej czterema źródłami prawa Rada przyjmuje też akty o charakterze niewiążącym, np. rezolucje czy zalecenia.

Reformę III filaru przyniósł Traktat amsterdamski z 1997 roku, który wszedł w życie 1 maja 1999 roku¹⁰. Zgodnie z jego przepisami zadaniem UE jest stworzenie obywatelom obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. W dokumencie tym w istotny sposób zmieniono katalog źródeł prawa. Wspólne działania zastąpiono decyzjami ramowymi i decyzjami. W odniesieniu do konwencji zniesiono natomiast wymóg ratyfikacji przez wszystkie państwa członkowskie, zastępując go większością ratyfikacji, chyba że konwencja stanowi inaczej. Istotne zmiany dotyczyły także kwestii proceduralnych i kompetencji takich organów, jak: Komisja, Parlament Europejski czy Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W tym zakresie wzrosła rola Parlamentu, który w większym stopniu może uczestniczyć w procesie legislacyjnym. W art. 35 TUE uregulowano także uprawnienia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w ramach III filaru.

W kolejnym znaczącym dla III filaru dokumencie (Traktacie nicejskim z 2001 roku) zmiany miały charakter mniej radykalny niż w Traktacie am-

⁷ G. Corstens, J. Pradel, *European Criminal Law*, Kluwer 2002, s. 9.

⁸ A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008, s. 13 i n.

⁹ *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, wyd. II, Lublin 2005, s. 23 i n.

¹⁰ J. Menkes, *Zbliżenie prawa polskiego do prawa wspólnotowego po Traktacie Amsterdamskim, [w:] Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 14.

sterdamskim¹¹. W przepisach (do art. 29 i 31 TUE) wprowadzono możliwość utworzenia Europejskiej Jednostki Współpracy Sądowej (Eurojustu), odniesiono się także do zadań Europejskiej Sieci Sądowej. Dokonano zmian odnośnie do wzmocnionej współpracy w III filarze. Celem wzmocnionej współpracy w jakiegokolwiek dziedzinie określonej w tytule VI jest umożliwienie Unii szybszego przekształcenia się w przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, przy jednoczesnym poszanowaniu kompetencji Wspólnoty Europejskiej¹².

Ważne postanowienia w sprawach karnych zawarte są w przepisach Traktatu z Lizbony¹³. Zasadnicza zmiana, jaka nastąpi na mocy Traktatu, ma charakter strukturalny i jest związana z zastąpieniem obecnej trójfilarowej struktury UE jedną organizacją, spójną pod względem strukturalnym, mechanizmu decyzyjnego i instrumentów prawnych. Zmiany zawarte w omawianym traktacie przejęły prawie w całości propozycje zawarte uprzednio w Traktacie konstytucyjnym. Polegają one głównie na systematyzacji i konkretyzacji istniejących regulacji traktatowych, chociaż najważniejszą kwestią jest ujęcie obecnych dwóch obszarów Przestrzeni Wolność, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (PWBiS) jednolitym reżimem prawnym przyszłej organizacji międzynarodowej Unii.

W całym obszarze PWBiS (w tym w dzisiejszym obszarze III filaru) stosowane będą jednolite instrumenty prawne, odpowiadające obecnym rozporządzeniom, dyrektywom i decyzjom. W celu przekształcenia instrumentów prawnych III filaru w rozporządzenia, dyrektywy i decyzje ustanowiono 5-letni okres przejściowy od chwili wejścia w życie Traktatu z Lizbony. Po upływie tego okresu zacznie działać reżim ogólny (analogiczny do obecnego wspólnotowego). Będzie to miało oczywiście wpływ na kompetencje instytucji europejskich (w tym Trybunału Sprawiedliwości). Jeżeli chodzi o zmiany instytucjonalne zawarte w Traktacie z Lizbony, umocniono status Eurojustu oraz ustanowiono podstawę prawną do powołania Prokuratury Europejskiej, której zadaniem miałyby być przede wszystkim zwalczanie przestępstw przeciwko interesom finansowym Unii (zadania tej instytucji mogą być rozszerzone o zwalczanie poważnej przestępczości o charakterze transgranicznym).

Bardzo istotną kwestią jest umocnienie kontroli demokratycznej nad PWBiS przez parlamenty narodowe poprzez: korzystanie z procedury monitorowania zasady pomocniczości, otrzymywanie informacji o ocenie wykonywania

¹¹ *Podstawy prawa Unii Europejskiej*, red. J. Galster, Toruń 2006, s. 81.

¹² Zob. szerzej B. Kuźniak, A. Capik, *Traktat Nicejski. Komentarz*, Warszawa 2002.

¹³ J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską*, Warszawa 2008, s. 79 i n.

przez państwa członkowskie działań w ramach PWBIS i ocenianie działalności Eurojustu i Europolu.

Wszystkie te zmiany w dziedzinie PWBIS są oceniane szczególnie pozytywnie, pozwalają bowiem na rozwój zasobu prawnego w tej dziedzinie, ale przede wszystkim mają ogromny wpływ na właściwy proces integracji europejskiej¹⁴.

Nie oznacza to, że w europejskich regulacjach brak przykładów instrumentów prawnych opartych na zasadzie wzajemnego uznawania, które mają już szerokie zastosowania. Pierwszym z nich jest Europejski Nakaz Aresztowania (ENA). Jego funkcjonowanie w ramach III filaru reguluje decyzja ramowa 2002/584/WSiSW z czerwca 2002 roku w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania osób pomiędzy państwami członkowskimi. Uważa się, że dokument ten całkowicie odmienił procedurę ekstradycyjną w UE¹⁵.

Decyzja ramowa dotycząca ENA została implementowana do prawa polskiego ustawą z 18 marca 2004 roku o zmianie ustawy kodeks karny, ustawy kodeks postępowania karnego oraz ustawy kodeks wykroczeń. Wcześniej, bo od 1 stycznia 2003 roku, w sześciu państwach (Belgia, Hiszpania, Wielka Brytania, Francja, Portugalia i Luksemburg) na podstawie art. 27 dokumentu decyzja ta zaczęła obowiązywać.

ENA zastąpił w stosunkach między państwami członkowskimi obowiązujące dotychczas traktaty i umowy ekstradycyjne (zawarte wcześniej w art. 31 decyzji) oraz umowy bilateralne między państwami członkowskimi. Zaznaczono jednak, że państwa mogą nadal stosować dotychczasowe umowy, a nawet zawierać nowe, jeżeli będą miały one wpływ na uproszczenie procedury i przekazanie sprawcy¹⁶. ENA może zostać wydany w stosunku do osoby ściganej w celu przeprowadzenia wobec niej postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności i zastosowania środka zabezpieczającego. Procedura w tym zakresie rozpoczyna się wydaniem decyzji sądowej państwa członkowskiego. Jest to wniosek do organu sądowego drugiego państwa członkowskiego o aresztowanie i wydanie osoby ściganej¹⁷.

ENA opiera się na automatycznym uznaniu wniosku o jego realizacji na całym obszarze Unii. Pozwala to na skrócenie w dużym stopniu czasu rozpa-

¹⁴ *Ibidem*, s. 82.

¹⁵ Zob. na ten temat: *Europejski Nakaz Aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2008; *Decyzja Ramowa Rady UE o europejskim nakazie aresztowania i procedurach przekazania między państwami członkowskimi: OJ L 190, 18/07.2002*, s. 1.

¹⁶ M. Płachta, *Europejski Nakaz Aresztowania a ekstradycja*, „Jurysta” 2002, nr 11–12.

¹⁷ Zob. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. III, Warszawa 2007.

trzenia wniosku, wydania osoby ściganej, a tym samym na usprawienia procedury ekstradycji.

Zastosowanie ENA możemy rozpatrywać pod kątem procedury jego wydania, a także wykonania. Po nowelizacji przepisów w prawie polskim trafnym zabiegiem ustawodawcy było określenie w k.p.k. ENA wydawanego w Polsce mianem nakazu, a ENA wykonywanego w naszym kraju mianem nakazu europejskiego.

W pierwszym przypadku nakaz może być wydany w celu ścigania bądź wykonania prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności. Zgodnie z art. 607a k.p.k. „w razie podejrzenia, że osoba ścigana za przestępstwo popełnione na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przebywa na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, właściwy miejscowo sąd okręgowy, na wniosek prokuratora, może wydać europejski nakaz aresztowania”. Oprócz ENA, który nie jest samodzielną podstawą pozbawienia wolności, musi istnieć prawomocne postanowienie o tymczasowym aresztowaniu bądź prawomocnie orzeczona kara lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności. Orzeczenie takie należy wskazać w formularzu ENA¹⁸.

Warto w tym miejscu wskazać na przyczyny uniemożliwiające wydanie nakazu. Należą do nich: wskazanie, że zarzucany czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności do 1 roku lub orzeczona kara nie przekracza 4 miesięcy pozbawienia wolności. Oznacza to, że wydanie ENA możliwe jest przy czynach zagrożonych karą od 2 lat pozbawienia wolności i przy orzeczonej karze co najmniej 5 miesięcy pozbawienia wolności. Jest to zawężenie stosowania ENA, gdyż w decyzji ramowej przyjęto okresy 1 roku i 4 miesięcy jako początkowe. Po wydaniu nakaz jest tłumaczony na język państwa, do którego ma zostać przesłany, lub na inny język wskazany przez to państwo. Gdy miejsce pobytu osoby ściganej jest znane, nakaz przekazuje się bezpośrednio właściwemu organowi; natomiast gdy miejsce nie zostało ustalone, można przetłumaczyć nakaz na język angielski i przelać do Interpolu.

W związku z przystąpieniem Polski do Systemu Informatycznego Schengen możliwe jest umieszczenie wpisu o ENA w tym systemie (na podstawie art. 3, ust. 1, pkt 2 ustawy z 24 sierpnia 2007 roku o udziale Polskiej Rzeczypospolitej w Systemie Informatycznym Schengen oraz Systemie Informacji Wizowej)¹⁹.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ M. T. Ford-Classen, *Współpraca w dziedzinie sądownictwa w ramach Układu z Schengen*, [w:] *Układ z Schengen. Współpraca policji i organów sprawiedliwości po Maastricht*, red. J. Beczała, Łódź 1998, s. 18.

Na postanowienie w przedmiocie wydania nakazu nie przysługuje zażalenie. Po przekazaniu i prawomocnym zakończeniu postępowania lub wykonania kary informuje się państwo przekazujące.

W przypadku wykonania ENA w Polsce, choć w przedmiocie przekazania orzekają sądy okręgowe, uprawnionymi do jego otrzymania są prokuratury okręgowe (gdy miejsce pobytu osoby ściganej w Polsce jest znane) oraz Prokuratura Krajowa (gdy miejsce pobytu ściganego w Polsce nie zostało ustalone). Po otrzymaniu nakazu europejskiego prokurator przesłuchuje osobę, której nakaz dotyczy, informując ją o jego treści oraz o możliwości wyrażenia zgody na przekazanie lub zgody na niezastosowanie przepisu art. 607e § 1 k.p.k.. Aby osoba ścigana nie ukryła się stosuje się zazwyczaj środki zapobiegawcze, orzekane przez sąd okręgowy na posiedzeniu, w którym mogą wziąć udział prokurator oraz obrońca. Na postanowienie w przedmiocie przekazania przysługuje zażalenie.

W przepisach polskiego k.p.k. wskazuje się na obligatoryjne i fakultatywne podstawy odmowy wykonania ENA.

Obligatoryjnie wykonania nakazu odmawia się (art. 607o k.p.k.), gdy:

- 1) przestępstwo, którego dotyczy nakaz europejski, w wypadku jurysdykcji polskich sądów karnych, podlega darowaniu na mocy amnestii,
- 2) w stosunku do osoby ściganej zapadło w innym państwie prawomocne orzeczenie co do tych samych czynów oraz w wypadku skazania za te same czyny; wówczas osoba ścigana odbywa karę lub ją odbyła albo kara nie może być wykonana według prawa państwa, w którym zapadł wyrok skazujący,
- 3) wobec osoby ściganej zapadło prawomocne orzeczenie o przekazaniu do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej,
- 4) wiek osoby, której dotyczy nakaz europejski (według prawa polskiego), wyłącza ją z odpowiedzialności karnej za czyny będące podstawą nakazu europejskiego,
- 5) wykonanie nakazu naruszałoby wolności i prawa człowieka,
- 6) nakaz wydany został w związku z przestępstwem popełnionym bez użycia przemocy z przyczyn politycznych.

Fakultatywnie odmawia się wykonania nakazu europejskiego, kiedy:

- 1) przestępstwo będące podstawą wydania nakazu europejskiego nie stanowi przestępstwa według polskiego prawa (nie ma tu obligatoryjnej podstawy odmowy),
- 2) przeciwko osobie ściganej, której dotyczy ENA, w RP toczy się już postępowanie karne o to samo przestępstwo,
- 3) wobec osoby ściganej za czyn będący podstawą nakazu europejskiego zapadło prawomocne orzeczenie o odmowie wszczęcia postępowania,

- o umorzeniu postępowania (lub inne orzeczenie kończące postępowanie w sprawie),
- 4) według polskiego prawa nastąpiło przedawnienie ścigania oraz wykonania kary,
 - 5) nakaz europejski dotyczy przestępstw, które według polskiego prawa zostały popełnione na terytorium RP, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym,
 - 6) za czyn zabroniony, którego dotyczy nakaz europejski, w państwie wydania nakazu można orzec karę dożywotniego pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności bez możliwości ubiegania się o jego skrócenie²⁰.

Oprócz wskazanych w decyzji ramowej i k.p.k. sytuacji, kiedy do przekazania nie dochodzi, w literaturze przedmiotu wyróżnia się podstawy dorozumiane wywodzone z preambuły do decyzji ramowej i samej decyzji²¹.

Drugim z instrumentów unijnych, na który wskazuje się w literaturze przedmiotu jako na przykład zmian w europejskim prawie karnym, jest projekt *Corpus Iuris*²². Zawiera on podstawy uniwersalnych zasad prawa karnego materialnego i procesowego, których stosowanie ma na celu zwalczanie przestępstw szkodzącym interesom finansowym WE. Projekt ten oprócz typizacji przestępstw zawiera uregulowania dotyczące zasad odpowiedzialności karnej i wymiaru kary, przepisy proceduralne oraz reguły jurysdykcyjne. Jest on reakcją na gwałtowny wzrost przestępczości w ogóle, a także częstotliwości przestępstw związanych z likwidacją granic wewnętrznych oraz rozrostem aparatu urzędniczego i jego kompetencji decyzyjnych²³.

Corpus Iuris został opracowany na zlecenie Parlamentu Europejskiego w celu stworzenia Europejskiego Obszaru Sądownictwa. Przedstawiano go do debaty politycznej na forum specjalnie zaproszonej publiczności podczas seminarium w San Sebastian w Hiszpanii w kwietniu 1997 roku, które zostało zorganizowane przez Komitety Budżetu oraz Wolności Obywatelskich i Spraw Wewnętrznych Parlamentu Europejskiego. W uchwałach z czerwca i października 1997 roku Parlament Europejski wezwał Komisję do przeprowadzenia badań nad możliwością realizacji *Corpus Iuris*. Badania te wywołały

²⁰ A. Lach, *op. cit.*, s. 107–109.

²¹ A. Lach, *Problemy funkcjonowania europejskiego nakazu aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11, s. 24.

²² Szerzej na temat projektu pisali: A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 2; L. K. Paprzycki, *Corpus Iuris a polski kodeks postępowania karnego – problematyka harmonizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3; idem, *Corpus Iuris – projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4.

²³ *Corpus Iuris. Uwagi wprowadzające*, [w:] *Corpus Iuris*. Wydanie dwujęzyczne angielsko-polskie, tłum. A. Walczak-Zochowska, Warszawa 1999, s. 25.

dyskusję na temat roli prawa karnego i procedury karnej w integracji europejskiej. Dokonano wielu analiz z punktu widzenia pierwotnej treści aktu i podkreślono przeszkody odnoszące się do współpracy w tym zakresie. Obecna wersja pochodzi z 2000 roku i jest zwana *Corpus Iuris Florence*, gdyż zaprezentowano ją we Florencji. W tej wersji zmieniono głównie systematykę tekstu oraz zmodyfikowano (choć nieznacznie) większość przepisów.

Na wstępie trzeba wskazać, że w dokumencie tym stosuje się zasadę komplementarności prawa krajowego w stosunku do *Corpus Iuris*, co oznacza, że tam, gdzie jest to konieczne, przepisy uzupełniane są przepisami odpowiedniego prawa krajowego (z zakresu śledztwa, postępowania sądowego, wyroku i postępowania wykonawczego).

Corpus Iuris składa się z dwóch części; dotyczących odpowiednio prawa karnego materialnego i procesowego. Wszystkie postanowienia prawa karnego materialnego bazują na czterech fundamentalnych zasadach: *nullum crimen sine lege* (zasada legalności); zasadzie winy jako podstawy odpowiedzialności karnej, zasadzie proporcjonalności kar do popełnionego przestępstwa i zasadzie gwarancji sądowej (uznać winnym lub skazać może tylko niezależny i niezawisły sąd lub trybunał). W części szczegółowej kodeksu opisane są następujące czyny: oszustwo, oszustwo w obszarze zawierania umów, korupcja każdego urzędnika (zarówno europejskiego, jak i krajowego), pranie brudnych pieniędzy i paserstwo, związek przestępczy osób szkodzących interesom finansowym UE, sprzeniewierzenie funduszy, nadużycie stanowiska, wyjawienie tajemnicy służbowej). *Corpus Iuris* zrównuje w zakresie indywidualnej odpowiedzialności karnej odpowiedzialność sprawcy, pomocnika i podżegacza, zgodnie z tradycją prawną w państwach członkowskich. Za wskazane przestępstwa mogą być wymierzone kary podstawowe, do których dla osób fizycznych kodeks zalicza: karę pozbawienia wolności do lat 5 lub grzywnę określoną w stawkach dziennych (nieprzekraczającą 3000 euro dziennie; liczba dniówek nie może przekroczyć 365 – dla osób fizycznych; grzywnę w wysokości do 10 mln euro – dla organizacji). Jako karę dodatkową przewiduje się: publikację wyroku skazującego (w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich oraz w prasie codziennej, jeśli wymaga tego interes publiczny); zakaz zajmowania jakiegokolwiek urzędu publicznego wspólnotowego lub narodowego (za czyny opisane w art. 3–6), a także wykluczenie skazanej osoby fizycznej lub prawnej od zawarcia przyszłych umów z władzami publicznymi, wykorzystującymi fundusze wspólnotowe²⁴. Kodeks zawiera również postanowienia dotyczące zasad wymiaru kary w przypadku zbiegu przestępstw.

²⁴ O. Gómiok, [w:] *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. III: *Dokumenty karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 2000, s. 271–272.

W drugiej, procesowej części zawarto bardzo innowacyjne propozycje. Wszystkie postanowienia (art. 18–35) procedury karnej oparto na czterech zasadach: terytorialności, kontroli sądowej, kontradyktoryjności procesu i subsydiarności stosowania prawa narodowego.

Aby osiągnąć właściwy cel w realizacji procedury karnej, zaproponowano utworzenie urzędu Europejskiego Prokuratora Publicznego (EPP), który ma władzę niezależną, zarówno od instytucji wspólnotowych, jak i władz narodowych. EPP byłby odpowiedzialny za dochodzenie, śledztwo, przekazanie do postępowania sądowego, przedstawienie spraw w sądzie i wykonywanie kar zgodnie z *Corpus Iuris*. Na temat tego projektu można by pisać znacznie więcej, ale ramy publikacji to uniemożliwiają. Warto jednak wskazać, że z uwagi na skalę międzynarodowej przestępczości finansowej celowe wydaje się stworzenie pewnych środków zapobiegających takim działaniom. Ponieważ nie są podejmowane żadne efektywne środki w zakresie praktycznego stosowania *Corpus Iuris*, warto powiedzieć, że upływający czas działa tylko na niekorzyść tych zmian. Najwięcej zastrzeżeń zgłasza Wielka Brytania ze względu na np. zupełną niezgodność projektu z angielskim systemem prawnym²⁵.

Wskazane w powyższym opracowaniu wybrane przykłady rozwoju instytucji prawa karnego skłaniają do zadania pytania o przyszłość europejskiego prawa karnego. Trudno obecnie wskazać na jednolite działania w zakresie unijnego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. A. Klip wskazuje na trzy możliwości:

- 1) stworzenie w państwach Unii Europejskiej odrębnego systemu prawa karnego,
- 2) całkowitą harmonizację prawa,
- 3) stworzenie systemu w części europejskiego, a w części opartego na prawie krajowym²⁶.

Propozycje te nie dadzą się zastosować jednocześnie. W najbliższych latach za priorytetową sprawę należy uznać harmonizację najważniejszych obszarów prawa karnego i prawa procesowego. Powinny to być tylko te kwestie, które odgrywają znaczącą rolę i które można regulować. W dalszej kolejności, z uwagi na różne systemy prawne, suwerenność państw członkowskich, a także interesy unijne, można pomyśleć o takich rozwiązaniach, które odpowiadałyby prawu europejskiemu, a jednocześnie zabezpieczyły reguły prawa krajowego²⁷. Byłoby to podobne do rozwiązań funkcjonujących w USA, gdzie część przestępstw jest ścigana przez władze stanowe, część przez federalne.

²⁵ A. Grzelak, *Unia Europejska...*, s. 140–141.

²⁶ A. Klip, *The construction for Europe and Criminal Law: A Step not Far Enough*, „Maastricht Journal” 2005, nr 2, s. 115–123.

²⁷ A. Lach, *op. cit.*, s.138.

Traktat reformujący z 2007 roku ułatwia rozwój obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Podstawowym działaniem na tym polu jest niewątpliwie likwidacja podziału na filary UE, przyznanie Unii kompetencji dzielonych w zakresie obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości oraz umożliwienie stosowania instrumentów prawnych funkcjonujących w dotychczasowym I filarze. Na pewno bardzo przydatne dla rozwoju europejskiego prawa karnego są zabiegi o utworzenie Prokuratury Europejskiej (prawdopodobnie przez przekształcenie Eurojustu); powinna wzrosnąć rola sądownictwa unijnego, które mogłoby się wypowiedzieć w przedmiocie proporcjonalności podejmowanych działań. W tym celu z chwilą utworzenia prokuratury europejskiej potrzebne byłoby utworzenie izby sądowej do spraw karnych.

W zakresie procedury oprócz ENA trzeba mieć na uwadze przyjęcie w najbliższych latach decyzji ramowej o Europejskim Nakazie Dowodowym i jej implementacji, a także kwestie związane z Europejskim Nakazem Wykonawczym (dotyczy to wykonania kar o charakterze finansowym, kary ograniczenia wolności czy środków karnych). W literaturze przedmiotu proponuje się też wdrożenie idei umożliwienia przekazywania do wykonania nicizolacyjnych środków zapobiegawczych²⁸.

Na podstawie tej skrótowej analizy należy stwierdzić, że stworzenie kompleksowego europejskiego prawa karnego wydaje się obecnie niemożliwe. Podejmowane liczne działania świadczą o tym, że państwa Wspólnoty Europejskiej przynajmniej częściowo założenia te realizują.

Bibliografia

- Adamski A., *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego w Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz, *Przewodnik po traktacie z Lizbony*, Warszawa 2008.
- Corpus Iuris. Uwagi wprowadzające*, [w:] *Corpus Iuris*, wydanie dwujęzyczne angielsko-polskie, tłum. A. Walczak-Żochowska, Warszawa 1999.
- Corstens G., Pradel J., *European Criminal Law*, Kluwer 2002.
- Decyzja Ramowa Rady UE o europejskim nakazie aresztowania i procedurach przekazania między państwami członkowskimi: OJ L 190, 18/07.2002.*
- Europejski Nakaz Aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2008.
- Ford-Classen M. T., *Współpraca w dziedzinie sądownictwa w ramach Układu z Schengen*, [w:] *Układ z Schengen. Współpraca policji i organów sprawiedliwości po Maastricht*, red. J. Beczała, Łódź 1998.

²⁸ *Ibidem*, s. 139.

- Górnioł O., [w:] *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. III: *Dokumenty karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 2000.
- Gruszczak A., *III filar Unii Europejskiej po Tampere: wnioski i perspektywy*, „Studia Europejskie” 2000, nr 3.
- Grzelak A., *Czy istnieje europejskie prawo karne? Nowa Europa*, „Przegląd Natoliński” 2006, nr 2.
- Grzelak A., *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. III, Warszawa 2007.
- Klip A., *The construction for Europe and Criminal Law: A Step not Far Enough*, „Maastricht Journal” 2005, nr 2.
- Kubicki L., *Prawo karne europejskie (narodziny pojęcia)*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 12.
- Kuźniak B., Capik A., *Traktat Nicejski. Komentarz*, Warszawa 2002.
- Lach A., *Problemy funkcjonowania europejskiego nakazu aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11.
- Lach A., *Europejska pomoc prawna w sprawach karnych*, Toruń 2007.
- Lach A., *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008.
- Marek A., *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 2.
- Menkes J., *Zbliżenie prawa polskiego do prawa wspólnotowego po Traktacie Amsterdamskim*, [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998.
- Paprzycki L. K., *Corpus Iuris – projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4.
- Paprzycki L. K., *Corpus Iuris a polski kodeks postępowania karnego – problematyka harmonizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3.
- Płachta M., *Europejski Nakaz Aresztowania a ekstradycja*, „Jurysta” 2002, nr 11–12.
- Podstawy prawa Unii Europejskiej*, red. J. Galster, Toruń 2006.
- Prawo europejskie. Zarys wykładu*, red. R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, wyd. II, Lublin 2005.
- Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006.

Summary

In connection with dynamic development of the III-rd pillar of European Union as well as big number of initiatives reported within this range, it is necessary to draw attention to the most important existing regulations and also the an-

swer to a question: what will be the future of European criminal law. In such short study it is not possible to discuss all, or even the most important legal acts issued in EU since Maastricht Treaty has been put into effect in the field of justice and internal affairs. That is why only European Arrest Warrant and *Corpus Iuris* are discussed wider here. These two instruments were chosen not accidentally, because European Arrest Warrant is a mean, which replaces extradition with simple transferring the persons in order to carry out criminal action against them or to execute the penalty, while *Corpus Iuris* is a project of unification of chosen section of criminal law and this applies both to substantive criminal law and penal procedure. These both legal means are the documents of „new generation” improving cooperation in criminal cases. Except for already existing forms of European cooperation, directions of proposed changes are pointed out in this study. Such issues were analysed as: possibility to create separate criminal law system on area of EU, future of harmonization of individual areas of substantive criminal law and adjective criminal law, or creating the system that is partially European and partially national. All items included in the literature are worth to be considered and analysed. The third pillar of European Union is very important area of European cooperation though.



Renata Pawlik

Kompetencje Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do stanowienia sankcji karnych¹

Uwagi ogólne

Problematyka europeizacji prawa karnego, w sytuacji gdy państwa członkowskie w zasadzie konsekwentnie starają się strzec zasady suwerenności prawodawczej, przystając jedynie na harmonizację² tej gałęzi prawa, od dłuższego już czasu coraz częściej staje się tematem publikacji i analiz z zakresu szeroko rozumianego prawa karnego³.

¹ Niniejsze opracowanie stanowi podstawę referatu wygłoszonego 26 maja 2008 roku podczas VIII Międzynarodowej Konferencji Naukowej organizowanej przez Krakowską Szkołę Wyższą im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie. Przedstawiony tekst nie pretenduje do miana analizy systemowej, kompletnego opracowania tematu, nie jest też jego celem udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o kompetencje Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do stanowienia sankcji karnych. Stanowi jedynie próbę ukazania możliwości w tym zakresie, oceny, a zarazem argumentacji za i przeciw przyjętemu przez Trybunał rozwiązaniu.

² W tym miejscu należy zaznaczyć, że przez harmonizację co do zasady rozumie się proces sukcesywnego usuwania różnic między porządkami prawnymi państw członkowskich, przez unifikację zaś – wprowadzenie jednolitego dla wszystkich państw członkowskich ustawodawstwa – bliżej ta problematyka przedstawiona zostanie w części „Harmonizacja prawa karnego”.

³ Por. m.in. L. Kubicki, *Prawo karne europejskie (narodziny pojęcia)*, „Państwo i Prawo” 1971, nr 12, s. 922 i n.; A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 24 i n.; E. Zielińska, *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] *Przestępstwo...*, s. 693 i n.; A. Marek, *Problematyka Korpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3, s. 123 i n.; A. Lach, *Europejska pomoc w sprawach karnych*, Toruń 2007.

Część problematyki europeizacji prawa karnego obejmująca kompetencje Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do stanowienia sankcji karnych zyskała w ostatnim czasie na aktualności w związku z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich⁴ z 23 października 2007 roku w sprawie C-440/05. Trybunał przyjął, że **określenie rodzaju i wymiaru stosowanych sankcji karnych nie leży w kompetencji Wspólnoty** (podkr. – R. P.). I tak zdaniem Trybunału „prawodawca wspólnotowy nie może przyjąć przepisów dotyczących rodzaju i wymiaru stosowanych sankcji karnych, natomiast, chociaż jako generalna zasada prawo karne nie należy do kompetencji Wspólnoty, to kiedy zastosowanie proporcjonalnych, skutecznych i odstraszających sankcji karnych przez organy państw członkowskich stanowi zasadniczy środek dla celu zwalczania przestępstw przeciwko środowisku, to wówczas Wspólnota ma prawo wprowadzać takie sankcje w celu zapewnienia przestrzegania reguł, jakie na tym obszarze wprowadziła”⁵.

Przedstawione rozstrzygnięcie Trybunału jest efektem skargi Komisji UE w przedmiocie stwierdzenia nieważności decyzji ramowej Rady 2005/667/WSiSW z dnia 12 lipca 2005 roku w sprawie wzmocnienia uregulowań prawnokarnych w celu egzekwowania przepisów dotyczących zapobiegania zanieczyszczeniom pochodzącym ze statków. Występując ze skargą, Komisja UE argumentowała m.in., że – wbrew postanowieniom art. 47 UE – przepisy tam zawarte, służące zbliżeniu ustawodawstw państw członkowskich w zakresie prawa karnego, powinny być zostać przyjęte na podstawie traktatu WE, a nie na podstawie tytułu VI traktatu UE⁶.

Zasadniczy problem, jaki stanowił podstawę wpierw skargi Komisji UE, następnie zaś będącego jej konsekwencją orzeczenia Trybunału, to nie bezpośrednio kwestia samych kompetencji Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej do stanowienia sankcji karnych (można już bowiem mówić o konsensusie co do tego, że w prawie wspólnotowym nie istnieje ogólne uprawnienie, wyraźne lub dorozumiane, pozwalające na stosowanie sankcji kar-

⁴ Zwanego dalej w skrócie Trybunałem.

⁵ Tak stwierdził w przedmiotowym orzeczeniu z 23 października 2007 roku w sprawie C-440/05, podobnie wcześniej w wyrokach z 11 listopada 1981 roku w sprawie 203/80 Casati, Rec. s. 2595, pkt 27; z 16 czerwca 1998 roku w sprawie C-226/97 Lemmens, Rec. s. I-3711, pkt 19 i 13 września 2005 roku w sprawie Komisja przeciwko Radzie, pkt 47.

⁶ Por. wyrok w sprawie C-440/05 z 23 października 2007 roku wraz z uzasadnieniem.

⁷ Por. np. wyrok z 11 listopada 1980 roku w sprawie 203/81 Casati, Rec. s. 2595, gdzie wskazano, że w zasadzie ustawodawstwo karne należy do kompetencji państw członkowskich. Pogląd ten dominuje także w doktrynie niemieckiej, por. np. J. Vogel, *Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*, [w:] *Strafrecht und Kriminalität in Europa 2003*, s. 232 oraz G. Dannecker, *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, [w:] *Juristenzeitung*, 1996, s. 869.

nych⁷), a w istocie niezwykle skomplikowana kwestia podziału kompetencji pomiędzy pierwszym a trzecim filarem Unii Europejskiej oraz pomiędzy Wspólnotą a państwami członkowskimi w dziedzinie przepisów prawa karnego, które powszechnie w zasadzie, jak już wspomniano wyżej, postrzegane są jako jedna z gwarancji suwerenności. Przyjęty przez Trybunał i prezentowany w przywoływanym orzeczeniu C-440/05 pogląd jest kontynuacją konsekwentnej, budowanej przez lata i jednolitej w zasadzie linii orzeczniczej Trybunału w tym zakresie.

Regulacje wspólnotowe i unijne w zakresie kompetencji do stanowienia sankcji karnych z uwzględnieniem Traktatu Lizbońskiego oraz wcześniejszego orzecznictwa Trybunału

Tytułem wprowadzenia do właściwych rozważań należy jedynie przypomnieć, że Unia Europejska, wyznaczając nowy etap tworzenia coraz ściślej związków między narodami Europy, oparta jest na Wspólnotach Europejskich, uzupełnionych politykami i formami współpracy przewidzianymi przez sam traktat UE (*vide* art. 1 TUE). W związku z powyższym wyróżnia się powszechnie trzy tzw. filary: pierwszy, który nazywany jest „filarem wspólnotowym”, drugi, który obejmuje wspólną politykę zagraniczną i bezpieczeństwa (tytuł V TUE), oraz trzeci, dotyczący współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych (tytuł VI TUE).

Zakresem działań w ramach III filaru, jak to już wspomniano wyżej, objęte jest zapewnienie obywatelom, bez uszczerbku dla kompetencji Wspólnoty Europejskiej, wysokiego poziomu bezpieczeństwa osobistego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości przez wspólne działanie państw członkowskich w wymienionych dziedzinach w celu zapobiegania przestępczości i zwalczania jej dzięki **zbliżaniu** (podkr. – R. P.), w miarę potrzeby, norm prawa karnego w państwach członkowskich zgodnie z postanowieniami art. 31 lit. e (art. 29 TUE). Mimo że współpraca w obszarze III filaru określana jest jako współpraca międzyrządowa, to jednak w istocie współdziałanie między państwami członkowskimi Unii Europejskiej sprowadza się w tym przypadku do rezygnacji z udziału w niej egzekutywy na rzecz bezpośredniego kontaktu organów wymiaru sprawiedliwości poszczególnych państw członkowskich⁸.

⁸ Por. P. Hofmański, A. Sakowicz, *Reguły kolizyjne w obszarze międzynarodowej współpracy w sprawach karnych*, „Państwo i Prawo” 2006, s. 30–31.

Pojęcie współpracy w sprawach karnych rozumiane jest obecnie stosunkowo szeroko i obejmuje nie tylko tradycyjne instrumenty współdziałania w obszarze prawa karnego procesowego, lecz także koordynację i współdziałanie w ramach instytucji wspólnotowych, takich jak Eurojust czy OLAF⁹ oraz harmonizację prawa karnego materialnego¹⁰.

