

Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH

Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH

**Nr 3**

**Globalna Gospodarka, Zarządzanie, Prawo i Administracja**

**Global Economy, Management, Law and Administration**

# Wybrane problemy prawa administracyjnego i prawa gospodarczego

pod redakcją naukową  
**Andrzeja Bisztygi**  
i **Tomasza Molla**



**GÓRNOŚLĄSKA WYŻSZA SZKOŁA HANDLOWA**  
im. Wojciecha Korfańskiego

Katowice 2013

**Globalna Gospodarka, Zarządzanie, Prawo i Administracja**  
**Global Economy, Management, Law and Administration**

Wybrane problemy  
prawa administracyjnego  
i prawa gospodarczego



Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH

Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH

**Nr 3**

**Globalna Gospodarka, Zarządzanie, Prawo i Administracja**

**Global Economy, Management, Law and Administration**

# Wybrane problemy prawa administracyjnego i prawa gospodarczego

pod redakcją naukową  
**Andrzeja Bisztygi  
i Tomasza Molla**



**GÓRNOŚLĄSKA WYŻSZA SZKOŁA HANDLOWA  
im. Wojciecha Korfańtego**

Katowice 2013

# GÓRNOŚLĄSKA WYŻSZA SZKOŁA HANDLOWA im. Wojciecha Korfantego

Recenzent

**Prof. zw. dr hab. Bogdan Dolnicki**

**Redaktor naczelny:** prof. nadzw. dr hab. Krzysztof Szafflarski

**Wydawca:** Górnośląska Wyższa Szkoła Handlowa im. Wojciecha Korfantego

**Redaktor językowy ds. j. angielskiego:** mgr Katarzyna Krakowska-Zarychta

**Redaktor statystyczny:** prof. zw. dr hab. Grażyna Trzpiot

## **Rada naukowa:**

prof. zw. dr hab. Jerzy Rokita – przewodniczący – GWSH

prof. zw. dr hab. Ryszard Janikowski – GWSH

prof. nadzw. dr hab. Andrzej Bisztyga – GWSH

prof. dr hab. Oskar Starzeński – emerytowany profesor Université de Valenciennes, Francja

dr hab. Václav Lednický – Slezská univerzita, Opava, Republika Czeska

prof. dr Lucjan Orłowski – Sacred Heart University, Fairfield, Connecticut, USA

prof. dr Henrich Badura – Bundesministerium fuer Wissenschaft und Forschung, Stabstelle bilaterale  
Freundschaftsgesellschaften, Wiedeń, Austria

Copyright © by

**GWSH**

ISSN 1428-9520



Katowice 2013

Skład i łamanie:

Wydawnictwo

Agencja Artystyczna PARA Zenon Dyrzka

ul. Chorzowska 73A, 40-101 Katowice

tel.: 516 148 044

E-mail: parawydawnictwo@wp.pl

Wydanie I, nakład 100 egz. Arkuszy wydawniczych 9,25, arkuszy drukarskich 10,25

# SPIS TREŚCI

OD REDAKTORÓW NAUKOWYCH .....	7
-------------------------------	---

## I. ARTYKUŁY NAUKOWE

<b>BEATA BIENIEK</b>	
Transgraniczne świadczenie usług medycznych .....	11
<b>MICHAŁ KANIA</b>	
Umowa administracyjna w niemieckim porządku prawnym. Aktualne problemy w świetle polskich rozwiązań normatyw- nych .....	26
<b>RAFAŁ Blicharz</b>	
Zasady prawa rynku kapitałowego .....	39
<b>MICHAŁ KOTALCZYK</b>	
Zachowanie należytej staranności jako przesłanka prawa do odli- czenia podatku VAT. (Wyrok TS UE w sprawach Mahagében i Dávid) .....	52
<b>TOMASZ MOLL</b>	
Pojęcie strony w świetle art. 28 k.p.a. ....	62
<b>ADAM GOŁUCH</b>	
Rozwój relacji prawnych zachodzących między administracją rządową zespoloną w terenie a jednostkami samorządu teryto- rialnego, ukształtowanych w latach 1990–1998 .....	73
<b>KATARZYNA PŁONKA-BIELENIN</b>	
Zarys problematyki zarządzania kryzysowego w samorządzie gminnym .....	98
<b>ANNA HOŁDA-WYDRZYŃSKA</b>	
Tytuł utworu jako przedmiot ochrony prawnej w niemieckim prawie znaków towarowych – Markengesetz .....	121

<b>LIDIA ZACHARKO, BARBARA WARTENBERG-KEMPKA</b> Wyznaczenie przez sąd opiekuńczy przedstawiciela dla osoby nieobecnej w postępowaniu administracyjnym .....	138
--	-----

## **II. RECENZJE**

<b>MICHAŁ KANIA</b> Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa. Lesław Grzonka, Wydawnictwo IURIS, Poznań 2012 .....	151
<b>LIDIA ZACHARKO</b> Komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o part- nerstwie publiczno-prywatnym, Katarzyna Płonka-Bielenin i Tomasz Moll. Wyd. DEFIN 2012 r. ....	155

## **III. SPRAWOZDANIE**

<b>MICHAŁ KANIA</b> Sprawozdanie z Konferencji Międzynarodowej: PPP rzeczy- wistość czy fikcja? Kraków, 29 listopada 2012 r. ....	161
---	-----

## OD REDAKTORÓW NAUKOWYCH

W ramach Wydziału Zarządzania Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. Wojciecha Korfantego w Katowicach od lat funkcjonuje kierunek Administracja. Kierunek ten zawsze wysoko plasował się i plasuje w różnorodnych, medialnych rankingach jakości kształcenia i to zarówno w gronie szkół kształcących studentów na kierunku Administracja, jak i na kierunku Prawo. Dzieje się tak głównie za sprawą opinii pracodawców, którzy wysoko oceniają jakość przygotowania absolwentów GWSH do pracy. Te notowania stały się podstawą do ubiegania się przez GWSH o uprawnienia do kształcenia na kierunku Prawo. Starania te zostały uwieńczone sukcesem. Decyzjami Polskiej Komisji Akredytacyjnej oraz Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej zostały nadane uprawnienia do kształcenia na kierunku Prawo. Jest to dla Uczelni wyzwanie nie tylko o dydaktycznym, ale również o naukowym charakterze, jako że zobowiązuje nas do intensyfikacji badań naukowych. W niniejszym zeszycie wyzwanie to podjął zespół autorski składający się niemal wyłącznie, bo z jednym wyjątkiem – z autorów funkcjonujących w Katedrze Prawa i Administracji GWSH. Reprezentują oni takie dyscypliny prawa, jak prawo administracyjne i prawo gospodarcze. Są to profesorowie: Lidia Zacharko i Rafał Blicharz oraz doktorzy: Beata Bieniek, Tomasz Moll, Adam Gołuch, Anna Hołda-Wydrzyńska, Barbara Wartenberg-Kempka i Michał Kania. Zaproszonym do publikacji gościem spoza Katedry jest aplikant adwokacki Michał Kotalczyk ze znanej w regionie Kancelarii Adwokackiej s.c. M. Augustynowicz, A. Hoszcz i A. Jachimowicz. W przyszłości – wraz z rozwojem kierunku Prawo – do współpracy naukowej, w szerszym zakresie, chcemy włączyć Studentów kierunków Prawo oraz Administracja.

Na zawartość zeszytu składa się dziewięć artykułów, dwie recenzje książek oraz jedno sprawozdanie.

Za techniczną pomoc w zredagowaniu zeszytu składamy podziękowanie pani Ilonie Markusik.

**Prof. GWSH dr hab. Andrzej Bisztyga**  
**Dr Tomasz Moll**





I.

**ARTYKUŁY NAUKOWE**

---

---



BEATA BIENIEK

# Transgraniczne świadczenie usług medycznych

## 1. Słowo wstępne oraz pojęcie i cele transgranicznej opieki medycznej

Osoby oczekujące w wielomiesięcznych kolejkach na planowe, refundowane zabiegi i świadczenia medyczne, niejednokrotnie skarżą się, że upływ czasu w kolejce oczekujących może przyczynić się do nieodwracalnego pogorszenia ich stanu zdrowia.

Celem artykułu jest ukazanie najnowszych inicjatyw podejmowanych na forum europejskim w celu zapewnienia swobody korzystania z usług medycznych.

Pojęcie transgranicznej opieki medycznej obejmuje korzystanie z opieki zdrowotnej w państwie członkowskim innym niż to, w którym pacjent jest ubezpieczony. Zjawisko to określa się również mianem „transgranicznej opieki zdrowotnej” albo „mobilności pacjentów”<sup>1</sup>. W opisie zjawiska posługujemy się również pojęciami państwa ubezpieczenia i państwa leczenia, czyli odpowiednio państwa, w którym pacjent jest zobowiązany uiszczać składki na poczet ubezpieczenia zdrowotnego oraz państwa, w którym zdecydował się podjąć leczenie.

Korelacja systemów opieki zdrowotnej jest jednym z istotnych aspektów rozwoju Unii Europejskiej i ma na celu zapewnienie łatwiejszego dostępu do opieki zdrowotnej na obszarze Unii, stworzenie jasnych zasad zwrotu kosztów leczenia, polepszenie jakości świadczonych usług, poprawę realizacji

---

<sup>1</sup> Definicja transgranicznej opieki medycznej zawarta we wstępie do projektu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, pkt 13, COM(2008)0414-C6-0257/2008-2008/0142(COD)). Definicję powtórzono w art. 3 lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9.03.2011 r. w sprawie ustanowienia praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej Dz. Urz. L 88, 4.04.2011.

wymogu informowania pacjentów o przysługujących im prawach, poprawę współpracy zarówno między państwami członkowskimi jak i między poszczególnymi placówkami świadczącymi opiekę zdrowotną.

## 2. Korzystanie z usług medycznych zagranicą – przegląd orzecznictwa

Transgraniczne świadczenie usług medycznych w Unii Europejskiej to zagadnienie, którego regulacja pozostaje na styku swobody świadczenia usług i polityki ochrony zdrowia. Podstawy rozwoju transgranicznej opieki zdrowotnej stanowią przepisy traktatowe. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że art. 14 TFUE<sup>2</sup> zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia sprawnego funkcjonowanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, z uwzględnieniem gospodarczych i finansowych warunków wypełniania ich zadań. Zarazem art. 56 TFUE (dawny artykuł 49 TWE) zakazuje wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii, w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Protokół dodatkowy do TFUE Nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, w art. 1 określa wspólne wartości Unii w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, uznaje zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrejonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług spełnianych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców. W art. 2 podkreślono pełną kompetencję państw członkowskich w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług niemających charakteru gospodarczego spełnianych w interesie ogólnym.

Jednocześnie opieka zdrowotna nie została objęta zakresem regulacji dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym<sup>3</sup>.

Cytowane przepisy należy rozważyć w kontekście obszernego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej w skrócie: Trybunału).

Dyskusja na temat mobilności pacjentów została zapoczątkowana przez Trybunał w 1998 r. orzeczeniem wydanym w sprawie *Raymond Koll v Union des caisses de maladie*<sup>4</sup>. Trybunał wyjaśnił, że jeśli świadczenia medyczne udzie-

<sup>2</sup> Wersje skonsolidowane traktatu o Unii Europejskiej i traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 83, z 30.03.2010 r.

<sup>3</sup> Dz. Urz. L 376/36.

<sup>4</sup> Sprawa C-158/96 [1998] Kohll ECR I-1931.

lane są za wynagrodzeniem to podlegają zasadom traktatowym dotyczącym swobody świadczenia usług, także wtedy gdy opieka została udzielona w ramach hospitalizacji<sup>5</sup>. Swoboda świadczenia usług obejmuje swobodę (prawo) ubezpieczonego zamieszkałego w jednym państwie członkowskim udania się do innego państwa członkowskiego w celu tymczasowego pobytu i uzyskania tam opieki szpitalnej ze strony usługodawcy mającego siedzibę w tym innym państwie członkowskim, jeżeli jego stan zdrowia będzie wymagał takiej opieki w trakcie pobytu.

W późniejszym orzecznictwie Trybunału wyraźnie dostrzegamy próbę pogodzenia rozbieżności między autonomią państw członkowskich przysługującą im w dziedzinie kreowania polityki ochrony zdrowia a celem Unii jakim jest zapewnienie pełnej swobody świadczenia usług. Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że prawo wspólnotowe nie narusza kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji systemów zabezpieczenia społecznego i przy braku harmonizacji na szczeblu Unii Europejskiej przepisy prawne każdego państwa członkowskiego muszą określać warunki przyznawania świadczeń z dziedziny zabezpieczenia społecznego, to jednak przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa Unii, w szczególności zaś postanowień dotyczących swobodnego świadczenia usług (zob. wyrok w sprawie Watts). Art. 56 TFUE stoi na przeszkodzie stosowaniu wszelkich przepisów krajowych, które świadczenie usług między państwami członkowskimi czynią trudniejszym niż świadczenie usług wyłącznie wewnątrz jednego państwa członkowskiego (zob. wyrok w sprawie Stamatelaki). Trybunał wskazał ponadto, że uzależnianie zwrotu kosztów poniesionych w innym państwie członkowskim, w związku z podjętym leczeniem, od uzyskania uprzedniego zezwolenia, jest barierą w swobodnym świadczeniu usług, chociaż takie przeszkody mogą być uzasadnione nadrzędnymi względami użyteczności publicznej, takimi jak równowaga finansowa krajowych systemów zabezpieczenia oraz potrzeba zapewnienia zrównoważonego dostępu do usług medycznych i leczenia szpitalnego wszystkim zainteresowanym, co ma fundamentalne znaczenie dla ochrony zdrowia publicznego. W dalszych orzeczeniach Trybunał podkreślił, że uregulowanie krajowe, które nie zapewniają ubezpieczonemu, któremu udzielono zgody na poddanie się hospitalizacji w innym państwie członkowskim zgodnie z art. 22 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1408/71 poziomu pokrycia kosztów równie korzystnego jak to, do którego byłby on uprawniony, gdyby poddał się hospitalizacji w państwie członkowskim ubezpieczenia, stanowi ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 56 TFUE, ponieważ może zniechęcać tego ubezpieczonego do zwracania się do usługodawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, a nawet mu to uniemożliwiać (zob.

<sup>5</sup> Sprawa C-372/04 Watts z 16.05.2006 r.; Sprawa C-445/05 Stamatelaki z 19.04.2007 r.

<sup>6</sup> Sprawa Vanbreakel C-512/08.

Vanbraekel i in.<sup>6)</sup>). Analizując zagadnienie prawa do bezpłatnej opieki szpitalnej Trybunał uznał, że taki poziom pokrycia kosztów w państwie ubezpieczenia odpowiada kosztom leczenia zapewnionego na równoważnym poziomie w państwie pobytu (zob. wyrok w sprawie Watts).

W sprawie Komisja Europejska przeciwko Królestwu Hiszpanii (C-211/08) Trybunał dokonał analizy najbardziej kontrowersyjnego zagadnienia, czy leczenie refundowane w jednym państwie członkowskim może zostać przeprowadzone w innym państwie i czy będzie to zgodne z dyspozycją art. 56 TFUE. Trybunał wskazał na potrzebę rozróżnienia – w ramach szeroko rozumianej swobody świadczenia usług – przypadków opieki zdrowotnej o charakterze szpitalnym realizowanych w ramach „opieki nieplanowanej” i „opieki planowanej”. Trybunał wyjaśnił, że orzeczenia wydane w sprawach Vanbraekel, Watts, zostały wydane na tle sporów związanych ze stosowaniem art. 22 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 1408/71 i dotyczą przypadków „opieki planowanej”. Przypadek „opieki nieplanowanej” uregulowany jest w art. 22 ust. 1 lit. a) rozporządzenia nr 1408/01.

„Opieka planowana” stosowana jest wówczas, gdy ziści się przesłanka określona w art. 22 ust. 2 rozporządzenia 1408/71, a więc wówczas, gdy zostanie stwierdzone, że taka opieka lub opieka o takim samym stopniu skuteczności jest niedostępna w państwie członkowskim ubezpieczenia w akceptowanym z medycznego punktu widzenia terminie. W takiej sytuacji państwo ubezpieczenia powinno zapewnić ubezpieczonemu poziom pokrycia kosztów równie korzystny jak ten, który zostałby mu przyznany w razie dostępności tej opieki w takim terminie w jego własnym systemie opieki zdrowotnej. W przeciwnym razie doszłoby do naruszenia norm dotyczących swobodnego świadczenia usług. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że w przypadku planowanej opieki szpitalnej w innym państwie członkowskim, ubezpieczony może uzyskać szacunkowy całkowity koszt danego leczenia szpitalnego w postaci kosztorysu, co pozwala mu porównać poziomy pokrywania kosztów w państwie ubezpieczenia i w państwie leczenia. Wszelkie regulacje prawne obowiązujące w państwie ubezpieczenia, które nie gwarantują ubezpieczonemu zwrotu różnicy w kosztach leczenia (w przypadku gdy koszty te są wyższe w państwie leczenia niż w państwie ubezpieczenia) mogą skłonić ubezpieczonego do rezygnacji z leczenia planowanego w tym innym państwie członkowskim, co znowuż stanowiłoby przejaw ograniczenia swobody świadczenia usług.

W przypadkach „nieplanowanej opieki” szpitalnej sytuacja kształtuje się odmiennie. Są to przypadki dotyczące ubezpieczonych, którzy z różnych względów, innych aniżeli jakiegokolwiek niedostatki oferty systemu opieki zdrowotnej państwa ubezpieczenia, znaleźli się na terytorium państwa leczenia. W takich przypadkach postanowienia traktatu w dziedzinie swobodnego przepływu nie gwarantują ubezpieczonemu prawa do refundacji kosztów nieplanowanej opieki szpitalnej na poziomie przysługującym za równoważne świadczenia medyczne w państwie ubezpieczenia. Innymi słowy ubezpieczony

podlega prawu państwa leczenia, a refundacji kosztów leczenia może domagać się do kwoty kosztów poniesionych i wynikających ze stawek obowiązujących w państwie leczenia. Przyjęte rozwiązanie jest – zdaniem Trybunału – konsekwencją różnic w zakresie ochrony socjalnej przewidzianej w poszczególnych państwach członkowskich, oraz regulacji wynikającej z rozporządzenia 1408/71, którego celem jest koordynacja ustawodawstwa krajowego w zakresie zabezpieczenie społecznego a nie ich harmonizacja.

### **3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej<sup>7</sup>**

W 2004 r. Komisja Europejska przedstawiła projekt dyrektywy w sprawie świadczenia usług na rynku wewnętrznym. W dniu 9 czerwca 2005 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie mobilności pacjentów i rozwoju służby zdrowia w Unii Europejskiej<sup>8</sup>, w której wezwał do zapewnienia pacjentom, pracownikom służby zdrowia oraz państwom członkowskim pewności prawnej oraz jasności co do praw i procedur. Liberalizacji rynku usług medycznych sprzeciwili się ministrowie zdrowia krajów członkowskich, obawiający się utraty kontroli nad wydatkami ponoszonymi przez publicznych ubezpieczycieli na zagraniczne świadczenia pozaszpitalne. Państwa członkowskie argumentowały, że ze względu na specyfikę usług zdrowotnych nie jest możliwe zrównanie ich z innymi usługami świadczonymi na rynku wewnętrznym. Jednocześnie uznano, że istnieje potrzeba uregulowania zasad transgranicznego świadczenia usług zdrowotnych. Z uwagi na skomplikowany charakter zagadnienia Komisja zdecydowała, że przedstawienie aktu legislacyjnego w tej materii powinno zostać poprzedzone debatą i w okresie od września 2006 r. do stycznia 2007 r. przeprowadziła konsultacje publiczne w sprawie działań Wspólnoty dotyczących usług zdrowotnych. Sam projekt dyrektywy Komisja ostatecznie przedłożyła w 2008 r.<sup>9</sup> Po zaopiniowaniu przez Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny<sup>10</sup> i Komitet Regionów<sup>11</sup>, projekt trafił do Parlamentu Europejskiego.

<sup>7</sup> COM(2008)0414-C6-0257/2008-2008/0142(COD)).

<sup>8</sup> Dz. Urz. C 124, z 25.05.2006, s. 543.

<sup>9</sup> M. Budzyńska, *Transgraniczne świadczenie usług zdrowotnych w UE – stan obecny i perspektywy*, publikacja dostępna w formie elektronicznej, s. 8–9.

<sup>10</sup> Opinia z dnia 4 grudnia 2008 r. dotychczas niepublikowana w Dzienniku Urzędowym, dostępna w: *Prawa pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej I Rezolucja legislacyjna Parlamentu Europejskiego z dnia 23.04.2009 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, stanowisko Parlamentu Europejskiego*, Dz. Urz. C 184 E z 8.07.2010 r., s. 368–394.

<sup>11</sup> Dz. Urz. C 120 z 28.05.2009 r., s. 65.



W dniu 8 czerwca 2010 r., unijni ministrowie zdrowia i spraw społecznych osiągnęli porozumienie polityczne w sprawie zmiany dyrektywy w sprawie praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, które zostało przedstawione podczas hiszpańskiego prezydencji UE. Większość państw członkowskich było generalnie zadowolona z nowego projektu dyrektywy.

### 3.1. Traktatowa podstawa regulacji

Przyjmując projekt dyrektywy Parlament Europejski wskazał, że zgodnie z art. 168 ust. 1 TFUE przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii należy zapewnić wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego i wyjaśnił, że ustawodawca europejski musi zapewnić wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego również w przypadku stanowienia prawa na podstawie innych, aniżeli art. 168 ust. 1, przepisów Traktatu. W preambule dyrektywy wymieniono także art. 114 TFUE, który wymaga by w procesie harmonizacji zagwarantowano wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego. Parlament Europejski podkreślił, że projektowana dyrektywa uwzględnia prawa podstawowe i przestrzega ogólnych zasad prawa uznanych w szczególności w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>12 13</sup>. Dyrektywa została przyjęta w dniu 9 marca 2011 r.

### 3.2. Cel dyrektywy

Parlament Europejski wskazał, że celem dyrektywy jest ustanowienie zasad świadczenia bezpiecznej, transgranicznej opieki zdrowotnej o wysokiej jakości, zapewnienie mobilności pacjentów i promowanie współpracy w zakresie opieki zdrowotnej między państwami członkowskimi, z pełnym poszanowaniem kompetencji państw członkowskich w zakresie określania świadczeń zdrowotnych z tytułu zabezpieczenia społecznego, organizacji i świadczenia opieki zdrowotnej i medycznej oraz organizacji i udzielania świadczeń z tytułu zabezpieczania społecznego, w szczególności świadczeń chorobowych<sup>14</sup>. Odnosząc się do istotnej kwestii finansowania świadczeń medycznych, we wstępie do dyrektywy stwierdzono, że celem dyrektywy nie jest stworzenie uprawnienia do zwrotu kosztów opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim, jeżeli taka opieka zdrowotna nie jest objęta zakresem świadczeń przewidzianym w ustawodawstwie państwa ubezpieczenia.

### 3.3. Przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy

Przedmiotowy zakres zastosowania dyrektywy wynika z treści art. 1 ust. 2, który stanowi, że dyrektywa ma zastosowanie do wszystkich rodzajów świad-

<sup>12</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, Dz. Urz. L 88/45, z 4.4.2011 r.

<sup>13</sup> Dz. Urz. C 364 z 18.12.2000 r., s. 1.

<sup>14</sup> Ust. 10 wstępu do dyrektywy.

czeń z tytułu opieki zdrowotnej niezależnie od tego jaki jest szczególny charakter tej opieki, ani sposób jej organizacji lub finansowania.

Dyrektywa nie znajduje zastosowania w odniesieniu do opieki długoterminowej, zwłaszcza obejmujących usługi świadczone przez długi okres, których celem jest dostarczanie ludziom koniecznej pomocy w wykonywaniu codziennych, rutynowych czynności. W szczególności dyrektywa nie stosuje się do domów opieki ani do pomocy udzielanej osobom starszym lub dzieciom przez pracowników socjalnych, opiekunów wolontariuszy lub osoby zawodowo zajmujące się taką pomocą, inne niż pracownicy służby zdrowia. Dyrektywa nie ma zastosowania do przeszczepiania narządów. Z uwagi na swoisty charakter tych zabiegów obejmą je przepisy dyrektywy szczegółowej. Nie stosuje się również do programów powszechnych szczepień mających na celu zapobieganie chorobom zakaźnym (art. 1 ust. 3 dyrektywy).

### **3.4. Podmioty zobowiązane**

Dyrektywa dzieli państwa członkowskie Unii na państwa leczenia oraz państwa ubezpieczenia i według tego kryterium przeprowadza podział obowiązków spoczywających na właściwych instytucjach krajowych.

Wymienione w rozdziale II dyrektywy obowiązki państwa leczenia sprowadzają się do zapewnienia powszechnego dostępu do opieki zdrowotnej wysokiej jakości; zagwarantowania praw pacjentów do informacji i prywatności oraz stworzenia mechanizmów prawnych będących podstawą skutecznych procedur skargowych i odszkodowawczych; jak również odpowiedzialności zawodowej osób świadczących opiekę medyczną. Nadto państwa leczenia gwarantują ubezpieczonym dostęp do dokumentacji medycznej.

Obowiązki państwa ubezpieczenia polegają w szczególności na zapewnieniu ubezpieczonym dostępu do informacji dotyczących ich praw związanych z korzystaniem z transgranicznej opieki zdrowotnej; umożliwieniu uzyskania kopii dokumentacji lekarskiej i co najważniejsze do zapewnienia zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej.

### **3.5. Zasady zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej**

Ogólne zasady zwrotu kosztów reguluje art. 7 dyrektywy, który stanowi, że państwo członkowskie ubezpieczenia zapewnia zwrot kosztów poniesionych przez ubezpieczonego, który korzysta z transgranicznej opieki zdrowotnej, jeżeli dana opieka zdrowotna mieści się w zakresie świadczeń, do których ubezpieczony jest uprawniony w państwie członkowskim ubezpieczenia. Koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane lub płacone bezpośrednio przez państwo członkowskie ubezpieczenia do poziomu, na którym koszty byłyby pokryte przez państwo ubezpieczenia, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium i w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej. W przypadku

gdy koszt transgranicznej opieki zdrowotnej przekracza poziom kosztów, jakie byłyby pokryte przez państwo członkowskie ubezpieczenia, gdyby opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium, państwo członkowskie ubezpieczenia może mimo wszystko zdecydować o zwrocie kosztów w pełnej wysokości, ale jak wynika z orzecznictwa Trybunału – nie ma takiego obowiązku.

Państwa członkowskie mogą zdecydować o pokryciu innych kosztów powiązanych, takich jak leczenie terapeutyczne, koszty noclegu i podróży oraz dodatkowe koszty, które mogą ponosić osoby z niepełnosprawnością podczas otrzymywania opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim, ze względu na jedną lub więcej niepełnosprawności. Zwrot tych kosztów następuje zgodnie z przepisami krajowymi oraz pod warunkiem, że istnieje wystarczająca dokumentacja określająca te koszty.

Dyrektywa zobowiązała wszystkie państwa członkowskie do wprowadzenia przejrzystego mechanizmu obliczania kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, które mają być zwrócone ubezpieczonemu przez państwo ubezpieczenia. Państwo ubezpieczenia może nałożyć na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, w tym opieki zdrowotnej otrzymanej za pomocą telemedycyny, te same warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne, ustalone na szczeblu lokalnym, regionalnym lub krajowym, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego. Mogą one obejmować ocenę przez pracownika służby zdrowia lub pracownika administracyjnego służby zdrowia realizującego świadczenia w ramach ustawowego systemu zabezpieczenia społecznego lub krajowego systemu opieki zdrowotnej państwa członkowskiego ubezpieczenia, np. przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, u którego dany pacjent jest zarejestrowany, jeżeli jest to konieczne do ustalenia, czy ten pacjent jest uprawniony do uzyskania opieki zdrowotnej. Jednakże warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne nałożone zgodnie z niniejszym ustępem nie mogą być dyskryminacyjne ani nie mogą stanowić przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów, usług lub towarów, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione wymogami planowania w celu zapewnienia wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącymi woli kontrolowania kosztów i unikania, na ile to możliwe, wszelkiego marnotrawstwa zasobów finansowych, technicznych i ludzkich. Jednak w każdym przypadku państwa członkowskie zapewniają, aby zwrot kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, na którą udzielono uprzedniej zgody, następował zgodnie z udzieloną zgodą. Wszelkie stosowane ograniczenia muszą być niezbędne i proporcjonalne i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie towarów, osób lub usług.

### 3.6. System uprzedniej zgody

Artykuł 8 dyrektywy zezwala państwu ubezpieczenia na wprowadzenie warunku uprzedniej zgody, ale jedynie w przypadkach uzasadnionych:

- a) potrzebą planowania świadczeń z zakresu opieki zdrowotnej w celu zapewniania wystarczającego i stałego dostępu do zrównoważonego zakresu leczenia wysokiej jakości w danym państwie członkowskim lub dotyczącym woli kontrolowania kosztów i uniknięcia, na ile jest to możliwe, marnotrawstwa zasobów finansowych technicznych i ludzkich oraz, gdy:
  - opieka zdrowotna obejmuje pobyt danego pacjenta w szpitalu przez co najmniej jedną noc; lub
  - występuje konieczność użycia wysoce specjalistycznej i kosztownej infrastruktury medycznej lub aparatury medycznej;
- b) obejmuje leczenie stwarzające szczególne ryzyko dla pacjenta lub dla społeczeństwa; lub
- c) jest świadczona przez świadczeniodawcę, który w poszczególnych przypadkach może budzić poważne i szczególne wątpliwości związane z jakością lub bezpieczeństwem opieki, z wyłączeniem opieki zdrowotnej, która podlega prawodawstwu unijnemu zapewniającemu minimalny poziom bezpieczeństwa i jakości w całej Unii.

Państwo ubezpieczenia nie może odmówić wydania uprzedniej zgody w przypadkach, gdy pacjent jest uprawniony do opieki zdrowotnej danego rodzaju, która nie może być świadczona w terminie uzasadnionym przesłankami medycznymi, w oparciu o obiektywną ocenę stanu zdrowia pacjenta, z uwzględnieniem historii i prognozy przebiegu choroby, a także stopnia występującego bólu lub charakteru niepełnosprawności w chwili składania wniosku.

Państwo członkowskie może odmówić wydania zgody, gdy:

- a) w świetle oceny klinicznej istnieje dostateczna pewność, że bezpieczeństwo pacjenta będzie narażone na ryzyko, którego nie można zaakceptować, biorąc pod uwagę potencjalne korzyści dla pacjenta wynikające z planowanej transgranicznej opieki zdrowotnej;
- b) istnieje dostateczna pewność, że społeczeństwo zostanie narażone na znaczne zagrożenie bezpieczeństwa w wyniku świadczenia danego rodzaju transgranicznej opieki zdrowotnej;
- c) dany rodzaj opieki zdrowotnej jest udzielany przez świadczeniodawcę, który budzi poważne i szczególne wątpliwości związane z poszanowaniem norm i wytycznych odnośnie do jakości opieki i bezpieczeństwa pacjentów, w tym przepisów dotyczących nadzoru, niezależnie od tego, czy wspomniane normy i wytyczne są ustanowione przepisami ustawowymi i wykonawczymi czy poprzez systemy akredytacji ustanowione przez państwo członkowskie leczenia;
- d) taka opieka zdrowotna może być świadczona na jego terytorium w terminie uzasadnionym przesłankami medycznymi, z uwzględnieniem aktualnego

stanu zdrowia i prawdopodobnego przebiegu choroby każdego zainteresowanego pacjenta.

W każdym przypadku państwo ubezpieczenia podaje do publicznej wiadomości, jaki rodzaj opieki zdrowotnej podlega obowiązkowi uzyskania uprzedniej zgody, a także wszelkie istotne informacje dotyczące systemu uprzedniej zgody.

### **3.7. Gwarancje procesowe związane z korzystaniem z transgranicznej opieki zdrowotnej**

Gwarancje procesowe związane z korzystaniem z transgranicznej opieki zdrowotnej określa art. 9 dyrektywy, zgodnie z którym podstawą procedur administracyjnych dotyczących transgranicznej opieki zdrowotnej odnośnie jakiegokolwiek uprzedniej zgody, zwrotu kosztów opieki zdrowotnej poniesionych w innym państwie członkowskim oraz innych warunków i formalności, o których mowa z art. 6 ust. 4 (przepis dopuszcza możliwość kontroli pacjentów przez pracowników służby zdrowia lub pracowników administracyjnych w zakresie w jakim kryteria kontroli nie są dyskryminacyjne, nie stanowią ograniczenia dla swobodnego przemieszczania się i byłyby wymagane dla dostępu do usług zdrowotnych w państwie ubezpieczenia), są kryteria obiektywne, niedyskryminujące, uprzednio podane do wiadomości, konieczne i proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty. W każdym przypadku ubezpieczony zawsze otrzymuje zgodę na podstawie rozporządzeń dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, o których mowa w przepisach rozporządzenia nr 1408/71.