Zgodnie z regulacją zawartą w art. 31 lit. e TUE współpraca sądowa obejmuje stopniowe wprowadzanie przepisów ustanawiających minimalne normy dotyczące znamion przestępstw i kar w dziedzinach przestępczości zorganizowanej, terroryzmu i nielegalnego handlu narkotykami. Jednymi z przewidzianych w tym celu narzędzi są **decyzje ramowe** (podkr. – R. P.), które mają sprzyjać i służyć zbliżaniu przepisów ustawowych i wykonawczych, wiążąc w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak jednocześnie organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Treść art. 34, ust. 2 pkt b TUE przesądza, że decyzje ramowe wydawane są w celu zbliżenia przepisów ustawowych i wykonawczych w państwach członkowskich, pełnią funkcję przede wszystkim harmonizującą, ujednolicającą przepisy poszczególnych państw. Nie wywołują natomiast skutku unifikacyjnego¹¹. Pozostając w ramach współpracy w III filarze, zachowując przy tym co najmniej w pewnym stopniu zasadę suwerenności państw członkowskich w stanowieniu norm prawa karnego, w stosunkowo krótkim czasie przyjęcie i opublikowanie przez Radę kilkunastu decyzji o różnorodnym zakresie przedmiotowym spowodowało zasadniczą zmianę w sferze europeizacji prawa karnego¹².

Przechodząc do przedstawienia pozostałych regulacji, należy zauważyć, że stosownie do art. 47 TUE treść traktatu UE w niczym nie narusza traktatów ustanawiających Wspólnotę Europejską ani późniejszych traktatów i aktów, które je zmieniły lub uzupełniły (art. 47 TUE). Regulacja ta ma służyć zacho-

⁹ Zob. szerzej: A. Lach, *Europejskie prawo karne*, Toruń 2008, s. 35 i n.

¹⁰ Trafnie podkreśla M. Królikowski, że prawo wspólnotowe w dziedzinie prawa karnego w ograniczonym stopniu wkracza w zagadnienia materialnoprawne, koncentrując się na przepisach procesowych i ustrojowych, M. Królikowski, *Europejskie prawo karne*, [w:] M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 46; A. Grzelak, *Trzeci filar Unii Europejskiej. Instrumenty prawne*, Warszawa 2008, s. 11 i n.; A. Lach, *op. cit.*, s. 45–76; A. Górski, A. Sakowicz, *Bariery integracji europejskiej w sprawach karnych*, Warszawa 2005, s. 23 i n.

¹¹ Art. 34, ust. 2, pkt b TUE stanowi, że Rada może „podejmować decyzje ramowe w celu zbliżenia przepisów ustawowych i wykonawczych. Decyzje ramowe wiążą Państwa Członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiają jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Nie mogą one wywoływać skutku bezpośredniego”; por. też: A. Lach, *op. cit.*, s. 12 i n.

¹² Bliżej do zagadnienia zostanie przedstawione w dalszej części niniejszego opracowania (podrozdział „Obszary zharmonizowane”.

waniu kompetencji przyznanych Wspólnocie, stanowiąc jednocześnie podstawę do precyzyjnego odróżnienia wertykalnego podziału kompetencji pomiędzy Wspólnotą a państwami członkowskimi od podlegającego postanowieniom art. 47 TUE horyzontalnego podziału kompetencji między filarami, odzwierciedlając jednocześnie zawartą w powołanym już wyżej art. 1 TUE strukturę Unii. W ramach wertykalnego podziału kompetencji państwa członkowskie mają zasadniczo – poza przypadkami wchodzącymi w zakres wyłącznych kompetencji wspólnotowych – swobodę działania, chyba że Wspólnota postanowiła skorzystać ze swoich uprawnień, o czym „uprzedziła” państwa członkowskie¹³. Z kolei w ramach podziału horyzontalnego podejmowanie działań na podstawie tytułu V i VI traktatu UE jest od samego początku niemożliwe z uwagi na istnienie kompetencji na mocy traktatu WE, bez względu na to, czy – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – były one do tej chwili wykonywane przez Wspólnotę.

Zgodnie z art. 5 TWE Wspólnota działa w granicach kompetencji powierzonych jej Traktatem oraz celów w nim wyznaczonych. W dziedzinach, które nie należą do jej kompetencji wyłącznej, Wspólnota podejmuje działania zgodnie z zasadą pomocniczości, czyli tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, natomiast z uwagi na rozmiary lub skutki proponowanych działań możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Wspólnoty¹⁴. Państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia należytego przestrzegania prawa wspólnotowego, w tym zaś celu mogą wprowadzać w prawie krajowym sankcje karne mające zapobiegać naruszeniom. Stosownie natomiast do art. 10 TWE państwa członkowskie zobowiązane są do podejmowania wszelkich właściwych środków koniecznych do zagwarantowania stosowania i efektywności prawa wspólnotowego. W odniesieniu do wskazanej regulacji przyjmuje się, że norma ta upoważnia wszelako jedynie do deklaratoryjnego wskazania w akcie prawa wtórnego na obowiązek nakładania sankcji wynikające z wymogu zrównania oraz z nakazu efektywności¹⁵.

Sytuacja w omawianym obszarze ulega istotnym modyfikacjom w Traktacie lizbońskim, którego losy co prawda nie są dzisiaj pewne, niemniej jednak dla w miarę pełnego obrazu zagadnienia wskazane jest przynajmniej skróto-

¹³ Zob. m.in. wyrok z 31 marca 1971 roku w sprawie 22/70 Komisja przeciwko Radzie, Rec. s. 263, pkt 31, oraz z 5 listopada 2002 roku w sprawie C-476/98.

¹⁴ A. Lach, *op. cit.*, s. 17.

¹⁵ Tak w nauce niemieckiej, np. B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin; Auflage: 2., aktualis. u. erw. Aufl. (August 2008), § 8, nb. 38; H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos; Auflage: 2. völlig neubearbeitete Aufl. (30. Oktober 2007), § 8, nb. 36.

we przedstawienie jego założeń w tym zakresie. W tym miejscu z pewnością należy wspomnieć o regulacji zawartej w art. 3b TWE w brzmieniu nadanym mu Traktatem lizbońskim i art. 69b tegoż traktatu. Stosownie do art. 3b ust. 1 granice kompetencji Unii wyznacza zasada przyznania, a wykonywanie ich podlega zasadom pomocniczości i proporcjonalności. Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich. Zgodnie z zasadą pomocniczości, w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii. Instytucje Unii stosują zasadę pomocniczości zgodnie z protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Parlamenti narodowe czuwają nad przestrzeganiem zasady pomocniczości zgodnie z procedurą przewidzianą w tym protokole. Zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów traktatów. Instytucje Unii stosują zasadę proporcjonalności zgodnie z protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności¹⁶.

Nie mniej istotny z punktu widzenia omawianej problematyki jest także art. 69b Traktatu lizbońskiego, stosownie do którego Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze dyrektyw zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, mogą ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, wynikające z rodzaju lub skutków tych przestępstw lub ze szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania. **Powyższe dziedziny przestępczości to: terroryzm, handel ludźmi oraz seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, nielegalny handel bronią, pranie pieniędzy, korupcja, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerowa i przestępczość zorganizowana** (podkr. – R. P.). W zależności od rozwoju przestępczości Rada może przyjąć decyzję określającą inne dziedziny przestępczości spełniające kryteria, o których mowa w niniejszym ustępie. Zgodnie z ust. 2 cytowanej regulacji – jeżeli zbliżanie przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich w sprawach karnych okaże się niezbędne w celu zapewnienia skutecznego wprowadzania

¹⁶ Traktat lizboński podpisany w Lizbonie 13 grudnia 2007 roku, Dz. Urz. UE C 306, art. 3b.

w życie polityki Unii w dziedzinie, która stała się przedmiotem środków harmonizujących, dyrektywy mogą ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w danej dziedzinie. Dyrektywy te przyjmuje się zgodnie ze zwykłą lub specjalną procedurą prawodawczą, taką samą jak procedura stosowana do przyjmowania stosownych środków harmonizujących. Nie mniej istotny z punktu widzenia omawianej problematyki jest także ust. 3 wskazanej regulacji, który stanowi, że jeżeli członek Rady uzna, że projekt dyrektywy, o której mowa w ust. 1 lub 2, mógłby naruszać podstawowe aspekty jego systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, może zażądać przedłożenia tej kwestii Radzie Europejskiej. W takim przypadku zwykła procedura prawodawcza zostaje zawieszona. Po przeprowadzeniu dyskusji i w przypadku konsensusu Rada Europejska w terminie czterech miesięcy od takiego zawieszenia odsyła projekt do Rady, co oznacza zakończenie zawieszenia zwykłej procedury prawodawczej. W takim samym terminie w przypadku braku porozumienia i w sytuacji, gdy co najmniej dziewięć Państw Członkowskich pragnie ustanowić wzmocnioną współpracę na podstawie danego projektu dyrektywy, informują one o tym Parlament Europejski, Radę i Komisję¹⁷.

Przykłady wcześniejszego orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do omawianego zagadnienia

Zakreślonego tematem niniejszej pracy zagadnienia nie sposób omawiać bez skrótowej choćby prezentacji „kamieni milowych” w wypracowywaniu takiego, a nie innego stanowiska Trybunału. I tak jako pierwszy z nich należy traktować rozstrzygnięcie w sprawie **Amsterdam Bulb**¹⁸, w którym Trybunał wskazał, że w braku wyraźnego przepisu we wspólnotowym porządku prawnym ustawodawstwo krajowe może w celu karania jego nieprzestrzegania przez jednostki ustanawiać sankcje, które państwa członkowskie uznają za odpowiednie. Twierdzenie to oparte jest na obowiązku państw członkowskich zapewnienia wykonania ich zobowiązań europejskich na mocy art. 5 traktatu WE (obecnie art. 10 WE).

W wyroku w sprawie Amsterdam Bulb pojawiają się trzy podstawowe, uzupełniane w późniejszych orzeczeniach Trybunału założenia: 1) system kar mający na celu ochronę skuteczności prawa wspólnotowego należy do jego kompetencji; 2) w braku przepisów wspólnotowych państwa członkowskie wydają przepisy zawierające sankcje, jakie uznają za konieczne; 3) w takim

¹⁷ *Ibidem*, art. 69b.

¹⁸ Wyrok z 2 lutego 1977 roku w sprawie 50/76, Rec. s. 137 – chodziło o przepis prawa niderlandzkiego wprowadzający sankcję karną za naruszenie uregulowań wspólnotowych w dziedzinie cen minimalnych w wywozie określonych rodzajów cebulek.

przypadku mają swobodę co do wyboru środków, które uznają za najodpowiedniejsze, mimo że system ten koniecznie wiąże się z różnorodnością¹⁹.

Kolejnym kamieniem milowym była sprawa Komisja przeciwko Grecji, lepiej znana z pewnością jako sprawa **greckiej kukurydzy**²⁰. Trybunał powtórzył tutaj sformułowanie zawarte w wyroku w sprawie Amsterdam Bulb, dodał jednak dwa dalsze zastrzeżenia odnoszące się do zgodności z prawem krajowych środków dyscyplinarnych przyjętych w celu ochrony prawa wspólnotowego, a mianowicie, by po pierwsze naruszenia były karane na warunkach materialnych i proceduralnych analogicznych do tych, które mają zastosowanie do naruszeń prawa krajowego o podobnym charakterze i rozmiarze, oraz po drugie, by wspomniane środki nadawały sankcji charakter **skuteczny, proporcjonalny i odstraszający** (podkr. – R. P.). W opinii przedstawionej w tej sprawie rzecznik generalny G. Tesaro podniósł, że art. 5 traktatu zawiera zobowiązanie państw członkowskich do karania w adekwatny sposób sprawców naruszeń prawa wspólnotowego w sposób, który nie wyrządza szkody jego stosowaniu²¹.

Następne istotne to orzeczenie w sprawie **Drexl**²² i postanowienie z dnia 13 lipca 1990 roku w sprawie **Zwartveld i in.**²³ W pierwszym ze wspomnianych orzeczeń (w sprawie Drexl) Trybunał wskazał, że prawo wspólnotowe nakłada pewne ograniczenia i wymaga, by sankcja była równoważna z sankcją wprowadzoną w życie w celu zwalczania przestępstw krajowych (zasada asymilacji lub równoważności) i by była ponadto skuteczna. W postanowieniu w sprawie Zwartveld i in., wydanym w ramach postępowania wpadkowego

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Wyrok z dnia 21 września 1989 roku w sprawie 68/88, Rec. s. 2965. Wynika z niego, że przedmiotowe państwo członkowskie uchybiło swoim zobowiązaniom, między innymi nie wszczynając postępowań karnych lub dyscyplinarnych przeciwko osobom, które uczestniczyły w realizacji lub które zataiły pewne transakcje, co pozwoliło na uniknięcie zapłaty opłat rolnych należnych z tytułu pewnych dostaw kukurydzy importowanych z państwa trzeciego w maju 1986 roku.

²¹ Rozstrzygnięcie to powtórzone jest później m.in. w wyroku z dnia 10 lipca 1990 roku w sprawie C-326/88 Hansen, Rec. s. I-2911, pkt 17, w którym Trybunał orzekał w sprawie pytania prejudycjalnego podniesionego w ramach postępowania karnego toczącego się w Danii przeciwko przedsiębiorcy za naruszenie rozporządzenia Rady (EWG) nr 543/69 z dnia 25 marca 1969 roku w sprawie harmonizacji niektórych przepisów socjalnych w sektorze transportu drogowego (Dz. U. L 77, s. 49). W wyroku tym Trybunał stwierdził, że ani przedmiotowe rozporządzenie, ani ogólne zasady prawa wspólnotowego nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu przepisów krajowych sankcjonujących pracodawcę, którego kierowca przekroczył maksymalny okres dzienny prowadzenia pojazdu i naruszył obowiązek odpoczynku, pod warunkiem że sankcja **jest analogiczna do stosowanej w przypadku naruszenia krajowego porządku prawnego i jest proporcjonalna do wagi naruszenia (sentencja)** (podkr. R. P.).

²² Wyrok z 25 lutego 1988 roku w sprawie 299/86, Rec. s. 1213.

²³ Sprawa C-2/88, Rec. s. I-3365.

dotyczącego wniosku o udzielenie pomocy prawnej złożonego przez Rechter-commissaris bij de Arrondissementsrechtbank te Groningen, przypisano wyrokowi w sprawie greckiej kukurydzy twierdzenie (które literalnie co prawda tam się nie pojawia, niemniej jednak może być wyinterpretowane z tego wyroku oraz wyroku w sprawie Amsterdam Bulb), że państwa mogą i powinny zapewniać poszanowanie traktatu, odwołując się w razie potrzeby do sankcji karnych.

Ostatnim ze wspomnianych kamieni milowych, godnym zaprezentowania, wydaje się orzeczenie z 8 lipca 1999 roku w sprawie **Nunes i de Matos**²⁴, gdzie Trybunał orzekał w sprawie pytania prejudycjalnego skierowanego przez Tribunal de Círculo de Porto (Portugalia), mającego na celu ustalenie, czy państwo członkowskie jest kompetentne w zakresie karania zachowań sprzecznych z majątkowymi interesami Wspólnoty, podczas gdy uregulowanie wspólnotowe przewiduje tylko sankcję cywilną. I tutaj Trybunał przyjął, że działania oparte na art. 10 WE obejmują reakcję o charakterze karnym, uzupełniając jednocześnie dotychczas prezentowane stanowisko o dwa dalsze zastrzeżenia, a mianowicie po pierwsze, że jeżeli prawo wspólnotowe nie zawiera żadnego przepisu służącego zapewnieniu poszanowania jego norm, to wówczas państwa członkowskie zobowiązane są do ustanowienia takich przepisów przy czym odgrywają one jedynie uzupełniającą rolę, służącą zwiększeniu ochrony tych norm. Po drugie Trybunał dodał, że wybór typu sankcji należy do władz krajowych, nawet jeśli musi ona być porównywalna z sankcją za przestępstwa prawa krajowego o podobnym charakterze i znaczeniu, a także powinna się okazać praktyczna, odpowiednia i odstraszająca²⁵.

Specyfika prawa karnego

Przedstawiając nawet jedynie pobieżnie zakresłone tematem niniejszej pracy zagadnienie, nie sposób nie dodać kilku uwag odnośnie do specyfiki prawa karnego. Jest ono instrumentem służącym ochronie porządku publicznego przed zachowaniami szkodliwymi – jest gwarancją ładu, bezpieczeństwa i więzi społecznej, przywraca zaufanie i autorytet dla naruszonych przez przestępstwo reguł. Jako dziedzina bezsprzecznie wyróżnia się na tle innych dziedzin prawa, odwołuje się bowiem do najsurowszego, najbardziej i najdalej ingerującego w sferę praw i wolności obywatela narzędzia, którym jest sankcja karna, chroniąc w ten sposób wartości najdroższe dla ogółu społeczeństwa²⁶.

²⁴ Sprawa C-186/98, Rec. s. I-4883.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Zob. również opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie C-176/03.

Podstawową funkcją prawa karnego, historycznie rzecz biorąc najbardziej pierwotną²⁷, jest zaspokojenie poczucia sprawiedliwości osoby pokrzywdzonej oraz tych wszystkich, którzy zaniepokojeni zostali faktem popełnienia przestępstwa. Funkcja ta stanowi raczej dla dwóch następnych nie mniej istotnych funkcji – ochronnej oraz gwarancyjnej²⁸. Z uwagi na to, że środki, którymi dysponuje państwo przy realizacji funkcji ochronnej prawa karnego, wkraczają w podstawowe wolności i prawa jednostki gwarantowane konstytucyjnie, normy pozwalające państwu na stosowanie tych środków muszą mieć również podstawy konstytucyjne. Podstawę taką stanowi przede wszystkim art. 31 ust. 3 Konstytucji²⁹, a także art. 42 Konstytucji.

Prawo karne bardziej niż którakolwiek inna gałąź prawa odwzorowuje postawy społeczne wobec poszczególnych kwestii kulturowych, moralnych, finansowych i innych oraz wykazuje szczególną podatność na zmiany społeczne. Obecnie, o czym nieco bardziej szczegółowo poniżej, nie można powiedzieć, że chociażby na samym kontynencie europejskim istnieje jednolita koncepcja prawa karnego, wręcz przeciwnie – państwa członkowskie z reguły mają różne wyobrażenia w kwestii konkretnych celów, jakim ma ono służyć, i rezultatów, do jakich ma prowadzić. Powszechnie przyjęło się jednak uważać, że kompetencja do nakładania sankcji karnych jest nierozłącznie związana z suwerennością i powinna być wykonywana nie przez Wspólnotę, a przez poszczególne państwa członkowskie³⁰.

Prawo karne jako dziedzina prawa wewnętrznego musi być stanowione przez władzę państwową w trybie przewidzianym dla stanowienia norm prawnych. Władza państwowa, określając czyny karalne i grożące za nie kary oraz inne środki, realizuje związane z władzą państwową prawo karania (*ius puniendi*). Władza karania należy zaś do podstawowych zadań państwa związanych z koniecznością zabezpieczenia niezbędnego dla życia porządku prawnego. Granice prawa karania wyznaczają wolności i prawa jednostki gwarantowane coraz częściej przez normy prawa międzynarodowego – ograniczające władzę państwową – oraz przez normy konstytucyjne – ograniczające władzę ustawodawczą³¹.

²⁷ Por. m.in. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 6.

²⁸ Prawo karne ma zabezpieczać ważne dla rozwoju jednostek i funkcjonowania społeczeństwa dobra przed atakami na nie ze strony osób naruszających normy prawne (funkcja ochronna) oraz ma zabezpieczać jednostkę przed ingerencją w jej prawa przez władzę pod pretekstem wykonywania funkcji ochronnej prawa karnego (funkcja gwarancyjna).

²⁹ Zob. np. A. Zoll, *Nowa kodyfikacja karna w świetle konstytucji*, [w:] *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2001, s. 97 i n.; *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 3, s. 75 i n.

³⁰ Por. wyrok w sprawie C-176/03, w nawiązaniu do wyroku z 11 listopada 1981 roku w sprawie 203/80 Casati, Rec s. 2595, pkt 27 oraz z 16 czerwca 1998 roku w sprawie C-226/97 Lemmens, Rec. s. I-3711, pkt 19.

³¹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 5.

Sankcja karna, której potrzeba wymierzenia wiąże się z utrzymaniem przekonania i zasad kierujących życiem jednostki i społeczeństwa oraz utrzymaniem wiary w panowanie moralności i prawa, wynika nie tyle z apriorycznego modelu odpowiedzialności karnej, ile z wszystkich tych procedur (niekiedy niesformalizowanych), poglądów i mechanizmów, które funkcjonują jako odpowiedzialność³². Sankcje, będące zasadniczo wyrazem wspólnej woli, są oznaką szczególnego społecznego potępienia, ich charakter zarówno jakościowy, jak i ilościowy odróżnia je od pozostałych typów reakcji, takich jak sankcje administracyjne.

Uzasadnienie istnienia kary koniecznie musi być związane z odwołaniem się do szeregu argumentów dotyczących wspólnych dóbr, wartości i celów społeczności, w której zakorzeniona zostaje dana instytucja³³. L. Gardocki słusznie podnosi, że ustalenie, jakiego rodzaju sankcja ustawowa jest adekwatna do określonego typu przestępstwa, nie jest łatwe, wymagało by to bowiem jakiegoś kwantyfikowania wagi (społecznego niebezpieczeństwa) przestępstw oraz ustalenia przelicznika³⁴. Jednocześnie należy zdawać sobie sprawę, że kwestia proporcjonalności sankcji karnych musi się zmierzyć z konwencją i tradycją polityki karnej i kryminalizacji w danym społeczeństwie, jak również z wypadkową panujących w nim ocen dotyczących zachowań szkodliwych³⁵. Dodatkowe problemy powstają w związku z charakterem i rodzajem kar i środków karnych funkcjonujących w ramach danego systemu karnego.

Jak wyżej sygnalizowano, państwa członkowskie mają już na poziomie ogólnym zasadniczo rozbieżne poglądy na temat funkcji i celów prawa karnego jako instrumentu służącego egzekwowaniu przestrzegania prawa. Rozbieżności te znajdują odzwierciedlenie w różnicach w krajowych systemach prawa karnego w zakresie ogólnego wymiaru sankcji karnych, równowagi pomiędzy różnymi rodzajami orzekanych kar i oczywiście rodzaju i wymiaru sankcji karnych stosowanych w odniesieniu do poszczególnych przestępstw. Każdy kodeks karny dokonuje swoistego uszeregowania dóbr prawnych, które podlegają ochronie (mienie, osoba, środowisko itd.), i odpowiednio różnicuje sankcje karne. Ustalanie zatem przez prawodawcę wspólnotowego rodzaju i wymiaru nakładanych sankcji karnych – na podstawie uprawnień o charakterze pomocniczym w stosunku do szczególnych kompetencji

³² J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 5–17; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych – zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 1.

³³ M. Królikowski, *Sprawiedliwość...*, s. 75.

³⁴ L. Gardocki, *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 8–9, s. 129–134.

³⁵ M. Królikowski, *Sprawiedliwość...*, s. 134.

ustanowionych w traktacie, dopuszczające na poziomie sektorowym częściową harmonizację krajowych systemów prawa karnego mogłoby w efekcie prowadzić do swoistej fragmentacji krajowych systemów prawa karnego, a nawet do zagrożenia ich spójności.

Specyfika prawa europejskiego i jego wpływ na prawo państw członkowskich

Prawo europejskie to również specyficzna odmiana prawa, która nie daje się zakwalifikować ani do kategorii prawa wewnętrznego, ani do prawa międzynarodowego publicznego. Chociaż system prawny Wspólnot opiera się na klasycznej podstawie prawno-międzynarodowej, jaką jest uzgodnienie woli państw członkowskich, to jednak w swoim rozwoju dąży do usamodzielnienia się³⁶. Prawo wspólnotowe określane bywa, skądinąd słusznie, jako subsystem prawa międzynarodowego (tzw. prawo subregionalne). Jako ów subsystem ma ono charakter zamknięty, autonomiczny i rządzi się własnymi regułami³⁷, co implikuje jednocześnie jego swoistość na tle innych dziedzin prawa.

UE stanowi strukturę, która ewoluuje w kierunku struktury państwowej, stąd więc oparcie działań struktury na zasadzie praworządności, poszanowania fundamentalnych praw itp.³⁸ Koegzystencję zapewnia zasada supremacji prawa wspólnotowego, która wynika z konieczności zapewnienia jednolitego i skutecznego stosowania prawa wspólnotowego³⁹. Na podstawie tej zasady można wskazać dwuaspektowy wpływ prawa wspólnotowego na prawo karne. Z jednej strony bowiem prawo wspólnotowe, ze względu na zasadę supremacji, wymaga w niektórych przypadkach aby prawo karne państw członkowskich nie było stosowane. Z drugiej strony, w pewnych sytuacjach istnieje pozytywny obowiązek państw członkowskich do stosowania prawa narodowego, w przypadku gdy prawo wspólnotowe wymaga nałożenia na osoby indywidualne zobowiązań, które mogą być wyczerkowane jedynie przez

³⁶ Por. m.in. M. Ahlt, *Prawo europejskie*, Warszawa 2000, s. 37; M. Herdegen, *Prawo europejskie*, Warszawa 2004, s. 82; W. Jedlicka, *Pojmowanie autonomii prawa europejskiego*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 238 i n.

³⁷ W. Jedlicka, *op. cit.*, s. 246 i n.

³⁸ A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe w systemie prawa wspólnotowego – zagadnienia teorii i praktyki*, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne a prawo europejskie*, red. J. Kolasa, A. Kozłowski, Wrocław 2003, s. 73–74.

³⁹ Szerzej: C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 550–557.

prawo krajowe⁴⁰. Jednocześnie pojawiają się również głosy, że zasada supremacji prawa wspólnotowego nie doznaje żadnego wyjątku w zakresie prawa karnego narodowego. Pojawia się również argument, że nie jest ona naruszeniem suwerenności narodowej, ponieważ gdyby powstało wspólnotowe prawo karne, to nie zostałoby ono stworzone przez żadne obce państwo czy organizację, ale byłoby jednolitą, jednomyślną wolą państw członkowskich⁴¹.

Próbując jedynie w skrócie pokazać specyfikę prawa europejskiego i jego wpływ na regulacje prawne państw członkowskich, nie sposób nie wspomnieć również o tym, że integracja europejska wywiera istotny wpływ na aksjologicznie uwarunkowany wzorzec tworzenia prawa państw członkowskich. Pod tym względem z pewnością w związku z integracją europejską zaszły daleko idące przeobrażenia. W polskich naukach prawnych od dłuższego czasu dominuje paradygmat prawodawcy racjonalnego oraz procesu tworzenia prawa jako procesu racjonalnego⁴². Od pewnego czasu jednakże coraz częściej sygnalizuje się pojawianie się uwag krytycznych pod adresem koncepcji racjonalnego prawodawcy⁴³. Przyczyn tego zjawiska upatrywać należy, jak zauważa niewątpliwie słusznie M. Zirk-Sadowski, m.in. w tym, że kultura prawa europejskiego nie jest zdominowana przez wzorzec racjonalności instrumentalnej, a założenie racjonalności prawodawcy nie jest elementem dyskursu prawnego⁴⁴. Część tych zmian wynika z tego, że na obszarze *acquis communautaire* można dostrzec zjawisko zderzenia kultur prawniczych i rodzin prawa: *common law* i kontynentalnego prawa stanowionego⁴⁵. Kolejnym elementem mogącym wpłynąć na aksjologicznie uwarunkowany wzorzec tworzenia prawa przyjęty w Polsce jest obecna w prawie europejskim, całkowicie inna od polskiej koncepcja tekstu prawnego oraz wiążące się z tym nieco inne wymogi legislacyjno-proceduralne⁴⁶.

Poza kręgiem wątpliwości pozostaje to, że prawo wspólnotowe może z jednej strony pośrednio wpływać na kształt krajowego prawa karnego, ponieważ nakłada w odniesieniu do kwestii objętych jego zakresem obowiązek za-

⁴⁰ W tym zakresie szerzej por. A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002, s. 107 i n.; orzeczenie w sprawie Simmenthal II, 106/77, [1978] ECR 629.

⁴¹ Por. wypowiedzi na ten temat np. S. M. Amina.

⁴² Por. m.in. S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 27 i n.

⁴³ Por. np. J. Czaja, *O nieracjonalności pojęcia „racjonalnego ustawodawcy”*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 175–184.

⁴⁴ M. Zirk-Sadowski, *Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej*, [w:] *Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska*, red. L. Leszczyński, Lublin 1999, s. 41–42.

⁴⁵ Z. Brodecki, *Prawo europejskiej integracji*, Warszawa 2001, s. 123–127.

⁴⁶ Por. S. Wojtyczak, *Aksjologicznie uwarunkowany wzorzec tworzenia prawa a integracja europejska – wybrane zagadnienia*, [w:] *Polska kultura prawna...*, s. 267 i n.

pewnienia zgodności odpowiednich krajowych przepisów karnych z prawem wspólnotowym⁴⁷. Z drugiej strony prawo wspólnotowe może nie zezwalać na stanowienie sankcji karnych za naruszanie przepisów prawa krajowego wdrażających prawo wspólnotowe, ponieważ – przykładowo – sankcje te są zbyt surowe i mogłyby w związku z tym stanowić przeszkodę dla swobodnego przepływu osób⁴⁸. Tym samym poprzez wymóg „integracji negatywnej” prawo wspólnotowe w takich przypadkach ogranicza zakres działań państw członkowskich w odniesieniu do prawa karnego⁴⁹.

Suwerenność i jej pojmowanie

Pojęcie suwerenności ewoluowało, i to dość mocno. L. Ehrlich w sposób interesujący definiuje suwerenność jako **samowładność i całowładność** (podkr. – R. P.), przy czym samowładność oznacza prawną niezależność od wszelkich czynników zewnętrznych, natomiast całowładność to niezależność od wszelkich czynników wewnętrznych, kompetencja normowania wszelkich stosunków w państwie. Zdaniem L. Ehrlicha suwerenność przejawia się w zwierzchnictwie terytorialnym oraz personalnym i ma charakter pierwotny⁵⁰. Współcześnie jednak takie rozumienie suwerenności zdaje się zbyt szerokie. Suwerenność, jak to podkreśla A. Marszałek, w takiej postaci mogłaby istnieć tylko wtedy, gdyby państwo było jedynym bytem prawnym⁵¹, a tak w obecnej rzeczywistości z pewnością nie jest.

Państwa członkowskie przekazują Wspólnotom niektóre kompetencje własne, nie jest to jednak zdaniem A. Wasilkowskiego⁵² równoznaczne z ograniczeniem suwerenności, przede wszystkim dlatego, że nie ma tu elementu uzależ-

⁴⁷ Kwestie zgodności i ich zakresu przedstawione zostały w skrócie przy okazji prezentacji rozstrzygnięć w sprawie Amsterdam Bulb i nast., w których Trybunał orzekł, że w braku we wspólnotowym porządku prawnym przepisu ustanawiającego określone sankcje państwo członkowskie może ustanawiać takie sankcje, jakie uzna za odpowiednie, w tym także sankcje karne.

⁴⁸ Zobacz podobnie wyrok z 29 lutego 1996 roku w sprawie C-193/94 Skanavi.

⁴⁹ Wyrok z 11 listopada 2004 roku w sprawie C-457/02 Antonio Niselli, Rec. s. I-10853 także należy przytoczyć jako przykład pośredniego wpływu prawa wspólnotowego – w tym przypadku reguł wspólnotowych w sprawie odpadów – na krajowe prawo karne. Na temat ograniczeń w tym kontekście zobacz wyrok z 3 maja 2005 roku w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 i C-403/02 Berlusconi i in., Zb.Orz. s. I-3565.

⁵⁰ Por. L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 123 i n.; A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1964, s. 64.

⁵¹ A. Marszałek, *Suwerenność a integracja europejska w perspektywie historycznej. Spór o istotę suwerenności i integracji*, Łódź 2000, s. 23–24.

⁵² A. Wasilkowski, *Uczestnictwo w strukturach europejskich a suwerenność państwowa*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 4–5, s. 20 i n.

niania się od innego państwa. Kompetencje te przejmują wspólnie utworzone organy działające we wspólnie ustalony sposób i we wspólnie ustalonym kierunku. Państwa wyposażają je w te kompetencje, gdyż jest to niezbędne do osiągnięcia wytyczonych celów. Nie jest to zatem przekazanie kompetencji na rzecz jakiejś władzy wyższej, lecz zlecenie jej wykonania na podstawie umowy międzynarodowej powołanym instytucjom⁵³. Przekazywanie kompetencji organom wspólnym **jest więc jedynie ograniczeniem wykonywania suwerenności, lecz nie samej suwerenności** (podkr. – R. P.). Organy wspólnotowe mogą te kompetencje realizować dlatego właśnie, że państwa członkowskie je do tego upoważniły, a nie zaś same z siebie, gdyż same nie mają atrybutu suwerenności.

A. Marszałek, podkreślając poglądy np. J. Chodorowskiego czy A. Kmicika, dowodzi, że w dyskusjach o integracji europejskiej, zwłaszcza w kontekście tworzenia Wspólnot Europejskich, nigdy nie podważano potrzeby ochrony tożsamości narodowej, a także wszelkich praw i wolności stąd wynikających dla społeczeństw krajów – uczestników integracji, a w efekcie – suwerenności narodów tych krajów. Suwerenność państwa w sytuacji, w której samodzielne całości stają się częściami nowej, większej całości musi ulec co najmniej ograniczeniu, a być może nawet całkowitemu zniesieniu na rzecz organów ponadnarodowych Wspólnot i regionów. Należy jednak pamiętać, co słusznie zauważa również A. Marszałek, że to **nie państwo wyposaża naród w suwerenność ale odwrotnie tj. naród wyposaża państwo w suwerenność** (podkr. – R. P.). Zjednoczona Europa zdaniem A. Marszałka nie ogranicza suwerenności żadnego narodu i jednostki, ale umożliwia im znaczne jej zwiększenie przez poszerzenie wartości związanych z dotychczasowym państwem i jego mieszkańcami na całą zjednoczoną Europę⁵⁴.

W literaturze, zwłaszcza prawniczej, dominuje wąskie definiowanie pojęcia suwerenności – w kategoriach władzy organów państwa⁵⁵. Suwerenność w znaczeniu prawnym jawi się jako suma kompetencji, w które wyposażone są trzy główne organy władzy państwowej: ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza. W odniesieniu do każdej z nich suwerenność będzie nieco inaczej definiowana, niemniej jednak wspólnym mianownikiem pozostanie posiadanie jakiegoś uprawnienia. Należy także wspomnieć, że w nauce obserwuje się już od dawna separację suwerenności od jej wykonywania.

⁵³ Por. *Ibidem*.

⁵⁴ A. Marszałek, *op. cit.*, s. 24 i n.

⁵⁵ Por. m.in. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1986, rozdz. III.

Harmonizacja prawa karnego

Uwagi ogólne

Prawo karne – jak dowodzą powyższe rozważania – zasadniczo pozostało domeną państw członkowskich. Jak twierdził Trybunał Sprawiedliwości w 1981 roku w sprawie *Casati* – „co do zasady ustawodawstwo w sprawach karnych i zasady procedury karnej są obszarami, w których państwa członkowskie są nadal odpowiedzialne”⁵⁶. Z rozważań przedstawionych wyżej widać jednak, że obecnie należy mówić o stopniowej europeizacji prawa karnego państw członkowskich, która może polegać na **harmonizacji lub unifikacji**⁵⁷ (podkr. – R. P.). Harmonizacja w uproszczeniu oznacza likwidację niektórych różnic pomiędzy krajowymi porządkami prawnymi, unifikacja natomiast wprowadzenie ustawodawstwa jednolitego dla wszystkich państw członkowskich, przy czym mówi się, że jest lub powinien to być końcowy etap europeizacji.