Obok systemu finansowania podstawowym narzędziem służącym realizacji praw pacjenta są terminy rozpatrzenia wniosków o skorzystanie z opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim. Dyrektywa określa wytyczne obowiązujące państwa ubezpieczenia w toku rozpatrywania wniosków o udzielenie prawa do opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim i są to: określony stan chorobowy oraz pilność i indywidualne okoliczności.

Przestrzeganie gwarancji procesowych przez państwa członkowskie zostanie poddane kontroli Komisji, która w ciągu dwóch lat od wejścia w życie dyrektywy przeprowadzi analizę działalności krajowych izb rachunkowych w celu ułatwienia zwrotu kosztów w trybie określonym przepisami dyrektywy.

Istotnym elementem gwarancji praw pacjenta jest zobowiązanie państw członkowskich do stworzenia mechanizmu niezwłocznego udzielania informacji dotyczących uzyskania opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim oraz zasad i warunków jej finansowania. Informacje te obejmują dane o uprawnieniach pacjentów, procedurach korzystania z tych uprawnień oraz o systemach środków odwoławczych i zadośćuczynienia, jeżeli pacjent zostanie pozbawiony tych uprawnień, między innymi, w przypadku szkody spowodowanej skorzystaniem z opieki zdrowotnej w innym państwie człon-

kowskim. Informacja musi być udostępniana w formatach dostępnych dla osób niepełnosprawnych, a także rozróżniać prawa wynikające z dyrektywy o transgranicznej opiece zdrowotnej oraz prawa wynikające z innych dokumentów, dotyczących korelacji europejskich systemów zabezpieczenia społecznego. Dyrektywa nakłada na państwa również obowiązek stworzenia systemów informacji elektronicznej.

### 3.8. Współpraca w dziedzinie opieki zdrowotnej

Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do współpracy na każdym poziomie – regionalnym jak i lokalnym oraz przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych środków w celu realizacji jej postanowień. W tym celu, zwłaszcza państwa sąsiadujące mogą zawierać umowy o współpracy.

Artykuł 11 dyrektywy wprowadza **obowiązek uznawania recept** wystawionych w innym państwie członkowskim, jeśli zostały wystawione przez uprawnioną osobę na produkt leczniczy dopuszczony do obrotu na terytoriach państw.

Ograniczenia dotyczące uznawania recept indywidualnych są dopuszczalne wyłącznie gdy: Są konieczne i proporcjonalne do zagwarantowania ochrony zdrowia człowieka oraz nie mają charakteru dyskryminującego, lub opierają się na uzasadnionych i usprawiedliwionych wątpliwościach co do autentyczności lub treści indywidualnej recepty, lub co do statusu osoby przepisującej.

W celu realizacji dyrektywy Komisja m.in. opracuje europejski wzór recepty oraz zagwarantuje interoperacyjność e-recept elektronicznych.

Artykuł 12 dyrektywy przewiduje utworzenie **europejskich sieci referencyjnych** skupiających podmioty świadczące opiekę zdrowotną, w szczególności w obszarze występowania rzadkich schorzeń, które to podmioty wykorzystują doświadczenia w zakresie współpracy w dziedzinie opieki zdrowotnej uzyskane w ramach europejskich ugrupowań współpracy terytorialnej (EUWT). Sieci te są zawsze otwarte dla wszystkich nowych podmiotów świadczących opiekę zdrowotną, które chciałyby do nich przystąpić, pod warunkiem że podmioty te spełniają wszystkie wymagane warunki i kryteria.

Celem europejskich sieci referencyjnych jest rozwój współpracy europejskiej w zakresie wysokospecjalistycznej opieki zdrowotnej, łącznie z wykorzystaniem innowacji w naukach medycznych i technologiach medycznych; przyczynianie się do wymiany wiedzy dotyczącej zapobiegania chorobom i leczenia poważnych najczęściej występujących schorzeń; pomoc w promowaniu dostępu do wysokiej jakości i efektywnej kosztowo opieki zdrowotnej dla wszystkich pacjentów, których stan chorobowy wymaga szczególnej koncentracji zasobów lub wiedzy; podniesienie efektywności kosztowej korzystania z zasobów poprzez ich odpowiednią koncentrację; pomoc w przekazywaniu wiedzy i organizacji szkoleń dla pracowników służby zdrowia; zapewnienie bezpiecznych wzorców o wysokiej jakości oraz pomoc w rozwoju i rozpowszechnianiu najlepszych praktyk w ramach sieci i poza nią;

pomoc państwom członkowskim z niedostateczną ilością pacjentów z danym stanem chorobowym albo niewystarczającą technologią lub wiedzą w zapewnieniu pełnego zakresu wysokospecjalistycznych usług najwyższej jakości; udostępnienie instrumentów umożliwiających jak najlepsze wykorzystywanie istniejących zasobów opieki zdrowotnej w razie poważnych wypadków, zwłaszcza w strefach transgranicznych.

Szczegółowe warunki funkcjonowania europejskich sieci referencyjnych określi Komisja<sup>15</sup>. Również Komisja wspiera państwa członkowskie współpracujące w rozwoju diagnostyki i potencjału w zakresie leczenia rzadkich chorób (art. 13). W tym celu powołano do życia Komitet Ekspertów UE ds. Rzadkich Chorób. Formalnie Komitet powstał na mocy decyzji Komisji 2009/872/WE<sup>16</sup>.

Dyrektywa w artykule 14 odnosi się do problematyki e-zdrowia, rozumianej jako wykorzystanie elektronicznych usług opieki zdrowotnej i innych usług telemedycznych. Państwa członkowskie współpracują z Komisją i Parlamentem Europejskim przy zakładaniu sieci łączących instytucje krajowe w kwestiach związanych z zarządzaniem technologiami medycznymi.

#### 4. Praktyczne aspekty mobilności pacjentów w UE

Szacuje się, że 4% polskich pacjentów leczy się w Niemczech<sup>17</sup>, jednocześnie w 2011 r. około 300 tysięcy osób przyjechało z całego Świata do Polski by skorzystać ze naszych świadczeń medycznych i pozostawiło z tego tytułu 800 mln złotych<sup>18</sup>. Jest to między innymi zasługa takich organizacji pozarządowych jak Polskie Stowarzyszenie Turystyki Medycznej oraz inicjatyw podejmowanych przez władze krajowe, przykładowo w dniu 29.03.2012 r. Ministerstwo Gospodarki zawarło umowę na realizację branżowego programu promocji turystyki medycznej.

Podstawową trudność w rozwoju transgranicznej opieki medycznej stanowi – zdaniem Narodowego Funduszu Zdrowia – problem w oszacowaniu prognozowanych kosztów świadczeń finansowanych w ramach przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w Unii Europejskiej<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Zob. również: [http://ec.europa.eu/health/rare\\_diseases/european\\_reference\\_networks/index\\_pl.htm](http://ec.europa.eu/health/rare_diseases/european_reference_networks/index_pl.htm) (14.12.2012).

<sup>16</sup> Dz. Urz. L 315/18, 2.12.2009.

<sup>17</sup> <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5691516,00.html> (18.06.2010).

<sup>18</sup> <http://www.rynekzdrowia.pl/Finanse-i-zarzadzanie/Tak-promuje-sie-polska-branza-turystyki-medycznej,121194,1.html> (4.07.2012).

<sup>19</sup> W 2008 r. do Centrali NFZ wypłynęło 158 not rozliczeniowych wystawionych przez 24 państwa członkowskie UE i EFTA, do których instytucje załączyły łącznie 68 677 formularzy E 125. Na formularzach tych dokonano rozliczenia kosztów świadczeń udzielonych osobom ubezpieczonym w łącznej wysokości 185 601 256,56 zł. W porównaniu do roku poprzedniego wartość zgłoszonych roszczeń zwiększyła się o 40,36%. 64,55% łącznej wartości świadczeń

Oceniając warunki dostępności do zagranicznych świadczeń medycznych można stwierdzić, że NFZ – który z dniem 1 stycznia 2008 r. przyjął od Ministra Zdrowia realizację zadań w zakresie rozpatrywania wniosków oraz wydania decyzji dotyczących zgody lub odmowy zgody na leczenie planowe zagranicą, którego nie można wykonać w terminie w kraju – uzależnia pozytywne rozpatrzenie wniosku od ziszczenia się warunków, które zostały sformułowane tak, że stanowią powtórzenie zapisów dyrektywy.

## 5. Podsumowanie

Najważniejsze z punktu widzenia pacjentów rozwiązania przyjęte w dyrektywie dotyczą możliwości korzystania z zagranicznej opieki szpitalnej planowanej i doraźnej. W tym zakresie dyrektywa ogranicza swobodę pacjentów wprowadzając system uprzedniej zgody. Nałożone na państwa członkowskie obowiązki stworzenia powszechnie dostępnych i przystępnych systemów informacyjnych i odwoławczych oraz terminów rozpatrywania wniosków, mogą okazać się niewystarczające. W istocie dyrektywa stanowi kompromis między zaleceniami wynikającymi z orzecznictwa ETS a prawem państw członkowskich do samodzielnego kształtowania polityki ochrony zdrowia. Przyjęte kompromisowe rozwiązania uzasadnia potrzeba ochrony równowagi finansowej krajowych systemów zabezpieczenia społecznego, zachodzi jednak obawa, że obok kolejki oczekujących na planowe i refundowane świadczenia medyczne w kraju, powstanie nowa kolejka oczekujących na udzielenie uprzedniej zgody. Obawa ta jest tym bardziej zasadna, że udzielenie zgody będzie uzależnione od opinii biegłych specjalistów z zakresu medycyny.

## BIBLIOGRAFIA

### Artykuły

1. Budzyńska M., *Transgraniczne świadczenie usług zdrowotnych w UE – stan obecny i perspektywy*, publikacja dostępna w formie elektronicznej.
2. Cygan A., *Public healthcare in the European Union: still a service of general interest?*, *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 2010, s. 11–15, źródło Westlaw.
3. Du Bois-Pedain A., *Seeking healthcare elsewhere*, *Cambridge Law Journal*, 2007, 66(1), 44–47, źródło Westlaw.

---

dotyczyła roszczeń przedstawionych przez instytucje niemieckie, 9,26% – przez instytucje francuskie, 4,92% – przez instytucje holenderskie, 4,64% – przez instytucje szwedzkie oraz 4,57% – przez instytucje belgijskie <http://www.dziennik.krakow.pl/pl/warto-wiedziec/medycyna-praktyczna/1053503-ile-kosztuje-leczenie-polakow-za-granica.html> (12.09.2010 r.).



## Dokumenty

1. wersje skonsolidowane traktatu o Unii Europejskiej i traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 83, z 30.03.2010 r.,
2. opinia z dnia 4 grudnia 2008 r. dotychczas niepublikowana w Dzienniku Urzędowym, dostępna w: Prawa pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej I Rezolucja legislacyjna Parlamentu Europejskiego z dnia 23.04.2009 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, stanowisko Parlamentu Europejskiego, Dz. Urz. C 184 E, 8.07.2010 r.,
3. projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie stosowanie praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej, COM(2008)0414-C6-0257/2008-2008/0142(COD)),
4. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9.03.2011 r. w sprawie stanowienia praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej Dz.Urz. L 88, 4.04.2011,
5. rezolucję Parlamentu Europejskiego w sprawie mobilności pacjentów i rozwoju służby zdrowia w Unii Europejskiej, Dz. Urz. C 124, z 25.05.2006, s. 543,
6. rozporządzenie Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, Dz. Urz. L 149, 5.07.1971,
7. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Tekst mający znaczenie dla EOG i dla Szwajcarii, Dz.Urz. L 166, 30.4.2004.

## Orzecznictwo

1. Raymond Koll v Union des caisses de maladie, sprawa C-158/96 [1998] ECR I-1931.
2. The Queen on the application of: Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health, sprawa C – 372/04 [2006] ECR I-4325.
3. Sprawa C-445/05 Stamatelaki z 19.04.2007.
4. Sprawa Vanbrekel C-512/08.
5. sprawie Komisja Europejska przeciwko Królestwu Hiszpanii C-211/08.

## Strony internetowe

1. [http://www.ptp.nal.pl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=451&Itemid=63](http://www.ptp.nal.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=451&Itemid=63) (9.06.2010).
2. <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,5691516,00.html> (12.09.2010).
3. <http://www.dziennik.krakow.pl/pl/warto-wiedziec/medycyna-praktyczna/1053503-ile-kosztuje-leczenie-polakow-za-granica.html> (12.09.2010 r.).

## STRESZCZENIE

Pojęcie transgranicznej opieki medycznej obejmuje korzystanie z opieki zdrowotnej w państwie członkowskim innym niż to, w którym pacjent jest ubezpieczony. Zjawisko to określa się również mianem „trans-

granicznej opieki zdrowotnej” albo „mobilności pacjentów”. Jego celem jest korelacja systemów opieki zdrowotnej, co stanowi istotny aspekt rozwoju Unii Europejskiej i ma na celu zapewnienie łatwiejszego dostępu do opieki zdrowotnej na obszarze Unii, stworzenie jasnych zasad zwrotu kosztów leczenia, polepszenie jakości świadczonych usług, poprawę realizacji wymogu informowania pacjentów o przysługujących im prawach, poprawę współpracy zarówno między państwami członkowskimi jak i między poszczególnymi placówkami świadczącymi opiekę zdrowotną. Osiągnięciu tych celów służy dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9.03.2011 r. w sprawie stanowienia praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej Dz. Urz. L 88, 4.04.2011. Dyrektywa wieńczy dyskusję na temat zasad korzystania ze swobody przepływu usług medycznych w Unii Europejskiej rozpoczętą przez Komisję Europejską w 2005 r. oraz podsumowuje wcześniejsze, wieloletnie orzecznictwo Trybunału w tym zakresie. Artykuł przybliży dorobek orzecznicy Trybunału oraz najważniejsze rozwiązania przyjęte w ramach dyrektywy.

## SUMMARY

### Cross-border provision of medical services

The concept of cross-border medical care includes the use of healthcare in a Member State other than that in which the patient is insured. This phenomenon is also referred to as „cross-border healthcare” or „patient mobility”. Its aim is the correlation of health systems, which is an important aspect of the development of the European Union and aims to provide easier access to health care in the European Union, provide clear rules for the reimbursement of medical expenses, improve service quality, improve the implementation of the requirement to inform patients of their rights, improvement of cooperation both between Member States and between the different institutions that provide health care. Achieving these goals is the directive of the European Parliament and of the Council of 03.09.2011 2011/24/EU on the regulation of patients’ rights in cross-border healthcare D.U. L 88, 4.4.2011. Directive crowned discussion on the principles of the use of the free movement of health services in the European Union by the European Commission launched in 2005 and concluded earlier years of jurisprudence of the Court in this regard. Article brings the achievements of jurisprudence of the Court and the most important solutions adopted under the Directive.

MICHAŁ KANIA

# Umowa administracyjna w niemieckim porządku prawnym. Aktualne problemy w świetle polskich rozwiązań normatywnych

## 1. Uwagi wprowadzające

Analiza komparatystyczna problematyki umowy administracyjnej posiada istotne znaczenie dla rodzimych regulacji prawnych. Na gruncie polskiej literatury prawniczej potrzeba wprowadzenia do porządku prawnego przedmiotowej umowy poruszana była wielokrotnie<sup>1</sup>. Propozycje te uwzględnione zostały w treści projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego, nad którym prace toczyły się w Sejmie VI kadencji<sup>2</sup>. *Lege iuris* brak jest jednak ciągle normatywnych rozwiązań wprowadzających instytucję umowy administracyjnej w Polsce.

Liczne analizy dotyczące ewentualnego kształtu umowy administracyjnej opierały się o badanie dwóch głównych europejskich modeli wskazanych umów tj.: modelu francuskiego<sup>3</sup> oraz modelu niemieckiego. Model niemiecki okazał się bliższy potrzebom polskich regulacji prawnych i to on stał się

---

<sup>1</sup> D. Kijowski, *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*, PiP 1987, z. 6, s. 87; D. Kijowski, *Umowy w administracji publicznej*, [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji jubileuszowej Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 283; S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych*, Warszawa 1994, s. 123; J. Lemańska, *Umowa administracyjnoprawna a umowa cywilnoprawna*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*, Kraków 2001, s. 423; B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, Państwo i Prawo 2001, Nr 3, s. 79–86.

<sup>2</sup> Druk sejmowy 3942.