Harmonizacja w zakresie prawa karnego postrzegana jako zbliżenie tam, gdzie jest to konieczne ze względu na uzasadnione interesy społeczności europejskiej żywnie zainteresowanej we wspólnie skoordynowanym zwalczaniu zjawiska przestępczości⁵⁸, jawi się dzisiaj jako rozwiązanie możliwe do przyjęcia w odróżnieniu od unifikacji, która w „pełnej opcji” wydaje się niemożliwa choćby z uwagi na funkcjonowanie wyodrębnionych systemów, tzw. kontynentalnego i anglosaskiego⁵⁹. Harmonizację rozumianą jako zbliżenie należy uznać w obecnej rzeczywistości wręcz za niezbędną, przy czym jednocześnie możliwą do wykonania ze względu na zachowanie suwerenności poszczególnych państw w przedmiocie stosowania prawa karnego, odpowiadającego specyficznym potrzebom społeczeństwa, jego tradycji prawnej, układowi stosunków politycznych, społecznych i gospodarczych. Harmonizacja prawa karnego jest już obecnie faktem, ma swoją historię, odbywa się w sposób różnorodny, różne są jej przejawy, widoczne i wyraźne są jej korzyści, ale również negatywne następstwa, jak choćby wspomniane wyżej zacieranie różnic w kulturach prawnych, a co za tym idzie również narodowych.

Odkąd w procesie harmonizacji wspólnotowej zaczęto wprowadzać jednolite kwalifikacje przestępstw, krajowe porządki prawne muszą sankcjono-

⁵⁶ Por. orzeczenie w sprawie 203/80, *Criminal proceedings against Guerrino Casati*, ECR [1981], s. 2592, par. 27.

⁵⁷ Por. A. Adamski, *op. cit.*, s. 24, a także A. Lach, *op. cit.*, s. 13.

⁵⁸ Por. także: A. Evans, *Prawo integracji europejskiej*, cz. I, Warszawa 1996, s. 197 oraz S. Sołtysiński, *Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 4–5, s. 33.

⁵⁹ S. Waltoś, A. Wąsek, *Harmonizacja prawa karnego w Europie z polskiej perspektywy*, cz. I, „Palestra” 1996, nr 7–8, s. 12 i n.

wać te zakazane zachowania i wskazywać konkretne środki represyjne związane z takim przestępstwem w celu przywrócenia rzeczywistości fizycznej i porządku prawnego, które zostały naruszone. Wydaje się, że do wypełniania tego zadania najlepiej kwalifikowany jest właśnie ustawodawca krajowy, który, jako że zna najlepiej specyfikę prawną i socjologiczną swojego porządku, powinien wybrać, w ramach uprzednio określonych przez Wspólnotę, sankcję najbardziej właściwą dla zapewnienia poszanowania prawa wspólnotowego⁶⁰. **Schemat ten zakłada przyznanie Wspólnocie uprawnienia do dokładnego określenia chronionego dobra prawnego i reguł postępowania z tym dobrem, podczas gdy państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie normy sankcjonującej albo indywidualnie, albo w sposób skoordynowany poprzez współpracę międzyrządową przewidzianą w trzecim filarze traktatu UE⁶¹ (podkr. – R. P.).**

Ujęcie historyczne

Sam termin „prawo karne europejskie”, w nieco innym co prawda znaczeniu, pojawił się już dawno, bo w końcu 1968 roku na określenie przedmiotu obrad międzynarodowego kongresu⁶². Stosunkowo dawno również pojawiły się jako jedne z pierwszych projekty oparte na przynajmniej częściowej unifikacji prawa karnego Wspólnot Europejskich (tzw. *corpus iuris*). Projekty te, z uwagi na przedstawione wyżej różnice w ustawodawstwach, co nie powinno budzić zdziwienia, napotkały szereg przeszkód, zarówno natury prawnej, jak i politycznej, przy czym związane było to przede wszystkim z brakiem politycznej woli państw członkowskich do przekazywania organom Unii swych suwerennych uprawnień w tym zakresie⁶³.

⁶⁰ G. Grasso, *Comunidades Europeas y derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, wspólne wydanie Universidad de Castilla La Mancha i OPOCE, 1993, s. 219 broni uregulowania odznaczającego się pewną elastycznością, które określałoby czyny zabronione i typologię przestępstw i sankcji, niemniej nieprowadzącego do rygorystycznej kwantyfikacji (cyt. i tłum. za E. Zielińska, *op. cit.*, s. 700 i n. oraz J. Vogel w: *Stand und Tendenzen...*, s. 232 i n.

⁶¹ W doktrynie stanowisko to zajmuje m.in. J. P. Jacqué w: *La question de la base juridique dans le cadre de la Justice et des affaires intérieures*, [w:] *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles 2002, s. 255–256. G. Grasso, *op. cit.*, s. 218, uważa, że organy Wspólnoty mają kompetencję do dokonania harmonizacji przepisów o charakterze karnym lub do zobowiązania do wprowadzenia jednolitych rodzajów przestępstw, za każdym razem gdy jest to konieczne, ponieważ traktaty przyznają tym organom szczególne uprawnienia dla realizacji celów Wspólnoty. Ponadto prawo wspólnotowe powinno znaleźć odzwierciedlenie w porządku prawnym każdego państwa członkowskiego, które musi przeanalizować rodzaje przestępstw o charakterze ponadnarodowym i ustanowić własne sankcje w poprzednio określonych ramach (cyt. i tłum. za: E. Zielińska, *op. cit.*, oraz J. Vogel w: *Stand und Tendenzen...*, s. 232 i n.

⁶² L. Kubicki, *op. cit.*, s. 922.

⁶³ Por. m.in. A. Adamski, *op. cit.*, s. 23.

Różne próby oparte zarówno na założeniach unifikacji, jak i harmonizacji prawa karnego podejmowano jeszcze przed *Corpus Iuris*. Były to projekty realizowane głównie pod auspicjami ONZ oraz starania podejmowane już na forum Unii Europejskiej, które zmierzały do opracowania modelowego kodeksu karnego, nie przeradając się jednak w realne konkretne rezultaty. W tym miejscu należy przypomnieć tzw. trybunały *ad hoc* do spraw zbrodni popełnionych w byłej Jugosławii i Rwandzie, a także prowadzone w ramach struktur ONZ od połowy lat dziewięćdziesiątych intensywne prace nad przygotowaniem dokumentu określającego podstawy funkcjonowania stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego. Niezależnie od tych prób w ramach UE pojawiły się koncepcje poszerzenia współpracy państw członkowskich w ramach III filaru. Zwieńczeniem prac prowadzonych przez ONZ i UE były dwa przedstawione dokumenty, tj. Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz przedstawiony 15 kwietnia 1997 roku w Parlamencie Europejskim *Corpus Iuris*, zawierający przepisy karne mające na celu ochronę interesów finansowych Unii Europejskiej.

Znaczącym faktem w zakresie harmonizacji kar było przyjęcie konkluzji Rady o praktycznym podejściu do zbliżania kar z 24–25 kwietnia 2002 roku⁶⁴. Instrument ten, nieposiadający co prawda waloru normatywnego, wskazuje podstawowe czynniki decydujące o przyjętym w danym czasie podejściu do kwestii harmonizacji kar. W konkluzjach Rada przyjmuje, że w niektórych wypadkach, mimo znaczących różnic pomiędzy państwami członkowskimi w ustawowym zagrożeniu za te same przestępstwa, może istnieć potrzeba głębszej harmonizacji kar pozbawienia wolności. W takich wypadkach Rada sugeruje harmonizację górnych granic ustawowego zagrożenia, przy czym ma ona polegać na obowiązku zapewnienia, że granice te mieszczą się w określonym przedziale czasowym, np. pomiędzy 2 i 5 lat pozbawienia wolności, przy czym państwa członkowskie nie są związane górnym limitem danego przedziału. W istocie zatem wiążąca byłaby dolna granica limitu, poniżej której, w razie wprowadzenia odpowiedniego przepisu do wiążącego instrumentu prawnego Unii, państwa członkowskie nie mogą ustalać górnej granicy ustawowego zagrożenia za dane przestępstwo. Nie ma natomiast do tej pory harmonizacji w zakresie innych kar⁶⁵.

Kolejne kroki to Traktat z Maastricht i III filar, gdzie zbliżaniu miały służyć przede wszystkim konwencje przyjmowane przez Radę i zalecane państwom członkowskim do przyjęcia zgodnie z ich wymogami konstytucyjny-

⁶⁴ Dok. 9141/02 DROIPEN 33 z 27.05.2002 r.

⁶⁵ Por. J. Garstka, *Współpraca w sprawach karnych*, [w:] *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości UE. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, red. F. Jasiński, K. Smoter, Warszawa, s. 364 i n.

mi. Niewielką rolę odegrały również tzw. wspólne działania oraz Traktat amsterdamski z prezentowanymi już wcześniej art. 29 i 31 TUE (tzw. standardy minimalne).

Rok 1999 to Tempere oraz milenijna strategia przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej. Obszary harmonizacji poszerzono na: pranie brudnych pieniędzy, fałszowanie euro, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie dzieci, korupcję, przestępstwa komputerowe, przestępstwa przeciwko środowisku, nadużycia finansowe i podatkowe⁶⁶.

Obecnie kryminalizacja i penalizacja czynów na poziomie krajowym następuje jako efekt implementacji prawa wspólnotowego, przybierając w krajach członkowskich formy bardzo zróżnicowane, nie mające w zasadzie wiele wspólnego z ideą harmonizacji prawa karnego – chodzi o zapis o „**zapewnieniu przez państwa członkowskie skutecznych, proporcjonalnych i odstrasających sankcji karnych**” (podkr. – R. P.). Państwa, wywiązując się z tego zobowiązania, mogą sięgnąć po sankcje, np. administracyjne, albo uznać za przestępstwa z pełnymi tego konsekwencjami⁶⁷.

Przyszłość należy wiązać z tzw. triadą – **sankcje skuteczne, proporcjonalne oraz odstręczające**⁶⁸ (podkr. – R. P.), przy czym trzeba pamiętać, jak słusznie zwraca uwagę E. Zielińska, że postulat ten Trybunał odnosi nie tylko do ustawowych zagrożeń karą, lecz również do kar wymierzanych i faktycznie wykonywanych, gdyż przecież dopiero te ostatnie mogą być oceniane z punktu widzenia ich skuteczności i efektu odstręczania⁶⁹. Nie bez znaczenia jest również to, jak pisze E. Zielińska, że ta, jak to nazywa, triada odzwierciedla różne teorie kary, tj. w wymogu proporcjonalności – teorie retrybucyjne, w wymogu skuteczności i efektu odstręczającego – prewencji ogólnej i szczególnej, te zaś warunki potraktowane łącznie nie zaś alternatywnie podkreślają funkcję utylitarną kary⁷⁰.

Sformułowanie użyte przez Trybunał nie zostało wybrane przypadkowo. Odwołując się bowiem do skuteczności, proporcjonalności i odstręczającego

⁶⁶ Szerzej na ten temat w części „Obszary zharmonizowane” niniejszego opracowania.

⁶⁷ Por. np. implementację dyrektywy 95/46/EC Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 roku o ochronie osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, która zobowiązuje państwa członkowskie (art. 24) do sankcjonowania zawartych w niej postanowień w ustawodawstwie wewnętrznym. Holandia i Niemcy wywiązały się z tego zobowiązania, nakładając głównie sankcje administracyjne, natomiast np. Francja podobnie jak Polska uznała naruszenie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych za przestępstwo i opatrzyła stosunkowo surowymi sankcjami. Cyt. za: A. Adamski, *op. cit.*, s. 27.

⁶⁸ *Effectives, proportionnées et dissuasives*, co większość zasadnie tłumaczy jednak jako sankcje odstręczające, tłumaczenie „odstręczające” pojawia się w publikacjach E. Zielińskiej.

⁶⁹ E. Zielińska, *op. cit.*, s. 702.

⁷⁰ *Ibidem*.

charakteru sankcji, przywołuje Trybunał podstawowe warunki bezwzględności stosowania norm wspólnotowych pomimo ich naruszenia. Co więcej, zważywszy, że każdy wyrok skazujący odpowiada podwójnemu celowi – prewencji indywidualnej i generalnej – ponieważ w nim sąd wymierza karę stosując adekwatną normę prawną, a w stosunku do społeczności zawiera groźbę podobnego ukarania w przypadku realizacji znamion tego i podobnego typu czynu, katalog sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstraszących wydaje się kompletny.

Obszary zharmonizowane

Obecnie działaniami harmonizacyjnymi objęte są następujące obszary: terroryzm⁷¹, handel ludźmi⁷², wykorzystywanie seksualne dzieci⁷³, pomoc w nielegalnym wyjeździe lub pobycie⁷⁴, przestępczość przeciwko środowisku naturalnemu człowieka⁷⁵, handel narkotykami⁷⁶, przestępczość komputerowa⁷⁷. Ponadto należy zauważyć uzupełnienie istniejącego już *acquis communautaire* w zakresie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich dotyczące przestępstw: oszustwa⁷⁸, korupcji⁷⁹, prania pieniędzy, związanych z naruszeniem tych interesów. Kolejnym przejawem harmonizacji jest ustanowienie minimalnych wymogów penalizacyjnych dotyczących fałszowania lub

⁷¹ Dec. ram. 2002/475/WSiSW z 13 czerwca 2002 roku o zwalczaniu terroryzmu, Dz. Urz. WE 2002, L 194, s. 3.

⁷² Dec. ram. 2002/629/WSiSW z 19 lipca 2002 roku w sprawie walki z handlem ludźmi, Dz. Urz. WE 2002, L 203, s. 1.

⁷³ Dec. ram. 2004/68/WSiSW z 13 czerwca 2002 roku dot. zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej, Dz. Urz. WE 2004, L 13, s. 44.

⁷⁴ Dec. ram. 2002/90/WSiSW z 28 listopada 2002 roku w sprawie zdefiniowania ułatwiania nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu, Dz. Urz. WE 2002, L 328, s. 17; dec. ram. 2002/946/WSiSW z 28 listopada 2002 roku w sprawie rozszerzenia ram prawno-karnych w celu zapobiegania ułatwianiu nielegalnego wjazdu, przejazdu i pobytu, Dz. Urz. WE 2002, L 328, s. 1.

⁷⁵ Dec. ram. 2003/80/WSiSW z 27 stycznia 2003 roku w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne, Dz. Urz. WE 2003, L 29, s. 55.

⁷⁶ Dec. ram. 2004/757/WSiSW z 25 października 2004 roku ustanawiająca minimalne przepisy określające znamiona przestępstw i kar w dziedzinie nielegalnego handlu narkotykami, Dz. Urz. WE 2004, L 335, s. 8.

⁷⁷ Dec. ram. 2005/222/WSiSW z 24 maja 2005 roku w sprawie ataków na systemy informatyczne, Dz. Urz. WE 2006, L 69, s. 67.

⁷⁸ Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26 lipca 1995 roku ustanowionej na podstawie art. K.3 traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. WE 1995, C 316, s. 3, art. 1, ust. 1), która weszła w życie 17 października 2002 roku.

⁷⁹ Protokół z 18 września 1996 roku do konwencji o ochronie interesów finansowych wspólnot Europejskich (Dz. Urz. WE 1996, C 313, s. 2) oraz konwencji z 26 maja 1997 roku o zwalczaniu korupcji obejmującej urzędników Wspólnot Europejskich oraz urzędników państw członkowskich, Dz. Urz. WE 1997, C 195, s. 2.

podrabiania euro⁸⁰, a także pozostałych przestępstw przeciwko pewności obrotu środkami płatniczymi, jak fałszerstwa innych pieniędzy lub papierów wartościowych czy też podrabianie niegotówkowych środków płatniczych⁸¹, korupcji w sektorze prywatnym⁸², a także prania pieniędzy z innych przestępstw źródłowych niż popełniane na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich.

Argumenty za i przeciw harmonizacji

Wielu teoretyków prawa karnego sceptycznie ocenia najbliższe perspektywy rozwoju prawa karnego jako prawa wspólnotowego *sensu stricto* zaliczanego do I filaru⁸³. Wśród argumentów **przeciw** możliwości pełnej harmonizacji sankcji karnych trafnie formułuje się trzy zasadnicze, a mianowicie: przyczyny o charakterze humanitarnym (wynikające z różnic w społecznej wrażliwości co do oceny humanitaryzmu kary danego rodzaju) przyczyny prawno-karne, związane z różnym rozumieniem w poszczególnych krajach członkowskich celów kary, zasady proporcjonalności czy też zasady indywidualizacji kary oraz przyczyny o charakterze strukturalnym, tj. ustrojowe, ekonomiczne itp.⁸⁴ Słusznie dodaje E. Zielińska, że odmienności w karaniu za niektóre grupy przestępstw wynikają ponadto z przyczyn etniczno-ideologicznych i stopnia społecznej tolerancji w danym państwie dla określonego niepożądanego zjawiska. Zdaniem E. Zielińskiej dotyczy to np. karania za przestępstwa związane z prostytutką i narkotykami. Różnice te wyraźne są również w przypadku przestępstw

⁸⁰ Dec. ram. 2000/383/WSiSW z 29 maja 2000 roku w sprawie zwiększenia ochrony przez wprowadzenie sankcji karnych oraz innego rodzaju kar za podrabianie pieniędzy w związku z wprowadzeniem euro, Dz. Urz. WE 2000, L 140, s. 1.

⁸¹ Dec. ram. z 28 maja 2001 roku w sprawie zwalczania fałszowania i podrabiania niegotówkowych środków płatności, Dz. Urz. WE 2001, L 149, s. 1.

⁸² Dec. ram. 2003/568/WSiSW z 13 czerwca 2002 roku o zwalczaniu korupcji w sektorze prywatnym, Dz. Urz. WE 2003, L 192, s. 54.

⁸³ Znamienna jest tutaj wypowiedź L. K. Paprzyckiego, podkreślającego, że „o ile perspektywa rozwoju europejskiego – unijnego prawa w innych dziedzinach wydaje się nie budzić większych wątpliwości wobec chyba dość powszechnego przekonania, że tak jak dotychczas ogarniać ono będzie coraz szersze obszary, o tyle przyszłość unijnego prawa karnego, materialnego, procesowego, a nawet wykonawczego rysuje się nader mgliście, gdyż obok entuzjastów europeizacji prawa karnego nie brakuje eurosceptyków i przeciwników nawet tylko elementów unijnego prawa karnego, którzy wyrażają przekonanie, że wystarczy doskonalenie współpracy między państwami – członkami Unii w ramach III filaru i doskonalenie prawa wewnętrznego oraz praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich” – *Przyszłość europejskiego – unijnego prawa karnego*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006, s. 621.

⁸⁴ A. Bernardi, *Opportunité de l'harmonisation*, [w:] *L'Harmonisation des sanction pénales en Europe. Société de Législation comparée*, Paris 2003, s. 451 i n., cyt. za: E. Zielińska, *op. cit.*, s. 695.

gospodarczych i skarbowych, które mogą się wiązać z dominacją w poszczególnych krajach członkowskich różnych koncepcji wolnego rynku i w związku z tym mniejszą lub większą akceptacją stopnia ingerencji władzy państwowej w gospodarkę albo być konsekwencją odmiennego rozumienia zasady lojalności obywatela wobec władzy publicznej w sprawach fiskalnych⁸⁵.

Przeciwnicy harmonizacji w zakresie sankcji prawno-karnych podnoszą ponadto, niezwykle trafnie zresztą, że prawo karne jest wytworem historii i kultury i jako takie odzwierciedla najistotniejsze narodowe przekonania i wartości. Dotyczy to np. harmonizacji tych typów przestępstw, które pozostają w ścisłym związku z moralnością. Niemniej jednocześnie słusznie podkreśla się, że trudno w zasadzie ustalić, czy różnice w karaniu za poszczególne rodzaje przestępstw w poszczególnych państwach członkowskich wynikają z różnic w systemach wartości, czy też np. surowe kary za określone typy przestępstw są raczej pochodną ogólnej punitywności systemu prawa karnego danego państwa. Przeciwnicy podkreślają również brak upoważnienia do pełnej harmonizacji, wskazując, że w traktacie o UE jest mowa jedynie o wymienionych tam dziedzinach przestępczości.

Jednym z argumentów przeciwko harmonizacji, o którym nie można zapominać, jest to, że w różnych państwach członkowskich funkcjonują różne systemy sankcji. Dość wspomnieć choćby w prawie niemieckim sankcje karne *sensu stricto* (*Kriminalstrafen*) oraz administracyjne sankcje karne (*Verwaltungsstrafen*)⁸⁶ oparte przede wszystkim na grzywnie. Inaczej jest w prawie francuskim, a jeszcze inaczej w angielskim. Również w tym zakresie celowym wydaje się sformułowanie autonomicznego pojęcia sankcji karnej na użytek prawa wspólnotowego. Poniekąd także i dlatego w celu przeprowadzania działań harmonizacyjnych wykorzystuje się decyzje ramowe, które nie wywołują skutku bezpośredniego, a wiążą państwa członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków do realizacji tego celu.

„Integracja” prawa karnego niesie ze sobą wiele zagrożeń. Trafnie owe zagrożenia identyfikuje się w nauce niemieckiej, mówiąc przede wszystkim o istotnej zmianie funkcji prawa karnego, co z pewnością należy uznać za zjawisko niebezpieczne. S. Braum wskazuje, że o ile prewencyjne prawo karne musiało wskazać dobro prawne, określić swoją treść oraz umieć uzasadnić użycie środków ochrony dóbr prawnych, o tyle europejskie prawo karne zjednuje prawie wyłącznie dzięki swej politycznej funkcjonalności. To co da się po europejsku wylansować i przedstawić jako propozycję globalnej kontroli społecznej, wydaje się również zgodne z prawem. Prawo karne jest europej-

⁸⁵ E. Zielińska, *op. cit.*, s. 695.

⁸⁶ Z tym że jest to kategoria, która na gruncie prawa polskiego odpowiada kategorii wykroczeń.

skim medium komunikacji, które powinno stanowić czynny i wydajny dowód tzw. gubernatywnej polityki⁸⁷.

Interesująca dyskusja odnośnie do harmonizacji prawa karnego została podjęta na konferencji w Salonikach, gdzie przewodniczący Trybunału V. Skouris wyraźnie podkreślał, że prawo karne jest osobliwością i od tego trzeba zacząć, rozważając jego harmonizację w minimalnym choćby zakresie. Przyznanie i ochrona wartości podstawowych oddziałują na wszystkie dziedziny prawa: na prawo podatkowe, na prawo socjalne, jak również na prawo karne, dlatego też zdaniem V. Skourisa w XXI wieku patriotyzm konstytucyjny nie jest już właściwy⁸⁸. Zarzuty te na konferencji w Salonikach zostały w większości odparte przez obecnych tam przedstawicieli nauki, którzy podnosili, że prawo karne jak żadne inne gwarantuje prawo do ingerencji, dlatego też dla tej materii obowiązuje zasada *nullum crimen sine lege parlamentaria*. Słusznie podniesiono także, że osobliwość prawa karnego zawiera się w skutkach prawnych i okolicznościach, przy czym nie tworzy ona wartości, lecz nawiązuje do wartości istniejących. Słusznie R. Hefendehl wskazuje, że nawet abstrahując od nadrzędnych reguł legitymizacyjnych, takich jak *Harm Principle* czy rozważań na temat dobra/dóbr prawnie chronionych, prawo karne w zależności od kraju w niektórych aspektach opiera się na zupełnie odmiennych przekonaniach kulturowych⁸⁹.

Dla równowagi jako jeden z argumentów za harmonizacją należy podać, że w zakresie prawa karnego materialnego państw członkowskich z pewnością w prostej drodze prowadzi ona do ułatwienia współpracy między tymi państwami, z uwagi na to, że poprzez powszechną penalizację danego zachowania nie ma problemu ze spełnieniem choćby tzw. warunku podwójnej karalności. Poza tym nie bez znaczenia są też racje o charakterze symbolicznym, które nawiązują do wspólnotowych zasad równego traktowania i niedyskryminacji obywateli UE popadających w konflikt z prawem, niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim miało to miejsce. Ponadto proces niwelacji najbardziej rażących różnic w zakresie systemów kar i zasad ich wymiaru potwierdzi znaczenie wspólnego dziedzictwa kulturowego, o któ-

⁸⁷ Por. P.-A. Albrecht, *Kriminologie*, 3. Aufl., München 2005, s. 58 i n.; W. Naucke, *Konturen eines nach – präventiven Strafrechts*, KritV 1999, s. 336 i n., za: S. Braum, *Program Haski Unii Europejskiej – właściwe i niewłaściwe priorytety europejskiej ewolucji prawa karnego*, [w:] *Europeizacja prawa karnego w Polsce i w Niemczech – podstawy konstytucyjnoprawne*, red. A. J. Szwarz, J. C. Joerden, Poznań 2007, s. 24–25.

⁸⁸ Informacje: <http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/chuenemann>; por. także C. Kreß, *Strafrecht auf der Schwelle zum europäischen Verfassungsvertrag*, ZStW 116 (2004), s. 445, za: R. Hefendehl [w:] *Europeizacja...*, s. 45.

⁸⁹ R. Hefendehl, *ETS stawia na głowie przyporządkowanie kompetencji w zakresie prawa karnego – i dziwi się krytyce*, [w:] *Europeizacja...*, s. 46.

rym mowa w art. 151 ust. TWE, oraz wzmocni wśród obywateli poczucie przynależności do Europy jako pewnej całości politycznej, prawnej, kulturalnej. Wreszcie do pozytywnych aspektów harmonizacji sankcji o charakterze praktycznym za A. Bernardim należy zaliczyć eliminację wszystkich negatywnych skutków istnienia zróżnicowania sankcji, a w szczególności likwidację tzw. rajów przestępczości, gdzie najczęściej dochodzi do popełniania umyślnych przestępstw w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Harmonizacja sankcji nadto w odniesieniu do tej kategorii powinna ponadto zmienić warunki rynkowe⁹⁰.

Polskie założenia w najbliższym horyzoncie czasowym Ministerstwo Sprawiedliwości na swojej stronie internetowej jako jeden z celów w tzw. najbliższym horyzoncie czasowym zakłada projekt ustawy o zmianie ustaw: kodeks karny, kodeks postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, mający na celu wdrożenie do prawa polskiego następujących aktów prawnych:

1. Decyzja ramowa 2005/214/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 roku w sprawie stosowania zasady wzajemnego uznawania do kar o charakterze pieniężnym (termin implementacji upłynął 15 marca 2007 roku),
2. Decyzja ramowa 2004/68/WSiSW z 22 grudnia 2003 roku o zwalczaniu seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (termin implementacji upłynął 20 stycznia 2006 roku),
3. Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z 22 lipca 2003 roku w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (termin implementacji upłynął 22 lipca 2005 roku),
4. Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW z 24 lutego 2005 roku w sprawie ataków na systemy informatyczne (termin implementacji minął 16 marca 2007 roku)⁹¹.

Uwagi końcowe

Powyższe uwagi wsparte analizą orzecznictwa Trybunału, poglądów doktryny oraz stosownych regulacji, przede wszystkim tych na poziomie wspólnotowym, wskazują, że proces harmonizacji prawa karnego systematycznie mimo pewnych różnic poglądów postępuje. Coraz to nowe obszary stają się obszarami zharmonizowanymi, coraz to nowe obszary przewidziane są w zamierzeniach harmonizacyjnych. Obecnie nie sposób powiedzieć, jak zakończy

⁹⁰ Cyt. za: E. Zielińska, *op. cit.*, s. 708.

⁹¹ <http://www.ms.gov.pl/projekty/projekty.php>.

się ten proces i co przyniesie. Na pewno z uwagi na pewne dziedziny, obszary przestępczości jest to – nawet mimo słusznych argumentów przeciw – proces niewątpliwie pożądanym, w niektórych zaś dziedzinach nie tyle niemiłe widziany, ile wręcz niemożliwy⁹². W tej sytuacji w najbliższym czasie wspólne działania powinny się skupić przede wszystkim na wypracowaniu jak najdalej idącego kompromisu, tak aby tych obszarów nieobjętych zabiegami harmonizacyjnymi było jak najmniej. Pełną harmonizację czy też unifikację w zakresie prawa karnego należy uznać za niemożliwą.

⁹² Por. uwagi zawarte w części „Argumenty za i przeciw harmonizacji” w niniejszej pracy. Procesom harmonizacyjnym powinny być poddane nie tylko znamiona czynów zabronionych, ale również sankcje, przy czym powszechnie w zasadzie zauważa się, że do harmonizacji prawa karnego materialnego powinno dojść tylko w tych obszarach, w których jest ona możliwa, albowiem trudno obecnie wyobrazić sobie np. prowadzenie wspólnej polityki karnej w odniesieniu do takich zjawisk jak aborcja czy eutanazja, gdyż są to problemy niestety postrzegane bardzo różnie w państwach członkowskich.



Zyta Dymińska

Kilka uwag odnośnie do tymczasowego aresztowania

Tylko w okresie od 1 stycznia do 30 czerwca 2007 roku Europejski Trybunał Praw Człowieka ogłosił 52 wyroki w sprawach polskich, z czego 34 dotyczyły spraw karnych¹.

W 22 spośród wszystkich wyroków dotyczących spraw karnych Trybunał badał zasadność zarzutu zbyt długotrwałego stosowania tymczasowego aresztowania i uznał racje skarżących aż w 17 sprawach².

Zarzuty skarżących opierały się w głównej mierze na naruszeniu art. 5 § 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który brzmi następująco:

„Każdy zatrzymany lub aresztowany zgodnie z postanowieniami ustępu 1 lit. c) niniejszego artykułu powinien zostać niezwłocznie postawiony przed sędzią lub innym urzędnikiem uprawnionym przez ustawę do wykonywania władzy sądowej i ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania. Zwolnienie może zostać obwarowane gwarancją stawienia się na rozprawie”³.

Zgodnie z cytowanym przepisem art. 5 § 3 Konwencji organy, postanawiając o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wobec danej osoby bądź o jego uchyleniu, są zobowiązane do rozważenia zastosowania alternatywnych środków zapewniających stawienie się osoby na rozprawę. W rzeczy samej artykuł ten nie tylko zawiera prawo do „sądzenia w rozsądnym termi-

¹ <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=7962956&skin=hudoc-cc-en&action=request>.

² <http://www.coe.org.pl>.

³ http://www.coe.org.pl/re_konw/ETS_005.pdf.

nie albo zwolnienia na czas postępowania”, ale także przewiduje, że „zwolnienie może zostać uzależnione od udzielenia gwarancji zapewniających stawienie się na rozprawę”.

Trybunał wielokrotnie podkreślał w swych orzeczeniach, że jednym z istotnych elementów decydujących o prawidłowości zatrzymania w rozumieniu art. 5 § 1 Konwencji jest brak arbitralności. Pozbawienie wolności osobistej jest samo w sobie środkiem o takiej wadze, że jego użycie można uznać za uprawnione tylko wtedy, gdy inne, mniej surowe środki były brane pod uwagę i zostały przez sąd uznane za niewystarczające dla ochrony interesu prywatnego czy publicznego. Nie wystarczy zatem, aby pozbawienie wolności było zgodne z prawem krajowym, ale dodatkowo powinno być uznane za konieczne w konkretnym przypadku.

W sprawach przeciwko Polsce dotyczących przewlekłości postępowania i nieuzasadnionego oraz nadmiernego przedłużania się tymczasowego aresztowania Trybunał najczęściej zwracał uwagę, że samo uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa nie może być wyłączną przesłanką tymczasowego aresztowania, jak też sama powaga zarzutów nie może usprawiedliwiać jego długich okresów. Stwierdzał ponadto, że sąd powinien mieć na uwadze, iż z upływem czasu pierwotna podstawa tymczasowego aresztowania staje się mniej istotna, i nie powinien powoływać przez cały czas trwania śledztwa tej samej podstawy przy przedłużaniu tymczasowego aresztowania⁴.

Na przykład w sprawie Celejewski przeciwko Polsce, nr 17584/04, wyrok z 4 maja 2006 roku, Trybunał stwierdził, że w omawianym przypadku sądy opierały się na mocnym domniemaniu prawnym, iż wysokość grożącej skarżącemu kary spowoduje, „iż skarżący i inni oskarżeni będą utrudniać postępowanie karne”.

Podstawa ta była powtarzana we wszystkich postanowieniach sądu. Sądy krajowe również uważały, że wobec względnie złożonego charakteru sprawy dotyczącej przestępczej grupy zorganizowanej tymczasowe aresztowanie skarżącego było niezbędne dla zapewnienia właściwego toku postępowania. W kolejnych decyzjach sądy nie przedstawiały żadnych nowych powodów przedłużania najbardziej dotkliwego środka zapobiegawczego stosowanego w stosunku do skarżącego. Trybunał uznał, że takie elementy jak szczególnie złożony charakter sprawy dotyczącej zorganizowanej grupy przestępczej oskarżonej o popełnienie szeregu przestępstw oraz znaczna ilość zgromadzonego materiału dowodowego mogą uzasadniać stosunkowo długi okres stosowania tymczasowego aresztowania, jednakże nie przyznają władzom nieograni-

⁴ <http://www.coe.org.pl/>, *Witold Litwa p. Polsce*, nr 26629/95, ETPC 2000-III; *Jabłoński przeciwko Polsce*, *Czarnecki przeciwko Polsce*, wyrok z 28 lipca 2005 roku; *Drabek przeciwko Polsce*, wyrok z 20 czerwca 2006 roku.

zonego prawa do przedłużania stosowania tego środka zapobiegawczego, ponieważ wraz z upływem czasu początkowe powody jego stosowania stają się coraz mniej zasadne. Sądy krajowe powinny się wówczas oprzeć na innych „istotnych” i „wystarczających” podstawach uzasadniających pozbawienie wolności⁵.

Konkludując, Trybunał stwierdził, że wraz z upływem czasu surowość przewidywanej kary samodzielnie lub w powiązaniu z innymi podstawami, na które powoływały się sądy, nie może być uznana za wystarczające uzasadnienie przetrzymywania skarżącego w areszcie przez bardzo długi okres bez mała 4 lat.

Innym przykładem sprawy, w których Trybunał rozstrzygnął na korzyść skarżącego z powodu nadmiernego czasu trwania tymczasowego aresztowania, jest sprawa Czajka przeciwko Polsce, nr 15067/02, wyrok z 13 lutego 2007 roku⁶. W wyroku Trybunał stwierdził, że utrzymywanie tymczasowego aresztowania może być usprawiedliwione jedynie wtedy, gdy istnieją po temu szczególne wskazania, takie jak wymogi interesu publicznego, w których odejście od zasady domniemania niewinności przeważa nad zasadą poszanowania wolności jednostki zawartą w art. 5 Konwencji.

Domniemanie przemawia na rzecz zwolnienia, a druga część art. 5 § 3 nie daje władzom sądowym wyboru między doprowadzeniem oskarżonego na rozprawę w rozsądnym terminie albo warunkowym jego zwolnieniem podczas procesu. Do czasu skazania musi być on uznany za niewinnego, a istotnym postanowieniem art. 5 ust. 3 jest wymóg warunkowego zwolnienia z chwilą ustania zasadności jego przedłużania.

Trybunał zgodził się, iż podejrzenie, że skarżący popełnił zarzucane mu czyny, mogło początkowo stanowić podstawę stosowania wobec niego aresztu, zwłaszcza w świetle faktu, iż skarżący został następnie skazany na długi okres pozbawienia wolności. Jednak nie można nim uzasadniać wyjątkowo długiego okresu 5 lat i 5 miesięcy, podczas którego stosowano wobec skarżącego najsurowszy środek zapobiegawczy.

Inne sprawy, w których Trybunał uznał, że surowość przewidywanej kary, sama bądź w związku z innymi podstawami, na których oparły się organy krajowe, nie stanowi „właściwej i wystarczającej podstawy” do utrzymywania wobec skarżącego tymczasowego aresztowania przez skrajnie długie okresy, to np. *Sprawa Kankowski przeciwko Polsce*, nr 10268/03, wyrok z 4 października 2005 roku – tymczasowy areszt trwający ponad 4 lata i 5 miesięcy, *Sprawa Czarnecki przeciwko Polsce* – areszt 5 lat i miesiąc, nr 75112/01 wyrok z 28 lipca 2005 roku, *Sprawa Krawczak przeciwko Polsce*, nr 17732/03

⁵ <http://www.coe.org.pl/>, *Celejewski przeciwko Polsce*, nr 17584/04, wyrok z 4 maja 2006 roku.

⁶ <http://www.coe.org.pl/>, *Czajka przeciwko Polsce*, nr 15067/02, wyrok z 13 lutego 2007 roku.

wyrok z 4 października 2005 roku, w której całkowity okres tymczasowego aresztowania skarżącego podlegający rozpatrzeniu na podstawie art. 5 § 3 Konwencji to prawie 6 lat i 3 miesiące⁷.

Wielość skarg z Polski dotyczących przewlekłości postępowania, nadmierne długiego i nieuzasadnionego tymczasowego aresztowania spowodowała, że z końcem ubiegłego roku Trybunał zwrócił się do rządu polskiego o złożenie wyjaśnień w tej sprawie i przygotowanie raportu na temat stosowania tymczasowego aresztu⁸.

W tym stanie rzeczy należałoby się zastanowić, co jest tego przyczyną.

Należy się zastanowić, czy przepisy obowiązującego kodeksu postępowania karnego stoją w sprzeczności z art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Ustawa z 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego, która weszła w życie 1 września 1998 roku, określa tymczasowe aresztowanie jako jeden ze środków zapobiegawczych. Pozostałe środki – nieizolacyjne – to poręczenie majątkowe, dozór policji, poręczenie osoby godnej zaufania, poręczenie społeczne, zawieszenie oskarżonego w określonej działalności i zakaz opuszczania kraju.

Art. 249 § 1 k.p.k. wymienia ogólne podstawy stosowania środków zapobiegawczych i stanowi, że: „Środki zapobiegawcze można stosować w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa; można je stosować tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo”.

Art. 258 k.p.k. wylicza podstawy dla stosowania tymczasowego aresztowania, którymi mogą być:

„1) uzasadniona obawa ucieczki lub ukrywania się oskarżonego, zwłaszcza wtedy, gdy nie można ustalić jego tożsamości albo nie ma on w kraju stałego miejsca pobytu,

2) uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne,

3) jeżeli oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na karę pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, potrzeba zastosowania tymczasowego aresztowania w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania może być uzasadniona grożącą oskarżonemu surową karą”.

⁷ <http://www.coc.org.pl/>.

⁸ *Ibidem*.

Podkreślenia jednak wymaga fakt, że k.p.k. traktuje tymczasowe aresztowanie jako środek zapobiegawczy o wyjątkowym charakterze i w art. 257 § 1 daje prymat środkom zapobiegawczym o nieizolacyjnym charakterze, stanowiąc, że: „tymczasowego aresztowania nie stosuje się, jeżeli wystarczający jest inny środek zapobiegawczy”. Do wszystkich środków zapobiegawczych należy odnieść obowiązującą regułę minimalizacji, rozumianą w ten sposób, że w pierwszej kolejności należy stosować środek najmniej dotkliwy, a tymczasowe aresztowanie tylko wówczas, gdy inny środek zapobiegawczy jest niewystarczający. Z dyrektywą tą łączy się również zapis art. 253 § 1 k.p.k., który stanowi, że środek zapobiegawczy należy uchylić lub zmienić, jeśli ustaną przyczyny, wskutek których został on zastosowany, lub powstaną przyczyny uzasadniające jego uchylenie lub zmianę⁹.

Art. 259 k.p.k. daje również pewną dowolność w stosowaniu tymczasowego aresztowania, „zwłaszcza gdy pozbawienie oskarżonego wolności:

- 1) spowodowałoby dla jego życia lub zdrowia poważne niebezpieczeństwo,
- 2) pociągałoby wyjątkowo ciężkie skutki dla oskarżonego lub jego najbliższej rodziny”.

Należy zauważyć, że choć przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania określone w przepisach art. 249 § 1, art. 258 § 1 pkt 1 i § 3 k.p.k. są szerzej ujęte aniżeli w cytowanym przepisie Konwencji, nie stanowi to jednak sprzeczności z Konwencją, albowiem odsyła ona w tym zakresie do przepisów prawa krajowego. Stosowanie tymczasowego aresztowania w pierwszej kolejności powinno być zgodne z przepisami prawa krajowego, a następnie dopiero może być oceniane jest pod kątem zgodności z art. 5 Konwencji.

Art. 263 k.p.k. wyznacza terminy stosowania tymczasowego aresztowania. Paragraf 1 cytowanego przepisu stanowi, że sąd, stosując tymczasowe aresztowanie, oznacza jego termin na okres nie dłuższy niż 3 miesiące.

Z § 2 i § 3 wzmiankowanego przepisu wynika, że łączny czas trwania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym nie może przekroczyć 12 miesięcy, a do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji nie może przekroczyć 2 lat. W § 4 przewidziane natomiast zostały wyjątkowe sytuacje, w których możliwe jest przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania na okres przekraczający wskazane terminy. Wśród takich wymienione są: konieczność, jaka powstaje w związku z zawieszeniem postępowania karnego, czynnościami zmierzającymi do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego, przedłużającą się obserwacją psy-

⁹ J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2005, s. 146; J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 365–366; J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, s. 136–139.

chiatryczną oskarżonego, przedłużającym się opracowywaniem opinii biegłego, wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawłości lub poza granicami kraju, celowe przewlekanie postępowania przez oskarżonego, jak również inne istotne przeszkody, których usunięcie było niemożliwe.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że zapis tego artykułu był przedmiotem skargi konstytucyjnej, skutkiem czego wyrokiem z dnia 24 lipca 2006 roku, sygn. SK 58/03, Trybunał Konstytucyjny orzekł m.in., iż przepis art. 263 § 4 k.p.k., w części obejmującej zwrot: „a także z powodu innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”, w zakresie, w jakim odnosi się do postępowania przygotowawczego, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał, że wśród wymienionych w przepisie art. 263 § 4 k.p.k. przesłanek ostatnia z nich: „a także z powodu innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”, ma szczególnie nieostry charakter, co utrudnia jej jednoznaczne odczytanie. Powodowało to, że ustawowy „wyjątek od wyjątku” w zakresie przedłużania tymczasowego aresztowania był normą nader łatwą do zastosowania, gdyż powyższa przesłanka z trudem poddawała się obiektywnym kryteriom oceny. Taka sytuacja była szczególnie niepożądana w postępowaniu przygotowawczym. Dokonana zmiana sprowadza się do usunięcia z przepisu art. 263 § 4 przesłanki: „a także z powodu innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”, i wprowadzenia nowej – „czynności zmierzających do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego”. Nowa przesłanka spełnia kryterium określoności i poddaje się obiektywnej ocenie. Będzie ona miała zastosowanie przede wszystkim w postępowaniu przygotowawczym.

W związku z treścią tego wyroku ustawą z 12 stycznia 2007 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego (Dz. U. nr 20, poz. 116) zaskarżony przepis został znowelizowany. Nowelizacja ta weszła w życie 20 stycznia 2008 roku.

Nowela do k.p.k. dodała nowy przepis art. 263 § 4a, zgodnie z którym przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania na etapie postępowania sądowego powyżej terminów określonych w § 3 możliwe będzie także z powodu „innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”. Oznacza to pozostawienie możliwości przedłużania tymczasowego aresztowania na podstawie zakwestionowanej przez Trybunał Konstytucyjny, ale jedynie na etapie postępowania sądowego. Właściwemu stosowaniu tego przepisu powinno służyć wypracowanie w orzecznictwie spójnej i jednolitej jego wykładni¹⁰.

¹⁰ „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8.

Przy merytorycznym rozstrzygnięciu wniosku o przedłużenie stosowania tego środka na okres przekraczający terminy określone w art. 263 § 2 i 3 k.p.k. sąd apelacyjny musi uwzględnić istnienie w konkretnej sprawie zarówno ogólnej (art. 249 § 1), jak i szczególnej (art. 258) przesłanki tymczasowego aresztowania, brak okoliczności wymienionych w art. 259, istnienie jednej z przesłanek określonych w art. 263 § 4, kryteria przemawiające za oznaczeniem okresu przedłużenia. Okoliczności wymienione w § 4 art. 263 k.p.k. stanowią podstawę przedłużenia tego środka nie tylko wtedy, gdy istnieją w chwili upływu terminów określonych w § 2 i 3 art. 263 k.p.k., ale także wtedy, gdy wystąpiły wcześniej w toku postępowania w danej sprawie¹¹.

Uregulowania te nie stoją w sprzeczności z zapisami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jednak, jak wskazuje cytowane wcześniej orzecznictwo Trybunału, niewłaściwa jest praktyka ich stosowania. Przepisy te są dość nieprecyzyjne i pozwalają na wydłużanie maksymalnych terminów tymczasowego aresztowania.

W tym miejscu należy przytoczyć dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości odnoszące się do tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym. Jak wynika z przedstawionych w tab. 1 danych, liczba osób tymczasowo aresztowanych w postępowaniu przygotowawczym w 2007 roku nie była mała (33 657 osób).

Przeważały niezbyt długie okresy tymczasowych aresztowań – 2 miesiące aresztowano ponad 19 000 osób. Tylko 31 było tymczasowo aresztowanych ponad 2 lata, co stanowiło 0,1% ogółu tymczasowo aresztowanych.

Gorzej natomiast przedstawia się sytuacja liczby i długości tymczasowych aresztowań w postępowaniu sądowym. Prezentowane dane dotyczą 2006 roku, nie opublikowano bowiem bardziej aktualnych danych. Jeśli chodzi o liczbę osób tymczasowo aresztowanych powyżej 2 lat, to – jak widać – problem ten dotyka w głównej mierze sądów okręgowych, które z racji właściwości rzeczowej zajmują się rozpatrywaniem spraw o skomplikowanym stanie faktycznym i prawnym. Na koniec 2006 roku tymczasowo aresztowanych powyżej 2 lat pozostających w dyspozycji wspomnianego sądu było 850 osób (spośród 1054 ogółem).

W świetle zaprezentowanych danych niepokoi długotrwałość stosowania tymczasowych aresztowań, która może wskazywać na niewłaściwe czy opieszale prowadzenie postępowań przygotowawczych i sądowych. Istnieje zatem konieczność takiego doprecyzowania przepisów, aby nie pozwalały na przedłużanie tymczasowego aresztowania w nieskończoność.

¹¹ W. Grzeszczyk, *Przesłanki przedłużenia tymczasowego aresztowania na podstawie art. 222 § 4 k.p.k. w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 7–8, s. 8; postanowienie SN z 21 kwietnia 1998 roku, II KO 62/98.

Tab. 1. Stosowanie tymczasowego aresztowania (dane z wydziałów zamiejscowych prokuratury krajowej, prokuratur apelacyjnych, okręgowych i rejonowych łącznie – dok.), dane za 2007 rok

Czas trwania tymczasowego aresztowania	Liczba osób w liczbach bezwzględnych	Procent
do miesiąca	6 645	19,7
powyżej 1 do 2 miesięcy	6 473	19,2
powyżej 2 do 3 miesięcy	19 234	27,4
powyżej 3 do 4 miesięcy	2 507	7,4
powyżej 4 do 5 miesięcy	2 327	6,9
powyżej 5 do 6 miesięcy	2 114	6,3
powyżej 6 do 9 miesięcy	2 423	7,2
powyżej 9 miesięcy do roku	1 239	3,7
powyżej 1 roku do 1 roku i 6 miesięcy	492	1,5
powyżej 1 roku i 6 miesięcy do 2 lat	172	0,5
ponad 2 lata	31	0,1
Suma	43 657	100,0

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości, <http://ms.gov.pl/statystyki/statystyki.php>.

Tab. 2

Czas trwania tymczasowego aresztowania	Tymczasowo aresztowani do dyspozycji							
	Sądów rejonowych		Sądów okręgowych		Prokuratur		Razem	
	30.06.06	31.12.06	30.06.06	31.12.06	30.06.06	31.12.06	30.06.06	31.12.06
do 3 miesięcy	1791	2729	137	160	4476	4617	6404	7506
od 3 do 6 miesięcy	1912	2301	503	391	1360	1270	3775	3692
od 6 do 12 miesięcy	1690	1913	1068	1237	649	855	3407	4005
od 12 do 24 miesięcy	972	918	1309	1362	150	186	2431	2466
powyżej 24 miesięcy	202	192	790	850	11	12	1003	1054

Źródło: dane na podstawie informacji statystycznych publikowanych przez CZSW: pisma Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego do RPO z dnia 14 grudnia 2006 roku (nr DSP-I-5006-505/06); Informacji statystycznej o działalności powszechnych jednostek prokuratury w I półroczu 2006 roku oraz informacji za 2006 rok – Dział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości.

Już w czasie V kadencji Sejmu 27 kwietnia 2007 roku został zgłoszony przez posłów Platformy Obywatelskiej projekt zmian kodeksu postępowania karnego, który dotyczył doprecyzowania przesłanek stosowania instytucji tymczasowego aresztowania.

Projekt ten zakładał m.in. konieczność poinformowania zatrzymanego o prawie do ustanowienia obrońcy, nadto obligował sąd lub prokuratora do przesłuchania podejrzanego/oskarżonego przed zastosowaniem środka zapobiegawczego.

Istotną zmianą miało być przeniesienie kompetencji do stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym do sądu okręgowego, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, a w wypadkach niecierpiących zwłoki o tymczasowym aresztowaniu mogłyby decydować także inny sąd okręgowy. Przekazanie kompetencji o orzekaniu aresztu tymczasowego z sądów rejonowych do okręgowych miało zapewnić jego orzekanie przez sąd cechujący się większym doświadczeniem, rozważą i mniejszą podatnością na różnego rodzaju naciski.

Przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania na okres oznaczony, przekraczający termin określony w art. 263 § 3 k.p.k., mogło być dokonane przez sąd apelacyjny, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy – jeżeli konieczność taka powstałaby w związku z zawieszeniem postępowania karnego, przedłużającą się obserwacją psychiatryczną oskarżonego, przedłużającym się opracowywaniem opinii biegłego, wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawichości lub poza granicami kraju, a także celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego¹².

Omawiany projekt został jednak odrzucony 10 lipca 2007 roku.

Obecnie sprawa konieczności dokonania zmian przepisów odnoszących się do tymczasowego aresztowania odżyła na nowo, głównie wymuszona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Najnowszym projektem w tej dziedzinie jest projekt Ministerstwa Sprawiedliwości z 19 maja 2008 roku, według którego „zatrzymanego należy natychmiast poinformować o przyczynach zatrzymania i o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata, oraz wysłuchać go”.

Projekt ten w odniesieniu do przedłużenia tymczasowego aresztowania ponad terminy wskazane w ustawie proponuje:

„§ 4. Przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania na okres oznaczony, przekraczający terminy określone w § 2 i 3, może dokonać sąd apelacyjny, w którego okręgu prowadzi się postępowanie na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, a w postępowaniu przygotowawczym na wniosek

¹² <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/1851>.

właściwego prokuratora bezpośrednio przełożonego wobec prokuratora prowadzącego lub nadzorującego śledztwo – jeżeli konieczność taka powstaje w związku z zawieszeniem postępowania karnego, czynnościami zmierzającymi do ustalenia lub potwierdzenia tożsamości oskarżonego, wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawichości lub poza granicami kraju, a także celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego”.

Przyjęcie tej zmiany umożliwiłoby przedłużanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym (na okres dłuższy niż 2 lata) oraz w postępowaniu przygotowawczym (na okres dłuższy niż 12 miesięcy) wyłącznie na podstawie ściśle określonych przesłanek z art. 263 § 4 k.p.k., to jest, jeżeli konieczność taka powstanie w związku z:

1. Zawieszeniem postępowania karnego,
2. Czynnościami zmierzającymi do potwierdzenia tożsamości oskarżonego,
3. Wykonywaniem czynności dowodowych w sprawie o szczególnej zawichości lub poza granicami kraju,
4. Celowym przewlekaniem postępowania przez oskarżonego.

Proponowane rozwiązanie zmierza do wyeliminowania przesłanki w postaci „innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”, jako okoliczności uzasadniającej przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania również w toku postępowania sądowego, ponad względnie ostateczny termin określony w art. 263 § 3 k.p.k. (2 lata).

Zmiana ta nawiązuje do omówionego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 lipca 2006 roku, sygn. akt SK 58/03, według którego wśród wymienionych w przepisie art. 263 § 4 k.p.k. przesłanek ostatnia: „a także z powodu innych istotnych przeszkód, których usunięcie było niemożliwe”, jest szczególnie nieprecyzyjna, co utrudnia jej jednoznaczne odczytanie. W związku z tym nie można jej traktować jako swoistej klauzuli generalnej, mającej za zadanie uelastycznienie samego przepisu.

Uwzględniając również stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z 10 lipca 2007 roku, sygn. SK 50/06, projekt eliminuje przesłankę uzasadniającą przedłużenie czasu trwania tymczasowego aresztowania w postaci przedłużającej się obserwacji psychiatrycznej oskarżonego. W powołanym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny stwierdził m.in., że pozbawienie wolności na potrzeby toczącego się postępowania karnego nie może być dla oskarżonego dolegliwością samą w sobie, a można je stosować jedynie wówczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony takich wartości, jak: bezpieczeństwo, porządek publiczny czy wolności i prawa innych osób.

Tym samym uznano, że sprzeczna ze standardami konstytucyjnymi jest także przesłanka przedłużenia tymczasowego aresztowania oskarżonego z powodu przeciągającego się opracowywania opinii przez biegłego. Z tego względu

projekt eliminuje z treści art. 263 § 4 k.p.k. również i tę przesłankę. Termin opracowania opinii przez biegłego ustalony z organem procesowym przed podjęciem się opiniowania powinien być bezwzględnie przestrzegany, a jego przekroczenie przez biegłego – niezależnie od jego specjalności – nie może wywoływać negatywnych skutków procesowych dla oskarżonego.

Projekt ten należy ocenić w pełni pozytywnie, jeśli idzie o wyeliminowanie wskazanych wyżej przesłanek do przedłużania tymczasowego aresztowania ponad terminy określone art. 263 § 2 i 3 k.p.k. Natomiast istnieje obawa, że w świetle utartej praktyki sądów stosujących i przedłużających areszty tymczasowe nie spełni on swych założeń i nie spowoduje znaczącego zmniejszenia długotrwałych aresztów.

Wydaje się, że jedynym skutecznym sposobem wyeliminowania tej niepokojącej praktyki jest wprowadzenie określonych górnych granicznych terminów trwania aresztów, powyżej których bezwzględnie nie można by ich było przedłużać.

Na koniec należy zauważyć, że bardzo istotne w kontekście przedłużającego się tymczasowego aresztowania stosowanego wobec podejrzanego w danej sprawie jest zagadnienie sprawności postępowania przygotowawczego. Kwestia ta wielokrotnie była przedmiotem orzeczeń sądów apelacyjnych. Wynika z nich, że każde śledztwo powinno być prowadzone w rozsądnych granicach i ukończone w odpowiednim terminie, by nie zostało naruszone prawo strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, a na prokuratorze ciąży obowiązek odpowiedniego zorganizowania czynności śledczych. Konieczność ciągłego uzupełniania materiału dowodowego nie budzi wątpliwości, jednakże należy rozważyć definitywnie zakończenie postępowania przynajmniej odnośnie do części zarzucanych podejrzanemu czynów. (Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 listopada 2006 roku, sygn. II AKz 687/2006)¹³.

W sytuacji długotrwałego pozbawienia wolności podejrzanego na wstępnym etapie procesu dla prowadzącego postępowanie priorytetem powinno być doprowadzenie w możliwie najkrótszym czasie do rozpoznania sprawy przez sąd – przynajmniej wobec tych zarzutów, które dalszego uzupełnienia nie wymagają i uprawniają albo do umorzenia postępowania, albo do skierowania do właściwego sądu aktu oskarżenia. (Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 sierpnia 2006 roku, sygn. II AKp 279/2006)¹⁴.

¹³ „LexPolonica” nr 1460348, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 1, poz. 86.

¹⁴ „LexPolonica” nr 1460342, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 1, poz. 82, podobnie Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 26 października 2006 roku, II AKp 332/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 1, poz. 83.

W świetle cytowanych orzeczeń w celu uniknięcia nadmiernego przedłużenia postępowania, a co za tym idzie aresztowania, zasadne wydaje się rozważenie częstszego wykorzystania instytucji wyłączenia określonej w art. 34 § 3 k.p.k.

Biorąc powyższe pod uwagę, proponowałabym wprowadzenie w art. 263 k.p.k. maksymalnego czasu trwania tymczasowego aresztowania, bez możliwości jego przedłużania – w postępowaniu przygotowawczym 12 miesięcy, zaś do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji 2 lata i 6 miesięcy. Wyjątek od tej reguły mogłyby stanowić sprawy o przestępstwa z zakresu przestępczości terrorystycznej, zorganizowanej czy też zabójstwo.

Wprowadzenie tych granic wydaje się konieczne, w przeciwnym razie zawsze będzie bowiem istniało niebezpieczeństwo, że ten najdotkliwszy środek zapobiegawczy stanie się formą nacisku na oskarżonego, a państwo polskie będzie musiało odpowiedzieć przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości za nieprzestrzeganie standardów.

Michał Skorecki

Problematyka ekspertyz prywatnych na tle procesu standaryzacji opiniowania biegłych w wybranych krajach Unii Europejskiej

W polskim stanie prawnym, według dyspozycji art. 193 § 2 Kodeksu postępowania karnego, „w celu wydania opinii można się zwrócić do instytucji naukowej lub specjalistycznej”. Zgodnie z doktryną pojęcie **instytucji specjalistycznej** należy rozumieć jako zakład specjalistyczny lub instytucję powołaną do opiniowania¹. Tak nieprecyzyjne zdefiniowanie przez ustawodawcę owego pojęcia otworzyło drogę firmom prywatnym do świadczenia usług w zakresie wykonywania ekspertyz kryminalistycznych na zlecenie organów procesowych. W systemie komunistycznym ten problem miał znaczenie marginalne, bowiem przeprowadzaniem ekspertyz kryminalistycznych zajmowały się głównie jednostki państwowe ówczesnego wymiaru sprawiedliwości oraz placówki uniwersyteckie. Sytuację różnicowała wprowadzona po 1989 roku wielokrotnie nowelizowana ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, która umożliwiła ogromny rozkwit prywatnych placówek tego typu na rynku, inicjując jednocześnie trwający do dziś skomplikowany (i w pewnych aspektach również niekorzystny) proces komercjalizacji usług eksperckich w Polsce². Jakie jest więc ich miejsce w procesie karnym i czy w ogóle stanowią one konkurencję dla ośrodków państwowych i uniwersyteckich wykonujących ekspertyzy kryminalistyczne? Paradoksalnie to właśnie ich zaistnienie na rynku

¹ T. Widła, *Opinia instytucji w polskiej procedurze karnej*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 480.

² *Ibidem*, s. 481.

otwartym spowodowało, że w obawie o własną na nim egzystencję instytucje państwowe zmuszone były się zreorganizować i podjąć wysiłek podniesienia jakości świadczonych usług oraz kwalifikacji personelu. Niekiedy bowiem rutyna i wiara we własną nieomyślność tych instytucji powodowała, że konkurencja ze strony firm prywatnych stawała się dla nich bardzo odczuwalna. Zdając sobie jednak sprawę z tego, że w świadomości wymiaru sprawiedliwości nadal obecny jest mit wszechwiedzy i pełnego profesjonalizmu ośrodków państwowych, firmy prywatne mogły rozpocząć walkę o miejsce na rynku eksperckim za pomocą jedyne go słusznego narzędzia – stawiając na najwyższą jakość swoich usług i wykorzystując w tym zakresie sprawdzone standardy i procedury.

Obecnie, bardzo intensywnie rozwija się proces standaryzacji opiniowania biegłych, których doskonale wzorce od dawna z powodzeniem funkcjonują w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych. Jak jednak ma się ów proces do wymagań stawianych firmom prywatnym wykonującym ekspertyzy na zlecenie organu procesowego? Czy procedura ich wyboru wymaga zachowania tych samych rygorów co wobec instytucji państwowych lub biegłych indywidualnych wpisanych na listę? Jak same firmy odnoszą się do owych standardów i czy w ogóle ich przestrzegają? Na te i podobne pytania autor niniejszego artykułu spróbuje znaleźć odpowiedzi.

Opinie tworzone przez firmy prywatne na podstawie postanowienia o powołaniu biegłego przez organ procesowy należy odróżnić od opinii prywatnych sporządzanych na zlecenie strony. **Opinia prywatna** w tym drugim rozumieniu budzi liczne kontrowersje w doktrynie. Polska procedura karna uznaje wszelkie opinie pozaprocesowe (a więc i opinie sporządzane na polecenie strony) za niedopuszczalne. Przepisy bowiem wskazują, że opinia, która jest lub może się stać dowodem w sprawie, powstaje wyłącznie na zlecenie sądu w drodze wydania postanowienia o powołaniu biegłego³. Od strony mogą pochodzić wyłącznie wnioski dowodowe. Poza tym treść art. 393 § 3 k.p.k. nie zakazuje odczytu na rozprawie wyłącznie takich dokumentów prywatnych, które powstały poza procesem i nie na jego potrzeby. Biegły może być wybitnym specjalistą w swojej dziedzinie, a wnioski zawarte w jego opinii mogą być bardzo przekonujące, jednakże nie mogą one w żaden sposób stanowić dowodu w sprawie ani stać się podstawą do wyrokowania. Opinia taka może mieć jednak znaczenie, stanowiąc niejako swoistą informację dla organu procesowego o pewnych istotnych dla sprawy okolicznościach. Do decyzji sądu będzie należało, czy w związku z tym zarządzi przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jako czynności procesowej na okoliczność będącą przedmiotem opinii prywatnej, bądź też uzupełnienie lub wyjaśnienie opinii złożo-

³ Zgodnie z art. 193 § 1 k.p.k. z 1997 roku.

nych wcześniej w procesie przez innych biegłych, czy też w ogóle nie weźmie tego pod uwagę. Wątpliwym jest jednak by w charakterze biegłego powołany został autor opinii prywatnej, choć takie rozwiązanie prawo dopuszcza. Mogą jednak powstać problemy natury etycznej związane między innymi z zarzutami braku bezstronności i obiektywizmu takiego biegłego (wykonującego przecież opinie na zlecenie strony, a więc i zgodne z jej oczekiwaniami). Sąd Najwyższy w swoich tezach popiera stanowisko, by opinie prywatne traktować jako swoiste wyjaśnienia stron i po przeprowadzeniu odpowiednich czynności zgodnie z wymogami formalnymi k.p.k. przekształcić w dowód⁴.

Podkreślić należy, że identyczna sytuacja ma miejsce również w krajach europejskich, gdzie obowiązuje system śledczy (a więc, w prawie całej Europie). Wyjątkiem od tej reguły jest Wielka Brytania, gdzie panujący od wieków *system kontradyktoryjny* oddał cały proces w ręce zainteresowanych stron. Tutaj strony powołują biegłych i to ich zadaniem jest dowieść przed sądem, że właściwe wnioski płyną z ekspertyzy przygotowanej tylko przez jedną z nich. Podobnie w Stanach Zjednoczonych również bardzo rzadko w procesie karnym występują biegli powoływani przez sąd⁵.

Na początku dobrze byłoby wskazać, z jakimi rodzajami biegłych spotkać się można w polskiej procedurze karnej. Wyróżnić tutaj można dwa rodzaje biegłych – stali (czyli *sądowi*, wpisani na listy biegłych prowadzone przez prezesów sądów okręgowych) oraz powoływani *ad hoc*, tj. do konkretnej sprawy⁶. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 roku w sprawie biegłych sądowych⁷ stawia jedynie wymóg, by sądowy biegły posiadał „teoretyczne i praktyczne wiadomości specjalne w danej gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła, a także innej umiejętności, dla której ma być ustanowiony”. Jednocześnie jednak ustawodawca nie wskazuje żadnych wymogów formalnych, które wymuszałyby niejako na biegłym wpisanym na listę szczegółowego udokumentowania posiadania przez niego wiedzy specjalnej, licencji na wykonywanie zawodu, certyfikatu jakości usług lub akredytacji jednostki, w której jest zatrudniony. Należy również zaznaczyć, że listy biegłych dotyczą tylko biegłych indywidualnych. Nie istnieją listy ani instytucji naukowych, ani specjalistycznych. Owe instytucje są zatem szczególnym rodzajem biegłych. Stworzenie takiej listy postuluje wielu wybitnych

⁴ S. Kalinowski, *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994, s. 69–71.

⁵ R. Bull, A. Memon, A. Vrij, *Prawo i psychologia. Wiarygodność zeznań i materiału dowodowego*, Gdańsk 2003, s. 259.

⁶ S. Kalinowski, *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 79–82.

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 24 stycznia 2005 roku w sprawie biegłych sądowych, Dz. U. z 2005 r., Nr 15, poz. 133.

prawników, m.in. T. Widła⁸. Proponuje on, by prowadził ją Minister Sprawiedliwości, którego zadaniem byłoby również sprawowanie ogólnego nadzoru nad instytucjami specjalistycznymi, określenie procedur wpisów i skreśleń oraz warunków wpisu. Nadzór merytoryczny nad nimi miałyby sprawować specjalna komisja akredytacyjna powołana przez Ministra Sprawiedliwości i działająca z ramienia i w imieniu Ministerstwa. Pogląd ten jest jak najbardziej słuszny, taka lista stałaby się bowiem pierwszą poważną barierą dla nierzetelnych i spragnionych wyłącznie zysku firm prywatnych świadczących usługi eksperckie.

Należy pamiętać, że co do opinii sporządzanych przez instytucje naukowe lub specjalistyczne przepisy prawa praktyka sędziowska oraz doktryna procesowa są zgodne, że powinny być traktowane na równi z opiniami biegłych, dysponując taką samą mocą dowodową. A. Gaberle uważa, że różnicowanie opinii ze względu na pochodzenie tworzy jednocześnie sztuczny twór prawny w postaci pozakodeksowego zakazu dowodowego, a przecież żadne przepisy nie różnicują ani biegłych indywidualnych, ani też instytucji⁹. Z tym twierdzeniem w pełni należy się zgodzić. W praktyce sądowej ugruntowany jest jednak pogląd Sądu Najwyższego, według którego organ procesowy powinien zwracać się o opinię do instytutu naukowego tylko wtedy, gdy „podlegający ocenie problem ze względu na jego złożoność wymagać będzie wyjaśnienia przez specjalistów o szczególnie wysokim stopniu przygotowania praktycznego i teoretycznego i gdy konieczne będzie wykorzystanie najnowszych wyników badań naukowych lub dokonanie specjalistycznych badań laboratoryjnych”¹⁰.

Odrębnym problemem pozostaje procedura zatrudniania w firmach prywatnych świadczących usługi eksperckie. Często bywa tak, że ekspert zatrudniony do tej pory w placówce państwowej lub uniwersyteckiej, zdając sobie sprawę z posiadania rozległej wiedzy specjalnej i bogatego doświadczenia zawodowego, może osiągnąć znacznie większy indywidualny sukces osobisty i ekonomiczny, podejmując współpracę z renomowaną prywatną placówką ekspercką, bądź też rozpocząć samodzielną praktykę w tej dziedzinie. Taką możliwość daje mu wspomniana już ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Podejmuje więc decyzję o przejściu na samozatrudnienie i otwarciu własnej firmy świadczącej usługi eksperckie, wpisując się jednocześnie na listę biegłych sądowych. Tacy eksperci to najczęściej osoby wcześniej zatrudnione w laboratoriach kryminalistycznych komend wojewódzkich poli-

⁸ T. Widła, *Opinia instytucji...*, s. 482.

⁹ A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Kraków 2007, s. 167–168.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 1974 roku (III KR 371/73, OSNKW 1974/6/117).

cji, zakładach medycyny sądowej, Instytucie Ekspertyz Sądowych, agencjach wywiadowczych, byli detektywi, specjaliści ds. bezpieczeństwa urzędów administracyjnych, ministerstw, funkcjonariusze pionów dochodzeniowo-śledczych itd. Czasami zdarza się również i tak, że pozostają oni nadal w owych placówkach na podstawie umowy o pracę, prowadząc jednocześnie własną działalność gospodarczą, co jednak nie jest zgodne z zasadami uczciwej konkurencji ani uczciwe wobec swoistego zobowiązania lojalnościowego wobec pracodawcy. Połowicznym rozwiązaniem tego problemu jest wówczas wykonywanie usług eksperckich na podstawie umowy cywilnoprawnej, ale nadal pozostaje pytanie, czy z punktu widzenia etyki zawodowej jest to dopuszczalne. Bywa i tak, że firmy świadczące usługi eksperckie tworzone są także przez osoby do tej pory niezwiązane z opiniowaniem sądowym, ale zatrudniające własnych ekspertów wykonujących dla nich ekspertyzy kryminalistyczne. I ta właśnie forma prowadzenia działalności eksperckiej jest szeroko i mocno krytykowana przez doktrynę. Najpoważniejszy zarzut, jaki stawia się tego rodzaju placówkom, to fakt, że właściciele firm prywatnych, nie posiadając własnego zaplecza eksperckiego, zlecają ekspertowi sporządzenie opinii na podstawie umowy cywilnoprawnej. Uzyskują oni jednocześnie środki na pokrycie wszelkich kosztów z tym związanych ze strony państwa na podstawie odpowiedniego rozporządzenia o kosztach przeprowadzenia dowodu z opinii biegłych mając jednocześnie na względzie, że prawo i doktryna nie dopuszczają podzlecenia. Można się po części zgodzić w tym przypadku z poglądem T. Widły¹¹, że taka opinia może być traktowana jak opracowanie, stanowiąc informację dla organu procesowego, że istnieje ekspert, który posiada wiedzę specjalną w danej dziedzinie. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, by móc go potem powołać imiennie w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego (choć na przeszkodzie może stanąć zasada obiektywizmu w procesie karnym przytoczona przez stronę przeciwną). Należy jednak zaznaczyć, że organy procesowe regularnie korzystają z usług tak działających firm. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać albo w ignorancji prawnej decydentów procesowych, albo – wręcz przeciwnie – w restrykcyjnym przestrzeganiu źle rozumianych zasad szybkości i ekonomiki postępowania. Tak wadliwie działający mechanizm współpracy powoduje, że instytucje wymiaru sprawiedliwości nie mają pod tym względem dobrej opinii. Rzutuje to także bezpośrednio na ocenę jakości usług wszystkich prywatnych firm eksperckich, włączając w to również i te najbardziej renomowane. Środkiem do zniwelowania owego problemu są z pewnością swoiste rozwiązania prawno-procesowe (o czym w dalszej części artykułu). Ich wzorcem mogą być rozwiązania przyjęte w innych krajach europejskich,

¹¹ T. Widła, *Uwagi o przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego*, „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 71.

oczywiście z odpowiednimi modyfikacjami uwzględniającymi specyfikę instytucji biegłego w polskim procesie karnym, a także wypracowane na podstawie doświadczeń i zdobytej wiedzy własne pomysły.