<sup>3</sup> P.L. Frier, J. Petit, *Precis de droit administrative*, Paris 2010; J. Rivero, J. Waline, *Droit administrative*, Paris 2006; Ch. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, Paris 2004; M. Laazouzi, *Les contrats administratifs a caractere international*, Paris 2008.

podstawą propozycji, które zawarte zostały we wspomnianym projekcie ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Pomimo – jak zasygnalizowano powyżej licznych analiz poświęconych niemieckim regulacjom prawnym odnoszącym się do umowy administracyjnej – dostrzec należy konieczność powtórnego spojrzenia na obecny stan zagadnienia związanego z tzw. *Verwaltungsverträge*. Konieczność ta uzasadniona jest dyskusją, jaka toczy się aktualnie na gruncie niemieckiego piśmiennictwa na temat regulacji tzw. umów kooperacyjnych (*Kooperationsverträge*). Przy ewentualnym konstruowaniu krajowych rozwiązań prawnych poświęconych umowie administracyjnej w oparciu o wzorzec regulacji niemieckiej, koniecznym staje się uwzględnienie jej stanu aktualnego.

W dalszej części opracowania w pierwszej kolejności zasygnalizowana zostanie problematyka rozwiązań prawnych poświęconych umowom administracyjnym na gruncie projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Następnie omówiony zostanie obecny stan regulacji zawarty w niemieckiej ustawie poświęconej postępowaniu administracyjnemu. W kolejnej części przedstawione zostaną główne punkty dyskusji toczącej się na temat umów kooperacyjnych. W podsumowaniu wskazane zostaną zaś wnioski, jakie płyną dla polskiego ustawodawcy w związku z analizy niemieckiego porządku prawnego oraz najnowszych propozycji, jakie pojawiają się w niemieckim piśmiennictwie prawniczym.

## 2. Umowa administracyjna w projekcie ustawy. Przepisy ogólne prawa administracyjnego

Na przestrzeni kilku ostatnich lat obserwowany jest wzrost zainteresowania umową, jako prawną formą działania administracji publicznej. Tendencja ta nie wynika jedynie z analizy potrzeb praktyki. Jest ona dostrzegalna przede wszystkim w planowanych działaniach ustawodawcy. Propozycje dotyczące regulacji umowy administracyjnej przedstawione zostały w projekcie ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Projekt ten opracowany został w 2008 roku przez Zespół Ekspertki ds. opracowania przepisów ogólnych prawa administracyjnego działający przy Rzeczniku Praw Obywatelskich<sup>4</sup>. Projekt zawiera całkowicie nowe na gruncie polskiego prawa administracyjnego uregulowania przewidujące zawieranie przez organy administracji publicznej umów z osobami prywatnymi, nazwanych w nim – tak, jak czyni to doktryna prawa administracyjnego – umowami administracyjnymi<sup>5</sup>. Projekt przewiduje kilka odmian umów administracyjnych, wzorowanych na

<sup>4</sup> W skład Zespołu wchodził: Dariusz Ryszard Kijowski, Janusz Borkowski, Wojciech Chróścielewski, Bogusław Gruszczyński, Zbigniew Kmiecik, Jerzy Świątkiewicz.

<sup>5</sup> Uzasadnienie Projektu ustawy *Przepisy ogólne prawa administracyjnego* Druk Sejmowy 3492 / Sejm VI Kadencji, s. 23.

sprawdzonych w praktyce rozwiązaniach funkcjonujących w prawie niemieckim. Dariusz Ryszard Kijowski odnosząc się do problematyki umów administracyjnych, w szczególności zaś umowy subordynacyjnej wskazuje jako zaletę tej formy działania administracji publicznej większą świadomość obywateli przy kształtowaniu stosunku administracyjno-prawnego, a co za tym idzie, większą dyscyplinę przy wykonywaniu obowiązków administracyjnoprawnych<sup>6</sup>.

W świetle przepisów projektu ustawy organ administracji publicznej, właściwy do załatwienia sprawy administracyjnej, w drodze decyzji administracyjnej albo poprzez podjęcie innego aktu lub czynności władczej, uprawniony byłby do zawarcia umowy z osobami, których interesów prawnych lub obowiązków sprawa dotyczy, o ile nie stoją temu na przeszkodzie przepisy szczególne (umowa administracyjna). Rozwiązanie takie – w opinii projektodawcy – ułatwiłoby załatwianie szeregu spraw, w których treść rozstrzygnięcia (innej czynności władczej) organu administrującego nie jest jednoznacznie przesądzona w zaistniałych, ustalonych okolicznościach faktycznych przez przepisy obowiązującego prawa, a równocześnie wykluczy naruszanie bądź obchodzenie bezwzględnie wiążących przepisów prawa<sup>7</sup>.

Zawarta – w granicach właściwości organu i zgodnie z zasadami ogólnymi postępowania w danego typu sprawach – umowa określałaby treść oraz sposób wykonania uprawnień i obowiązków, jakie miały zostać ustalone w wyniku podjęcia decyzji administracyjnej lub innej czynności władczej, przewidzianych w przepisach odrębnych i zastępuje te akty lub czynności, o ile jej strony tak postanowią. Zawierana umowa miałaby wpływ na treść stosunków prawnych jednostki i administracji publicznych, a gdy strony tak ustalą – będzie mogła nawet zastąpić akt lub czynność przewidziane przepisami prawa, o ile zostanie zawarta w granicach właściwości organu i zgodnie z przepisami określającymi ogólne zasady postępowania w danego typu sprawach, rozwiewać wątpliwości co do okoliczności faktycznych mających wpływ na prawa lub obowiązki stron, a także określić czynności i świadczenia, do których zobowiązani będą jej partnerzy, wraz z równoczesnym wskazaniem warunków, od których spełnienia świadczenia takie będą mogły być uznane za dopuszczalne<sup>8</sup>.

Ustanawiane reguły można uznać za minimum regulacji prawnej, jaka jest niezbędna do oficjalnego wprowadzenia do praktyki umowy administracyjnej, a równocześnie – zawiera postanowienia niezbędne do tego, by przy pomocy umów administracyjnych nie następowało obchodzenie bezwzględnie wiążących przepisów prawa materialnego, bądź – nadużywanie szczegól-

<sup>6</sup> D.R. Kijowski, *Umowa administracyjna w części ogólnej polskiego prawa administracyjnego*, (red.) J. Boć, A. Chajbowicz, *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Kolonia Limited 2009, s. 283–284.

<sup>7</sup> Uzasadnienie Projektu ustawy *Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, Druk Sejmowy 3492 / Sejm VI Kadencji, s. 24.

<sup>8</sup> Uzasadnienie Projektu ustawy *Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, s. 24.

nej, uprzywilejowanej pozycji organu administracji publicznej w takim kontraktowaniu<sup>9</sup>. Temu ostatniemu służyć miałyby wymóg ograniczenia przewidzianych umów świadczeń na rzecz organu administracji do takich, które mogłyby być nałożone na partnera organu w akcie jednostronnie rozstrzygającym sprawę, albo wymagane od jego adresata przed wydaniem rozstrzygnięcia załatwiającego sprawę<sup>10</sup>. Dzięki narzuceniu obowiązku zawarcia się w granicach obowiązującego prawa, zachowaniu formy pisemnej oraz obowiązkowi uzyskania przed zawarciem umowy stosownych, wymaganych przepisami odrębnymi stanowisk innych organów, zminimalizowane zostałyby ryzyko nadużywania tego instrumentu i naruszania przedmiotowego porządku prawnego<sup>11</sup>.

### 3. Regulacja umowy administracyjnej w treści § 54–62 ustawy z dnia 25 maja 1976 roku o postępowaniu administracyjnym (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)<sup>12</sup>

Przejsć należy w tym miejscu rozważań do zasygnalizowania problematyki regulacji umowy administracyjnej na gruncie niemieckiej ustawy o postępowaniu administracyjnym. Umowa administracyjna na gruncie prawa niemieckiego jest uregulowaną w prawie pozytywnym prawną formą działania administracji publicznej<sup>13</sup>. Wprowadzenie na grunt VwVfG regulacji normatywnej dotyczącej umowy administracyjnej zakończyło dyskusję na temat dopuszczalności stosowania wskazanej formy prawnej działania administracji publicznej<sup>14</sup>.

Zasadnicza regulacja umów administracyjnych (*Verwaltungsvertrag*) nazywanych również umowami publicznoprawnymi (*öffentlich – rechtlicher Vertrag*) na gruncie prawa niemieckiego zawarta została w § 54–62 VwVfG. Regulacja ta ma charakter niewyczerpujący, a jej zakres obejmuje problematykę umów publicznoprawnych w odniesieniu do działań administracji publicznej określonej w art. 1 ustawy procesowej<sup>15</sup>. W pozostałym zakresie

<sup>9</sup> Tamże.

<sup>10</sup> Tamże.

<sup>11</sup> Tamże.

<sup>12</sup> Dalej jako: VwVfG.

<sup>13</sup> U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1155.

<sup>14</sup> J. Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Stuttgart 2006, s. 405; J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2007, s. 233.

<sup>15</sup> H.J. Bonk [w:] P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 1990, s. 1009; H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 830.

stosuje się dalsze przepisy VwVfG oraz posiłkowo przepisy Kodeksu Cywilnego. W piśmiennictwie wskazuje się, iż ustawodawca upoważnił administrację do posługiwania się formą umowy administracyjnej także w dziedzinach prawa publicznego nieobjętych zakresem obowiązywania ustawy o postępowaniu administracyjnym<sup>16</sup>. Administracja publiczna może wykorzystać formę umowy administracyjnej bez konieczności specjalnego ustawowego upoważnienia przewidzianego w przepisach szczególnych<sup>17</sup>. Umowy te są natomiast niedopuszczalne, kiedy zakaz ich stosowania przewidują przepisy prawa<sup>18</sup>.

Umowa administracyjna jest równorzędną wobec aktu administracyjnego prawną formą działania administracji<sup>19</sup>. Powyższe wynika z § 54 zd. 2 VwVfG, w którego treści ustawodawca posłużył się zwrotem *Władza (Urząd) może (insbesondere kann die Behörde)*<sup>20</sup>. Organy administracji publicznej posiadają zatem w zakresie swojego uznania możliwość wyboru pomiędzy wskazanymi prawnymi formami działania<sup>21</sup>. Wybór umowy administracyjnej nie musi być zakładany od początku postępowania administracyjnego, lecz może zostać dokonany na jego późniejszym etapie<sup>22</sup>. Na gruncie niemieckich rozwiązań prawnych istnieje generalne upoważnienie do zastępczego lub posiłkowego stosowania umowy administracyjnej we wszystkich sprawach, które mogą być przedmiotem rozstrzygnięcia aktu administracyjnego. Organowi administracji publicznej nie służy natomiast prawo wyboru pomiędzy zawarciem umowy administracyjnej a zawarciem umowy prawa prywatnego<sup>23</sup>. Nie jest również dopuszczalnym uregulowanie konkretnego stosunku prawnego równocześnie mocą aktu administracyjnego i umowy administracyjnej<sup>24</sup>.

Umowa administracyjna powinna zostać zawarta na obszarze prawa publicznego<sup>25</sup>. Przedmiot umowy stanowi generalne kryterium rozróżnienia

<sup>16</sup> A. Kubiak, *Republika Federalna Niemiec* [w:] *Postępowanie administracyjne w Europie*, red. Z. Kmiecik, s. 244.

<sup>17</sup> H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 838; J. Bader, M. Ronellenfitsch, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2010, s. 629.

<sup>18</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1082.

<sup>19</sup> H.J. Bonk [w:] P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 1990, s. 1006; F.J. Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg 2008, s. 184.

<sup>20</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1082.

<sup>21</sup> H.J. Bonk [w:] P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 1990, s. 1007; M. Fehling, B. Kastner, V. Wahrendorf, *Verwaltungsrecht. Handkommentar*, Baden-Baden 2006, s. 622.

<sup>22</sup> H.J. Bonk [w:] P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 1990, s. 1008.

<sup>23</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1093.

<sup>24</sup> J. Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Stuttgart 2006, s. 409.

<sup>25</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1093.

pomiędzy umową administracyjną a umową prawa prywatnego<sup>26</sup>. Treść umowy administracyjnej dotyczy powstania, zmiany lub ustania stosunku administracyjnoprawnego<sup>27</sup>. Ponadto wskazuje się, iż swoboda kształtowania treści umowy administracyjnej jest zdecydowanie węższa aniżeli swoboda kontraktowania w umowach prawa prywatnego<sup>28</sup>. Dla umowy administracyjnej przewidziana została w świetle § 57 VwVfG obligatoryjnie forma pisemna, co odróżnia tę formę działania administracji zarówno od umowy prawa prywatnego, jak i w części przypadków od aktów administracyjnych. W odróżnieniu od regulacji aktu normatywnego regulacja umowy ma charakter bardziej elastyczny, pozostawiający więcej miejsca dla ustaleń praktyki, orzecznictwa i piśmiennictwa<sup>29</sup>.

W piśmiennictwie podkreśla się, iż regulacja dotycząca umowy administracyjnej służy umocnieniu zasad: porządku prawnego, pewności prawa oraz efektywności działań administracji publicznej<sup>30</sup>. Poprzez możliwość wpływu obywateli na treść zawieranych z administracją publiczną umów realizowana jest również zasada demokratycznego państwa prawa<sup>31</sup>. Wskazuje się również (podając zasadnicze argumenty za wykorzystywaniem umów administracyjnych), iż zastosowanie w działaniach administracji publicznej umowy administracyjnej sprzyja m.in.: podniesieniu akceptacji i przestrzegania przez obywateli postanowień zawartych umów, elastyczności rozwiązań przy nietypowych przypadkach, wykorzystaniu umiejętności i doświadczeń obywateli, zmniejszeniu kosztów działania administracji publicznej<sup>32</sup>. Wskazuje się również, iż dzięki instytucji umowy administracyjnej obywatel może w sposób efektywny współpracować z administracją przy wypracowaniu korzystnych dla niego rozstrzygnięć<sup>33</sup>. Nie bez znaczenia jest również element psychologiczny – dobrowolnego współdziałania obywatela z administracją publiczną<sup>34</sup>.

W § § 54–62 VwVfG ustawodawca niemiecki uregulował problematykę umów koordynacyjnych (§ 54 zd. 1) oraz umów subordynacyjnych (§ 54

<sup>26</sup> C.H. Ule, H.W. Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1995, s. 747; F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1093; H. Hofmann, J. Gerke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 2010, s. 530.

<sup>27</sup> W. Erbguth, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Baden-Baden 2011, s. 327.

<sup>28</sup> U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1162.

<sup>29</sup> Tamże, s. 1155.

<sup>30</sup> K. Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Darmstadt 1990, s. 813.

<sup>31</sup> K. Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Darmstadt 1990, s. 813; J. Gerke [w:] H. Hofmann, J. Gerke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 2010, s. 527.

<sup>32</sup> H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 846; J. Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Stuttgart 2006, s. 407.

<sup>33</sup> K. Kammerer [w:] J. Bader, M. Ronellenfitsch, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2010, s. 631.

<sup>34</sup> U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1159.



zd. 2). Ponadto w VwVfG zawarta została regulacja dwóch rodzajów umów subordynacyjnych tj.: umowa zamiany (*Austauschvertrag* § 56) oraz ugoda (*Vergleichsvertrag* § 55)<sup>35</sup>. Są to jednak jedynie przykładowe rodzaje umów, bowiem jak podkreśla się w piśmiennictwie na gruncie VwVfG nie obowiązuje zasada *nummerus clausus* umów administracyjnych<sup>36</sup>. W praktyce umowy administracyjne zawierane są na gruncie prawa budowlanego, prawa ochrony środowiska, prawa gospodarczego, usług publicznych, prywatyzacji majątku publicznego<sup>37</sup>.

Umowy koordynacyjne, zawierane są pomiędzy organami administracji publicznej realizującymi zadania publiczne (np. gminami)<sup>38</sup>. Strony umów koordynacyjnych są względem siebie równorzędne w momencie zawierania umowy, jak i w trakcie jej trwania<sup>39</sup>. Żadnej ze stron umowy koordynacyjnej nie służy prawo wydania aktu administracyjnego wobec drugiej ze stron<sup>40</sup>. Umowa taka może jednak zostać zawarta również pomiędzy osobami prywatnymi w sytuacji, gdy ich przedmiot dotyczy prawa publicznego<sup>41</sup>.

Umowy subordynacyjne, zawierane są natomiast pomiędzy podmiotami administracyjnymi a podmiotami administrowanymi, a zatem pomiędzy podmiotami pozostającymi względem siebie w stosunku podporządkowania i nadrzędności<sup>42</sup>. Umowa ta różni się od aktu administracyjnego m.in. tym, iż strony mają wpływ na zawarcie umowy, jak również na określenie jej treści. Dopuszczalność zawarcia umowy subordynacyjnej przewidziana została w § 54 VwVfG. W świetle wskazanego przepisu stosunek prawny na obszarze prawa administracyjnego może powstać, zostać zmieniony lub zniesiony na drodze porozumienia stron, czyli umowy.

Umowy subordynacyjne są zatem alternatywą dla aktu administracyjnego i mogą go zastępować. Umowa może również zobowiązywać do wydania aktu

<sup>35</sup> H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 830.

<sup>36</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1082; J. Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Stuttgart 2006, s. 418–419.

<sup>37</sup> Szerzej: G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 829; M. Fehling, B. Kastner, V. Wahrendorf, *Verwaltungsrecht. Handkommentar*, Baden-Baden 2006, s. 626.

<sup>38</sup> H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2009, s. 373.

<sup>39</sup> U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1194.

<sup>40</sup> H. Hofmann, J. Gerke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 2010, s. 531.

<sup>41</sup> H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 854; U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1195.

<sup>42</sup> H.G. Henneke [w:] H.J. Snack, J.D. Busch, H.G. Henneke, W. Clausen, W. Klappstein, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln–Berlin–Bonn–München 1996, s. 855; H. Meyer, H. Borgs-Maciejewski, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Frankfurt am Main 1982, s. 498.

administracyjnego lub nie być z nim bezpośrednio związana<sup>43</sup>. Wskazane definicje powodują, iż nie jest możliwym posiadanie przez jedną umowę charakteru zarówno umowy subordynacyjnej i koordynacyjnej<sup>44</sup>.

Odmianę umów subordynacyjnych stanowi ugoda i umowa wymiany regulowana w § 56 VwVfG. Warunkiem dopuszczalności ugody jest łączne zaistnienie trzech przesłanek. Po pierwsze: niepewność co do stanu faktycznego lub prawnego sprawy, po drugie: niemożność jej przewyższenia albo przynajmniej znaczących w tym względzie trudności, po trzecie: ustępstwa obu stron umowy<sup>45</sup>. Cechą charakterystyczną umowy wymiany jest zobowiązanie partnera administracji do spełnienia wymiernego świadczenia publicznoprawnego w celu uzyskania od drugiej strony obiecanego świadczenia wzajemnego.

Dla niemieckiej umowy administracyjnej charakterystyczną jest tzw. klauzula stanu wyższej konieczności. Przewidziana została ona w § 60 VwVfG, w świetle którego strony umowy mogą wyjątkowo występować z roszczeniem dopasowania umowy do nadzwyczajnej zmiany okoliczności, w przypadkach gdy nie można wymagać spełnienia ustalonego w pierwotnej umowie lub dalszego jej obowiązywania w związku ze sprzecznością z prawem. Klauzula stanu wyższej konieczności jest wprowadzona przede wszystkim z uwagi na występujące w późniejszym czasie zmiany prawne lub faktyczne, ma jednak zastosowanie również w przypadkach pierwotnej sprzeczności umowy z prawem. Zmiana okoliczności powinna być na tyle istotna, że gdyby okoliczności te nie były znane stronom umowy wówczas nie została by zawarta umowa o takiej treści. Jeżeli dostosowanie treści umowy do zmienionych okoliczności nie jest możliwe, umowa może zostać wypowiedziana (tzw. wypowiedzenie subsydiarne). Dodatkowo organ administracji publicznej może wypowiedzieć umowę w celu zapobiegnięcia lub usunięcia zagrożenia dla dobra publicznego. W takiej sytuacji ocena zagrożenia należy do uznania organu. Instytucja ta zaś służy kontroli umów przez sam organ. (tzw. wypowiedzenie nadzwyczajne). Wypowiedzenie umowy wymaga uzasadnienia i może być stosowane jedynie w przypadku gdy inne środki służące ochronie interesu publicznego nie przyniosły pożądanego rezultatu. W sytuacji wypowiedzenia umowy strona może dochodzić odszkodowania na podstawie przepisów o akcie administracyjnym.

Umowy publicznoprawne mogą być wykonane w drodze egzekucji administracyjnej. W przypadku zaopatrzenia umowy w klauzulę natychmiastowej wykonalności umowa ta może być egzekwowana na zasadach analogicznych do aktów administracyjnych. Spory wynikające z umów publicznoprawnych

<sup>43</sup> H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungs Recht*, München 2009, s. 359.

<sup>44</sup> J. Ziekow, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Stuttgart 2006, s. 418.

<sup>45</sup> A. Kubiak, *Republika Federalna Niemiec*, [w:] *Postępowanie administracyjne w Europie*, red. Z. Kmiecik, s. 327.

rozstrzygane są na drodze administracyjnej, która jest właściwa zarówno w przypadku wynikających z umów roszczeń o spełnienie świadczenia, jak i w razie wynikających z umów roszczeń odszkodowawczych<sup>46</sup>.

#### 4. Kontrowersje wokół regulacji umów o kooperacji (*Kooperationsrechtliche Verträge*)

W najnowszej literaturze wskazuje się na potrzebę analizy charakteru prawnego nowych umów, które pojawiają się coraz częściej w działaniach administracji publicznej<sup>47</sup>. Do umów takich zalicza się umowy zawierane z podmiotami prywatnymi w celu realizacji zadań publicznych<sup>48</sup>. Dla umów tych przyjęta została nazwa umów o kooperacji. Nazwa ta wypracowana została na gruncie orzecznictwa Federalnego Sądu Administracyjnego. Umowy o kooperacji stanowią nowy rodzaj umów, których istota opiera się o współpracę podmiotów publicznych i prywatnych w celu realizacji zadania publicznego. Rola tych umów jest szczególnie istotna ze względu na prywatyzację zadań publicznych<sup>49</sup>.

Umowy o kooperacji najczęściej wiązane są instytucją partnerstwa publiczno-prywatnego. Partnerstwo publiczno-prywatne (*Offentliche Private Partnerschaft*) nie zostało zdefiniowane na gruncie niemieckiej regulacji normatywnej, choć w Landzie Schleswig-Holstein uchwalona została ustawa o wspieraniu inicjatyw realizowanych w oparciu o partnerstwo publiczno-prywatne. W świetle wypracowanych w literaturze definicji pojęcie partnerstwa publiczno-prywatnego stanowi określenie zbiorcze dla zróżnicowanych długoterminowych umownych stosunków zawiązywanych pomiędzy organami administracji publicznej a podmiotami prywatnymi, których celem jest zagwarantowanie realizacji oraz finansowanie zadań publicznych. Instytucja ta stanowi przejaw prywatyzacji formalnej<sup>50</sup>. F. Kopp, U. Ramsauer wskazują zaś, iż pod pojęciem partnerstwa publiczno-prywatnego rozumie się stosunki współpracy (*Kooperationsbeziehungen*) pomiędzy podmiotami prywatnymi

<sup>46</sup> M. Ofierska, *Formy publicznoprawne współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2008, s. 218.

<sup>47</sup> J. Ziekow, *Verankerung Verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnerships) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, Speyer 2001; G. Schuppert, J. Ziekow, *Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts: Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, Berlin 2001; T. Gas, *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags*, Die Verwaltung Nr 1 z 2012.

<sup>48</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1083; J. Gerke [w:] H. Hofmann, J. Gerke, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart 2010, s. 534.

<sup>49</sup> H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2009, s. 377.

<sup>50</sup> U. Schliesky [w:] H.J. Knack, H.G. Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, Köln 2010, s. 1174.

a podmiotami administracji publicznej zawiązywane w celu realizacji zadań publicznych<sup>51</sup>. Pojęcie to nie jest jednak precyzyjne i nie pozwala na wskazanie cech specyficznych tego zjawiska<sup>52</sup>.

Na gruncie doktryny brak jest zgodności co do charakteru umowy koopeacyjnej. Z jednej strony dostrzega się we wskazanej umowie typowy kontrakt rządzony regułami prawa prywatnego, z drugiej zaś uwypukla się we wskazanej umowie wątek związany z realizowaniem przez państwo zadań publicznych na rzecz obywateli. W szczególności T. Gas wskazuje, iż umowa zawierana pomiędzy organem administracji publicznej a podmiotem prywatnym w celu realizacji zadań publicznych posiada charakter umowy mieszanej (*Ein Hybridgebilde*). Bez wątpienia w umowie tej dostrzec należy elementy cywilnoprawne. Posiada ona jednak specyficzny charakter m.in. ze względu na fakt, iż stanowi prawną formę działania państwa opartego o doktrynę gwaranta realizacji zadań publicznych (*Der Gewährleistungsstaat*). Doktryna ta bazuje na założeniu, zgodnie z którym państwo nie musi samodzielnie wykonywać zadań na rzecz społeczeństwa takich jak np. zaopatrzenie w wodę, budowa i eksploatacja obiektów użyteczności publicznej czy też świadczenie usług związanych z ochroną zdrowia, musi jednak posiadać wpływ na podmioty realizujące tego rodzaju zadania na podstawie umowy zawieranej z administracją publiczną. Podmioty administracji publicznej powinny zatem zostać wyposażone w instrumenty kontrolno-koordynacyjne umożliwiające sterowanie działaniami partnerów prywatnych<sup>53</sup>. Wskazuje się również, iż w tego rodzaju umowach ograniczona zostaje swoboda stron co do kształtowania treści umowy. Partner prywatny decydując się na współpracę z podmiotem publicznym musi liczyć się z tym, iż treść umowy będzie w dużym stopniu określona przepisami prawa bezwzględnie obowiązującymi<sup>54</sup>. Wybór partnera prywatnego odnosi się zatem w stu procentach do tego czy chce zawrzeć umowę z podmiotem publicznym. Jej treść jest mu jednak niejako z góry narzucona.

Pomimo mieszanego charakteru umów o kooperacji z wyraźnie występującymi w niej elementami cywilnoprawnymi dostrzega się konieczność regulacji wskazanej umowy w ustawie o postępowaniu administracyjnym<sup>55</sup>. W działaniu takim podkreśla się pozytywny aspekt wykreowania przez ustawodawcę instrumentu, który mógłby być szeroko wykorzystywany przez podmioty administracji publicznej. Podkreśla się, iż obecny stan regulacji, w którym dominującą rolę odgrywa umowa subordynacyjna nie odpowiada potrzebom związanym z realizacją zadań publicznych przy wykorzystaniu

<sup>51</sup> F. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2008, s. 1102.

<sup>52</sup> Tamże, 1102.

<sup>53</sup> T. Gas, *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags*, Die Verwaltung Nr 1 z 2012, s. 54.

<sup>54</sup> Tamże, s. 53.

<sup>55</sup> Tamże, s. 53.

partnerstwa publiczno-prywatnego. W umowach tych bowiem państwo pożąda (*Der notleidende Staat begehrt etwas*) współpracy z podmiotem prywatnym, zamiast coś mu narzucać, co jest typowe dla wspomnianej umowy subordynacyjnej<sup>56</sup>.

T. Gas formułuje również konkretne propozycje *de lege ferenda* dotyczące regulacji umowy o kooperacji. Wskazuje m.in., iż regulacja treści umowy o kooperacji nie powinna być nadmiernie szczegółowa. Powinna zawierać jedynie te rozwiązania, które są konieczne z punktu widzenia wpływu podmiotów publicznych na sposób realizacji zadania publicznego oraz ochronę interesu wspólnego. Przyjęcie wskazanych rozwiązań sprzyjać powinno spójności działań podejmowanych przez administrację publiczną. Zmierza do wyposażenia podmiotów publicznych w instrumenty aktywizujące, dyscyplinujące, kierownicze i gwarancyjne<sup>57</sup>. Proponuje się również poddanie sporów powstałych na tle umowy pod kognicję sądów administracyjnych. Warto również zwrócić uwagę na rozwiązania, zgodnie z którymi nadrzędnym celem staje się utrzymanie ważności umowy o kooperacji nawet w sytuacji braków występowania w niej określonych elementów. Powyższe uzasadnione jest stopniem skomplikowania stosunków zawiązywanych w celu realizacji zadań publicznych oraz daleko niekorzystnych skutków związanych ze stwierdzeniem nieważności umowy np. po kilku latach jej realizowania.

Na marginesie wskazać należy, iż przyjęcie przez ustawodawcę niemieckiego propozycji, o których mowa powyżej doprowadziłoby do stworzenia unikatowego w Europie modelu systemu umów wykorzystywanych przez administrację publiczną. System niemiecki wzbogacony zostałby o rozwiązania do tej pory typowe dla modelu francuskiego.

## 5. Podsumowanie

Wprowadzenie umowy administracyjnej na grunt polskich regulacji prawnych jest działaniem zasadnym. Warto w tym zakresie posiłkować się rozwiązaniami, które od lat z powodzeniem wykorzystywane są na gruncie regulacji obcych, w tym przede wszystkim obowiązujących w Republice Federalnej Niemiec. Obok dotychczas wypracowanych koncepcji możliwego wykorzystania umowy subordynacyjnej wraz z jej odmianami należy zastanowić się nad możliwością zainicjowania dyskusji dotyczącej zmian w regulacji prawnej umów o partnerstwie publiczno-prywatnym w kierunku przedstawianym w piśmiennictwie niemieckim. Zmiany te dotyczyć miałyby zarówno sfery formalnej, jak i materialnej. W sferze materialnej polegać miałyby na wzmocnieniu elementów typowych dla umów administracyjnych tzn. wykreowania

<sup>56</sup> Tamże, s. 44.

<sup>57</sup> Tamże, s. 59.

silnej pozycji podmiotów publicznych, stworzeniu gwarancji ochrony interesu publicznego oraz poddaniu sporów powstających na tle tych umów sądownictwu administracyjnemu. W sferze formalnej zastanović należałoby się nad uwzględnieniem regulacji poświęconej umowom o partnerstwie publiczno-prywatnym w ustawie Przepisy ogólne prawa administracyjnego.

## STRESZCZENIE

Artykuł pt. *Umowa administracyjna w niemieckim porządku prawnym. Aktualne problemy w świetle polskich rozwiązań normatywnych* zawiera pogłębioną i wnikliwą analizę komparatystyczną problematyki umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Kierunek analizy prawnoporównawczej uzasadniony został pojawieniem się w ostatnim czasie w niemieckim piśmiennictwie prawniczym interesujących propozycji dotyczących regulacji umów zawieranych pomiędzy sektorem publicznym a partnerami prywatnymi w celu realizacji zadań publicznych. (Artykuł prof. Uniwersytetu w Osnabruck Tonio Gasa pt. *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags*. Die Verwaltung Nr 1 z 2012).

W artykule w pierwszej kolejności zasygnalizowana została problematyka rozwiązań prawnych poświęconych umowom administracyjnym na gruncie projektu ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego. Następnie omówiony został obecny stan regulacji zawarty w niemieckiej ustawie poświęconej postępowaniu administracyjnemu. W kolejnej części przedstawione zostały główne punkty dyskusji toczącej się na temat tzw. umów kooperacyjnych. W podsumowaniu wskazane zostały zaś wnioski, jakie płyną dla polskiego ustawodawcy w związku z analizy niemieckiego porządku prawnego oraz najnowszych propozycji, jakie pojawiają się w niemieckim piśmiennictwie prawniczym.

## SUMMARY

### **Administrative contracts in the German legal order. Current problems in light of Polish normative solutions**

The article titled *Administrative contracts in the German legal order. Current problems in light of Polish normative solutions* includes an in-depth and exhaustive comparative analysis of problems concerned with contracts pertaining to public-private partnerships. The direction

for a comparative legal analysis has been justified by a recent emergence of more and more interesting as well as worthwhile propositions in German legal literature which are concerned with regulating contracts concluded between the public sector and private partners with a view to undertaking public tasks. (The article entitled: *Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags*. Die Verwaltung Nr 1/2012 was written by professor Tonio Gas of the University of Osnabruck).

Firstly, the article highlights the problem of legal solutions devoted to administrative contracts based on a project of the act regarding the general provisions regarding administrative law. Next, the current state of the regulation was described, which had been included in a German act concerning administrative proceedings. In the subsequent part, main points of the discussion on the topic of the so-called *co-operation contracts* were presented. In the synopsis, conclusions that were drawn and that relate to Polish legislation in connection with the analysis of the German legal order and the most recent suggestions which appear in German legal literature were indicated.