Co ważne, nie ma obecnie prawnego wymogu podpisywania ekspertyzy przez kierownika placówki eksperckiej, a art. 194, pkt 1 k.p.k. wskazuje, że przy powoływaniu do wydania opinii instytucji specjalistycznej organ procesowy może jedynie wskazać na specjalność i kwalifikacje biegłego-wykonawcy. W gestii kierownika placówki państwowej/właściciela firmy eksperckiej jest więc odpowiedni wybór eksperta. Poza tym jego podpis jako kierownika rozwiązuje problem rozmycia odpowiedzialności za opinię i błędy natury formalnej oraz potwierdza wysoką jakość usług takiej placówki i przestrzegania przez nią metodyki danego rodzaju badań¹².

Kwestia formy wykonywania ekspertyzy ściśle się wiąże z kolejnym zarzutem pod adresem prywatnych firm eksperckich, mianowicie dotyczącym zapewnienia odpowiedniej jakości usług¹³. Niestety, w odróżnieniu od innych krajów europejskich, gdzie problematyka zapewnienia odpowiednio wysokiej jakości usług eksperckich traktowana jest od dawna bardzo poważnie, w Polsce ten temat jest relatywnie nowy. Należy choćby zwrócić uwagę na to, że nie istnieją żadne szczególne procedury wpisu na listy biegłych, brakuje ogólnej regulacji prawnej dotyczącej biegłych (w randze ustawy wzorem innych krajów zachodnich) oraz (o czym już wspomniano) wymogu sprawdzalności posiadania wiedzy specjalnej (w drodze okazania licencji zawodowej, certyfikatu lub akredytacji jednostki zatrudniającej, egzaminów kontrolnych). Często poprzestaje się wyłącznie na ustnym lub pisemnym oświadczeniu eksperta. Zabiegi te z pewnością uściśliłyby i sprecyzowały ramy działalności biegłych w Polsce.

Ale owe problemy dotyczą nie tylko firm prywatnych wykonujących ekspertyzy, ale także wszelkich osób bądź placówek, które chcą tworzyć opinie na potrzeby wymiaru sprawiedliwości. Takie zarzuty związane z jakością usług mogą się zatem pojawić nie tylko pod adresem placówek prywatnych, ale także niektórych instytucji państwowych, które niestety czasami bazują tylko na swojej dawnej renomie. Zrozumiałe jest również, że ekspert, który tworzył do tej pory opinie w imieniu instytucji, postanawiając działać na własną rękę, będzie dążył do zapewnienia tej samej, a może nawet znacząco wyższej jakości swoich usług eksperckich, zdając sobie przecież sprawę z konkurencji ze strony byłego pracodawcy. W Europie Zachodniej z powodzeniem funkcjonuje

¹² T. Widła, *Opinia instytucji...*, s. 483–484.

¹³ T. Tomaszewski, *Kompetencje firm prywatnych do wydawania opinii w postępowaniu karnym i cywilnym*, [w:] *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana prof. M. Kulickiemu*, Toruń 2004, s. 177.

zdrowa konkurencja między firmami prywatnymi a jednostkami państwowymi, które często sprawują również nad tymi pierwszymi nadzór merytoryczny. Przykładowo, w Anglii i Walii oficjalnym wykonawcą badań kryminalistycznych jest Forensic Science Service (FSS). Posiada on status państwowej agencji wykonawczej i konkuruje z prywatnymi laboratoriami, jednakże to jego zadaniem jest przeprowadzanie postępowań akredytacyjnych oraz nadzór nad jakością świadczenia usług eksperckich przez laboratoria niepaństwowe. Ponadto istnieje także Rada do spraw Rejestracji Czynnych Ekspertów Kryminalistyki, której zadaniem jest oficjalna rejestracja biegłych sądowych działających na terenie Anglii i Walii. Listy biegłych sądowych stanowią tam bezwzględną gwarancję jakości świadczonych przez nich usług¹⁴. W Niemczech działa cały szereg komisji i gremiów zajmujących się akredytacją i certyfikacją. Tutaj również tworzono są listy zaufania, ale większość ekspertów zrzeszona jest w izbach przemysłowo-handlowych, które wraz z urzędami kryminalnymi mają swoje wewnętrzne regulacje i standardy pracy zawodowej. W Holandii także stosuje się akredytację dla poszczególnych metod badawczych, a nadrzędną instancją jest STERLAB. Również w Holandii uznawani są tylko eksperci zarejestrowani. Ponadto każdy ekspert musi posiadać nie tylko akredytację dotyczącą własnej osoby, ale także certyfikację poszczególnych metod badawczych, którymi się oficjalnie posługuje¹⁵. We Francji funkcjonują dwa pionowce wykonawcze w zakresie usług eksperckich: Centralny Instytut Badań Kryminalistycznych dla Żandarmerii Narodowej (RCGN) oraz pion policyjny pod nazwą Policja Naukowo-Techniczna (PTS) z własnymi laboratoriami. Poza tym w każdym z opisanych krajów działają terenowe wydziały techniki kryminalistycznej wykonujące badania powtarzalne i niewymagające wysokich kwalifikacji wykonawców¹⁶. Wielka szkoda, że do tej pory Polska nie skorzystała z tak doskonałych wzorców.

Wiele z tych problemów rozwiązałoby stworzenie ustawy o biegłych. Szczegółowe założenia najnowszego projektu ustawy o biegłych sądowych przytacza w swoim artykule E. Gruza¹⁷. Z uwagi na specyfikę artykułu zostaną przytoczone tylko te fragmenty projektu, które dotyczą instytucji specjalistycznych. Większość proponowanych tam rozwiązań ma charakter uniwersalny i odnosi się zarówno do biegłych indywidualnych, jak i instytucji naukowych i specjalistycznych. Dotyczy to w szczególności warunków uzyskania prawa do

¹⁴ J. M. Fereday, *Europejskie standardy kompetencji dla ekspertów kryminalistyki*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. III, Warszawa 2000, s. 68–70.

¹⁵ *Ibidem*, s. 71–72.

¹⁶ T. Tomaszewski, *Kwalifikacje biegłych wydających opinie kryminalistyczne*, [w:] *Problemy...*, s. 89.

¹⁷ E. Gruza, *Ustawa o biegłych – realna potrzeba czy kosztowny zbytek?*, [w:] *Biegły w sądzie. Konferencja naukowa w 40. rocznicę śmierci Prof. Jana Sehna*, Kraków 2005, s. 19–31.

wydawania opinii w procesie, używania tytułu biegłego sądowego, zasad sprawowania funkcji biegłego oraz sposobu wynagradzania (z uwzględnieniem specyfiki rozliczeń finansowych między sądem a instytucją). Z omawianą problematyką bezpośrednio wiąże się rozdział III projektu. Wskazano tutaj na cały szereg wymagań stawianych instytucjom naukowym i specjalistycznym. Uregulowano m.in. kwestie dotyczące spełnienia określonych warunków techniczno-organizacyjnych, legitymowania się odpowiednimi certyfikatami i akredytacją o zasięgu przynajmniej krajowym, zatrudniania odpowiednio wykwalifikowanej kadry oraz obowiązku wpisu do specjalnego rejestru instytucji naukowych i specjalistycznych prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości. Standardy jakości dla tych placówek miałyby określać rządowa Komisja Ekspertów. O ile sam pomysł stworzenia takiej ustawy o biegłych jest jak najbardziej trafiony, o tyle niektóre rozwiązania powinny być zweryfikowane i zmodyfikowane, zwłaszcza że do dyspozycji są już sprawdzone i doskonałe wzorce europejskie (opisane wyżej). Dotyczy to zwłaszcza składu personalnego Komisji Ekspertów (złożonej z samych ministrów) oraz nierównomiernego rozłożenia kompetencji między poszczególne organy resortowe.

Problematyka ekspertyz instytucjonalnych została nieco odmiennie uregulowana w Kodeksie postępowania cywilnego. Zgodnie bowiem z treścią art. 290 k.p.c. organ procesowy może skorzystać z pomocy instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Niejasne sprecyzowanie przez ustawodawcę pojęcia **instytutu** spowodowało, że poglądy doktryny nie są tożsame odnośnie do tego, czy opinie mogą wydawać wyłącznie placówki spełniające wymogi formalno-prawne stawiane przez odrębne przepisy (przepisy ustawy z dnia 25 lipca 1985 roku o jednostkach badawczo-rozwojowych), czy też *per analogiam* możliwe jest także wydawanie opinii przez jednostki niespełniające tych wymogów, a używające nazwy „instytut” w obrocie gospodarczym. Orzecznictwo sądów na ten temat również nie jest zbieżne. Problem ów nadal pozostanie nierozstrzygnięty dopóty, dopóki ustawodawca sam tej kwestii nie doprecyzuje. Rzeczywistość pokazuje, że wiele firm działających na rynku eksperckim, wykorzystując tę lukę, sporządza opinie pod szyldem „instytutu” jako nazwy prawnie niezastrzeżonej dla konkretnego rodzaju jednostek. Jeżeli jednak wykonują swoje zadania z należytą starannością i dbałością o jakość usług, to nie ma to żadnego znaczenia (o ile używanie tej nazwy nie wprowadza umyślnie w błąd potencjalnego odbiorcy)¹⁸.

Biegły może występować w procesie nie tylko jako opiniodawca, ale także jako konsultant. Nie wydaje on wówczas opinii i nie prowadzi ekspertyz czy badań, ale uczestniczy tylko w podejmowanych przez organ czynnościach

¹⁸ P. Banach, *Dowód z opinii instytutu naukowego i naukowo-badawczego*, [w:] *Rola biegłego we współczesnym procesie*, red. J. Turek, Warszawa 2002, s. 30–31.

procesowych, służąc poradą i udzielając wskazówek co do ich przeprowadzania i sposobu interpretacji wyników¹⁹. Jednakże pogląd, by funkcję konsultanta połączyć w dalszym etapie procesu z funkcją wykonawcy pełnoprawnej ekspertyzy, budzi wątpliwości natury etycznej i narusza zasadę obiektywizmu procesu karnego. Konsultacja taka ma duże znaczenie we wstępnej fazie postępowania, kiedy powinna nastąpić weryfikacja potrzeb co do przeprowadzenia opinii biegłego. Osoba, która ma pełnić funkcję konsultanta, musi być bezstronna i niezainteresowana bezpośrednio wynikiem danej sprawy. Musi jednak posiadać odpowiednią wiedzę w zakresie problematyki związanej z ekspertyzą. Tak więc nic nie stoi na przeszkodzie, by w roli takiego konsultanta mogła wystąpić firma prywatna dysponująca bogatym zapleczem badawczym i osobowym. Taka rola firmy prywatnej w procesie jest jak najbardziej do zaakceptowania i nie rodzi problemów ani natury prawnej, ani etycznej.

Podsumowując, można dojść do przekonania, że opinie sporządzane przez firmy prywatne na zlecenie organu procesowego mogą być równie wysokowartościowym dowodem w sprawie jak opinie przygotowywane przez inne jednostki, pod warunkiem jednak, że spełniają jednocześnie wszelkie wymogi formalno-prawne i jakościowe – takie same, jakie stawia się przed placówkami państwowymi. Różnicowanie przez organ procesowy opinii ze względu na pochodzenie jest więc działaniem niedopuszczalnym. Musi on przecież pamiętać, że powinien mieć zawsze na względzie z jednej strony zasadę swobodnej oceny dowodów, a z drugiej zasadę obiektywizmu procesu karnego. Takie stanowisko reprezentuje w swych tezach również Sąd Najwyższy²⁰. Wymogi stawiane firmom prywatnym przy sporządzaniu opinii są takie same, jakie mają do spełnienia placówki państwowe, nie powinno być więc mowy o jakiegokolwiek dysproporcji jakościowej, tym bardziej że zmieniająca się rzeczywistość wymusza korzystanie z najlepszych standardów. Niestety, zdarzają się również firmy nierzetelne, żerujące na niewiedzy i braku doświadczenia organów procesowych. Zdrowa konkurencja powinna jednak szybko takie jednostki z rynku wypierać, pozostawiając na polu zmagania wyłącznie najlepszych. Jak długo będzie istniało zapotrzebowanie na usługi eksperckie, tak długo ktoś będzie chciał je świadczyć, a przecież w demokratycznym państwie prawa wolny rynek jest podstawą zdrowej gospodarki.

¹⁹ J. Widacki, *Z zagadnień teorii biegłego*, Katowice 1983, s. 160.

²⁰ Wyrok SN z 12 listopada 2002 roku (V KKN 333/01).

Bibliografia

- Banach P., *Dowód z opinii instytutu naukowego i naukowo-badawczego*, [w:] *Rola biegłego we współczesnym procesie*, red. J. Turek, Warszawa 2002.
- Bull R., Memon A., Vrij A., *Prawo i psychologia. Wiarygodność zeznań i materiału dowodowego*, Gdańsk 2003.
- Fereday J. M., *Europejskie standardy kompetencji dla ekspertów kryminalistyki*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. III, Warszawa 2000.
- Gaberle A., *Dowody w procesie karnym*, Kraków 2007.
- Gruza E., *Ustawa o biegłych – realna potrzeba czy kosztowny zbytek?*, [w:] *Biegły w sądzie. Konferencja naukowa w 40. rocznicę śmierci Prof. Jana Sehna*, Kraków 2005.
- Kalinowski S., *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994.
- Kalinowski S., *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 roku w sprawie biegłych sądowych, Dz. U. z 2005 r., Nr 15, poz. 133.
- Tomaszewski T., *Kompetencje firm prywatnych do wydawania opinii w postępowaniu karnym i cywilnym*, [w:] *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana prof. M. Kulickiemu*, Toruń 2004,
- Tomaszewski T., *Kwalifikacje biegłych wydających opinie kryminalistyczne*, [w:] *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. III, Warszawa 2000.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.
- Widacki J., *Z zagadnień teorii biegłego*, Katowice 1983.
- Widła T., *Opinia instytucji w polskiej procedurze karnej*, [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003.
- Widła T., *Uwagi o przeprowadzaniu dowodu z opinii biegłego*, „Palestra” 2002, nr 3–4.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 2002 roku (V KKN 333/01).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1974 roku (III KR 371/73, OSNKW 1974/6/117).

Adam Strzelec

Prokreacja pozaustrojowa (wybrane aspekty europeizacji polskiego prawa karnego)

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie wybranych problemów z zakresu prokreacji pozaustrojowej na podstawie regulacji prawnych poszczególnych państw europejskich, takich jak Niemcy, Wielka Brytania, Hiszpania, Szwajcaria, Francja, Włochy, Szwecja, Dania, Norwegia i Holandia.

W polskim systemie prawnym brak jest jakichkolwiek przepisów odnoszących się wprost do zagadnień prokreacji pozaustrojowej. Jedyne wiążące lekarza wytyczne są Kodeks etyki lekarskiej z 2 stycznia 2004 roku oraz Stanowisko Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego dotyczące technik wspomaganego rozrodu w leczeniu niepłodności z 1995 roku. Wskazane normy należą do kategorii norm pozaprawnych o charakterze moralnym oraz reguł zawodowych dotyczących sztuki wykonywania zawodu¹.

Ze względu na brak polskich regulacji prawnych w tym zakresie oraz złożoność problematyki europeizacji prawa polskiego, opracowanie to ogranicza się przede wszystkim do wskazania kierunków, w których może i powinien podążać polski ustawodawca przy tworzeniu takich regulacji. Punkt odniesienia do wskazania owych kierunków stanowi w niniejszej pracy ustawodawstwo wspomnianych wyżej państw europejskich. Szersze przedstawienie kwestii europeizacji polskiego prawa wymaga szczegółowego omówienia w odrębnej pracy.

¹ J. Hajerko, *Charakter prawny obowiązków lekarza stosującego metody wspomaganą prokreację. Postulaty de lege ferenda*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganą prokreacji*, red. J. Hajerko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 49.

We wskazanych państwach na przełomie ostatnich dziesięcioleci wypracowane zostały regulacje ustawowe tej materii, które w sposób bardziej lub mniej szczegółowy próbują wskazać miejsce prokreacji pozaustrojowej w systemach prawnych tych państw.

Pierwsze zabiegi z pominięciem naturalnych metod poczęcia datuje się na koniec XVIII wieku. Pierwszego udokumentowanego zabiegu sztucznego zapłodnienia dokonano w 1785 roku w Londynie². W USA z kolei pierwsze tego typu zabiegi datowane są na 1866 roku³.

Organy tworzące prawo długo nie interesowały się tym zagadnieniem i dopiero w ostatnich dziesięcioleciach XX wieku podjęto ostrożne próby regulacji prawnej tej materii.

Rozpocznę od wyjaśnienia pojęcia prokreacji pozaustrojowej. Jest ono węższe od pojęcia sztucznej prokreacji, przez którą rozumie się sposoby postępowania zastępujące częściowo lub całkowicie naturalny proces zajścia w ciążę (przez stosunek seksualny) i wyjątkowo sam naturalny przebieg ciąży⁴. Mówiąc najogólniej, prokreacja pozaustrojowa to jeden ze sposobów sztucznej prokreacji określany jako zapłodnienie *in vitro*, przez które rozumie się poczęcie dziecka z pominięciem stosunku seksualnego poza żywym organizmem (zapłodnienie pozaustrojowe i przeniesienie zarodka). Pierwszego skutecznego zapłodnienia *in vitro* dokonano 30 lat temu w Anglii. W jego wyniku 25 lipca 1978 roku przysłała na świat Luiza Brown, nazywana pierwszym „dzieckiem z probówki”. W Polsce pierwsze dziecko po zapłodnieniu pozaustrojowym przyszło na świat 12 listopada 1987 roku. Według danych z 2006 roku na świecie żyło do tego czasu około 1,5 miliona ludzi urodzonych w wyniku zastosowania tej metody⁵.

W większości regulacji prawnych państw europejskich cele zapłodnienia pozaustrojowego wskazane są wprost w ustawach dotyczących prokreacji pozaustrojowej. Regulacja tej materii zawarta jest także w Zasadach Ekspertów Rady Europy, zgodnie z którymi np. nie można stosować sztucznej prokreacji w celu uzyskania cech przyszłego dziecka, szczególnie płci, z wyjątkiem sytuacji, gdy jest to związane z dążeniem do uniknięcia poważnej choroby dziedzicznej związanej z płcią (zasada 1 pkt 2)⁶.

² R. Tokarczyk, *Prawo narodzin, życia i śmierci. Podręcznik*, wyd. VI rozszerzone, Kraków 2000, s. 168.

³ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. VII, Toruń 2005, s. 215.

⁴ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 158.

⁵ T. Paszkowski, W. Wrona, *Miejsce technik wspomaganego rozrodu we współczesnej medycynie*, [w:] *Metody wspomaganego prokreacji: sukces czy porażka?*, red. B. Chyrowicz, Lublin 2006, s. 20.

⁶ A. N. Schulz, *Uregulowania prawne wspomaganego prokreacji w wybranych krajach europejskich*, [w:] *Prawne...*, s. 126.

Cel zapłodnienia pozaustrojowego określony jest najdokładniej w prawie niemieckim, szwajcarskim, hiszpańskim, włoskim i francuskim⁷. Ustawy tych państw oparte są na założeniu aksjologicznym, które za główny i jedyny cel sztucznego zapłodnienia uznaje urodzenie dziecka, a przekroczenie tej granicy w każdym z tych państw zagrożone jest sankcją karną⁸ (np. w Niemczech regulacja ta zawarta jest w Ustawie o ochronie embrionów z 1990 roku)⁹. Niedozwolone pod groźbą kary jest więc zapłodnienie pozaustrojowe przeprowadzone jedynie w celach badań naukowych, eksperymentalnym czy komercyjnym. Zarówno w niemieckiej, szwajcarskiej, jak i hiszpańskiej ustawie istnieje generalny zakaz stosowania zapłodnienia pozaustrojowego w celu innym niż urodzenie dziecka. Taka budowa przepisów zapobiega powstaniu luk prawnych, które mogłyby mieć miejsce w przypadku pozytywnego wyliczenia przez ustawodawcę celów nielegalnych¹⁰.

Taki z kolei sposób zredagowania przepisów prawnych został zastosowany we Włoszech i Francji. Ustawodawca wyliczył przypadki, w których nie można dokonać zabiegów sztucznej prokreacji bez narażenia się na odpowiedzialność karną. I tak dla przykładu można wskazać, iż włoska ustawa zakazuje pod groźbą kary tworzenia ludzkich embrionów w celach badań lub eksperymentów czy też w jakichkolwiek celach różnych od przewidzianego w ustawie, a francuski kodeks karny kryminalizuje poczęcie *in vitro* ludzkich embrionów w celach handlowych, przemysłowych i badawczych, a także przystąpienie do czynności z zakresu medycznie wspomaganey prokreacji w celach innych niż wskazane w ustawie¹¹.

Odmienne od wskazanych wyżej sposób regulacji celu zapłodnienia pozaustrojowego można znaleźć w prawie brytyjskim. System ten kryminalizuje zapłodnienie *in vitro* w celu innym niż uzasadniający uzyskanie zezwolenia, w celu prawnie dopuszczalnym, ale bez zezwolenia albo z naruszeniem warunków zezwolenia¹². Zezwolenie z kolei może być udzielone w celu ułatwienia kobiecie zajścia w ciążę, w celu stosowania świadczeń leczniczych, a także w licznych wymienionych w ustawie celach badawczych.

Biorąc pod uwagę systemy prawne wszystkich przedstawionych państw, należy stwierdzić, że w każdym z nich zastosowanie zapłodnienia pozaustrojowego

⁷ M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 231.

⁸ *Ibidem*, s. 232.

⁹ J. W. Ochmański, *Ochrona embrionu i techniki wspomaganego rozrodu w niemieckiej ustawie o ochronie embrionów*, [w:] *Dawanie życia: problemy wspomaganego rozrodu człowieka*, red. J. Gądzinowski, L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2003, s. 107.

¹⁰ M. Gałązka, *Prawnokarne granice zapłodnienia in vitro*, [w:] *Metody wspomaganey prokreacji...*, s. 138.

¹¹ M. Gałązka, *Prawnokarne granice...*, s. 140.

¹² *Ibidem*, s. 142.

wego w celu innym niż wskazany w ustawie obwarowane jest sankcją karną. Dominującym celem zapłodnienia pozaustrojowego jest urodzenie dziecka, a wszelkie odstępstwa od niego mają charakter bądź to czasowy, bądź polegający na zalegalizowaniu tworzenia embrionów w ściśle wskazanych w ustawie celach badawczych (np. w Holandii istnieje możliwość uchylecia zakazu tworzenia embrionów dla celów naukowych na mocy decyzji królewskiej lub ustawy).

Kolejnym problemem jest ustalenie przesłanek medycznych zezwalających na przeprowadzenie zabiegów *in vitro*. Podobnie jak w przypadku celu sztucznego zapłodnienia kwestia przesłanek medycznych w omawianych krajach nie jest uregulowana jednomyślnie. Zgodnie z przyjętymi w 1989 roku przez Komitet Ekspertów do spraw Bioetyki działający przy Radzie Europy „Zasadami zastosowania technik wspomagannej prokreacji” dostępność zapłodnienia *in vitro* powinna być uzależniona przede wszystkim od bezpłodności (zasada 1 pkt 1)¹³. Bepłodność została uznana przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) za chorobę i definiuje się ją jako niemożność zajścia w ciążę będącą wynikiem niepłodności lub ograniczenia płodności jednego lub obojga małżonków lub partnerów znajdujących się w utrwalonym związku po roku regularnego współżycia, bez stosowania metod zapobiegania ciąży¹⁴.

Systemy prawne omawianych państw można w tym zakresie podzielić na dwie grupy.

Do pierwszej grupy, w której możliwość przeprowadzenia zapłodnienia *in vitro* nie zależy od wskazań medycznych, zalicza się Hiszpanię, Holandię, Niemcy i Wielką Brytanię¹⁵. W krajach tych dopuszczalne jest więc zapłodnienie *in vitro* także w obrębie pary zdolnej do spłodzenia dziecka metodą naturalną, ale i tutaj istnieją pewne niemedyczne ograniczenia, takie jak wiek kobiety czy też wymóg pozostawania w związku małżeńskim¹⁶.

Grupę drugą stanowią z kolei państwa, w których zapłodnienie *in vitro* dopuszczalne jest tylko i wyłącznie w przypadkach wskazanych w ich regulacjach prawnych. Rozwiązanie takie przyjęto między innymi we Francji, Szwajcarii, Norwegii i we Włoszech¹⁷. Nie zagłębiając się w szczegółową analizę regulacji prawnych tych państw, można ogólnie stwierdzić, że zabiegi sztucznej prokreacji są tu dopuszczalne, jeśli dotyczą medycznie rozpoznanej i stwierdzonej niepłodności kobiety lub mężczyzny, bezowocnego wykorzystania innych metod leczniczych¹⁸ lub jeżeli istnieje ryzyko przeniesienia

¹³ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 112.

¹⁴ T. Paszkowski, W. Wrona, *op. cit.*, s. 19.

¹⁵ M. Gałązka, *Prawanokarne granice...*, s. 154.

¹⁶ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 125.

¹⁷ M. Gałązka, *Prawanokarne granice...*, s. 155.

¹⁸ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 125.

na partnera lub dziecko szczególnie groźnej choroby¹⁹. Niezastosowanie się do wskazanych wyżej przesłanek będzie skutkowało odpowiedzialnością karną. Jedynie we Włoszech przeprowadzenie zabiegu *in vitro* z przyczyn odmiennych niż brak innych terapeutycznych metod usunięcia przyczyny bezpłodności nie jest zagrożone żadną sankcją²⁰.

Można wyróżnić trzy rodzaje sztucznej inseminacji: inseminacja homologiczna (gamety pochodzą od małżonków), inseminacja heterologiczna (poza parą pragnącą dziecko pojawia się dawca gamet, który jest dla nich osobą trzecią²¹) i inseminacja mieszana (gdy nasienie męża i innego mężczyzny jest mieszane w celach fizjologicznych lub psychologicznych)²².

Kolejną istotną kwestią jest wskazanie podmiotów, które mogą korzystać z zapłodnienia *in vitro*. Przed przejściem do dalszych rozważań nad tą kwestią należy odpowiedzieć na pytanie, co należy mieć na względzie przede wszystkim: dobro mającego się narodzić dziecka czy też chęć przyszłych rodziców do posiadania dziecka?

Zgodnie z dominującym w nauce prawa poglądem nie można na podstawie obowiązujących przepisów, a w szczególności konstytucji RP, skonstruować żadnego prawa do posiadania dziecka, ponieważ dziecko nie może być przedmiotem prawa, wręcz przeciwnie, pojawia się na świecie (co do zasady w rodzinie) jako kolejny podmiot podlegający szczególnej ochronie prawnej²³. Płodność ludzka chroniona prawem jako wartość sama w sobie nie jest z kolei równoznaczna z realnym pojawieniem się potomstwa²⁴.

Dobro dziecka jest wartością chronioną zarówno przez konstytucję, jak i przez szereg innych aktów prawnych, takich jak kodeks rodzinny i opiekuńczy, czy Konwencja o prawach dziecka. W przypadku zapłodnienia *in vitro* należy mieć na względzie przede wszystkim dobro mającego się narodzić dziecka. Decyzja podejmowana przez osoby będące beneficjentami zapłodnienia pozaustrojowego wywołuje bezpośrednio skutki w stosunku do mającego się narodzić dziecka. Decyzja taka oprócz interesów przyszłych rodziców powinna uwzględniać przede wszystkim jego interes. Chodzi bowiem o powołanie do życia dziecka, na którego dobro i los jako człowieka wpływa sama decyzja o poddaniu się rodziców stosownym zabiegom lekarskim i o wyborze metody działania²⁵.

¹⁹ M. Gałązka, *Prawanokarne granice...*, s. 155.

²⁰ *Ibidem*, s. 156.

²¹ T. Smyczyński, *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej*, [w:] *Prawne...*, s. 96.

²² M. Nesterowicz, *op. cit.*, s. 211.

²³ M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?*, [w:] *Prawne...*, s. 79.

²⁴ M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo...*, *op. cit.*, s. 79.

²⁵ T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 96.

We wszystkich systemach prawnych dopuszczających zapłodnienie *in vitro* istnieje zgoda co do zastosowania tej metody względem małżonków (zapłodnienie homologiczne). Rozbieżności pojawiają się natomiast w przypadku zastosowania metody *in vitro* w stosunku do konkubentów, kobiet samotnych lub po śmierci dawcy gamet. Prawodawstwo Rady Europy zabrania przeprowadzania zabiegów prokreacji w związku osób tej samej płci²⁶. Przedstawię teraz dokonaną przez M. Gałązkę analizę przepisów regulujących tę materię w poszczególnych państwach²⁷.

Niemieckie ustawy oraz dyrektywy niemieckiego samorządu lekarskiego, stawiając na pierwszym miejscu dobro dziecka, zezwalają na zastosowanie metody *in vitro* w stosunku do małżonków i tylko wyjątkowo konkubentów. Ustawa ta uznaje za przestępstwo świadome zapłodnienie komórki jajowej nasieniem mężczyzny po jego śmierci (zapłodniona kobieta nie ponosi tu odpowiedzialności karnej)²⁸.

W Wielkiej Brytanii istnieje jedynie zalecenie uwzględniania dobra dziecka mającego się narodzić, a jego nieprzestrzeganie nie jest zagrożone żadną sankcją. Ze względu na to, że w Wielkiej Brytanii problematyka ta jest przedmiotem regulacji *common law*, nie powinien dziwić brak z góry przewidzianych sankcji za ewentualne delikty. Brytyjska regulacja prawna kwestii zapłodnienia pozaustrojowego oparta jest na instytucji zgody wyrażonej na konkretne czynności w tym zakresie²⁹. Jeśli więc osoba wyrazi zgodę na daną czynność z zakresu zapłodnienia *in vitro*, a czynność ta nie jest wprost zakazana przez prawo, zgoda taka jest skuteczna (pomijam tu kwestie związane z wymogami formalnymi zgody). W Wielkiej Brytanii istnieje więc możliwość zapłodnienia *in vitro* lub transferu zarodka *post mortem*, jeżeli mężczyzna wyraził na to zgodę za życia. Co za tym idzie, osoba dokonująca takiej czynności narazi się na odpowiedzialność karną wyłącznie w przypadku używania gamet lub embrionu nie na mocy zezwolenia. W związku z tym beneficjentami *in vitro* mogą być tu małżonkowie, konkubenci, kobiety samotne, a także możliwe jest zapłodnienie *post mortem* przy jednoczesnym spełnieniu warunku skutecznie wyrażonej zgody.

We Francji³⁰ z zapłodnienia pozaustrojowego mogą skorzystać mężczyzna i kobieta w wieku zdolności prokreacyjnej, pozostający przy życiu (śmierć jednego z nich stanowi przeszkodę do transferu już istniejącego embrionu)

²⁶ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 178.

²⁷ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 243–247.

²⁸ M. Gałązka, *Prawnokarne granice...*, s. 151.

²⁹ Human Fertilisation and Embriology Act 1990, c. 37, PGAGSM 1990, part IV, p. 1471–1509.

³⁰ Loi n° 2004–800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO 7 août 2004, n° 182, p. 14040 nn, z późn. zm.

i tworzący związek małżeński albo zdolni udowodnić wspólne pożycie od przynajmniej 2 lat³¹.

We Włoszech z zapłodnienia pozaustrojowego mogą jedynie skorzystać pary osób pełnoletnich, różnej płci, pozostające w małżeństwie lub konkubinacie, będące w wieku potencjalnej płodności i żyjące wspólnie. Naruszenie tych przepisów jest tylko wykroczeniem administracyjnym³².

W Szwajcarii priorytet ma dobro dziecka. W związku z tym zapłodnienie pozaustrojowe może być przeprowadzone tylko wobec par, w stosunku do których można ustalić prawną więź pokrewieństwa oraz co do których istnieją podstawy, aby sądzić, że jako przyszli rodzice będą w stanie (ze względu na wiek i sytuację osobistą) wychować dziecko do pełnoletniości. Zakazem karnym objęte jest tu tylko używanie gamet lub penetrowanych komórek jajowych *post mortem*³³.

Duńskie i norweskie regulacje prawne wymagają, aby kobieta była mężatką albo pozostawała z mężczyzną w związku podobnym do małżeństwa. W ustawie duńskiej istnieje ponadto dodatkowy warunek, aby kobieta nie przekroczyła 45. roku życia. Naruszenie powyższych ograniczeń, jak również zapłodnienie *in vitro post mortem* zagrożone są odpowiedzialnością karną.

Szwedzka ustawa³⁴ określa wymóg pozostawania w związku małżeńskim lub faktycznym stałym związku heteroseksualnym kobiety beneficjentki *in vitro*. Naruszenie powyższych ograniczeń, jak również transfer embrionu *post mortem* zagrożone są odpowiedzialnością karną. Ponadto w niektórych regionach Szwecji kobieta nie może być poddana zapłodnieniu *in vitro* po ukończeniu 35. roku życia³⁵.

Najbardziej liberalna i wolna od wszelkich sankcji jest regulacja tej materii w Hiszpanii. Dozwolone jest tu stosowanie *in vitro* wobec kobiety niepozostającej w związku małżeńskim lub konkubinacie, a także zapłodnienie *post mortem*³⁶.

W Holandii ustawodawca nie stawia wymogów podmiotowych. Zapłodnienie *in vitro* i transfer embrionu *post mortem* zależą od udzielonej za życia zgody osoby, od której pochodzi gameta lub embrion. Odpowiedzialności karnej podlega jedynie transfer embrionu bez zgody dawcy³⁷.

³¹ T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 103.

³² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, GU n. 45, del 24 febbraio 2004, p. 5–12.

³³ Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 18 décembre 1998, RO 2000, nr 51, s. 3055–3067, z późn. zm.

³⁴ Lag (1984:1140) om insemination, 1984-12-20, SFS 1984:1140, z późn. zm.

³⁵ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 125.

³⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, „Boletín Oficial del Estado” z 27 V 2006, nr 126, s. 19947–19956.

³⁷ Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embrowet), Stb. 2002, 338.