RAFAŁ BLICHARZ

## Zasady prawa rynku kapitałowego

Jedną z charakterystycznych cech współczesnej gospodarki wolnorynkowej jest globalizacja. Zjawisko to jest związane z dążeniem do zdobywania nowych rynków zbytu przez przedsiębiorców działających dotąd na określonym obszarze, którego granice wyznaczały głównie granice państwa ich siedziby. Integracja europejska pozwoliła nie tylko pokonać na znacznym terytorium Europy tego typu ograniczenia, ale także ułatwić swobodny przepływ towarów, usług, ludzi i kapitału. Podobne zjawiska integracyjne zachodzą na szerszą, ogólnosiwiatową skalę. Immanentną i naturalną przy tym cechą rozwoju gospodarczego współczesnego świata są zwiększone przepływy finansowe. Za dostarczone usługi, towary, przedsiębiorcy uzyskują bowiem środki, które pokrywają koszty ich działalności, a także pozwalają im dokonywać reinwestycji wypracowanych zysków. Współczesna technika, ekonomia oraz instrumenty prawne pozwalają jednak pomnażać wolne środki nie tylko przez obrót tradycyjnie rozumianymi towarami czy usługami. Takim nowoczesnym przedmiotem obrotu są instrumenty finansowe. Masowy, również na globalną skalę obrót tymi instrumentami odbywa się w ramach rynku finansowego, którego jednym z segmentów jest rynek kapitałowy. Na rynku kapitałowym dokonuje się transakcji instrumentami finansowymi średnio i długoterminowymi; jego uczestnikami są zarówno inwestorzy (indywidualni i zbiorowi), jak i emitenci, pośrednicy oraz organizatorzy obrotu<sup>1</sup>. Rynek kapitałowy stanowi dogodną dla jego uczestników platformę transferu kapitału, dzięki któremu inwestorzy (pożyczkodawcy) mają szansę pomnożyć oszczędności, natomiast emitenci instrumentów finansowych (pożyczkobiorcy) pozyskać kapitał na inwestycje lub w celach obrotowych.

Z przepływami finansowymi na rynku kapitałowym immanentnie związane jest także ryzyko inwestycyjne<sup>2</sup>. Współczesną gospodarkę cechuje nie-

---

<sup>1</sup> A. Chłopecki, G. Domański, R. Jurga, M. Michalski, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 1999 r., s. 16 i nast.

<sup>2</sup> R. Blicharz, *Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem kapitałowym w Polsce*, Bydgoszcz–Katowice 2009 r.



zwykle skomplikowana sieć powiązań i zależności pomiędzy przedsiębiorcami i inwestorami. Ich konsekwencją jest nie tylko prosta zależność sprowadzająca się do udziału inwestorów w zyskach, jakie przynoszą przedsięwzięcia finansowane dzięki ich środkom zainwestowanym na rynku kapitałowym oraz udział w ryzyku poniesienia straty w razie niepowodzenia przedsięwzięcia. Nowoczesne instrumenty prawne i uwarunkowania ekonomiczne pozwalają na zawieranie transakcji niezwiązanych bezpośrednio z sytuacją ekonomiczną konkretnego przedsiębiorcy, umożliwiają uzależnianie świadczeń w zależności od czynników zewnętrznych, często niezależnych od woli stron umowy (np. instrumenty pochodne)<sup>3</sup>. Transakcje takie obciążane są dużym ryzykiem spekulacyjnym, a przy tym nie muszą być powiązane z rzeczywistą sytuacją gospodarczą określonego przedsiębiorcy, emitenta instrumentu finansowego. Z uwagi na powoli, ale sukcesywnie tworzący się jednolity rynek finansowy na terytorium Unii Europejskiej i związaną z tym unifikację zjawisk zachodzących na poszczególnych rynkach krajowych, w interesie wszystkich państw członkowskich jest zapewnienie stabilności rynku i bezpieczeństwa inwestorów w większej, europejskiej skali. Nie bez znaczenia jest również fakt, że europejski rynek finansowy stanowi jedynie fragment większego, światowego rynku finansowego. Wielkość kumulacji wolnych środków inwestorów na rynku kapitałowym w połączeniu z ryzykiem inwestycyjnym, związanym z finansowaniem tymi środkami przedsięwzięć podejmowanych przez emitentów oraz złożoność funkcjonowania instytucji uczestniczących w obrocie, a także samych relacji i transakcji dokonywanych na tym rynku powoduje, że szczególnego znaczenia nabiera zapewnienie bezpieczeństwa obrotu oraz ochrona interesów wszystkich jego uczestników. Stabilność rynku i zaufanie do niego stanowią bowiem fundament wspólnego obrotu instrumentami finansowymi. Stąd zaangażowanie państwa w monitoring funkcjonowania rynku kapitałowego, a nawet szerzej, całego rynku finansowego, podyktowane jest koniecznością zapewnienia sprawnego przepływu walorów przy zachowaniu maksymalnego bezpieczeństwa inwestycyjnego. Z tych powodów obrót na rynku kapitałowym podlega szczególnej regulacji, której jedną z cech jest nadzór administracyjny, w Polsce sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Administracyjnoprawna regulacja obrotu na rynku kapitałowym przeplata się z przepisami o charakterze cywilnoprawnym, tworząc w ten sposób skomplikowaną regulację stanowiącą podstawę prawną dokonywanej na rynku alokacji kapitału. Powiązanie obrotu instrumentami finansowymi, mającego z gruntu charakter cywilnoprawny z administracyjnoprawną regulacją rynku kapitałowego powoduje, że na tle regulacji tej dziedziny prawa pojawiają się problemy natury zarówno systemowej, jak i bardziej szczegółowe, dotyczące wybranych zagadnień. Unormowanie niektórych kwestii związanych zarówno

<sup>3</sup> R.W. Kolb, *Financial Derivatives*, London 1993.

no z obrotem, jak i jego organizacją, z uwagi na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa obrotu oraz ochrony interesów uczestników rynku kapitałowego wymaga czasem połączenia także sprzecznych zasad obu gałęzi prawa.

Trudność problematyki prawa rynku kapitałowego powiększa złożoność zagadnień jakie reguluje to prawo, zwłaszcza z uwagi na przenikanie się w obrębie przedmiotu jego zainteresowania zagadnień ekonomicznych, finansowych, prawnych, a niejednokrotnie także psychologicznych i socjologicznych.

Wielowymiarowość problematyki prawa rynku kapitałowego, na którą składają się nie tylko zagadnienia prawne, ale także ekonomiczne oraz mechanizmy rynkowe, stanowi cechę tej dziedziny prawa. Ta złożoność materii, będącej przedmiotem regulacji prawa rynku kapitałowego jest głównym źródłem licznych i skomplikowanych rozwiązań prawnych. W gąszczu przepisów prawnych z zakresu prawa rynku kapitałowego można jednak wskazać te, które mają dla niego zasadnicze znaczenie. Z uwagi na aksjologiczny charakter doboru zasad prawnych, wskazywane w literaturze ich katalogi są subiektywne i mają na celu przede wszystkim podkreślenie tych cech lub elementów regulacji, które dla danego autora odgrywają szczególną rolę. Nie inaczej jest na gruncie prawa rynku kapitałowego. Podkreślić jednak wypada, że zdecydowana większość autorów zajmujących się tą problematyką zwykle wymienia te same zasady, co wskazuje na ich wagę oraz nieprzypadkowość wyboru. Potrzebę wyodrębnienia zasad prawa rynku kapitałowego uzasadnia się także specyfiką niektórych rozwiązań na gruncie tego prawa, które niejednokrotnie odbiegają od standardowych regulacji w innych dziedzinach prawa. Nie bez znaczenia w tym kontekście jest masowość obrotu i związana z nim skala przepływów finansowych. W powiązaniu ze złożoną i rozbudowaną infrastrukturą prawną, wyróżnienie zasad odnoszących się do prawnego funkcjonowania tego segmentu rynku finansowego wydaje się nieodzowne.

Do zasad prawa rynku kapitałowego zalicza się:

1. zasadę dematerializacji papierów wartościowych
2. zasadę dematerializacji obrotu
3. zasadę prymatu obrotu na rynku regulowanym
4. zasadę przymusu maklerskiego
5. zasadę równego dostępu do informacji
6. zasadę silnego nadzoru administracyjnego<sup>4</sup>.

Tradycyjnie papiery wartościowe występowały i nadal występują w formie dokumentu. Ma to istotne znaczenie dla realizacji wynikających z nich praw, czy ich przenoszenia, a także dla celów dowodowych. Z tych powodów papiery wartościowe w ramach rynku prywatnego, niepublicznego nadal

<sup>4</sup> A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2012 r., s. 11 i nast.

zwykle mają formę dokumentu. Do przykładowo – przenoszenia prawa z papieru wartościowego – potrzebne zatem jest wydanie dokumentu inkorporującego to prawo. Z uwagi na skalę obrotu, potrzebę szybkości dokonywania transakcji oraz ich bezpieczeństwo i bezpieczeństwo samego obrotu, zachowanie papieru wartościowego w formie dokumentu na rynku publicznym jest dzisiaj niemożliwe. Trudno sobie bowiem wyobrazić, żeby emitent, który publicznie proponuje nabycie (lub objęcie) np. miliona jego papierów wartościowych drukował taką ilość dokumentów, a później zapewnił ich dostarczenie prawowitym osobom. Koszty takich działań, czy sama logistyka, pochłonęłyby majątek, co stawiałoby pod znakiem zapytania opłacalność takiej emisji. Ponadto kontrola legalności i prawidłowości zachowania emitenta, pośredników oraz samych inwestorów byłaby jeśli nie niemożliwa, to z pewnością znacznie utrudniona. Stąd, papiery wartościowe

1. będące przedmiotem oferty publicznej lub
2. dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, lub,
3. wprowadzone do alternatywnego systemu obrotu, lub
4. emitowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski – nie mają formy dokumentu (art. 5 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi<sup>5</sup>). Dematerializacja ww. papierów wartościowych polega na tym, że są one rejestrowane na podstawie umowy w tzw. depozycie papierów wartościowych, który prowadzi Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych (dalej KDPW)<sup>6</sup>. Dematerializacja oznacza, że papier wartościowy nowej emisji nie ma postaci dokumentu, a jedynie zapisu<sup>7</sup> w specjalnym systemie komputerowym (w ramach którego wyodrębnione są tzw. konta depozytowe i emisyjne oraz rachunki papierów wartościowych) prowadzonym przez KDPW<sup>8</sup>. Papierom wartościowym danej emisji dającym te same uprawnienia i posiadającym ten sam status w obrocie Krajowy Depozyt nadaje odrębne oznaczenie, zwane kodem<sup>9</sup>. W przypadku papierów wartościowych wydanych w formie dokumentu, emitent jest obowiązany, przed zawarciem umowy, której przedmiotem jest rejestracja tych papierów wartościowych w depozycie papierów

<sup>5</sup> Ustawa z 29 lipca 2005 r., Dz. U. Nr 183, poz. 1538, z późn. zm. dalej zwana także uobr.instr.fin.

<sup>6</sup> Na marginesie należy podnieść, że papiery wartościowe będące przedmiotem oferty publicznej, które nie będą podlegać dopuszczeniu do obrotu na rynku regulowanym, albo wprowadzone wyłącznie do alternatywnego systemu obrotu mogą nie podlegać dematerializacji, jeżeli ich emitent tak postanowi. Jest to tzw. dematerializacja fakultatywna i związana jest z rezygnacją z przymusu rynku regulowanego.

<sup>7</sup> Jest to pewien skrót myślowy, gdyż zdematerializowany papier wartościowy nie ma żadnego nośnika. Zapis komputerowy ma tu charakter jedynie rejestracyjny.

<sup>8</sup> Wszystkie papiery wartościowe emitenta rejestrowane są w pierwszej kolejności na tzw. koncie emisyjnym. Następnie, z uwagi na przymus maklerski, papiery wartościowe rejestrowane są w ramach kont depozytowych, które odzwierciedlają ilość papierów wartościowych danego emitenta w danej firmie inwestycyjnej, która prowadzi nimi obrót.

<sup>9</sup> Jest to tzw. kod ISIN, czyli *International Securities Identification Number*.

wartościowych, złożyć te papiery do depozytu prowadzonego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez firmę inwestycyjną, Krajowy Depozyt lub spółkę, której Krajowy Depozyt przekazał prowadzenie depozytu papierów wartościowych. W przypadku papierów wartościowych wydanych w formie dokumentu, zapisy w rejestrze uzyskują znaczenie prawne zapisów na rachunkach papierów wartościowych, a dokumenty złożone do depozytu zostają pozbawione mocy prawnej z chwilą zarejestrowania tych papierów w depozycie papierów wartościowych.

Regulacja zdematerializowanych papierów wartościowych siłą rzeczy odbiega od rozwiązań przyjętych dla papierów wartościowych w formie dokumentu. Inne są również zasady ustalania osób, którym te papiery przysługują, legitymowania się wynikającymi z nich praw oraz co najważniejsze – przenoszenia ich, czyli obrót nimi.

Sumując, należy podkreślić, że dematerializacja papierów wartościowych w publicznym nimi obrocie służy obniżeniu kosztów obrotu, poprzez wprowadzenie odrębnych regulacji upraszcza ten obrót znacznie go przyspieszając, a wirtualna egzystencja papierów wartościowych wraz z całym systemem komputerowym oraz prawną regulacją jego funkcjonowania pozwala na ścisłe kontrolowanie każdej zmiany dotyczącej każdego konkretnego papieru wartościowego, jak również ich poszczególnych grup. Służy to bezpieczeństwu obrotu, jakiej forma dokumentowa nie byłaby w stanie zapewnić. *Summa summarum* dematerializacja służy również przejrzystości rynku<sup>10</sup>.

Z dematerializacją papierów wartościowych ściśle i w sposób naturalny związana jest zasada dematerializacji obrotu tymi papierami wartościowymi. Skoro nie mają one postaci dokumentu, a jedynie stanowią odpowiedni „zapis komputerowy”, obrót nimi również odbywa się w sposób zdematerializowany, tj. poprzez odpowiednie zmiany zapisów na rachunkach papierów wartościowych prowadzonych przez firmy inwestycyjne i odpowiednio kont depozytowych, prowadzonych przez KDPW.

Z uwagi na szczególne znaczenie publicznego obrotu papierami wartościowymi zarówno dla państwa, jak i dla wszystkich uczestników rynku kapitałowego, a także ze względu na nietypową regulację (i organizację) tego obrotu, prawodawcy od początku zależało na tym, aby skoncentrować publiczny obrót papierami wartościowymi, tj. aby odbywał się on w sposób kontrolowany, najlepiej w specjalnie stworzonych do tego celu ramach. Stąd, pierwotnie obowiązujący przymus rynku regulowanego oznaczał, że papiery

<sup>10</sup> M. Michalski [w:] M. Baczyk, R. Biskup, R. Blicharz, A. Błachnio-Parzych, A. Gawrysiak-Zabłocka, K. Glibowski, M. Glicz, S. Jakszuk, M. Marczuk, M. Michalski, R. Mroczkowski, T. Oczkowski, D. Opalska, S. Rudnicki, M. Rypina, P. Stanisławiszyn, A. Smidowicz, P. Wajda, M. Wedrychowski, M. Wierzbowski, B. Wojno, K. Zacharzewski, P. Zapadka, K. Zaradkiewicz, P. Zawadzka, *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, 2012 r., s. 735–736.

wartościowe dopuszczone do obrotu na tym rynku mogły być przedmiotem obrotu tylko na nim. W konsekwencji, dla ważności transakcji zbycia / nabywania papieru wartościowego dopuszczonego do publicznego obrotu wymagane było dokonanie odpowiednich czynności na rynku regulowanym. Normatywnym przejawem zasady prymatu rynku regulowanego jest ciężący na spółkach organizujących obrót obowiązek koncentracji podaży i popytu na instrumenty finansowe, będące przedmiotem obrotu na danym rynku, w celu kształtowania ich powszechnego kursu. Nie bez znaczenia są także pozostałe zadania spółek organizujących obrót, stanowią one jednak w tym kontekście jedynie pochodną tego podstawowego obowiązku. Koncentracja publicznego obrotu papierami wartościowymi ułatwia ich płynność, tj. przepływy finansowe przede wszystkim pomiędzy inwestorami. Jeśli więc dany inwestor chce zbyć należące do niego papiery wartościowe, łatwiej znajdzie potencjalnego nabywcę, jeśli wszyscy (nabywcy i zbywcy) szukają interesujących ich transakcji w jednym „miejscu”, tj. na specjalnie zorganizowanym do tego celu rynku. Omawiana zasada nie ma charakteru bezwzględnego. W ostatnich czasach widoczna jest nawet ostrożna tendencja odchodzenia od przymusu rynku regulowanego w ramach publicznego obrotu papierami wartościowymi. Oznacza to, że w pewnych przypadkach ustawodawca dopuszcza możliwość obrotu papierami wartościowymi także poza rynkiem regulowanym<sup>11</sup>. Nadal jednak prawodawca preferuje koncentrację obrotu na rynku regulowanym.

Przymus rynku regulowanego był (i poniekąd nadal jest) naturalną konsekwencją przyjętej zasady dematerializacji papierów wartościowych oraz obrotu nimi, a także koniecznością zachowania bezpieczeństwa transakcji. Dematerializacja papierów wartościowych wymusza istnienie systemu komputerowego, o którym była mowa wyżej, zaś bezpieczeństwo obrotu zdematerializowanymi papierami wartościowymi nakłada wprowadzenie ścisłej reglamentacji dostępu do tego systemu. Hermetyczny krąg wyszkolonych osób oraz techniczna niezawodność systemu stanowią fundament bezpieczeństwa obrotu. Gdyby dostęp do sieci komputerowej miały osoby postronne, istniałoby realne zagrożenie dla bezpieczeństwa obrotu. Stąd, wraz z zasadą koncentracji obrotu na rynku regulowanym immanentnie związana jest zasada przymusu maklerskiego. Oznacza ona, że dostęp do sieci informatycznej, w ramach której dokonuje się publiczny obrót papierami wartościowymi mają tylko i wyłącznie autoryzowane osoby – tzw. firmy inwestycyjne, w tym domy maklerskie (stąd nazwa omawianej tu zasady)<sup>12</sup>. Organizacja publicznego obrotu papierami wartościowymi zakłada istnienie podmiotu, który tworzy rynek. Jest nim spółka organizująca rynek regulowany (giełdowy albo pozagiełdo-

<sup>11</sup> Zobacz np. art. 5 uobr.instr.fin. (w regulowanym tu przypadku, papiery wartościowe występują w formie dokumentu – zmaterializowanej), art. 74a uobr.instr.fin.

<sup>12</sup> Art. 19 ust. 1 pkt 2 uobr.instr.fin.

wy). Jak już była mowa wyżej, do zadań tej spółki należy koncentracja obrotu. W ramach tego zadania realizowana jest omówiona wyżej zasada. Jednak sam obrót nie byłby możliwy bez osób, które w ramach zorganizowanego rynku mają dostęp do sieci tworzącej system komputerowy, który obsługuje obrót (lub inaczej, w którym obrót ten się dokonuje). Osobami tymi są właśnie firmy inwestycyjne. W kontekście omawianej tu zasady do ich zadań należy przyjmowanie zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych od inwestorów oraz wprowadzanie ich do systemu komputerowego, który w dalszej kolejności kojarzy zlecenia doprowadzając do zawarcia odpowiednich transakcji. W konsekwencji, transakcje na rynku regulowanym dokonywane są między firmami inwestycyjnymi, a w dalszej kolejności, w wykonaniu umowy łączącej firmę inwestycyjną z inwestorem, między nimi a inwestorami.

Podstawowym czynnikiem decydującym o zachowaniach rynkowych jest informacja. Bez niej, emitenci nie dotarliby do inwestorów, natomiast inwestorzy nie byłoby w stanie podejmować racjonalnych decyzji inwestycyjnych; ocenić sytuacji emitenta, jego oferty oraz prawdopodobieństwa zmian kursów instrumentów finansowych. Bez niej, organy kontrolujące i nadzorujące rynek nie mogłyby efektywnie wykonywać swoich obowiązków. Pełna, rzetelna i wiarygodna informacja stanowi fundament obrotu. Pozwala przewidywać zachowania „rynku” tj. wszystkich aktywnych jego uczestników, którzy mają wpływ na kształtowanie się cen instrumentów finansowych. Nie bez powodu powszechny i równy dostęp do informacji rynkowej w tym samym czasie przy kojarzeniu ofert nabycia i zbycia instrumentów finansowych, zapewniający jednakowe warunki nabywania i zbywania tych instrumentów stanowi zasadniczy trzon definicji rynku kapitałowego. Obowiązek podawania do publicznej wiadomości określonych informacji mogących mieć wpływ na postrzeganie, ocenę emitenta, jego sytuacji prawnej, ekonomicznej i rynkowej, a także jego oferty nabycia (zbycia) instrumentów finansowych ciąży na emitentach nie tylko na etapie ich postępowania zmierzającego do wprowadzenia do publicznego obrotu, ale przez cały czas ich notowania na rynku regulowanym. Emitent starając się pozyskać inwestorów zobowiązany jest<sup>13</sup> sporządzić i opublikować tzw. prospekt emisyjny zawierający komplet informacji o nim, warunkach nabycia (zbycia) instrumentów finansowych oraz o oferowanych instrumentach finansowych. Po dopuszczeniu do obrotu instrumentów finansowych emitent zobowiązany jest a bieżąco informować „rynek” (tj. wszystkich uczestników rynku) o swojej sytuacji. Obowiązek ten wykonuje między innymi poprzez publikację raportów bieżących oraz okresowych, w których informuje o wszelkich zdarzeniach mogących mieć wpływ

<sup>13</sup> Co do zasady, gdyż w pewnych sytuacjach emitent nie ma obowiązku sporządzania i publikowania prospektu emisyjnego lub innych dokumentów informacyjnych.

na jego rynkowe postrzeżenie przez inwestorów oraz znajdujących się w obrocie instrumentów finansowych, które wyemitował. Niezwykle istotną rolę w tym kontekście odgrywają informacje o szczególnym znaczeniu dla emitenta, np. związane z tajemnicą jego przedsiębiorstwa. Informacje takie w prawie rynku kapitałowego nazywane są informacjami poufnymi i podlegają szczególnemu reżimowi prawnemu.

Suma obowiązków informacyjnych przede wszystkim emitentów oraz skorelowanych z nimi praw uczestników obrotu, w tym zwłaszcza inwestorów, czyni rynek niezwykle transparentnym, a przez to relatywnie przewidywalnym, co sprzyja bezpieczeństwu całego obrotu, w tym bezpieczeństwu indywidualnych transakcji. Stąd niejednokrotnie przyjmuje się, że zasada równego dostępu do informacji odgrywa pierwszoplanowe znaczenie w regulacji prawa rynku kapitałowego.

Truizmem jest stwierdzenie, że na rynku kapitałowym kumulują się prywatne interesy wszystkich jego uczestników, w tym zwłaszcza inwestorów. Jednak biorąc pod uwagę skalę obrotów na rynku regulowanym, ochrona tych interesów leży także w interesie publicznym. W interesie publicznym jest przy tym nie tylko bezpieczeństwo obrotu, ale także sprawnie funkcjonujący rynek, rozumiany jako mechanizm ułatwiający przepływy finansowe między inwestorami i emitentami, ale także pomiędzy poszczególnymi branżami gospodarki. Państwo z przepływów tych czerpie realne korzyści w postaci podatków pobieranych od rozwijających się przedsiębiorców (emitentów), dokonywanych przez nich inwestycji. Interes publiczny na rynku kapitałowym zdefiniowany jest zatem zarówno poprzez potrzebę ochrony sumy interesów indywidualnych, jak i poprzez interes samego Skarbu Państwa. Złożoność zjawiska, jakim jest publiczny obrót papierami wartościowymi, potrzeba zapewnienia jego transparentności, w tym zwłaszcza, jak była mowa wyżej konieczność zapewnienia powszechnego i równego dostępu do pełnej i wiarygodnej informacji rynkowej w tym samym czasie, profesjonalizm oraz prawidłowość funkcjonowania pośredników obsługujących obrót, a także sprawność działania mechanizmów rynkowych, wymagają funkcjonowania niezwykle sprawnego systemu kontroli i nadzoru. Regulacje oparte na stosunkach prywatnoprawnych są w tym zakresie niewystarczające. Stąd, dla ochrony funkcjonowania całego rynku finansowego, w tym kapitałowego ustanowiony został specjalny organ administracji publicznej tj. Komisja Nadzoru Finansowego. Z uwagi na fakt, że nadzór nad polskim rynkiem kapitałowym powierzony został organowi administracyjnemu, jego konstrukcja opiera się w zasadniczej części na normach prawa administracyjnego. Na gruncie prawa rynku kapitałowego nadzór sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego ma na celu ochronę przede wszystkim bezpieczeństwa obrotu oraz interesów jego uczestników. Tak sformułowany cel nadzoru nad rynkiem kapitałowym determinuje jego zakres podmiotowy i przedmiotowy, a przyzna-

ne Komisji środki nadzorcze w powiązaniu z kryteriami, w oparciu o które może je stosować, czyni nadzór Komisji jednym z najintensywniejszych, spośród uregulowanych przez polskie prawo. Komisja nie tylko nadzoruje działalność wszystkich uczestników obrotu, ale także ma wpływ na mechanizmy rynkowe.

W tym kontekście, Komisja Nadzoru Finansowego przy wykonywaniu nałożonych na nią zadań również powinna kierować się określonymi zasadami. Zasady te, choć nie wymienione w żadnym akcie prawnym dotyczącym bezpośrednio prawa rynku kapitałowego jako takie, mają charakter normatywny; można znaleźć dla nich podstawy prawne. W związku z powyższym, katalog tych zasad ma charakter indywidualny, subiektywny, gdyż zależy od wartości uznawanych przez poszczególnych autorów za priorytetowe i wymagające szczególnej ochrony<sup>14</sup>. Z uwagi na brak szerszego opracowania problematyki nadzoru sprawowanego wcześniej przez Komisję Papierów Wartościowych i Giełd, a obecnie przez Komisję Nadzoru Finansowego (w tym nad rynkiem kapitałowym), nieliczne są również poglądy dotyczące zasad stosowania przez Komisję przyznaných jej środków nadzorczych. Poszerzenie uprawnień KNF zwłaszcza o nadzór nad sektorem bankowym, w stosunku do uprawnień, jakie przysługiwały KPWiG, pozwala pomocniczo sięgnąć w tym zakresie do poglądów prezentowanych na gruncie prawa bankowego<sup>15</sup>. Zasadność sięgania do tych poglądów uzasadniona jest ponadto zbliżoną specyfiką obu rynków, na których odbywa się obrót wielkimi kwotami, różnymi instrumentami finansowymi, a szczególną rolę odgrywa bezpieczeństwo inwestorów, czy szerzej wszystkich uczestników tych rynków, zwłaszcza, że niektórzy z nich posiadają status instytucji zaufania publicznego. Od chwili przejścia nadzoru nad rynkiem bankowym przez Komisję Nadzoru Finansowego odniesienie się do dorobku doktryny i orzecznictwa na gruncie prawa bankowego staje się jeszcze bardziej uzasadnione.

Podstawową zasadą stosowania środków nadzorczych jest przede wszystkim legalność tych środków<sup>16</sup>. Podstawą prawną dla tej zasady są przede

<sup>14</sup> A.M. Jurkowska, *Prawo bankowe Unii Europejskiej. Licencjonowanie działalności bankowej*, Bydgoszcz–Gdańsk 2003 r., s. 57.

<sup>15</sup> L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2006 r., wyd. LexisNexis; L. Góral [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, wyd. LexisNexis 2005 r.; D. Daniluk, *Regulacje i nadzór bankowy w Polsce*, Warszawa 1996 r.; H. Doboszewska, *Instytucja nadzoru bankowego*, Gdańsk 2000 r.; E. Fojcik-Mastalska, *Prawo bankowe Unii Europejskiej*, Wrocław 1996 r.; C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Warszawa 1999 r.; M. Pekiński, *Regulacje nadzorcze w ustawie o listach zastawnych i bankach hipotecznych*, Glosa 2001 r., nr 12 (cz. I), 2002 r., nr 1 (cz. II); tenże, *Nadzór skonsolidowany – dyrektywy Unii Europejskiej związane z bankowością*, Bezpieczny Bank 2001 r., nr 1–2; L. Góral, *Nadzór bankowy*, Warszawa 1998 r.; A. Filipowicz, *Pojęcie i funkcje nadzoru w administracji*, Ossolineum 1984 r.; Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, wyd. Zakamycze, Kraków 2005 r., s. 381–421.

<sup>16</sup> M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym...*, s. 150 i nast.; K. Ziemiński, *Formy prawne realizacji...*, s. 28.



wszystkim przepisom Konstytucji RP, kodeksu postępowania administracyjnego oraz ustaw regulujących prawo rynku kapitałowego<sup>17</sup>. Oznacza to, że Komisja może stosować tylko takie środki nadzorcze, na jakie *expressis verbis* pozwala jej ustawa. W ramach tej zasady mieści się nie tylko wymóg przestrzegania przepisów prawa materialnego, zwykle dotyczącego rodzaju środka i jego intensywności, ale także obowiązek przestrzegania przepisów regulujących procedurę użycia danego środka nadzorczego. Komisja nie może więc używać środków nieprzewidzianych przez ustawę, jak również nie może stosować środków, co prawda przyznanych jej na mocy odpowiednich przepisów rangi ustawowej, lecz z naruszeniem trybu ich użycia. Zasada legalności oznacza także, że środki nadzorcze mogą być stosowane tylko w przypadkach określonych prawem. Ustawa, przyznając Komisji określone środki nadzorcze, wskazuje, które z nich i kiedy mogą lub muszą znaleźć zastosowanie. Dlatego przepisy wskazują po spełnieniu jakich przesłanek, w jakich okolicznościach, Komisja może użyć określonych środków nadzorczych. Choć podstawowa, to zasada ta rodzi w doktrynie i praktyce problemy, które wynikają ze swobodnej oceny, jaką w niektórych przypadkach może stosować Komisja w zakresie oceny określonych faktów oraz wydawania przez Komisję decyzji uznaniowych, zwłaszcza w odniesieniu do decyzji nadzorczych.

Inną zasadą stosowania środków nadzorczych przez Komisję Nadzoru Finansowego jest zasada proporcjonalności<sup>18</sup>. Znaczenie tej zasady jest podkreślane w literaturze do tego stopnia, że niektórzy autorzy wprost przyjmują ją za zasadę prawa publicznego. Oznacza ona, że Komisja, stosując określony środek nadzorczy, musi uwzględniać całokształt okoliczności danego przypadku, kierując się z jednej strony przesłankami zastosowania tego środka (kryteria nadzoru), z drugiej zaś brać pod uwagę rodzaj naruszenia, zawinienie oraz cel, jaki chce osiągnąć stosując dany środek nadzorczy<sup>19</sup>. Używanie środków nadzorczych wymaga zatem ważenia wielu czynników, w tym także dotyczących zarówno osoby, względem której mają być zastosowane, jak i dobra, które ma być chronione<sup>20</sup>. Zastosowany środek nie może być z jednej

<sup>17</sup> S. Biernat, S. Dudzik, *Glosa do wyroku z 27 IX 1994, II SA 727/94*, PiP 1995 r., z. 7, s. 10–116.

<sup>18</sup> M. Romanowski, *Prawo...*, s. 324; S. Biernat [w:] S. Włodyka, *Prawo papierów wartościowych*, Kraków 1995 r., s. 265–266; S. Biernat, S. Dudzik, *Glosa do wyroku z 27 IX 1994, II SA 727/94*, PiP 1995 r., z. 7, s. 10–116.

<sup>19</sup> Por. wyrok TK z 1 marca 1994 r. (U. 7/93), zgodnie z którym, przy stosowaniu kary administracyjnej organ administracyjny musi uwzględniać „subiektywny element zawinienia”. Podobne stanowiska zajął NSA w orzeczeniu z 27 marca 1991 r. (II SA 205/91) opubl. w ONSA 3 – 4/92. Por. wyrok TK z 14 czerwca 2004 r., SK 21/03, opubl. w OTK z 2004 r., nr 6, poz. 56, wyrok NSA z 17 stycznia 1997 r. (niepubl.); glosa do wyroku NSA z 27 września 1994 r., PiP 1995 r., z. 7).

<sup>20</sup> K. Kiczka, *Niektóre problemy prawne nadzoru prawnego nadzoru administracyjnego w obszarze działalności gospodarczej*, [w:] C. Kociński, M. Miemieć, P. Lisowski, J. Korczak, K. Kiczka, L. Klat-Wertelecka, E. Rutkowska, K. Sobieralski, *Nadzór administracyjny. Od prewencji do weryfikacji*, Wrocław 2006 r., wyd. Asesor, s. 182–183.

stronny nadmiernie dolegliwy, z drugiej zaś nie może też być zbyt łagodny. Innymi słowy, środki nadzorcze muszą być adekwatne do wykrytych nieprawidłowości; powinny być na tyle surowe, by podmiot nadzorowany nie kalkulował opłacalności powtarzania naruszeń<sup>21</sup>.