Kolejnym istotnym zagadnieniem jest postępowanie z embrionami nadliczbowymi, czyli tymi, które nie zostały implantowane do organizmu kobiety. Kwestia ta została w omawianych państwach różnie rozwiązana. Z medycznego punktu widzenia każdy proces zapłodnienia *in vitro* rozpoczyna się od stymulacji hormonalnej kobiety, od której ma pochodzić komórka jajowa. W wyniku tego procesu następuje zwiększenie liczby wytworzonych przez jej organizm w jednym cyklu gamet, przez co możliwe jest zapłodnienie większej liczby komórek podczas jednego cyklu zapładniania *in vitro*. Dążenie do osiągnięcia w jednym cyklu jak największej liczby komórek spowodowane jest tym, że kuracja hormonalna stanowi pewne obciążenie dla organizmu kobiety i dlatego nie powinna być ona powtarzana zbyt często. Warto nadmienić, że embriony mogą być przechowywane stosunkowo długo (około 5 lat) w temperaturze minus 196°C. Okres ten regulowany jest różnie w poszczególnych państwach (np. do 5 lat w Wielkiej Brytanii i Holandii, do roku w Szwecji i Czechach, do 6 lat w Słowenii)³⁸. Do organizmu kobiety wprowadza się w ciągu jednego cyklu kilka zapłodnionych komórek jajowych, czyli embrionów, w celu zwiększenia prawdopodobieństwa zajścia w ciążę. Przez embrion rozumie się połączenie gamet ludzkich (plemnika i komórki jajowej) do ósmego tygodnia jego rozwoju³⁹. W poszczególnych państwach pojęcie to jest różnie definiowane (rozbieżności dotyczą np. granic czasowych, w których zapłodnioną komórkę jajową można nazywać embrionem).

Jak zaznaczono powyżej, istotny problem związany ze stosowaniem zapłodnienia *in vitro* stanowi postępowanie wobec embrionów nadliczbowych, które nie zostały wykorzystane np. z powodu zajścia w ciążę na skutek wcześniejszej inseminacji lub cofnięcia zgody kobiety na implantację embrionu już po zapłodnieniu komórek jajowych. Przez embriony nadliczbowe należy więc rozumieć embriony, w stosunku do których zostały wyczerpane wszelkie możliwości utrzymania ich przy życiu⁴⁰. Obowiązujące w większości państw zakazy zapłodnienia *in vitro* w celu innym niż zajście w ciążę nie zapewniają każdemu embrionowi implantacji do organizmu kobiety⁴¹.

Niektóre z omawianych państw wprowadzają regulacje określające maksymalną liczbę gamet żeńskich, które mogą zostać zapłodnione podczas jednej próby⁴². I tak w Niemczech, Szwajcarii, Włoszech i Hiszpanii nie można przenieść podczas jednego cyklu więcej niż 3 embrionów, a przekroczenie tego limitu zagrożone jest odpowiedzialnością karną lub administracyjno-karną. Limit ten został ustalony na podstawie wiedzy medycznej, z której wynika, że

³⁸ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 127.

³⁹ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 166.

⁴⁰ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 238.

⁴¹ M. Gałązka, *Prawnokarne granice...*, s. 144.

⁴² A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 126.

jest to liczba optymalna dla spowodowania implantacji, a jednocześnie dla uniknięcia zagrożeń związanych z ciążą mnogą⁴³. Jedynym krajem dopuszczającym implantację do 4 embrionów podczas jednej próby jest Turcja⁴⁴.

Państwa te wprowadziły także regulacje dotyczące liczby embrionów, które mogą powstać podczas jednego cyklu. W Niemczech istnieje prawny zakaz (zagrożony sankcją karną) zapłodnienia większej liczby komórek jajowych pobranych od jednej kobiety, niż ma być transferowana do jej organizmu podczas jednego cyklu. W Szwajcarii wprowadzono przepis, zgodnie z którym poza organizmem kobiety może się rozwinąć do stadium embrionu tylko taka liczba zapłodnionych komórek jajowych, jaka jest konieczna do spowodowania ciąży podczas jednego cyklu⁴⁵. Naruszenie tego przepisu zagrożone jest sankcją karną. We Włoszech przestępstwem jest tworzenie większej liczby embrionów niż ściśle konieczna do jednej i jednoczesnej implantacji⁴⁶. W Hiszpanii dopuszczalne jest zapłodnienie podczas jednego cyklu najwyżej 3 komórek jajowych, chyba że na zachowanie tych limitów nie pozwala patologia stwierdzona u beneficjentów zapłodnienia⁴⁷. Naruszenie tego przepisu zagrożone jest z kolei odpowiedzialnością administracyjno-karną.

Ciągle aktualnym i budzącym wiele emocji problemem jest ustalenie statusu prawnego embrionu. Kwestia ta pozostaje nadal otwarta, a pomimo trwającej od przeszło 30 lat dyskusji nie wypracowano pod tym względem konsensusu⁴⁸. Medycyna i nauki biomedyczne zgodnie uważają, że z chwilą połączenia się ludzkiego plemnika z ludzką komórką jajową powstaje odrębny organizm – wyposażony w ludzki genom embrion, który od tego momentu rozwija się w sposób ciągły⁴⁹. Brak jest natomiast jednomyślności co do tego, czy embrion jest dobrem prawnie chronionym, czy podmiotem dóbr prawnych? Stwierdzenie, z którym godzi się znakomita większość osób zajmujących się tym problemem głosi, że embrion jest pewną formą życia ludzkiego. Zarówno przed, jak i po umieszczeniu w organizmie kobiety zarodek jest egzemplarzem ludzkiego gatunku i ma wszystkie deskryptywne cechy człowieka, a samo umieszczenie go w łonie matki stwarza tylko dogodne warunki dalszego jego rozwoju⁵⁰. Każda forma życia ludzkiego zasługuje z kolei na ochronę prawnokarną. Aby embrion miał zapewniony należyty, nieuchybny równości wobec prawa standard ochrony prawnokarnej, przy ustalaniu katalogu dóbr prawnie chronionych należy zatem traktować go nie tylko jako dobro *sui*

⁴³ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 239.

⁴⁴ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 126.

⁴⁵ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 240.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 241.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 242.

⁴⁸ B. Chyrowicz, *In vitro: natura do zastąpienia?*, [w:] *Metody wspomaganey prokreacji...*, s. 10.

⁴⁹ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 159.

⁵⁰ T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 108.

generis, lecz także jako osobę wyposażoną w godność i podmiot tych dóbr, bez względu na sposób powstania embrionu⁵¹. Skoro embrion to forma życia ludzkiego, a przymiotem każdego człowieka jest jego godność, można stwierdzić, że z momentem połączenia się plemnika z komórką jajową powstaje odrębny organizm ludzki, któremu od tej chwili przysługuje przymiot ludzkiej godności. Za M. Safjanem można stwierdzić, że nawet w przypadku wątpliwości ustawodawcy co do statusu prawnego embrionu powinien on dać priorytet ochronie człowieka *in statu nascendi*, a nie przeciwko niej. Jeśli osiągnięcie zgody co do tego, jakie są konieczne właściwości fizyczne i morale istoty ludzkiej, aby uznać jej moralny status, i zarazem nie jesteśmy w stanie uniknąć najbardziej drastycznych konsekwencji próby definiowania osoby, to wątpliwości w tej sprawie powinny być rozstrzygane na rzecz ochrony życia człowieka⁵². Podobne stanowisko reprezentuje także T. Smyczyński, który wskazany wyżej dylemat każe rozstrzygać zgodnie z zasadą *in dubio pro vita humana*⁵³. Europejska konwencja bioetyczna nie zrównuje godności embrionu z godnością człowieka narodzonego. Jednocześnie w celu złagodzenia swojego stanowiska zapewnia embrionowi ochronę polegającą na uznaniu go za podmiot praw.

Godność ludzka ze swej istoty nie podlega różnicowaniu i przysługuje każdemu człowiekowi jednakowo. Stanowi ona źródło, z którego równość wszystkich istot ludzkich się wywodzi⁵⁴. Jeżeli prawo karne służy ochronie dóbr człowieka urodzonego, to równość wobec prawa wymaga, aby chroniło także dobra człowieka w fazie embrionalnej⁵⁵. Embrion jest zatem tak samo człowiekiem, tak samo istotą ludzką i tak samo osobą jak człowiek urodzony i powinien być chroniony przez prawo równie intensywnie⁵⁶. Aby rozwiązać problem statusu prawnego embrionu, zabiegiem koniecznym i jak się wydaje nieuniknionym jest uregulowanie tej kwestii przez organ stanowiący prawo.

Zagadnienie badań nad embrionami regulowane jest odmiennie w różnych krajach. Kryterium zezwalającym na prowadzenie badań są np. wiek embrionu (Hiszpania, Wielka Brytania – do 14 dnia od jego powstania), brak zagrożenia dla przyszłego dziecka (Francja), uzyskanie zgodności tkankowej z żyjącym już i ciężko chorym rodzeństwem (Francja, Dania). Należy przyjąć, że większość państw nie przewiduje możliwości dokonywania jakichkolwiek modyfikacji zdrowych embrionów, np. selekcji embrionów ze względu na wiek

⁵¹ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 158.

⁵² M. Safjan, *W sprawie ochrony prawnej człowieka in statu nascendi*, [w:] *O ochronie prawnej dziecka poczętego. Dysputa nad projektem ustawy*, Warszawa 1989, s. 45–56.

⁵³ T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 107.

⁵⁴ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 162.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ J. Ratzinger, *Życie – fundamentalną wartością i nienaruszalnym prawem człowieka*, [w:] *Medycyna i prawo: za czy przeciw życiu?*, red. E. Sgreccia, Lublin 1999, s. 22.

czy płęć⁵⁷. Naruszenie zakazów prawnych dotyczących badań na embrionach zagrożone jest w większości państw sankcjami karnymi.

Podsumowując omawiany problem, można stwierdzić, że wieloletnie próby legislacyjne mające na celu uregulowanie kwestii prokreacji pozaustrojowej w Polsce, są mówiąc delikatnie, mało zadowalające. Jak można to zaobserwować na podstawie wydarzeń ostatnich miesięcy (np. dyskusji o refundacji zabiegów *in vitro*) kwestia zabiegów *in vitro* jest nadal aktualna, a dyskusja coraz bardziej ożywiona. Jednocząca się Europa oraz szybki rozwój nauki, między innymi medycyny, wymusza na państwach znajdujących się w jej granicach wprowadzanie przepisów regulujących kwestie sztucznego zapłodnienia, uwzględniających ogólnie przyjęte standardy europejskie. Państwa europejskie przy tworzeniu przepisów wewnętrznych muszą brać pod uwagę regulacje wypracowane przez organy europejskie, takie jak Rada Europy czy Parlament Europejski. Polski parlament w celu europeizacji prawa musi przy tworzeniu aktów prawnych uwzględniać dorobek i doświadczenie w tej materii zarówno państw, jak i organów europejskich. Należy też uważać, aby nie kopiować regulacji prawnych innych państw bez dostosowania ich do naszego porządku prawnego. Można jedynie mieć nadzieję, że tak delikatna kwestia, jaką jest sztuczna prokreacja, doczeka się w najbliższym czasie przemysłanej i dostosowanej do standardów europejskich regulacji prawnej.

Bibliografia

- Gałązka M., *Prawnokarne granice zapłodnienia in vitro*, [w:] *Metody wspomaganey prokreacji: sukces czy porażka?*, red. B. Chyrowicz, Lublin 2006.
- Gałązka M., *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005.
- Chyrowicz B., *In Vitro: natura do zastąpienia?*, [w:] *Metody wspomaganey prokreacji: sukces czy porażka?*, red. B. Chyrowicz, Lublin 2006.
- Hajerko J., *Charakter prawny obowiązków lekarza stosującego metody wspomaganey prokreacji. Postulaty de lege ferenda*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Hajerko, M. Łączkowska, Poznań 2005.
- Łączkowska M., *Czy istnieje prawo do „posiadania” dziecka?*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Hajerko, M. Łączkowska, Poznań 2005.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, wyd. VII, Toruń 2005.
- Ochmański J. W., *Ochrona embrionu i techniki wspomaganego rozrodu w niemieckiej ustawie o ochronie embrionów*, [w:] *Dawanie życia: problemy wspomaganego rozrodu człowieka*, red. J. Gadzinowski, L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2003.

⁵⁷ A. N. Schulz, *op. cit.*, s. 129.

- Paszkowski T., Wrona W., *Miejsce technik wspomaganego rozrodu we współczesnej medycynie*, [w:] *Metody wspomagannej prokreacji: sukces czy porażka?*, red. B. Chyrowicz, Lublin 2006.
- Ratzinger J., *Życie – fundamentalną wartością i nienaruszalnym prawem człowieka*, [w:] *Medycyna i prawo: za czy przeciw życiu?*, red. E. Sgreccia, Lublin 1999.
- Safjan M., *W sprawie ochrony prawnej człowieka in statu nascendi*, [w:] *O ochronie prawnej dziecka poczętego. Dysputa nad projektem ustawy*, Warszawa 1989.
- Schulz A. N., *Uregulowania prawne wspomagannej medycznie prokreacji w wybranych krajach europejskich*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomagannej prokreacji*, red. J. Hajerko, M. Łączkowska, Poznań 2005.
- Smyczyński T., *Aksjologiczne i prawne podstawy dopuszczalności wspomagannej prokreacji ludzkiej*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomagannej prokreacji*, red. J. Hajerko, M. Łączkowska, Poznań 2005.
- Tokarczyk R., *Prawo narodzin, życia i śmierci. Podręcznik*, wyd. VI rozszerzone, Kraków 2000.

Summary

The aim of the study is to discuss the issues related to the extrasomatic procreation in the aspect of the Europeanization of the Polish criminal law. This problem is being widely discussed and it is very emotive among both the society and the authors of the law. In this publication my attention will be directed, first of all, to the problem of criminalization of the aspects connected with *in vitro* fertilization. On the grounds of the specificity of the subject discussed, I will be engaged in the legal status of an embryo, the purpose of *in vitro* fertilization, acting with extra embryos, which came into being through *in vitro*, subjects entitled to exercise this method, and partly in the research on embryos. However, in this publication I will not be interested in the issues connected with cloning.

Because of the fact that in Polish criminal law there is no regulation of this question, this study will be mostly based on comparing legal articles of particular European countries and regulation worked out by the Council of Europe.

Till now, Poland, as one of few European countries, has not worked out legal regulation of this matter, and both the progressive process of law Europeanization and the lively social discussion put pressure in order to change this state as soon as possible.

Anna Sapota

Europeizacja norm kolizyjnych miarodajnych dla rozwodu – projekt rozporządzenia unijnego i skutki jego wejścia w życie

Uwagi ogólne

Polska, wstępując do Unii Europejskiej, zdecydowała się oddać niektóre kompetencje prawodawcze organom unijnym. Ta decyzja pociągnęła za sobą znaczące konsekwencje dla Polskiego systemu prawnego. Z jednej strony z dniem 1 maja 2004 roku włączono do tego systemu prawnego cały wcześniejszy dorobek prawny Unii Europejskiej (tzw. *acquis communautaire*). Z drugiej strony, od tego momentu kolejne akty prawa unijnego automatycznie stają się częścią polskiego prawa. Akty prawa wtórnego harmonizują lub bezpośrednio regulują polskie instytucje prawne. Dlatego też w świetle tego postępującego ujednoczania prawa polskiego oraz praw narodowych innych państw członkowskich od kilku już lat mówi się o europeizacji prawa prywatnego.

Zwykle najwięcej uwagi poświęca się zmianom i harmonizacji prawa merytorycznego, które na nowo regulują poszczególne instytucje prawne. Jednak organy Unii Europejskiej ogromną wagę i znaczenie przypisują zmianom prawa prywatnego międzynarodowego, które w istotny sposób wpływa na kształtowanie się relacji handlowych i cywilnych między mieszkańcami Unii Europejskiej. Wyrazem tego zainteresowania unifikacją prawa prywatnego międzynarodowego stało się przyjęcie w 2005 roku przez Radę Wspólnot Europejskich Programu haskiego¹, który przewiduje zasady oraz zakres

¹ Program haski: wzmocnienie wolności bezpieczeństwa i sprawiedliwości w Unii Europejskiej, Dz. U. UE 3.3.2005, C 53/1.

jednolitej regulacji unijnej poszczególnych instytucji prawa prywatnego międzynarodowego, które dotychczas były rozstrzygane w prawie wewnętrznym państw członkowskich lub w konwencjach międzynarodowych. Wdrażane przez Unię Europejską w ramach realizacji Programu haskiego zmiany obejmą między innymi zagadnienie rozwodu w prawie prywatnym międzynarodowym.

Geneza proponowanej nowelizacji rozporządzenia Bruksela IIa

Dotychczasowa regulacja rozwodu w prawie polskim zasadniczo opiera się na art. 18 ustawy z 12 listopada 1965 roku Prawo prywatne międzynarodowe² (dalej: p.p.m.) oraz na umowach międzynarodowych dwustronnych, wprowadzających rozwiązania szczególne względem ustawy. Jedynym aspektem rozwodu regulowanym dotychczas prawem unijnym były kwestie procesowe, czyli zagadnienia jurysdykcji krajowej, uznawania oraz wykonywania orzeczeń, zawarte pierwotnie w Rozporządzeniu Rady WE nr 1347/2000 z 29 maja 2000 roku³, tzw. Bruksela II, które zawierało przepisy dotyczące właściwości sądów, uznawania orzeczeń, także w sprawach rozwodowych, a następnie w Rozporządzeniu Rady WE nr 2201/2003 z 27 listopada 2003 roku⁴, tzw. Bruksela IIa, które 1 marca 2005 roku zastąpiło wcześniejszą regulację.

Zgodnie z rozwiązaniem zaproponowanym przez Komisję Europejską obecnie obowiązujące rozporządzenie Bruksela IIa ma zostać znowelizowane i w ramach wprowadzonych zmian ma być dodany rozdział regulujący zagadnienia związane z prawem właściwym dla rozwodu i separacji. Istotnym *novum* jest przyjęty sposób regulacji. Dotychczas zakładano, że prawo wspólnotowe odrębnie reguluje prawo właściwe w tzw. rozporządzeniach rzymskich oraz postępowanie cywilne międzynarodowe w tzw. rozporządzeniach brukselskich. Jednak przedstawiony Projekt⁵ nowelizacji rozporządzenia Brukse-

² Ustawa z 12 listopada 1965 roku Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290 z późn. zm.

³ Rozporządzenie nr 1347/2000 z 29 maja 2000 roku o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej za wspólne dzieci obojga małżonków, Dz. Urz. WE L 160/2000, s. 19.

⁴ Rozporządzenie nr 2201/2003 z 27 listopada 2003 roku o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej uchylające Rozporządzenie nr 1347/2000, Dz. Urz. WE Wydanie Specjalne PL, rozdz. 19, t. VI, s. 243.

⁵ Wniosek Komisji WE z 17 lipca 2006 roku, Rozporządzenie Rady zmieniające rozporządzenie (WE) nr 2201/2003 w odniesieniu do jurysdykcji i wprowadzające zasady dotyczące prawa właściwego w sprawach małżeńskich, {SEK(2006)949}, {SEK(2006)950}, <http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUri-Serv/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:00 82:0093:PL:PDF>.

la IIa jasno wskazuje, że powstanie rozporządzenie o charakterze łącznym. W ten sposób, w zakresie spraw rozwodowych będzie ono kompleksową regulacją, obejmującą zarówno kwestie określenia prawa właściwego, jurysdykcji sądu, jak i uznawania orzeczenia zapadłego w sprawie.

Ze względu na duże znaczenie rozwodu, nie tylko jako instytucji prawa cywilnego, ale także jako zagadnienia życia codziennego obywateli państw członkowskich, warto się zastanowić, jakie zasady zostaną wprowadzone w życie w ramach nowelizacji rozporządzenia Bruksela IIa. Warto także spróbować przewidzieć skutki unifikacji norm kolizyjnych dla rozwodu, a także konsekwencje szczegółowych rozwiązań zaproponowanych przez Komisję Europejską.

Zakres nowelizacji rozporządzenia Bruksela IIa

Pierwszą zasadniczą dla odpowiedniego zrozumienia tematu kwestią jest określenie zakresu zastosowania znowelizowanego rozporządzenia Bruksela IIa. Jego wejście w życie wywoła bezpośredni skutek i będzie ono stosowane we wszystkich państwach Unii Europejskiej z wyjątkiem Danii. Stosowane będzie do wszystkich spraw rozstrzyganych przez sądy⁶ po dniu wejścia rozporządzenia w życie. Przepisy rozdziału IIa, który zawierać będzie normy kolizyjne, znajdują zastosowanie w sprawach dotyczących rozwodu i separacji. Tym samym nie przewidziano normy kolizyjnej, na podstawie której następowaloby wskazanie prawa właściwego dla unieważnienia małżeństwa, które podlega regulacjom zawartym w części procesowej rozporządzenia Bruksela IIa. Tym samym część rozporządzenia ujednolicająca normy kolizyjne obejmie swoim zastosowaniem jedynie dwie instytucje: rozwód i separacje.

W odniesieniu do Projektu najistotniejszą kwestią wymagającą szczegółowej analizy jest wybór określonego łącznika⁷, który będzie miał zastosowanie dla

⁶ W innych państwach Unii Europejskiej rozporządzenie mogą stosować inne organy państwowe powołane do orzekania w sprawach objętych zakresem przedmiotowym rozporządzenia.

⁷ Łącznik jako wskaźnik prawa (zob. H. Trammer, *Z rozważań nad strukturą normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego*, „*Studia Cywilistyczne*” 1969, t. 13–14, s. 399. Zob. też: F. Zoll, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Kraków 1947, s. 23–24), czyli element, który powoduje, że do danego stosunku prawnego stosuje się normy określonego systemu prawnego (M. Pazdan, *Prawo prywatne...*, s. 48. Zob. też: J. Gołaczyński, *Prawo prywatne...*, s. 16). Jednak pojawił się też pogląd, że łącznik to fakt, natomiast norma kolizyjna zawiera opis łącznika i przez ten opis determinowane jest wskazanie prawa właściwego (zob. A. Mączyński, *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*, [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego*, red. A. Mączyński, Kraków 1994, s. 233). Decyzja dotycząca konkretnego łącznika będzie przesądzała o kształcie przyjętej regulacji, gdyż wybrany łącznik w sposób abstrakcyjny będzie wskazywał prawo właściwe dla spraw rozwodowych. Odpowiednio wybrany, może utrudniać lub ułatwiać uzyskanie rozwodu przez strony.

wskazania prawa właściwego. Wybór właściwego łącznika przy konstrukcji normy kolizyjnej ma kluczowe znaczenie, gdyż przesądza o tym, w jaki sposób nastąpi powiązanie stosunku prawnego z określonym obszarem prawnym.

Projekt wysunął na pierwszy plan łącznik wyboru prawa oraz miejsca stałego pobytu stron⁸. Każde z powyższych rozwiązań ma swoje wady i zalety oraz powoduje różnego rodzaju trudności na płaszczyźnie kolizyjnoprawnej, dlatego też każde z nich zostanie osobno omówione poniżej.

Wybór prawa właściwego przez małżonków

Zgodnie z art. 20a Projektu wybór prawa przez małżonków przesądza o prawie właściwym dla rozwodu. Oznacza to, że małżonkowie samodzielnie decydują o tym, którego państwa prawo wewnętrzne znajdzie zastosowanie w przypadku ich rozwodu. Takie rozwiązanie stanowi wyraz autonomii woli stron w kształtowaniu swojej sytuacji prawnej. Poprzez oświadczenie woli strony wskazują jednoznacznie prawo właściwe dla rozwodu (to samo prawo) i sąd rozstrzygający sprawę ma obowiązek na podstawie norm tego prawa orzekać o rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód.

Jednak zasada przyjęta w Projekcie ma charakter ograniczony, ponieważ małżonkowie mogą dokonać wyboru spośród czterech alternatywnych łączników, a wybór jednego z nich będzie się już wiązał z bezpośrednim wskazaniem prawa właściwego. Proponowany art. 20a Projektu stanowi, że strony mogą się porozumieć co do jednego z następujących systemów prawa: prawa państwa ostatniego wspólnego miejsca pobytu małżonków, o ile jedno z nich wciąż tam zamieszkuje, lub prawa państwa, którego obywatelstwo posiada jedno z małżonków, lub prawa państwa, w którym małżonkowie zamieszkiwali co najmniej przez 5 lat, lub prawo państwa członkowskiego, w którym składany jest pozew.

Komisja WE zdecydowała się na ograniczony wybór prawa właściwego pomiędzy praw, z którymi strony posiadają związek. Przyczyną takiego ograniczenia jest próba uniknięcia zastosowania prawa niezwiązanego w żaden sposób ze sprawą rozwodową. Całkowita swoboda w dokonywaniu wyboru pozwalałaby małżonkom polskim mieszkającym w Portugalii wybrać np.: prawo chińskie lub słoweńskie jako prawo właściwe, mimo iż nie miałyby ono żadnego

⁸ Trzeba zwrócić uwagę, że w polskim tłumaczeniu może dojść do poważnej nieścisłości, gdyż w obecnej wersji rozporządzenia Bruksela IIa używa się sformułowania „zwyczajny pobyt”, natomiast w tłumaczeniu projektu pojawia się „stały pobyt”. Jednocześnie obydwu tym pojęciom odpowiadają takie same odpowiedniki w językach obcych, czyli w tłumaczeniach innych państwa członkowskich (Wielka Brytania, Francja, Niemcy) siatka pojęciowa jest jednolita, podczas gdy w polskich dokumentach pojawiają się dwa różne tłumaczenia tego samego pojęcia.

związku z życiem małżonków ani ich pochodzeniem czy więzami rodzinnymi. Wydaje się, że Komisja uznała, iż w przypadku spraw rozwodowych powinien istnieć związek pomiędzy faktami związanymi z małżonkami lub małżeństwem a prawem, na podstawie którego ma zostać orzeczony rozwód.

Jak już wskazałam, wszystkie wymienione łączniki mają charakter alternatywny i strony dokonują swobodnie wyboru spośród nich. Dokonanie wyboru prawa musi mieć miejsce najpóźniej z chwilą wniesienia pozwu lub wniosku do sądu. Raz dokonany wybór prawa nie może zostać zmieniony w toku postępowania, nie mogą także znaleźć zastosowania reguły wyznaczające prawo właściwe w przypadku niedokonania wyboru prawa.

Takie rozwiązanie, stanowiące niejako pierwszą część rozwiązania zaproponowanego przez Komisję w Projekcie, ma pozwalać na uelastycznienie przepisów względem obowiązujących obecnie w państwach członkowskich. Ma ono dawać stronom szansę na samodzielne kształtowanie ich sytuacji prawnej oraz dopasowanie jej do swojej sytuacji życiowej. Jest to istotne zwłaszcza w kontekście dużej migracji wewnątrz Unii Europejskiej, przy jednoczesnym braku konieczności zmiany obywatelstwa przez przenoszących się między państwami członkowskimi obywateli.

Niedokonanie wyboru prawa przez małżonków

Umożliwienie małżonkom dokonania wyboru prawa automatycznie spowodowało konieczność uregulowania sytuacji, gdy małżonkowie nie podejmą decyzji w tej sprawie i zajdzie konieczność dokonania wskazania prawa właściwego przez sąd bez udziału stron. W takim przypadku Projekt przewiduje rozwiązanie analogiczne do tego stworzonego na potrzeby wyboru prawa. Przedstawia cztery łączniki, za pomocą których sąd wskaże prawo właściwe dla rozwodu w konkretnym stanie faktycznym. Zgodnie z art. 20b Projektu w przypadku braku wyboru prawa rozwód podlega: prawu państwa, w którym małżonkowie mają miejsce stałego pobytu, a w przypadku jego braku – prawu państwa, w którym małżonkowie mieli swoje ostatnie miejsce wspólnego stałego pobytu, o ile jedno z małżonków nadal tam zamieszkuje, a w przypadku jego braku – prawu państwa, którego obywatelstwo posiadają oboje małżonkowie, lub, w przypadku Zjednoczonego Królestwa i Irlandii, w którym oboje mają miejsce stałego zamieszkania, a w przypadku jego braku – prawu państwa, w którym składany jest pozew.

W przeciwieństwie do regulacji znajdującej zastosowanie w sytuacji wyboru prawa w tym przypadku kolejność łączników wskazana w przepisie ma znaczenie. Wymienione łączniki znajdują się w układzie kaskadowym i kolejny ma charakter subsydiarny względem wcześniejszego. Jeżeli dojdzie do

wyznaczenia prawa właściwego na podstawie pierwszego z łączników, czyli prawa państwa stałego pobytu małżonków, to nie będzie konieczne zastosowanie kolejnych łączników. Odwrotnie jest w sytuacji, gdy nie zachodzą przesłanki faktyczne do wyznaczenia prawa właściwego za pomocą pierwszego wymienionego łącznika (czyli małżonkowie nie mają miejsca stałego pobytu w jedynym państwie). Sąd wyznacza prawo właściwe za pomocą kolejnego łącznika, a jeżeli znów nie jest to możliwe, zastosowanie znajduje następny łącznik, aż do momentu, kiedy dojdzie do wyznaczenia prawa właściwego.

Dlatego też na ostatnim stopniu wskazanej powyżej kaskady znajduje się prawo państwa miejsca złożenia pozwu. Takie rozwiązanie pozwala wskazać prawo właściwe w każdej sytuacji, ponieważ samo złożenie pozwu lub wniosku rozwodowego przez jedną ze stron automatycznie umożliwia wyznaczenie prawa właściwego w tej sprawie. Podobne rozwiązanie przewiduje prawo polskie, wskazując, że w przypadku braku zaistnienia okoliczności wskazanych w łącznikach normy art. 18 p.p.m., prawem właściwym dla rozwodu jest prawo polskie⁹.

Wobec powyższego rozwiązania łącznik prawa państwa sądu znalazł podwójne zastosowanie. W przypadku dokonania wyboru prawa stanowi jedną z możliwych do wyboru podstaw wskazania prawa właściwego i ma charakter równorzędny do pozostałych łączników, a o jego zastosowaniu decyduje wola małżonków. Natomiast wobec braku wyboru prawa prawo sądu nabiera charakteru subsydiarnego, gdyż znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy nie jest możliwe wyznaczenie prawa właściwego za pomocą jednego z wcześniej wymienionych łączników. Wtedy sprawa rozwodowa toczy się według prawa merytorycznego państwa, w którym wniesiono o rozwód. To rozwiązanie jest niewątpliwie najłatwiejsze dla sądu, gdyż orzeka on wtedy opierając się na własnym prawie. Strony postępowania mają zaś możliwość przewidzenia potencjalnego wyroku.

Definicja rozwodu na potrzeby rozporządzenia Bruksela I Ia

Definicja pojęcia **rozwodu** znajduje się w art. 2 rozporządzenia Bruksela Ia i zgodnie z Projektem nie ulegnie zmianie podczas nowelizacji. Zgodnie z tą definicją rozwód to każde orzeczenie rozstrzygające o rozwiązaniu więzi mał-

⁹ W prawie polskim wskazanie prawa właściwego w tym przypadku następuje poprzez normę kolizyjną jednostronną, natomiast prawo unijne będzie się posługiwać normą wielostronną. Wybrany sposób regulacji oraz skutki takiego rozwiązania są jednak w obydwu sytuacjach identyczne, gdyż właściwe jest prawo państwa sądu.

żeńskich, wydane przez uprawniony do rozstrzygania organ¹⁰ państwa członkowskiego. Wydaje się, że rozwód należy rozumieć możliwie szeroko.

Ze względu na różne nazewnictwo i zakres poszczególnych instytucji w państwach członkowskich należy zaznaczyć, że rozporządzenie ma zastosowanie nie tylko do rozwodu i separacji tak nazwanych w danym systemie prawa merytorycznego, ale także do innych spraw o **rozwiązanie lub rozluźnienie związku małżeńskiego**¹¹. Przyjęcie takiego stanowiska oznacza konieczność odrębnego analizowania każdej sprawy. Niezbędne jest każdorazowe przesądzenie czy dana instytucja prawa wewnętrznego państwa członkowskiego może stanowić rozwód w rozumieniu prawa unijnego¹².

Wobec powyższego powstaje pytanie, jakie kwestie wchodzą w zakres wskazania normy kolizyjnej miarodajnej dla rozwodu? Jest to pytanie trudne i podlegające wielu dyskusjom wśród przedstawicieli doktryny. Natomiast Projekt wprowadzi normę kolizyjną dla rozwodu wspólną dla wszystkich państw członkowskich, w których sama instytucja rozwodu jest różnie regulowana. Dlatego też szczegółowe rozważania na ten temat znacznie przekraczają ramy niniejszego opracowania i zaznaczę jedynie podstawowe i zasadniczo niesporne kwestie wchodzące w zakres wskazania normy kolizyjnej dla rozwodu.

Taką kwestią jest niewątpliwie sposób rozwiązania małżeństwa. Ponadto według statutu rozwodowego należy oceniać przesłanki uzyskania rozwodu. Oznacza to, że wyznaczone normą kolizyjną prawo merytoryczne będzie wskazywać, jakie przesłanki powinny zostać spełnione, aby strony mogły uzyskać rozwód¹³. Kolejna przesłanka to krąg osób uprawnionych do wytoczenia powództwa oraz orzeczenie co do winy rozwodu. Pozostałe, bardziej wątpliwe zagadnienia, jak możliwość zmiany nazwiska, decydowanie o władzy rodzicielskiej czy obowiązku alimentacyjnym między małżonkami, będą musiały zostać rozstrzygnięte na gruncie przyszłego orzecznictwa i doktryny.

¹⁰ Rozporządzenie posługuje się w treści przepisów pojęciem **sądu**, ale wcześniej doprecyzowano, że pod pojęciem tym rozumie się każdy organ (także administracyjny), który zgodnie z prawem wewnętrznym danego państwa członkowskiego jest kompetentny do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie rozwodu.

¹¹ Por. art. 15 ust. 1 Konwencji z 5 października 1961 roku o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich, Dz. U. z 1995 r., Nr 106, poz. 519.

¹² Podobne rozważania w dziedzinie norm jurysdykcyjnych prowadził K. Weitz w odniesieniu do zakresu zastosowania norm jurysdykcyjnych rozporządzenia Bruksela IIa dla ustalenia nieistnienia małżeństwa. Por. K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa...*, s. 91.

¹³ A. Mączyński, *Rozwód...*, s. 47.

Skutki prawne i społeczne wejścia w życie znowelizowanego rozporządzenia

Omówiwszy w zarysie proponowane rozwiązania w zakresie norm kolizyjnych dla rozwodu na gruncie prawa unijnego, warto zainteresować się skutkami, jakie będzie miało wejście w życie zmian rozporządzenia Bruksela IIa dla istniejących w Polsce regulacji.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, że rozporządzenie będzie miało skutek bezpośredni i nie będzie wymagało ustawy wprowadzającej przepisy rozporządzenia do polskiego porządku prawnego. Tym samym wraz z momentem wejścia w życie znowelizowanego rozporządzenia zawarte w nim regulacje staną się częścią polskiego systemu prawnego. Taka sytuacja nastąpi równocześnie we wszystkich państwach członkowskich¹⁴, w związku z czym dojdzie do całkowitej unifikacji norm kolizyjnych dla rozwodu na terytorium Unii Europejskiej.

Jednocześnie nie można zapomnieć, że normy kolizyjne w sprawach małżeńskich będą stanowiły jedynie jeden z rozdziałów rozporządzenia po wejściu w życie projektu; pozostała część to normy procesowe obejmujące jurysdykcję, uznanie i wykonywanie orzeczeń. Tym samym w jednym rozporządzeniu unijnym znajdzie się całościowa regulacja procesowa (jurysdykcja, uznawanie i wykonywanie orzeczeń) i kolizyjna zagadnień związanych z rozwodem. Dojdzie do uzupełnienia postanowień procesowych normami kolizyjnymi.

W tym kontekście warto zwrócić jeszcze raz uwagę na powszechny charakter rozporządzeń unijnych, który spowoduje zastąpienie krajowej regulacji w zakresie, w jakim pokrywają się zakresy norm kolizyjnych prawa krajowego i prawa unijnego. Polska ustawa p.p.m. nie będzie stosowana dla wskazania prawa właściwego dla rozwodu. Będzie to dotyczyć zarówno norm ustawowych, jak i konwencyjnych w zakresie stosunków pomiędzy obywatelami państw członkowskich. Tym samym konwencje bilateralne zawarte przez Polskę z innymi państwami członkowskimi także przestaną mieć zastosowanie, gdyż rozporządzenie przesądza wprost zastąpienie regulacji konwencyjnych pomiędzy państwami członkowskimi regulacją unijną.

Warto zwrócić uwagę na podstawowe różnice pomiędzy dotychczasową polską regulacją ustawową a rozwiązaniami przyjętymi w rozporządzeniu. Pierwszą znaczącą różnicą jest wprowadzenie możliwości dokonania wyboru prawa przez małżonków. Polska ustawa nie przewiduje takiej metody wskazania prawa właściwego, co więcej, dotychczas przyjmowało się dość powszechnie, że kwestie prawa rodzinnego na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego nie powinny być objęte możliwością wyboru prawa przez

¹⁴ Jedynym wyjątkiem będzie Dania.

strony¹⁵. Wobec tego, oczywistym skutkiem wejścia w życie rozporządzenia będzie umożliwienie stronom dokonania wyboru prawa właściwego w przypadku rozwodu.

Kolejna istotna różnica dotyczy zmiany hierarchii łączników w przypadku niedokonania wyboru prawa przez małżonków. W polskiej ustawie jako pierwszy i najważniejszy znajduje zastosowanie łącznik wspólnego prawa ojczystego małżonków. Projekt rozporządzenia daje priorytet prawu państwa miejsca stałego pobytu małżonków. Dopiero jako trzeci z kolei dochodzi do głosu łącznik obywatelstwa małżonków¹⁶, który w przypadku ustawy polskiej miał pierwszorzędne znaczenie.

Kolejna różnica, której istnienie chciałabym jedynie zasygnalizować, to zmiany w instytucjach ogólnych prawa prywatnego międzynarodowego. Na potrzeby rozporządzenia wprowadzono odrębne przepisy regulujące kwestie odsłania, klauzuli porządku publicznego, czy też próbowano rozwiązać problem obejścia prawa¹⁷. W zakresie, w którym rozporządzenie wprowadzi odrębne regulacje instytucji ogólnych, czyli na potrzeby spraw rozwodowych, nie znajdują zastosowania polskie normy dotyczące powyższych instytucji, czyli *de facto* poszerzono zakres zagadnień, które zostaną zastąpione w momencie wejścia rozporządzenia w życie.

Drugim rodzajem skutków wejścia w życie rozporządzenia Bruksela IIa są skutki społeczne. Wprowadzanie nowych rozwiązań w dziedzinę tak mocno związaną ze zwyczajami i obyczajowością społeczną jak prawo rodzinne wiąże się z ryzykiem odrzucenia poszczególnych instytucji przez społeczeństwo. Ten lęk przed projektowaną zmianą jest wyraźnie widoczny w artykułach i opiniach pojawiających się w prasie codziennej¹⁸. Obywatele państw człon-

¹⁵ Taki pogląd znalazł wyraz między innymi w przedstawionym projekcie nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, który został już przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Zob. *Projekt ustawy prawo prywatne międzynarodowe*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2006, R. XV, z. 3, s. 825 i n. oraz M. Pazdan, *Założenia i główne kierunki reformy prawa prywatnego międzynarodowego w Polsce*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 3, s. 20–28.

¹⁶ Jest to wyraz widocznej w całym unijnym prawie prywatnym międzynarodowym tendencji do odchodzenia od tradycyjnie przyjmowanego za najistotniejszy łącznika obywatelstwa podmiotów stosunku prawnego na rzecz łącznika miejsca stałego pobytu. Takie stanowisko prawodawcy unijnego zostało uwidocznione w rozporządzeniach dotyczących zarówno zobowiązań umownych, jak i pozaumownych, a później także w omawianym projekcie rozporządzenia Bruksela IIa.

¹⁷ To zagadnienie nie zostało bezpośrednio uregulowane w treści rozporządzenia ale Komisja Europejska poświęciła dużo uwagi temu zagadnieniu zarówno w Zielonej Księdze z dnia 14 marca 2005 roku, dotyczącej prawa właściwego i właściwości sądów w sprawach rozwodowych {SEC(2005) 331}(COM/2005/0082 końcowy, opublikowany na stronie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0082:PL:HTML>), poprzedzającej projekt nowelizacji rozporządzenia, jak i w samym uzasadnieniu do projektu.

¹⁸ Przykładem tego są artykuły pojawiające się w prasie codziennej: A. Słojewska, *Szwedzi mówią „nie”*, „Rzeczpospolita” z 16 stycznia 2008 r. oraz D. Pszczółkowska, *Europa chce ułatwić rozwody*, „Gazeta Wyborcza” z 21 stycznia 2008 r., s. 10.

kowskich obawiają się braku związku rozwiązań przyjętych w rozporządzeniu z dotychczas obowiązującymi normami kolizyjnymi. Ponadto pojawiają się wątpliwości co to tego, czy proponowane normy kolizyjne, w szczególności wybór prawa, nie doprowadzą do zbyt częstego orzekania rozwodu na podstawie praw obcych (innych niż prawo państwa sądu), ponieważ w efekcie może to doprowadzić do zapadania orzeczeń nieznanymi porządkowi prawnemu i tradycji prawnej państwa sądu¹⁹. Dlatego też konieczne jest pogłębianie wiedzy obywateli państw członkowskich o przyjętych rozwiązaniach i stworzonych możliwościach prawnych w zakresie wpływania na zastosowanie w ich sprawie prawo właściwe. Konieczna więc wydaje się ich popularyzacja przez odpowiednie organizacje oraz opracowania tego tematu.

Wejście w życie Projektu rozporządzenia to nie tylko zmiany dla obywateli, ale także znacząca zmiana dla organów stosujących prawo. Zagadnienia, dotyczące hierarchii norm wynikających z poszczególnych źródeł prawa, zakresu zastosowania tych norm, wykładni prawa unijnego i interpretacji nowych pojęć, będą przedmiotem zainteresowania sądów i praktyków.

Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, trzeba przyznać, że zmiany, które zostaną wprowadzone rozporządzeniem, będą znaczące względem istniejącego stanu prawnego. Jednocześnie dostosują one polski porządek prawny do specyfiki Unii Europejskiej, która gwarantuje obywatelom państw członkowskich swobodny przepływ przez ich terytoria, swobodę prowadzenia działalności gospodarczej, pracy, a co za tym idzie zamieszkania we wszystkich państwach członkowskich. Takie gwarancje wymagają postępujących zmian stanu prawnego, i to nie tylko w odniesieniu do regulacji gospodarczych, ale także prawa rodzinnego. Unifikacja prawa prywatnego międzynarodowego jest istotnym aspektem sprawnego funkcjonowania obywateli w rzeczywistości prawnej tworzonej w Unii Europejskiej. Jest to o tyle istotne, że zasadniczo prawo prywatne międzynarodowe staje się widoczne i znaczące właśnie w przypadkach, gdy stosunek prawny zawiera pierwiastek międzynarodowy, czyli wtedy, gdy stan faktyczny wykazuje potencjalne powiązania z różnymi systemami prawa. Dlatego też wspólna, jednolita regulacja będzie wpływała korzystnie na przewidywalność prawa i podobieństwo orzeczeń zapadających na podstawie podobnych okoliczności.

¹⁹ Jako przykład A. Słojewska podaje Szwedów, którzy boją się orzekania na podstawie szariatu, oraz Polaków, którzy w ujednoliconych przepisach widzą groźbę wprowadzenia do systemu prawnego regulacji sankcjonującej małżeństwa homoseksualne. A. Słojewska, *op. cit.*

Na podstawie przykładu norm kolizyjnych dla rozwodu widać, jak przebiega proces europeizacji prawa prywatnego międzynarodowego. Kolejne sprawy cywilne, rodzinne czy dotyczące prawa pracy zostają ujednociane przez wchodzące w życie rozporządzenia unijne. Natomiast dopiero praktyka i orzecznictwo kształtujące się na podstawie nowego stanu prawnego w pełni pokażą skutki wprowadzania poszczególnych regulacji²⁰, w tym norm kolizyjnych dla rozwodu.

²⁰ Zgodnie z Programem haskim poza już wprowadzonymi regulacjami kolizyjnymi dotyczącymi zobowiązań umownych i pozaumownych oraz projektem rozporządzenia odnośnie do spraw małżeńskich unijna regulacja ma obejmować zobowiązania alimentacyjne, małżeńskie ustroje majątkowe i sprawy spadkowe. Tym samym prawo prywatne międzynarodowe krajowe w znacznym stopniu straci na znaczeniu.



Samanta Kowalska

Europeizacja prawa a ochrona dziedzictwa kulturowego – wybrane zagadnienia legislacyjne Rzeczypospolitej i Unii Europejskiej

W lipcu 2003 roku Sejm Rzeczypospolitej Polskiej uchwalił ustawę o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2003 r., Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.; dalej: u.o.o.z.), obowiązującą do dzisiaj. Tym samym została uchylona ustawa z 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury (Dz. U. z 1962 r., Nr 10, poz. 48), która – jak sama nazwa wskazuje – posługiwała się terminem „dobro kultury”.

Poprzednia ustawa pozostawała w mocy ponad 40 lat. Nic więc dziwnego, że w literaturze przedmiotu nadal pojawia się termin „dobro kultury”. Nie jest to do końca błędne ponieważ pojęcie to występuje w dalszym ciągu w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483), np. w art. 6.

Nie ulega jednak wątpliwości, że skoro od lipca 2003 roku w Polsce obowiązuje ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – która jest konkretyzacją ustawy zasadniczej w tej dziedzinie – powinno się dążyć do posługiwania się w naszym kraju, nie tylko w literaturze prawniczej, ale i na co dzień, terminem „zabytek”. W ustawie z lipca 2003 roku prawodawca zamieścił bowiem legalną definicję zabytku, co wskazuje, iż jest to pojęcie oraz jego definicja, które jako jedyne mają obecnie rangę powszechnie obowiązujących w Polsce. Przyjęcie takiego stanowiska bez wątpienia wpłynęłoby na uporządkowanie wiedzy oraz terminologii w tej materii.

W prawie międzynarodowym¹ natomiast (w tym wtórnym wspólnotowym, które można uznać za część prawa międzynarodowego, ale o charakterze

¹ Szerzej m.in.: R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2001; A. Cassese, *International Law*, Oxford 2001; J. H. Currie, *Public International Law*, Toronto 2001;

regionalnym²) najczęściej pojawiają się terminy „dobro kultury” lub „narodowe dobro kultury”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w niniejszym artykule w kontekście prawa polskiego będę się posługiwać pojęciem zabytku, z kolei w aspekcie prawa wtórnego wspólnotowego³ – terminem „dobro kultury”.

* * *

Dla większości ludzi dobra kultury są czymś niewymiernym, łączącym przeszłość z terażniejszością. Dlatego też niejednej osobie trudno jest pogodzić się z tym, że dobra kultury stają się przedmiotem obrotu handlowego, w którym wycenia się ich wartość materialną.

Termin „towar” został zdefiniowany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu (dalej: ETS), gdyż w Traktacie rzymskim na próżno szukać jego wykładni⁴. Według ETS towarami są dobra, które mogą być przedmiotem obrotu handlowego, a co za tym idzie – określa się ich wartość pieniężną⁵.

Artykuł 2 Traktatu amsterdamskiego (dalej: TA)⁶ brzmi następująco: „Zadaniem Wspólnoty jest, przez ustanowienie wspólnego rynku⁷, unii gospodarczej i walutowej oraz urzeczywistnianie wspólnych polityk lub działań określonych w artykułach 3 i 4, popieranie w całej Wspólnocie harmonijne-

W. Czaplński, W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2007; A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004.

² Szerzej: A. Redelbach, *Prawo wewnętrzne a prawo międzynarodowe*, [w:] *idem*, *Wstęp do prawoznawstwa. Podstawowe pojęcia nauk o władzy, państwie i prawie w perspektywie Unii Europejskiej. Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Toruń 1999, s. 122–125.

³ Szerzej: J. Tyranowski, *Prawo Wspólnot Europejskich (prawo wspólnotowe)*, [w:] *idem*, *Prawo europejskie. Zagadnienia instytucjonalne z uwzględnieniem Traktatu z Nicei*, Poznań 2002, s. 13 i n. Zob. także: M. Herdegen, *Prawo europejskie*, Warszawa 2006; A. Sauer, *Źródła prawa UE i podstawy polityki regionalnej*, [w:] A. Sauer, E. Kawecka-Wyrzykowska, M. Kulesza, *Polityka regionalna Unii Europejskiej a instrumenty wspierania rozwoju regionalnego w Polsce*, Samorząd Lokalny wobec Integracji Europejskiej, z. 7, Warszawa 2000, s. 21–33.

⁴ Traktaty rzymskie zostały podpisane 25 marca 1957 roku. Zaczęły obowiązywać w styczniu 1958 roku.

⁵ M. Niedźwiedź, *Obrót dobrami kultury w Unii Europejskiej*, Kraków 2000, s. 20.

⁶ Traktat amsterdamski (Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej) został podpisany – jak nazwa wskazuje – w Amsterdamie 2 października 1997 roku. Mocy obowiązującej nabrał trzy lata później.

⁷ Zob. m.in.: K. Gawlikowska-Hueckel, A. Zielińska-Głębocka, *Integracja europejska. Od jednolitego rynku do unii walutowej*, Warszawa 2004; J. Kundera, *Jednolity rynek europejski*, Warszawa 2003. Por. także: J. Barcz, E. Kawecka-Wyrzykowska, K. Michałowska-Gorywoda, *Integracja europejska*, Warszawa 2007.

go, zrównoważonego i stałego rozwoju działalności gospodarczej, wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej, równości mężczyzn i kobiet, stałego i nieinflacyjnego wzrostu, wysokiego stopnia konkurencyjności i konwergencji dokonań gospodarczych, wysokiego poziomu ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego, podwyższania poziomu i jakości życia, spójności gospodarczej i społecznej oraz solidarności między Państwami Członkowskimi”.

Zgodnie z art. 3 TA, aby zrealizować wyżej wymienione cele, Wspólnota może, między innymi, podejmować działania na rzecz: 1) zakazu opłat celnych i ograniczeń ilościowych między państwami członkowskimi w przywozie i wywozie towarów, jak również wszelkich innych środków o skutku równoważnym; 2) wspólnej polityki handlowej; 3) rynku wewnętrznego, charakteryzującego się zniesieniem między państwami członkowskimi przeszkód w swobodnym przepływie towarów, osób, usług i kapitału. Jak stanowi art. 14 ust. 2, TA, „rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami niniejszego Traktatu”. W podpunkcie „c” wymieniono swobody, które składają się na istotę wspólnego rynku Unii Europejskiej (UE). Jak wynika z linii orzeczniczej ETS, zasada swobodnego przepływu towarów obejmuje także dobra kultury.

Traktat amsterdamski w art. 28 i 29 (dawne art. 30 i 34) zakazał między państwami członkowskimi UE ograniczeń ilościowych w przywozie i w wywozie oraz stosowania wszelkich środków o skutku równoważnym. Nasuwa się więc pytanie, jak ów zapis ma się do obrotu dobrami kultury?

W orzeczeniu w sprawie Komisja v. Włochy [sygn. 7/68 ECR (1968)] ETS wskazał, że dobra kultury odznaczają się specyfiką, której nie posiadają inne dobra podlegające zasadzie *free circulation of goods*. Można więc wyciągnąć wniosek, że postanowienia art. 28 i 29 TA nie mają charakteru absolutnego, zwłaszcza że art. 30 TA (dawny art. 36) stanowi, iż postanowienia art. 28 i 29 nie są przeszkodą do wprowadzania zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych, jeżeli jest to uzasadnione względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej. Wdrożone środki muszą więc być niezbędne dla realizacji jednej z wymienionych wartości – przez pryzmat niniejszego artykułu z naciskiem na „ochronę narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej” – oraz proporcjonalne do zakładanego celu. Ponadto, jak stanowi art. 30 (36) *in fine*, owe zakazy i ograniczenia nie powinny być środkiem arbitralnej dyskrymi-

nacji ani stanowić ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi Unii Europejskiej⁸.

Powyżej pojawia się sformułowanie „ochrona narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej”. Przykładowo w anglojęzycznej wersji art. 30 TA ów zwrot oddano jako „skarby narodowe” (*national treasures*). Niemniej, nie w każdym przypadku dobra kultury uznane za „skarby narodowe” odznaczają się kumulatywnym występowaniem wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej⁹.

Skarby narodowe są definiowane oraz chronione przez prawo krajowe (*ius cogens*). Unia Europejska nie uzurpuje sobie prawa do określania ani ujednoczenia środków oraz terminologii dóbr kultury chronionych przez ustawodawstwa wewnętrzne poszczególnych państw członkowskich.

Artykuł 30 TA wprowadzono między innymi ze względu na potrzebę zapewnienia ochrony narodowych dóbr kultury, ponieważ obecnie powszechnie uznaje się prawo państwa do ochrony integralności własnego dziedzictwa kulturowego¹⁰. Niemniej instrumenty stosowane przez kraje członkowskie w szczytnym celu ochrony narodowych dóbr kultury w pewnych okolicznościach oraz w pewnym stopniu mogą być odbierane jako środki paraliżujące uprawnienia właścicielskie, a w szerszej perspektywie – urzeczywistnianie rynku wewnętrznego w Unii Europejskiej. Można więc postawić postulat, aby do interpretowania i klasyfikowania tego, co w konkretnym kraju zostanie uznane za „skarby narodowe”, stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae*. Zaprezentuję jeden wybrany przykład z wtórnego prawa wspólnotowego.

Dyrektywa Rady 93/7/EWG z dnia 15 marca 1993 roku w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego

Na podstawie art. 13 tego aktu prawnego (dalej: dyrekt.), można występować o fizyczny zwrot narodowych dóbr kultury wywiezionych nielegalnie z terytorium państwa członkowskiego 1 stycznia 1993 roku lub później¹¹.

⁸ Por. np. orzeczenie ETS w Luksemburgu w sprawie Gourmetterie Van den Berg [sygn. 169/89 ECR (1990)].

⁹ M. Niedźwiedź, *op. cit.*, s. 54–55.

¹⁰ Szerzej: W. Kowalski, *Restytucja dzieł sztuki w prawie międzynarodowym*, Katowice 1989, s. 23, 51–54. Zob. także *idem*, *Repatriacja dóbr kultury w sytuacji cesji terytorialnej i rozpadu państw wielonarodowych*, Warszawa 1998, s. 35.

¹¹ Artykuł 14, ust. 2 dyrektywy stanowi jednak: „Każde Państwo Członkowskie może stosować rozwiązania przewidziane w niniejszej dyrektywie do wniosków o zwrot dóbr kultury wyprowa-

Sformułowanie „wyprowadzone niezgodnie z prawem z terytorium Państwa Członkowskiego” zgodnie z dyrektywą oznacza dobra wyprowadzone z terytorium państwa członkowskiego z naruszeniem jego zasad ochrony narodowych dóbr kultury lub z naruszeniem rozporządzenia (EWG) nr 3911/92¹² lub niezwrócone do końca okresu zgodnego z prawem czasowego wywozu dobra kultury za granicę. Odnosi się ono także do każdego naruszenia innych warunków określających wywóz ograniczony w czasie (art. 1, ust. 2 dyrekt.).

Niewątpliwie dla dyrektywy Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 roku, kluczową sprawą jest zdefiniowanie „narodowego dobra kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej”. Pojęcie to powinno zostać uprzednio ustalone na gruncie krajowym. Następnie sprawdza się, czy dobro to należy do jednej z kategorii wymienionych w załączniku do omawianego aktu prawa wtórnego wspólnotowego¹³.

Załącznik operuje 14 kategoriami „narodowych dóbr kultury”. Oprócz wieku (nie w każdym przypadku) twórcy aneksu jako dodatkowe kryterium obrali wartość materialną. Jest ona podana w euro. Nie do końca można uznać to za trafne, gdyż bez względu na to, czy będzie to euro, czy inna wartość pieniężna, przelicznik ten się zmienia pod wpływem wielu czynników, np. kursu walut.

Do dóbr kultury w załączniku zaliczono m.in.: 1) przedmioty archeologiczne mające więcej niż 100 lat, które pochodzą z wykopalisk i odkryć lądowych lub podwodnych, terenów archeologicznych, zbiorów archeologicznych; 2) obrazy malowidła wykonane całkowicie ręcznie, dowolnym środkiem i na dowolnym materiale; 3) oryginalne ryciny, grafiki, serigrafie i litografie z ich odpowiednimi płytami oraz oryginalne plakaty; 4) fotografie, filmy oraz ich negatywy; 5) inkunabuły i manuskrypty, łącznie z mapami i partyturami muzycznymi, pojedynczo lub w zbiorach; 6) książki mające więcej niż 100 lat, pojedynczo lub w zbiorach; 7) archiwa oraz wszelkie ich elementy, dowolnego rodzaju lub dowolnym środkiem, zawierające elementy mające więcej niż 50 lat (np. zbiory anatomiczne, botaniczne, etnograficzne, mineralne, numizmatyczne, zoologiczne); 8) środki transportu mające więcej niż 75 lat. Nie jest to kompletnie zamknięte wyliczenie¹⁴.

Należy dodać, że dobro kultury podlegające zwrotowi na podstawie przepisów omawianej dyrektywy nie musi zaliczać się do jednej z kategorii za-

dzonych niezgodnie z prawem z terytorium innych Państw Członkowskich przed dniem 1 stycznia 1993 r.”. Świadczy to o retroaktywnym działaniu dyrektywy.

¹² Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3911/92 z dnia 9 grudnia 1992 roku w sprawie wywozu dóbr kultury. Ów akt prawny ma zastosowanie do wywozu dóbr kultury poza obszar celny Wspólnoty Europejskiej.

¹³ Por. art. 14, ust. 1 dyrekt.

¹⁴ Zob. art. 14, ust. 2 dyrekt.

łącznika, jeżeli stanowi integralną część zbiorów publicznych¹⁵ wymienionych w zasobach muzeów¹⁶, archiwów¹⁷ lub zbiorach konserwacyjnych bibliotek¹⁸ bądź gdy wchodzi w skład zasobu instytucji kościelnych (art. 1, ust. 1 dyrekt.). Jak rozumieć określenie „zbiory konserwacyjne bibliotek”? Czy w rzeczywistości nie zawęży ono pojęcia materiałów bibliotecznych? Według art. 5 polskiej ustawy z 27 czerwca 1997 roku o bibliotekach, „materiałami bibliotecznymi” są w szczególności dokumenty zawierające utrwalony wyraz myśli ludzkiej przeznaczone do rozpowszechniania, niezależnie od nośnika fizycznego i sposobu zapisu treści, a zwłaszcza: dokumenty graficzne (piśmiennicze, kartograficzne, ikonograficzne i muzyczne), dźwiękowe, wizualne, audiowizualne i elektroniczne. Stąd wniosek, że w skład zbioru bibliotecznego wchodzi nie tylko książki tradycyjne, objęte szczególnymi działaniami o charakterze profilaktyczno-ochronnym, ale również coraz częściej elektroniczne.

Według dyrektywy Rady 93/7/EWG kompetencję do uruchomienia mechanizmu przewidzianego przez dyrektywę posiada to państwo UE, z którego terytorium wyprowadzono nielegalnie określone dobro kultury. Trzeba podkreślić, że jeżeli wywóz dobra kultury z terytorium państwa wnioskującego przestał być niezgodny z prawem, postępowanie o jego zwrot nie może być już wdrożone.

W świetle obowiązującej regulacji państwo członkowskie nie może uruchomić postępowania po upływie roku od dnia, kiedy uzyskało wiedzę o miejscu znajdowania się dobra kultury oraz o tożsamości jego posiadacza¹⁹ lub użytkownika²⁰ (art. 7, ust. 1 dyrekt.). Aczkolwiek w literaturze można spotkać postulaty, aby ten okres zamiast jednego roku wynosił 3 lata²¹.

¹⁵ Według dyrektywy „zbiory publiczne” to zbiory, które są własnością państwa członkowskiego, jego władz lokalnych lub regionalnych lub instytucji znajdującej się na terytorium tego państwa, i zdefiniowane jako publiczne zgodnie z ustawodawstwem wewnętrznym, taka instytucja jest własnością lub jest znacznie finansowana przez to państwo członkowskie albo lokalne lub regionalne władze.

¹⁶ Obecnie główną podstawą prawną regulującą tę problematykę w RP jest ustawa z 21 listopada 1996 roku o muzeach, Dz. U. z 2007 r., Nr 136, poz. 956 z późn. zm.

¹⁷ W Polsce obowiązuje w tym zakresie ustawa z 14 lipca 1983 roku o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, Dz. U. z 2007 r., Nr 64, poz. 426 z późn. zm.

¹⁸ W RP do tej problematyki stosuje się obecnie przepisy ustawy z 27 czerwca 1997 roku o bibliotekach, Dz. U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1600 z późn. zm.

¹⁹ Według dyrektywy Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 roku „posiadaczem” jest osoba, która na własny rachunek fizycznie posiada określone dobro kultury (art. 1 ust. 6).

²⁰ Rozważana dyrektywa przez pojęcie „użytkownika” rozumie osobę, która za osoby trzecie fizycznie posiada dane dobro kultury (art. 1, ust. 7).

²¹ Np. R. Sikorski, *Obrót dobrami kultury w prawie wspólnotowym*, [w:] *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, red. W. Szafranski, t. I, Poznań 2007, s. 66.

Procedury według rozważanego aktu prawnego nie mogą być natomiast w ogóle wszczęte po upływie 30 lat od niezgodnego z prawem wywozu dobra z terytorium państwa wnioskującego, chyba że są to przedmioty stanowiące część zbiorów publicznych oraz dóbr kościelnych objętych szczególną ochroną prawa wewnętrznego – wówczas obowiązuje termin 75-letni. Ten drugi termin ulega wyłączeniu, jeżeli postępowanie ma się toczyć pomiędzy państwami członkowskimi, w których owe procedury nie są limitowane czasowo, lub w przypadku związania się przez te kraje umowami dwustronnymi, przewidującymi termin dłuższy niż 75 lat (art. 7, ust. 2 dyrekt.).

W tym miejscu rodzi się pytanie, co jednak z osobą, która nabyła dobro kultury w dobrej wierze (*bona fide*), nie wiedząc, że zostało ono nielegalnie wywiezione z innego kraju członkowskiego UE? W dyrektywie w przeciwieństwie do prawa polskiego²² nie pojawia się pojęcie „dobrej wiary”. Treść i użyte w art. 9 dyrektywy określenie „dołożenie należytej ostrożności i staranności przy nabywaniu [...] przedmiotu” wykazują jednak pewne podobieństwo z pojęciem „dobra wiara” funkcjonującym na gruncie prawa RP. Zgodnie z art. 9 dyrektywy, jeżeli nabywca dołożył należytej ostrożności i staranności przy nabywaniu określonego dobra kultury, przysługuje mu prawo zwrócenia się o odszkodowanie do sądu państwa, które występuje o zwrot²³. Warto podkreślić, że własność zwracanego dobra kultury określa się na podstawie zasad systemu prawnego państwa wnioskującego²⁴.

Regulacja wywozu zabytków za granicę w prawie polskim

Problematyce tej prawodawca poświęcił rozdział V (tj. art. 51–61) ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Analizując, czy dany obiekt spełnia wymogi uznania za „zabytek”, zasadniczo bierze się pod uwagę czy występuje wartość historyczna, artystyczna lub naukowa. Gdy nie można ich wychwycić, uwzględnia się inne wartości. W prawie polskim – podobnie jak w dyrektywie Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 roku – może wystąpić sytuacja, w której określony przedmiot będzie odznaczał się zupełnie innymi wartościami niż wskazane lub też mieszanymi (np. jedna wartość wymieniona w akcie normatywnym przy dwóch innych niewskazanych).

²² Por. W. Kowalski, *Nabycie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Kraków 2004. Natomiast szerzej o domniemaniu dobrej wiary w polskim prawie cywilnym: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 41–42, 65–66, 100, 282.

²³ Na temat sposobu rozpatrywania w takich okolicznościach ciężaru dowodu: art. 9 zdanie 2 dyrekt.

²⁴ Podstawa prawna: art. 12 dyrekt.

Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami wyróżnia 4 rodzaje pozwoleń wywozowych: 1) jednorazowe pozwolenie na stały wywóz zabytku za granicę²⁵; 2) jednorazowe pozwolenie na czasowy wywóz zabytku za granicę²⁶; 3) wielokrotne pozwolenie indywidualne na czasowy wywóz zabytku za granicę²⁷ oraz 4) wielokrotne pozwolenie ogólne na czasowy wywóz zabytków za granicę²⁸.

Tryb składania wniosków i wydawania pozwoleń oraz zaświadczeń (w odniesieniu do zabytków i przedmiotów o cechach zabytków niewymagających pozwolenia²⁹) reguluje rozporządzenie Ministra Kultury z 19 kwietnia 2004 roku w sprawie wywozu zabytków i przedmiotów o cechach zabytków za granicę (Dz. U. z 2004 r., Nr 84, poz. 789 z późn. zm.).

Ogólnie rzecz biorąc, zabytki mogą być wywożone za granicę na stałe, jeżeli ich wywóz nie spowoduje uszczerbku dla narodowego dziedzictwa kulturowego, natomiast czasowo – jeżeli ich stan zachowania na to pozwala, a osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna, w której posiadaniu znajduje się zabytek, daje rękojmię, że nie ulegnie on zniszczeniu lub uszkodzeniu i zostanie przywieziony do kraju przed upływem terminu ważności pozwolenia (art. 51, ust. 1–2 u.o.o.z.)³⁰. Zwrot „daje rękojmię” wskazuje, że stan ten po stronie osoby fizycznej lub jednostki organizacyjnej, w której posiadaniu znajduje się zabytek, powinien zachodzić nie tylko przed złożeniem wniosku, lecz także *post factum*.

W porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym powiększono katalog zabytków, które można wywozić z Polski bez pozwolenia³¹. Zostały one wymienione w art. 59, ust. 1 u.o.o.z. Są to: 1) zabytki niewpisane do rejestru, mające nie więcej niż 55 lat; 2) zabytki, będące obiektami techniki, niewpisane do rejestru, mające nie więcej niż 25 lat; 3) zabytki przywiezione z terytorium państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, które są objęte procedurą odprawy czasowej lub procedurą uszlachetniania czynnego w rozumieniu przepisów prawa celnego; 3a) zabytki przywiezione z terytorium państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, które były objęte procedurą dopuszczenia do obrotu ze zwolnieniem od należności celnych przywozowych, jeżeli wywóz tych zabytków następuje przed upływem 5 lat od dnia dopuszczenia do obrotu; 3b) zabytki przywiezione z terytorium pań-

²⁵ Szerzej: art. 52 u.o.o.z.

²⁶ Szerzej: art. 53 u.o.o.z.

²⁷ Szerzej: art. 54 u.o.o.z.

²⁸ Szerzej: art. 55 u.o.o.z.

²⁹ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) z dnia 14 listopada 2000 roku (sygn. I SA/Ka 1265/99).

³⁰ Zob. wyrok NSA z dnia 21 stycznia 2003 roku (sygn. II SA 395/01).

³¹ Por. rozdział VII (art. 41–44) ustawy z dnia 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury.

stwa członkowskiego Unii Europejskiej na okres nie dłuższy niż 3 lata, jeżeli wywozu tych zabytków dokonuje się na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej; 4) zabytki przywiezione z zagranicy przez osoby korzystające z przywilejów lub immunitetów dyplomatycznych, w tym przywiezione w celu urzędzenia wewnątrz przedstawicielstw dyplomatycznych i urzędów konsularnych; 5) dzieła twórców żyjących; 6) materiały biblioteczne powstałe po 31 grudnia 1948 roku; 7) inne przedmioty o cechach zabytków, niebędące zabytkami. Należy jednak zaznaczyć, że regulacja ta nie ma zastosowania do zabytków wpisanych do inwentarza muzealnego lub wchodzących w skład narodowego zasobu bibliotecznego.

O tym, że obiekty wymienione w art. 59, ust. 1, pkt. 1, 2, 3b, 4, 5 i 7 nie wymagają pozwolenia na wywóz zabytku za granicę, stwierdza wojewódzki konserwator zabytków, wydają odpowiednie zaświadczenie (art. 59, ust. 3 u.o.o.z.).

Trzeba wyjaśnić, że inaczej w prawie polskim uregulowana jest kwestia materiałów bibliotecznych. Zaświadczenia w sprawie materiałów bibliotecznych, co do których wnioskodawca ma wątpliwość, kiedy powstały, wydaje dyrektor Biblioteki Narodowej. Nie dotyczy to materiałów bibliotecznych, których czas powstania nie budzi wątpliwości, tzn. że jest to okres po 31 grudnia 1948 roku (art. 59, ust. 4–5 u.o.o.z.). Tymczasem według poprzednio obowiązującej ustawy z 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury zakaz wywozu nie dotyczył materiałów bibliotecznych wydanych po 9 maja 1945 roku (art. 42, ust. 1 pkt. 4)³².

Rozdział VII ustawy z lutego 1962 roku rozpoczynał się słowami „wywóz dóbr kultury za granicę jest zakazany”. Zezwalano na to tylko w wyjątkowych sytuacjach. W przypadku wywozu na stałe kryteria te interpretowano jeszcze bardziej restrykcyjnie. Dzisiaj prawo polskie jest pod tym względem bardziej liberalne.

Wnioski

Dyrektywa ma charakter regionalny. Wymaga uprzedniej implementacji do krajowych porządków prawnych³³. Harmonizacja praw wewnętrznych ma na celu zagwarantowanie w sytuacji fizycznego braku granic odzyskiwania i zwracania nielegalnie wywiezionych dóbr narodowych, nie przesądza natomiast o ich własności³⁴.

³² Podstawą prawną w zakresie materiałów bibliotecznych była wówczas w Polsce ustawa z 9 kwietnia 1968 roku o bibliotekach, Dz. U. z 1968 r., Nr 12, poz. 63 z późn. zm.

³³ Por. m.in. orzeczenie ETS: Faccini Diori (sygn. C-91/92).

³⁴ Zob. M. Niedźwiedź, *op. cit.*, s. 70, 73.

Nasuwa się jednak pytanie, co z innymi utraconymi dobrami kultury, także i tymi, które są skarbami narodowymi, a zostały wywiezione przed wyznaczoną w dyrektywie datą? Procedura zwrotu przewidziana w dyrektywie Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 roku odbywa się przy poszanowaniu istniejących przepisów wewnętrznych w zakresie ochrony dóbr kultury (unormowania publicznoprawne). Co więcej, przepisy unijne w niektórych okolicznościach mogą nawet niejako „złagodzić” *domestic law*. Obserwuje się jednak różnice terminologiczne, które w praktyce mogą utrudniać działania podejmowane w tym kierunku.

Owszem, odesłanie do prawa krajowego świadczy o tym, że Unia szanuje suwerenność państw członkowskich. Jednak jeżeli w danym kraju przyjmie się zbyt restrykcyjną regulację, może to w rezultacie utrudnić odzyskiwanie dóbr kultury przez podmioty, których związek z nimi jest „ściślejszy”. Problem zwrotu utraconych dóbr kultury jest więc zagadnieniem niezwykle złożonym i skomplikowanym.

W Polsce główną podstawą prawną w tej materii jest ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z 23 lipca 2003 roku. Ów akt normatywny – z jednej strony poprzez obowiązek uzyskiwania pozwoleń zmierza do kontroli wywozu zabytków, w szczególności tych najcenniejszych³⁵. Z drugiej strony, polski ustawodawca zwiększył katalog zabytków, na które nie wymaga się pozwolenia. Są to zabytki, których wywóz – jak się zakłada – nie spowoduje uszczerbku dla dziedzictwa kulturowego. W związku z tym pojawia się jednak pytanie, kto i według jakich i czyich kryteriów powinien o tym decydować?

Na początku XXI wieku powstaje więc dylemat, jak łączyć zasadę jednolitego rynku w UE (*Single European Market*) z zasadą ochrony integralności narodowego dziedzictwa kulturalnego, jak ustosunkować się do koncepcji ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego, która pojawia się w podpisanej w Paryżu 16 listopada 1972 roku – Konwencji UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization – Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury) w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego. Polska Konwencję tę ratyfikowała w 1976 roku (Dz. U. z 1976 r., Nr 32, poz. 190 i 191). Powinno się chronić narodowe dziedzictwo kulturalne, zważając na odrębności pomiędzy poszczególnymi kulturami. Rzeczywistym bogactwem jest bowiem różnorodność kulturowa. Ponadto należy wystrzegać się dążeń do ujednolicania społeczno-kulturowego, i to nie tylko na obszarze Unii Europejskiej.

Nie ulega wątpliwości, że prawo zewnętrzne i wewnętrzne daje instrumenty służące ochronie dziedzictwa kulturowego. Zastanawia jednak, na ile realizacja norm prawnych w tym zakresie zależy od dobrej woli, a na ile od dyskursu politycznego.

³⁵ Zob. wyrok NSA z 30 marca 1993 roku (sygn. I SA 1024/92).

Bibliografia

- Barcz J., Kawecka-Wyrzykowska E., Michałowska-Gorywoda K., *Integracja europejska*, Warszawa 2007.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2001.
- Cassese A., *International Law*, Oxford 2001.
- Currie J. H., *Public International Law*, Toronto 2001.
- Czapliński W., Wyrozumski A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004.
- Dyrektywa Rady 93/7/EWG z dnia 15 marca 1993 roku w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprawdanych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego.
- Gawlikowska-Hueckel K., Zielińska-Głębocka A., *Integracja europejska. Od jednolitego rynku do unii walutowej*, Warszawa 2004.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2007.
- Herdegen M., *Prawo europejskie*, Warszawa 2006.
- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.
- Konwencja UNESCO w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, podpisana dnia 16 listopada 1972 roku w Paryżu, Dz. U. z 1976 r., Nr 32, poz. 190 i 191.
- Kowalski W., *Restytucja dzieł sztuki w prawie międzynarodowym*, Katowice 1989.
- Kowalski W., *Repatriacja dóbr kultury w sytuacji cesji terytorialnej i rozpadu państw wielonarodowych*, Warszawa 1998.
- Kowalski W., *Nabywanie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Kraków 2004.
- Kundera J., *Jednolity rynek europejski*, Warszawa 2003.
- Niedźwiedź M., *Obrót dobrami kultury w Unii Europejskiej*, Kraków 2000.
- Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu w sprawie Komisja v. Włochy [sygn. 7/68 ECR (1968)].
- Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu w sprawie Gourmetherie Van den Berg [sygn. 169/89 ECR (1990)].
- Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu w sprawie Faccini Diori (sygn. C-91/92).
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1999.
- Redelbach A., *Prawo wewnętrzne a prawo międzynarodowe*, [w:] A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa. Podstawowe pojęcia nauk o władzy, państwie i prawie w perspektywie Unii Europejskiej. Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Toruń 1999.
- Rozporządzenie Rady (EWG) nr 3911/92 z dnia 9 grudnia 1992 roku w sprawie wywozu dóbr kultury.

- Rozporządzenie Ministra Kultury z dnia 19 kwietnia 2004 roku w sprawie wywozu zabytków i przedmiotów o cechach zabytków za granicę, Dz. U. z 2004 r., Nr 84, poz. 789 z późn. zm.
- Sauer A., *Źródła prawa UE i podstawy polityki regionalnej*, [w:] A. Sauer, E. Kawecka-Wyrzykowska, M. Kulesza, *Polityka regionalna Unii Europejskiej a instrumenty wspierania rozwoju regionalnego w Polsce*, Samorząd Lokalny wobec Integracji Europejskiej, z. 7, Warszawa 2000.
- Sikorski R., *Obrót dobrami kultury w prawie wspólnotowym*, [w:] *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, red. W. Szafrński, t. I, Poznań 2007.
- Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, podpisany dnia 2 października 1997 roku.
- Traktaty rzymskie podpisane w dniu 25 marca 1957 roku.
- Tyranowski J., *Prawo Wspólnot Europejskich (prawo wspólnotowe)*, [w:] J. Tyranowski, *Prawo europejskie. Zagadnienia instytucjonalne z uwzględnieniem Traktatu z Nicei*, Poznań 2002.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury, Dz. U. z 1962 r., Nr 10, poz. 48.
- Ustawa z dnia 9 kwietnia 1968 roku o bibliotekach, Dz. U. z 1968 r., Nr 12, poz. 63 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 14 lipca 1983 roku o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, Dz. U. z 2007 r., Nr 64, poz. 426 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 21 listopada 1996 roku o muzeach, Dz. U. z 2007 r., Nr 136, poz. 956 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 roku o bibliotekach, Dz. U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1600 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Dz. U. z 2003 r., Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 marca 1993 roku (sygn. I SA 1024/92).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 listopada 2000 roku (sygn. I SA/Ka 1265/99).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 stycznia 2003 roku (sygn. II SA 395/01).

Summary

The material and immaterial cultural heritage is one of the most essential sign of the national identity. Meantime, after Poland has joined the European Union (UE), they have appeared dilemmas in this matter. For example, about a relation between the law of protect of national cultural heritage and the principle of freedom of transit of goods in UE. The principle of freedom of transit of goods includes also cultural goods. After abolishing of internal borders in UE, moreover has appeared a question about a commerce work of arts and recovering illegally exportationed cultural goods from other state-memeber UE. No doubt, the culture is a very delicate and very compound problem depending on country and nation. If so, it's possible legally adjust, harmonize and reconcile so many differences and not seldom contradictory interests? The present article has devoted these matters important very from the point of view of farther persisting and development of individual states – memebbers and whole of the European Union.



Tamara Milenkovic Kerkovic

The New Directions in Enactment of Franchising Regulation in Serbia*

Introduction

In the context of the development of franchising activities Serbia is faced with “back to the past”¹. It is the paradox case because almost 15 years after the promotion and growth of franchising in Serbia last year for Serbia’s economy was “franchising year”. Two franchising Conferences have been organized by the Serbian Chamber of Commerce (SCC) where Center for Franchising were established (December 2007) in order to organize and concentrate franchising subjects and activities as well as to precede coming Serbian Franchising Federation. Many foreign franchising systems have been entered in Serbia during the last year (Springfield, Mango, Re/Max, Curves, IQS, Office 1 Superstore) and the more important fact is establishing of successful domestic franchising systems such as E Ducan, Com Trade, Belka, AMC, DIS etc. Conscious of the real benefits of franchising, of its potential to act as a stimulus of economic growth and creation of jobs Serbian Chamber of Commerce has established the Work Group for Franchising Regulation. *Guide to International Master Franchise Arrangements* prepared by the experts of UNIDROIT

* Artykuł jest kontynuacją problematyki podjętej przez autorkę w tekście *The Legal Issues of Franchising Agreement in Serbia – Enacting the Disclosure Law or Not*, [w:] “Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”, red. M. Nowak, Kraków 2007, pp. 395–413.

¹ There were number of Yugoslav enterprises which had developed their own franchising systems, represented with previous state and social owned companies which were in the process of privatization during the 90ies such as Tigar, C-market, Pekabeta, Yumco. Most of those enterprises had developed each one contractual practices with standard forms franchising agreements. Some of those franchising contracts were lease contracts by their legal nature. See: *C-Market standard form franchising agreement* [in:] T. Milenkovic Kerkovic, *Ugovor o fransizingu*, Nis 1998, pp. 195–210.

which is the most comprehensive international franchising document is going to be published in Serbia. The purpose of translation Guide into Serbian will be to spread knowledge with a view to providing all those who deal with franchising, whether they be franchise operators, lawyers, judges, arbitrators or scholar, with a tool for the better understanding of the possibilities it offers. Those activities correspond with the education seminars “The Franchising – A Step Ahead to Success” organized by the Center for Franchising (SCC) throughout Serbia and Republic Srpska with the goal of education of prospective franchising operators in Serbia’s economy.

Besides the process of promotion and franchising education in Serbia as well as entering many of the foreign franchising systems into Serbian economy there are contemporary attempts of Serbian legal doctrine and legislative practice to regulate some aspects of the franchising agreement. The most successful was the work of the Commission of Legal Experts formed from the Serbian Government in 2006 which proposed at the end of 2007 Model for the regulation of franchising agreement as well as leasing and factoring, as presently anonymous contracts in Serbian legislation. Those rules will be integrated as “New Commercial Contracts” in Serbian Law of Obligation which will be the part of the new Serbian Civil Code which will be enacting by the Commission. The norms which regulates franchising proposed by the Serbian legislator are obligation law provisions regulating contractual relationships between the franchisor and franchisee. The Working Group of SCC has initiated enactment franchising disclosure requirements in the Draft of prospective Civil Code. This initiative was well accepted by the members of Serbian Civil Code Commission.

Autonomous International Regulation and National Legislation of Franchising in Comparison with Serbian Prospective Legislation

The autonomous regulation made by the most important franchising association International Franchise Association and European Franchise Association provides the pre-contractual duty of disclosure in their Code of Ethics for Franchising. The regulation which is important for franchising agreement, in spite of the fact that it is out of force from 31 May 2000 and limited only to the field of competition law is the European Union Commission Regulation (fostered after famous “Pronuptia” case) No. 4087/88 the most important part of which, in the matter of disclosure, is the definition of franchising which is broadly adopted in the franchising legal literature as well as in legislation process.

The most important legal instruments regarding franchising are UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) *Guide to International Master Franchise Arrangements* (Rome 1988, rev. 2007) contenting high-level information of all problems in different stages of conclusion and implementation of franchising agreement not limited to legal issues only, and the chronologically second instrument, but of the greatest importance for topic of the enactment disclosure law project in Serbia is UNIDROIT *Model Franchise Disclosure Law* devoted to the franchisor's duties to disclose material information to franchise, which is together with its Explanatory Report clearly addressed to national legislators, as the "soft law" instrument of the new "lex mercatoria".

In the last 15 years (which period corresponds with the past activity of UNIDROIT in the area of franchising) an increased number of the countries (especially developing countries and countries with economics in transition) have regulated franchising. Nowadays approximately 30 states have incorporated rules on franchising in domestic regulations². There are different methods which could be used as the guide through the national legislation (type of provisions, type of law to be adopted – disclosure, relationship or registration law, type of legislative technique, etc.)³. The method chosen in this article is the method of legislative technique which regulates franchising in national jurisdiction. The instruments which are used in those regulations vary from the specific franchising law legislations – *lex specialis*, enactment the provision related on franchising in national Civil Code, franchising regulation in other different area of law (for example law that regulate intellectual property) and limited number of countries regulated franchising through governmental regulation. The most numerous are the countries which adopted specific franchising regulation. The first law on franchising was adopted in the USA in 1979, where franchising originated and US federal law on franchising was adopted in 1979 as Federal Trade Commission (FTC) Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. It was the first law which regulates the information a franchisor is required to supply the prospective franchisee with (so called *franchising*

² The author spent 2 month research period at the UNIDROIT Library in Rome working on project "Enacting Franchising Disclosure Law in Serbia" in 2005. The Report on Research Project has been adopted from the Governing Council of UNIDROIT in May 2005. The opinion and attitudes in this articles are author's and doesn't represent the official opinions of UNIDROIT.

³ The most useful in that area is the articles: L. Peters, *The Draft UNIDROIT Model Franchising Disclosure Law and the Move Towards National Legislation*, ULR 2000-4, pp. 717–735; *The Draft Unidroit Guide to Franchising-How and Why?*, ULR 1996-4, pp. 694–707; as well Annex 3 to Guide to International Master Franchise Arrangements – "Legislation and Regulations relevant to Franchising" also on UNIDROIT web site which is periodically updated.

disclosure law) in order to provide it with all the elements necessary to evaluate the franchise it is proposing to acquire. It is the federal law and FTC Rule applies in all fifty states and it is intended to provide a minimum pre-contractual protection of the franchisee. It therefore applies wherever states have not adopted more stringent requirements. This law is still in force although an amended Rule has been adopted and effective as from July 2007. The North American Securities Administrators Association (NASAA) has adopted a Uniform Offering Circular (UFOC) that indicates 22 types of information which should be furnished to a prospective franchisee. Canada has the longest experience with franchising legislation as well as provinces Alberta, Ontario and Prince Edward Island have franchise specific regulation from 1995. France was the first European state which enacted franchising specific disclosure law in 1989 (Loi Doubin). Specific franchising regulation in form of the law has also Brazil (1994), Malaysia (1998), Kazakhstan and Korea (in 2002), Italy (2004), Belgium (2006), Sweden (2006). Other countries that regulate franchising enacted the provision on franchising in their Civil Code. After Albania in 1994, this method has been used by Russian Federation (1996), Georgia (1997), Belarus (1998), Lithuania (2000), Kazakhstan (2002), Moldova (2003), and Ukraine (2004). Each mentioned legislations uses the method enacted in Russian Civil Code (Part 2, Articles 1027–1040)⁴ which doesn't deal with disclosure in any detailed manner, but instead regulate certain aspects of the relationship between the parties. They *inter alia* deals with the form and registration of the contract, sub-concessions, the obligation of the parties and the consequences of the termination of the exclusive right granted in the agreement.

The number of countries has included provisions related to the franchising in the existing or new law which regulate other aspects of economic life other than franchising (Mexico – 1991, Croatia – 1994, Spain – 1996). Finally, countries as Indonesia and Romania (1997), China (2004) and Vietnam (2006) enacted detailed franchising regulation in the form of Decree which regulate legal regime applicable on franchising in very detailed manner⁵.

There are significant trends in the adopted legislation: a very limited number of countries hasn't even mentioned disclosure requirements but provides very rigid and restricted provisions regulating contractual relationship between franchisor and franchisee (Russia, followed by the Kazakhstan, Lithuania and Belarus); some legislation only mention disclosure without any details but at the same time regulate in very detailed way questions concerning contract specification, such as obligation and liability of each of the parties, renewal of

⁴ UNIDROIT *Guide on International Master Franchise Arrangements*, Rome, rev. 2007, Annex 3, pp. 296.

⁵ *Ibidem*, pp. 294–301.

the franchising agreement (Malaysia, Albania, China, Romania). A number of countries have a registration requirements with the different object to be registered (Spain, Russian Federation) and the main feature of Malaysian and Indonesian regulations is the existence of very stringent, detailed and burdensome provisions on registration which purpose is not only informational, but the registration requirements start to be specific procedure for the approval of the franchise business which, along with the protectionist as well as domestic party highly protective provisions contained in both acts, is very discourage for franchisors and takes to much burden on their side. For the same reasons registration requirements have been nullified in some legislations (Canada-Alberta). Most of the franchise laws contain the disclosure requirements which obligate franchisor to disclosure different categories of information, and the amount of detail is different in each national legislation. The longest lists are contained in the U.S. and Australian legislative (their experience with the abuse being the longest) which is in accordance with common law legal technique of providing big number of clauses in order to cover all specific situation – method of *numerus clausus*, and the civil law countries and those which followed the method of providing more general provisions which will be made concrete within the case law, have a shorter list of information which the franchisor is mandatory to provide a prospective franchisee with. The new Italian franchising legislation represents this civil law method, containing general provisions with the broader definitions of franchising, its varieties, and obligations of the parties as well as the limited number of disclosure requirements. In the German and Austrian Law there is a general duty of information in accordance with general principles of contract law, and despite there is no any specific franchising law in the both countries, the case law is on the very sophisticated level, treating in many cases the consequences of infringements of franchisor's duty to inform franchisee in pre-contractual period⁶.

⁶ LG Hanover, 11 April 1995 – 140267/94 and BGH NJW 1987, 41, 42. In spite of the facts that nor German neither Austrian legislation doesn't provide any specific franchising legislation, there are in the last years some movement toward. To avoid problem of unamortized investments of franchisee after the termination of the franchising agreements Austria is enacted the new § 454 in the Austrian Commercial Code (came into force on August 21, 2003) which is applicable to all kinds of vertical agreements including franchising agreements in which the commitment of the investment has been agreed after this provision has come into force. The new provision provides that entrepreneurs have the right to compensation in respect of their investment after the termination of a distribution contract with the binding entrepreneur, according the some conditions provided by this article for investment and for the termination of the contract. More, B. Spiegelfeld, *Austria – Compensation for Franchisee's Investment*, "International Journal of Franchising Law" 2004, Vol. 2, Iss. 1, pp. 28. Furthermore, there is the provision in the German HGB art. 89(b) regulating the mandatory compensation has to be paid to a commercial agent for his loss of "goodwill" (after EC Directive on Commercial Agents such compensation has to be paid in all EU member states), and this provision applied from the

Italian experience with the franchising and the new legislation enacted in 2004, together with the commentary in the legal literature on that issue⁷ were the very precious reflecting that the law is compromise of interests of all subjects involved of franchising, and especially the role of Franchising Association in process of law drafting and implementation.

The Necessity for Enactment of Franchising Law in Serbia

The comparison with other countries' regulations and experiences in franchising business show that in Serbia, the development of franchising in the economic life and the role of franchise associations such mentioned Centre for Franchising is on beginning of their way. Insufficient franchising practice has caused economic subjects in Serbia to lack needed knowledge as well as experiences with the pattern of abusive conducts. Furthermore, the Code of Obligations provides the duty of information of the other contractual party on contract's important facts only with its general norms. Besides, the duty of information provided in Art. 268 seem to be applied in post contractual phase, after the contract is concluded, and it should be difficult to embrace its mandatory rule on pre-contractual phase of the contract. Also, the sanction which is provided by mentioned article of Code of Obligations is only in the party's duty to compensate loss suffered by the uninformed contractual party, without any consequences on legal destiny of the contract by itself. The Serbian experience with adoption of the Law on Financial Leasing shows that this specific legislation has introduced the concept of leasing and has encouraged potential investors to engage in leasing operation, and the legislation was promotional for this legal instrument. Enacting the franchising disclosure obligations of the franchisor in future Serbian Civil Code will not have mandatory effects for relationships of the contractual parties which could be created through registration requirements.

Through the proposed clauses relating on franchising in the future Serbian Civil Code Commission offered set of open remarks and questions which need to be answered before the acceptance of any definite solution.

German courts by analogy to franchising agreements. Beside, there is of the significant importance for franchising agreements also the reform of German BGB made in 2002 in the sphere of the breach of contract. In: R. Zimmerman, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, [in:] *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma 2002.

⁷ A. Frignani, *Proposed Franchise Bill for Italy and Laws Fostering Franchising (Financial Incentives)*, "International Journal of Franchising Law" 2003, Vol. 1, Iss. 2, pp. 6–14; L. Peters, *Una lege per franchising*, "Diritto del Commercio Internazionale" 2004, Aprile-Giugno, pp. 323–335; A. Frignani, *Italian Senate Rules on the Regulation of the Franchise*, unofficial translation, "International Journal of Franchising Law", Vol. 2, Iss. 3, pp. 36–38.

The first question is does Serbia need franchise law at all? There are different arguments in attempt to try to find an answer and many different arguments for opposite answers. The comparative legislation experiences show that legal creators might wish to have a franchise law without recognizing any impairment to be addressed. Actual lack of experience with the franchising might cause unnecessary regulation where law comes up even before having a significant franchise networks to be governed. Enactment of burdensome regulation without prior finding of the harm to be eliminated could prevent development of franchising instead to promote it. Even if there are found problems to be solved legally, it is not always appropriate to enact a law specifically regulating franchising arrangements. Many of the problems are best addressed by laws of more general nature, such as general contract law or competition law. Sometimes instead of unnecessary regulation it could be useful to applied existed legal doctrine applicable to franchise agreements in resolving contractual or practical problems⁸.

But many reasons inspired Serbian Commission to offer clauses *de lege ferenda* which will regulate so called the new contracts in business law such as franchising agreement, factoring and leasing contracts. The most relevant between numerous arguments of the Commission are the argument of applicable law which is weak point of any franchising contract where domestic regulation lacks as well as the complex nature of franchising contract. This complexity could not be overcome with the application of the law of general nature (general rule of the Law of Obligation, Competition Law ect.) or with the clauses deriving from other contracts (sale contract, licence contract). There is very significant reason which prevails in the decision if franchising regulation is effective. It is the argument of the protection of the economic position of the domestic franchisee which is traditionally the economically weaker party in the franchising contract. The experiences of many countries which decided to regulate franchising shows that existing franchisees were so pervasively exploited that no sensible business person is over encouraged to enter a franchise relationship. Then, the regulation of franchising, even entails a burden on franchisors will bring benefits to the franchise industry as a whole, included franchisors as well as franchisees which are protected with the obligation norm of the franchising regulation. The role of regulation in this case is creation of equilibrium of contractual party interests in the franchising agreement.

Another important reason in favour on franchising regulation in the future Serbia's codification is the reason of applicable law in the franchising agree-

⁸ S. Kozuka, *Overview of the Draft Model Law of Unidroit on Franchising*, "Tokio Internet Law Journal", 2002/1/12, pp. 2.

ments with foreign elements. In the most of the agreements the choice of applicable law clauses are on disposal of the party autonomy principle which practically means that choice of law will be selected by the franchisor as an economically stronger contractual partner which always imposes its domestic law as the law which will govern the contract. As applicable law could also become the source of unequal status of the contractual parties in franchising contract it could be the prevalent reason which inspired the legislator to provide domestic norms which will govern franchising contract in Serbia.

All that questions are opened in Serbian legal doctrine and in future legislative activities and in case where the “franchise law” will be found effective bringing benefits to the franchise industry as a whole, including franchisors as well franchisees the model of possible regulation is proposed.

The Content of the Model for the regulation of Franchising Contract in the Future Serbian Code Civil

What is the content of proposed regulation on franchising contract in Serbian legislation *de lege ferenda*?

The intention of the legislator is to define franchising contract in accordance with the modern notion of franchising which embraces only integrative franchising systems such as business format franchising. The traditional industrial or distributive franchising contracts are no more in Europe treated as franchising systems but rather as forms of licence and exclusive distribution contracts.

The definition, content and essential elements as well as the rule of mandatory written form of franchising contract are relevant for regulation of franchising in future Serbian codification.

There is also proposed rule on registration of franchising contract in Business Registers Agency which should not have constitutional then rather evidential effects. A number of countries have registration requirements (Spain, Russian Civil Code, Indonesia, Malaysia...). There are differences between countries as to what must be registered. The author of the article has opinion that registration norm should be burdensome for franchisor without any significant effect because franchising contract doesn't content significant property law effects as leasing contract which registration is already provided in Serbian positive law. The Work Group of Serbian Chamber of Commerce has proposed to the Codification Commission that instead of registration norm it is more urgent to enact the norms provided pre-contractual responsibility of the franchisor to provide the franchisee with the information relevant to make rational decision to enter in the franchising system. This initiative as well its

arguments presented by the author of the article will be considered by the Commission and if accepted will be enacted to the prospective franchising regulation.

Besides notion, elements, form and registration of the franchising contract Serbian legislator provided a set of norms which regulate most controversial questions in the life of an franchising contract such as sub-franchise contract (capacity of the franchisee prescribed by the contract to transfer rights and obligations on third person, connections between master franchise contract and sub-franchise contract, annulment of master contract causes annulment of the sub-franchise contract), rights and duties of the parties in franchising contract, limitation of the party autonomy (restrictive clauses in the sphere of goods, territory and consumers, post-contract competition clauses). Those clauses included in-term as a post-term covenant against competition to protect against unauthorized use of the franchisor's intellectual property, either during or for some period following the termination of the franchising agreement.

It is prescribed responsibility of the franchisor for the demand of the third person in the case of inconformity of goods or services provided by the franchisee. Termination and conditions for the renewal of the franchising contract are prescribed as the rules of minimum protection for the party as well as termination of the contract in case of liquidation or bankruptcy of the franchisor or the franchisee, as well as in case of the termination of the exclusive rights of the franchisor. Obligation of the loyal competition during and after termination of the contract is provided together with maximum one year post-contract competition clauses. Obligation of the confidentiality on the side of franchisee during and after termination of the contract is also provided.

It is proposed by the Working Group of the Serbian Chamber of Commerce to prescribe disclosure obligation of the franchisor to provide franchisee with the set of information before entering in the franchising contract. The scope of information depends on the goal of disclosure requirements as well as the relative nature of the norms contended in future Civil Code. Enacting of disclosure franchising clauses in the future Code could be effected in an increase of common economic and legal understanding of franchising concept.

What is the Scope of the Proposed Regulation of Franchising Disclosure Requirement in Future Serbia's Civil Code

During two month research period at UNIDROIT in Rome during 2005 the author of this article has prepared the Draft Franchising Disclosure Law for Serbia which has been created considering definitions from UNIDROIT Model

Franchise Disclosure Law as well EU Commission Regulation NO 4087/88. This Draft was the inspiration for the proposal of enactment disclosure requirements in the franchising regulation in the prospective Serbian Civil Code defined by Working Group for Franchising Regulation of Serbian Chamber of Commerce.

Furthermore, the proposal also contains language requirements provided that disclosure document as well as proposed franchise contract must be in language which is officially used in the prospective franchisee's principal place of business or place of activity, which is not contained in the UNIDROIT Model Law, because this requirement could be of big importance for domestic economic subjects which foreign language skills are traditionally not well developed, as well as because of the fact that duty of responsible franchisor in international franchising is to translate disclosure documents, contract, etc. into the franchisee's mother language (in this into Serbian). The time period when the disclosure document must be given to the prospective franchisee is prolonged to 30 days (instead fourteen day time period in Model Law) within which period franchisee could examine the document and obtain expert legal and other types of advice. The number of days within disclosure document need to be updated is fixed on 30 days, and in the situation when material changes (defined in Art. 3(5)) occurred it is stipulated obligation of the franchisor to inform prospective franchisee in writing as soon as possible, and disclosure document must be updated 15 days after material changes occurred.

The type of the information which franchisor must obtain are no so extensive as contended in the UNIDROIT Model Law and in the author's Draft but it should contain information on the franchisor⁹, on the franchisor's business

-
- ⁹ a) registered legal name, legal form and registered place of business of the franchisor, and the adress of the principal place of the business of the franchisor,
b) trade mark, registred trade name, business name or similar name, under which the franchisor carries or intends to carry on business in the teritorry of the Republic of Serbia,
c) the adress of the principal place of business in the Republic of Serbia,
d) the ammount of the registered capital of the franchisor and the ammount of the registered capital of the affiliate of the franchisors,
e) a description and summary of the activities and the operations characterising the franchise to be operated by the prospective franchisee,
f) the description of the business experience of the franchisor and its affiliates granting franchises under the same trade name, including mandatory informations of the length of time which franchisor has run a business of the type to be operated by the prospective franchisee, as well as the information on the length of time during franchisor has granted franchises for the same type of business as that to be operated by the prospective franchisee,
g) information of any criminal convictions or any finding liability in a civil action or arbitration procedure involving franchise or other businesses relating to fraud, misrepresentations or similar act of the franchisor, affiliate of the franchisor or any of senior manager or director of the franchisor for the previous five years, together with the providing of the summary of any court or arbitral decision taken in mentioned proceedings,

system¹⁰, list of other franchisees together with the data on changes in number of the franchisee in last three years¹¹, data of status if franchisor's trade marks and other intellectual property rights¹², financial matters¹³ as well as the disclosure document must contain the most important information if there are not already contained in the proposed franchising contract attached to. If the following information is contained in the proposed franchising contract, the disclosure document will contains reference to the relevant section of the franchise agreement, and if those information are not contained in the proposed franchising agreement, that fact shall be clearly stated in the disclosure document¹⁴. The required information which disclosure documents shall contains

-
- h) informations on any bankruptcy, insolvency, reorganizations and the comparable proceeding involving the franchisor and its affiliates for the previous five years and the court citation thereof.
 - ¹⁰ i) the informations on the franchisee in the business system, including informations on the total number of franchisees and company-owned outlets of the franchisor and of its affiliates of the franchisor granting franchises under substantially the same trade name, and informations on the trade and/or personal names, business addresses and business phone numbers of the franchisees which outlets are located nearest to the proposed outlet of the prospective franchisee in the Republic of Serbia, then in the contiguous States, or, if there are no such outlets, outlets in the State of franchisor but in any event of not more than 15 franchisee.
 - ¹¹ k) informations (trade and/or personal name, business place, business phone number) about the franchisees of the franchisor and about franchisee of affiliates of the franchisor that have entered out from the business system during the three years before the one during which the franchisee agreement is entered into, with an indication of the reasons for the termination of the contractual relationship (contracts terminated or not renewed by the franchisee, contracts terminated or not renewed by the franchisor or by the affiliate of the franchisor, contracts terminated due to the bankruptcy or insolvency, voluntarily terminated or not renewed contracts).
 - ¹² l) informations on the status of the franchisors intellectual property rights on the territory of Republic of Serbia, which are to be licensed to the franchisee as the part of the franchise (trade marks, patents, copyrights, utility models, design, software etc.) with the mandatory informations on the registration or on the application for registration, the trade or/and personal name of the owner of the intellectual property rights or the trade or/and personally name of the applicant, the date of which the registration of the intellectual property rights licensed expires, and the limitation of that intellectual property rights from the third parties, and litigation or other legal proceedings, if any, which could have a material effect on the prospective franchisee's legal right, exclusive or non-exclusive, to use the intellectual property under proposed franchise contract.
 - ¹³ n) Financial matters, including
 - an estimate of the amount of the prospective franchisee's total initial investment,
 - financing offered or arranged by the franchisor, if any,
 - the financial statements which show financial position of the franchisor verified from the legal empowered and independent revisor, including balance sheets, and balance of profit and losses for the previous three year, or from the beginning of the franchisors business activity (*it is indispensable those provision to be examined from the financial experts*).
 - ¹⁴ a) the term and conditions of the renewal of the franchise contract,
 - b) a description of the initial and on-going training programs of the potential franchisor and/or its employees, regarding to the trainer and of the subject who bears the expenses of the training program, and the duration and the expenses of the training program,

depending of the fact if there are already included in the proposed franchising contract, there are some addition in some of the paragraph, such as description of the training program, the fact of the personality of the trainer, the duration, expanses as well as the clear signification of the fact who bears the expenses of the trainings programmes.

The legal remedy for the omission of the franchisor to obtain the disclosure document should be the right of the franchisee to ask the court for the annulment of the concluded contract under Article 112 Code of Obligations and/or to claim against the franchisor for the damages suffered because of the omission of the franchisor (disclosure document or notice on material change are not delivered at all, contain misrepresentations, or fraud, or make an omission of material fact).

Conclusion

The comparative analyses of the provisions of franchise laws adopted in recent period lead to the observation that with the exception of the Russian Civil Code (and legislation which are inspired by Russian legislation) all franchise law in different ways and extents deal with disclosure requirement. Other norms are inspired with domestic conditions and with the intent of the legislator to protect domestic franchisee and domestic products or industry.

Intent of Serbian legislator to promote franchising throughout franchising law contented in prospective Civil Code is inspired by idea of protection interests of the parties in the franchising contract relationship. Obligation norms which regulate contractual aspects of franchising contract together with dis-

-
- c) the nature and extent of exclusive rights if there are to be granted to be granted to the prospective franchisee relating to the territory and/or customers, and the information of any reservation by the franchisor of the right to use or to license to use of, the trademarks covered by the franchising contract, and if franchisor reserves the right to sell or distribute the goods and services under the same or other trademark which will be transferred to the prospective franchisee,
 - d) conditions under which the franchisor could terminate the franchising contract and effects of such termination,
 - e) conditions under which the franchisee could terminate the franchising contract and effects of such termination,
 - f) the limitations which, if any, are imposed on the franchisee, in relation to territory and/or to customers,
 - g) non-competition clauses imposed during and/or after termination of the franchising contract,
 - h) the initial franchisee fee (in the manner of the system entrance fee) and the royalty, and other fees and payments,
 - i) the conditions for the assignement of other transfer of the franchise to the third parties,
 - j) any choice of law and choice of forum clauses and the method of dispute resolutions.

closure requirements which protect parties in the pre-contractual stage of the relationship will be important method in the process of creation legal security as well as a healthy commercial law environment for future development of franchising in Serbia.

Summary

Together with visible trends of development and promotion of franchising activities in Serbia during the last year there are numerous attempts in new Serbian legislation policy to regulate franchising agreement *de lege ferenda*. Besides the process of entering many of the foreign franchising systems into Serbian economy there are contemporary attempts of Serbian legal doctrine and legislative practice to regulate some aspects of the franchising agreement. The most successful was the work of the Commission of Legal Experts formed from the Serbian Government in 2006 which proposed at the end of 2007 Model for the regulation of franchising agreement as well as leasing and factoring, as presently innominate contracts in Serbian legislation. Those rules will be integrated as "New Commercial Contracts" in Serbian Law of Obligation which will be the part of the new Serbian Civil Code which will be enacting by the Commission. The norms which regulates franchising proposed by the Serbian legislator are relationship provisions regulating contractual relationships between the franchisor and franchisee. Those norms define the most important obligation aspects of franchising agreement, including its definition and essential elements, contract's content, contractual specifications, written form, registration requirements, obligation of the parties, restrictions, responsibilities, termination and other relationship norms which are stipulated on order to protect equivalency of mutual commitments in franchising contracts as well as position of the franchisee as economically weaker party. Following the trends of international franchising regulations realized under auspices of the UNIDROIT the part of the of Serbian legal doctrine accept the modern concept of franchising disclosure regulation which is prevalent in the most countries which already has regulated franchising agreement. Franchisor commitment to provide a franchisee with necessary information before entering into franchising contract will help him to create valid decision on entering into franchisor's concept of business. Enactment of disclosure franchise regulation will be a means to create a secure legal environment between all the parties in franchise agreements in Serbian economy.



Noty o autorach

Tadeusz Biernat – prof. nadzw. dr hab., Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Zyta Dymińska – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Grażyna Grabarczyk – dr, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Instytut Prawa, Administracji i Zarządzania

Samanta Kowalska – dr, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Pedagogiczno-Artystyczny

Henryk Lewandowski – prof. dr hab., Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego

Tamara Milenkovic Kerkovic – dr, Assistant Professor of Commercial and Business Law at the Faculty of Economics University of Nis (Serbia)

Renata Pawlik – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Marcin Pieniążek – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Polityki Prawa

Stefan Poździoch – dr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Diane Ryland – Senior Lecturer in Law, University of Lincoln, United Kingdom

Anna Sapota – mgr, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

Michał Skorecki – mgr, Krakowska Szkoła Wyższa im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wydział Prawa i Administracji

Adam Strzelec – mgr, absolwent Wydziału Prawa Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Ryszard Szostak – dr hab., prof. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