Kolejną zasadą stosowania środków nadzorczych jest przyznanie Komisji Nadzoru Finansowego prawa wyboru określonego środka prawnego w danej sytuacji<sup>22</sup>. Komisja ma pewną, przyznaną prawem swobodę w wyborze sposobu, w jaki może zareagować na stwierdzone nieprawidłowości<sup>23</sup>. Swoboda ta wyraża się nie tylko w wyborze środka, ale także jego sile, co zachodzi w przypadku sankcji administracyjnych<sup>24</sup>. Swoboda ta nie jest jednak nieograniczona. Komisja może bowiem, zgodnie z zasadą legalności, stosować tylko takie środki, jakie przewiduje prawo<sup>25</sup>. Oznacza to, że wybór środka przez Komisję sprowadza się do katalogu środków wymienionych w ustawie w granicach uznania administracyjnego, które wyznaczają normy prawa. Warto przy tym podkreślić, że Komisja ma prawo w przypadkach określonych ustawą także stosować kumulatywnie różne środki nadzorcze, jeśli tylko ustawa tak stanowi<sup>26</sup>. Czasem jednak ustawa *expressis verbis* zastrzega możliwość zastosowania tylko jednego w wymienionych środków nadzorczych. Podkreślenia wymaga korespondowanie omawianej w tym miejscu zasady z wymienioną wyżej zasadą proporcjonalności stosowania środków nadzorczych. Komisja, wybierając zatem określony środek z prawnie dopuszczalnych w określonym przypadku, powinna uwzględniać stopień zagrożenia określonego, nagannego zachowania dla bezpieczeństwa funkcjonowania rynku oraz dopasować go z punktu widzenia skali jego restrykcyjności<sup>27</sup>.

Ze swobodą, o której tu mowa związana jest także kwestia natury bardziej ogólnej, a mianowicie w ogóle konieczności (obligatoryjności) stosowania określonych władczych środków nadzorczych. Nie zawsze bowiem Komisja musi zastosować władczy środek nadzorczy.

Równie ważna jak wyżej wymienione, jest zasada współdziałania Komisji z właściwymi organami nadzorującymi rynki kapitałowe za granicą przy wykonywaniu nadzoru nad podmiotami zagranicznymi, prowadzącymi działalność na polskim rynku kapitałowym.

<sup>21</sup> Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, wyd. Zakamycze 2005 r., s. 394.

<sup>22</sup> Oczywiście przy zachowaniu innych zasad, w tym w szczególności omówionej wyżej zasady proporcjonalności.

<sup>23</sup> Swoboda ta odpowiada tzw. uznaniu administracyjnemu. Zob. M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983 r., s. 64 i nast.

<sup>24</sup> Dla przykładu Dział VIII uobr.instr.fin., który zawiera liczne przepisy umożliwiające Komisji nakładanie kar pieniężnych do określonej kwoty (np. art. 166, 168, 170, 171).

<sup>25</sup> Na gruncie prawa bankowego porównaj uchwałę SN w składzie 7 sędziów z 30 kwietnia 1999 r., III CZP 61/98, OSN 1999 r., nr 12, poz. 201; uchwała SN z 27 kwietnia 1995 r., III CZP 51/95, OSNC 1995 r., nr. 9, poz. 125; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 kwietnia 1999 r., I A Ca 380/98, *Prawo Gospodarcze* 2000 r., nr 7, s. 44–56.

<sup>26</sup> Por.: art. 165, 169 ust. 3, 172 ust. 1 uobr.instr.fin.

<sup>27</sup> Z. Ofiarski, *Prawo bankowe*, wyd. Zakamycze 2005 r., s. 396.

Przy omawianiu zasad stosowania środków nadzoru zwraca się także uwagę, że środki nadzoru nie mogą negatywnie oddziaływać na podmioty inne niż te, względem których są stosowane. Środki nadzorcze nie mogą zatem oddziaływać przede wszystkim na klientów podmiotu nadzorowanego – jego wierzycieli lub dłużników<sup>28</sup>. Jednocześnie podnosi się, że niejednokrotnie trudne jest jednoznaczne rozdzielenie sytuacji podmiotu nadzorowanego i związanej z nią sytuacją jego kontrahentów, gdyż środki nadzorcze zwykle nie pozostają bez – chociażby pośredniego – wpływu także na nich. Niektóre środki nadzorcze (na przykład nałożenie kary finansowej na podmiot nadzorowany, cofnięcie lub zawieszenie uprawnień osób mających wpływ na działalność podmiotów nadzorowanych) mogą bowiem osłabić przynajmniej przez jakiś czas pozycję rynkową podmiotów nadzorowanych, a przez to wpłynąć na sytuację prawną ich klientów<sup>29</sup>. Szczególnie wyraźnie widoczne jest to w odniesieniu do tych podmiotów, w których działalności zaufanie kontrahentów odgrywa ważną rolę (fundusze inwestycyjne, które uważa się za instytucje zaufania publicznego, domy maklerskie).

W tym kontekście warto zauważyć, że na gruncie prawa rynku kapitałowego regulacja uprawnień nadzorczych Komisji Nadzoru Finansowego umożliwia jej ingerowanie w sferę stosunków cywilnoprawnych podmiotów nadzorowanych. Rozwiązanie to, należy uznać za kontrowersyjne. Z jednej bowiem strony, Komisja może ingerować w umowy podmiotów nadzorowanych w wyjątkowych i nielicznych przypadkach, gdy jest to podyktowane potrzebą ochrony bezpieczeństwa obrotu, z drugiej jednak nie zawsze służy to stabilności obrotu w ramach rynku finansowego.

Wśród zasad stosowania środków nadzorczych przez organy administracyjne, w tym także przez Komisję Nadzoru Finansowego wymienić należy także zasadę wazenia interesu publicznego oraz słusznym interesów podmiotów nadzorowanych. Komisja, wybierając i stosując określony środek nadzorczy, musi brać pod uwagę skutki jego zastosowania zarówno w sferze ogólnospołecznej, jak i indywidualnej. Nie może bowiem być tak, że Komisja stosuje środki nadzorcze w oderwaniu od tych dwóch rzeczywistości. Jak słusznie podnosi M. Szewczyk: „wyposażenie podmiotów nadzorujących w kompetencje nadzorcze oznacza udzielenie im upoważnienia do podejmowania działań w interesie publicznym, a w odniesieniu do uczestników postępowań administracyjnych w sprawach regulowanych przepisami kpa – także w słusznym interesie indywidualnych podmiotów, którym w ramach tych postępowań służy przymiot strony”.

Suma tylko skrótowo przedstawionych wyżej zasad, jakimi rządzi się prawo rynku kapitałowego ilustruje wagę, jaką przywiązuje się do regulacji

<sup>28</sup> L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, s. 285.

<sup>29</sup> L. Góral, *Polskie prawo bankowe...*, s. 285; M. Bączyk, *Zarys prawa bankowego. Część 1. Prawo systemu bankowego*, Toruń 2000 r., s. 155.

przepływów finansowych, jakie mają miejsce na rynku kapitałowym. Płynna alokacja kapitału stanowi bowiem warunek sprawnego funkcjonowania gospodarki, zaś przestrzeganie panujących na rynku zasad umożliwia unikanie kłopotliwych zatorów.

## STRESZCZENIE

Zasady prawa rynku kapitałowego, jak zasady każdej dziedziny prawa, odgrywają fundamentalną rolę nie tylko w zakresie teoretycznych rozważań prawnych, ale przede wszystkim stanowią wytyczne dla praktyków, w tym prawników, jak i bezpośrednich uczestników rynku. Specyfika zasad prawa rynku kapitałowego wynika z silnego związku i licznych interakcji nauki tej dziedziny prawa i ekonomii. Wiele z nich (dematerializacja instrumentu finansowego, dematerializacja obrotu) ma ponadto silny związek z wymaganiami *stricte* praktycznymi. Skutkiem tego, można się pokusić o stwierdzenie, że zasady prawa rynku kapitałowego nie tyle rzutują na prawną regulację tego segmentu rynku finansowego, co potrzeba zapewnienia jego sprawnego funkcjonowania determinuje treść prawnej regulacji, w tym jej zasad.

## SUMMARY

### **The rules of the capital market law**

The rules of the capital market, as each law, play a key role not only in the field of theoretical considerations, but above all provide guidelines for practitioners, including lawyers, and direct participants in the market. The specifics of the rules of the capital market is due to the strong connection and interaction of science this law and economics. Many of them (e.g. dematerialization of financial instrument and dematerialization of market) also has a strong relationship with the requirements strictly practical. The result, you can be tempted to declare that the rules of the capital market is not so much the legal regulation of this segment of the projection of the financial market, as the need to ensure its smooth functioning of legal regulation, including content determines its rules.

MICHAŁ KOTALCZYK

**Zachowanie należytej staranności  
jako przesłanka prawa  
do odliczenia podatku VAT.  
(Wyrok TS UE w sprawach  
Mahagében i Dávid)**

**1. Uwagi wstępne**

Jednym z najtrudniejszych do wykrycia, a zarazem najbardziej dotkliwym dla budżetu państwa oszustwem podatkowym jest tak zwana „karuzela podatkowa”. Proceder ten stosowany jest od niemal tak dawna, jak długo istnieje podatek VAT. Polega on na niepłaceniu podatku od towaru i usług poprzez nieuzasadnione skorzystanie z prawa do jego odliczenia. Zgodnie z art. 86 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 lit. a) ustawy o podatku od towarów i usług, podatnikowi przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego w zakresie w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, zaś kwotę podatku naliczonego stanowi suma kwot podatku w fakturach otrzymanych przez podatnika z tytułu nabycia towarów i usług. Istotą mechanizmu „karuzeli podatkowych” jest wystawianie tzw. „pustych” faktur, czyli takich które odzwierciedlają fikcyjne a nie rzeczywiste transakcje. Powyższa działalność często stanowi sieć kilku lub kilkunastu podmiotów w których część stanowią tzw. „słupy”. Są nimi osoby na których nazwisko prowadzona jest działalność gospodarcza, lecz w rzeczywistości nie dokonujące żadnych transakcji, a jedynie wystawiające „puste” faktury.

Sporą trudność sprawia organom skarbowym ustalenie roli osób, które twierdzą, że nie wiedziały o istnieniu nieprawidłowości po stronie kontrahentów. Nieraz zdarza się, iż nieświadomy podatnik dokonuje zakupu np. złomu lub paliwa od tzw. „słupa”, a następnie towar jest dostarczany przez

osobę podszywającą się pod wystawcę faktury. Urzędy skarbowe stają wówczas przed problemem ustalenia czy kupujący był w porozumieniu z dostawcami, czy jedynie stanowił niezadowolony z tego sprawy element w nielegalnej „karuzeli”. Dotychczasowa praktyka kontrolerów podatkowych wskazuje na stosowanie domniemania winy, tzn. jeżeli ktoś był – nieistotne, że nieświadomym – ogniwem w tym łańcuchu, to i tak nie może odliczyć podatku VAT. Taki system odpowiedzialności bez winy obowiązywał w wielu państwach Unii Europejskiej do 21 czerwca 2012 r., kiedy przed Trybunałem Sprawiedliwości UE zapadł kluczowy dla tego zagadnienia wyrok.

## 2. Wyrok w sprawach Mahagében i Dávid

Trybunał Sprawiedliwości UE wyrokiem z dnia 21 czerwca 2012 r. rozstrzygnął łącznie dwie pochodzące z Węgier sprawy: „Mahagében kft przeciwko Nemzeti Adóés Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága, C-80/11”, oraz „Péter Dávid przeciwko Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-alföldi Regionális Adó Főigazgatósága, C-142/11” zwane dalej „Mahagében” i „Dávid”, dotyczące odmowy prawa do odliczenia podatku VAT w odniesieniu do transakcji uznanych za podejrzone.

Stan faktyczny sprawy Mahagében wyglądał następująco: spółka Mahagében zakupiła od swojego kontrahenta spółki Rómahegy-Kert kłody akacjowe. Zanim zawarto umowę, kupująca sprawdziła czy jej kontrahent jest zarejestrowany jako podatnik. Zaniechała natomiast upewnienia się czy sprzedawca dysponuje towarami które zamierzała nabyć, natomiast w chwili dostawy ustaliła zgodność ich jakości i ilości z umową i fakturami. W toku kontroli skarbowej ustalono, że spółka Rómahegy-Kert nie posiadała wcześniej zapasów kłód akacjowych, nie dysponowała dowodami dostawy towarów wskazanych na fakturach, nie miała odpowiednich pojazdów do przewozu ani dokumentów potwierdzających fakt zapłaty za ich transport. Mimo istnienia faktur, dowodów dostawy i późniejszego rozdysponowania kłodami akacjowymi, organ podatkowy odmówił spółce Mahagében prawa do odliczenia podatku VAT, albowiem zarzucił niewiarygodność faktur oraz niezachowanie należytej staranności w kontaktach z kontrahentem poprzez niepewnienie się czy dysponuje on kłodami akacjowymi. Decyzja została zaskarżona do sądu krajowego, a ten zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniami co do wykładni dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej<sup>1</sup>.

Stan faktyczny sprawy Dávid wyglądał następująco: Péter Dávid to przedsiębiorca który zobowiązał się do wykonania różnorodnych robót budowlanych.

<sup>1</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 21 czerwca 2012 r., w sprawach Mahagében i Dávid, pkt 16–22.

Zamawiający roboty budowlane wydał poświadczenie ich wykonania stwierdzające przepracowanie określonej ilości roboczogodzin na podstawie listy obecności robotników. W toku kontroli podatkowej okazało się, że P. Dávid nie zatrudnia żadnych pracowników, a zamówienie wykonał przy pomocy podwykonawcy. Ten z kolei nie zatrudniał żadnych robotników ani nie dysponował koniecznym do wykonania zafakturowanych robót sprzętem, natomiast wykonanie prac zlecił niezatrudniającemu żadnych pracowników teściowi. Chociaż nie ulega wątpliwości, iż dane roboty budowlane zostały wykonane, istnieją wiarygodne listy obecności wskazujące godziny i miejsce pracy, nazwiska i daty urodzenia robotników wraz z ich podpisami oraz opatrzone nazwiskiem i pieczęcią P. Dávída, organ skarbowy uznał faktury za nieodpowiadające rzeczywistym transakcjom. Nie jest ustalone które przedsiębiorstwo wykonało roboty, a P. Dávid nie dołożył należytej staranności sprawdzając zdolność swojego podwykonawcy do wykonania robót. W związku z powyższym odmówiono przedsiębiorcy prawa do odliczenia podatku VAT, a sąd krajowy w wyniku skargi P. Dávída zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniami co do wykładni dyrektywy Rady 2006/112/WE<sup>2</sup>.

Trybunał uznał, iż przepisy dyrektywy Rady 2006/112/WE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie praktyce krajowej, w ramach której organ podatkowy odmawia podatnikowi prawa do odliczenia podatku VAT z tego powodu, iż:

- wystawca faktur lub jeden z jego usługodawców dopuścił się nieprawidłowości, bez udowodnienia przez organ podatkowy na podstawie obiektywnych przesłanek, iż podatnik wiedział lub powinien był wiedzieć, że transakcja mająca stanowić podstawę prawa do odliczenia wiązała się z przestępstwem popełnionym przez wystawcę faktury lub inny podmiot działający na wcześniejszym etapie obrotu (rozstrzygnięcie w sprawie Dávid)

oraz

- podatnik nie upewnił się, że wystawca faktury za towary jest podatnikiem, że dysponował on tymi towarami i był w stanie je dostarczyć oraz że wywiązał się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty podatku od wartości dodanej, albo z tego powodu, że podatnik nie posiada, poza fakturą, innych dokumentów potwierdzających spełnienie powyższych warunków, mimo że spełnione były warunki materialne i formalne powstania prawa do odliczenia, a podatnik nie miał przesłanek podejrzewać, że wystawca faktury dopuścił się nieprawidłowości lub przestępstwa (rozstrzygnięcie w sprawie Mahagében)<sup>3</sup>.

Wyrok w sprawach Mahagében i Dávid jednoznacznie stwierdza, iż podatnik który wiedział o nieprawidłowościach swoich kontrahentów jest ich

<sup>2</sup> Tamże, pkt 23–34.

<sup>3</sup> Tamże, pkt 50 i 66.

wspólnikiem i nie przysługuje mu prawo do odliczenia podatku. Co więcej, na równi ocenia się także osobę, która powinna była wiedzieć o nagannych działaniach. Jednakże poza zakresem koniecznym do ochrony interesów fiskusa byłoby utrzymanie systemu odpowiedzialności bez winy wobec podmiotów które nie wiedziały i nie mogły wiedzieć o przestępstwie osób od których nabywa się towary lub usługi<sup>4</sup>.

Jedną z głównych cech podatku VAT jest prawo podatnika do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego z tytułu nabycia towarów i usług. Jest to zasada podstawowa, podczas gdy odmowa tego prawa stanowi wyjątek, którego ciężar udowodnienia spoczywa na organach skarbowych. To one, a nie podatnik, muszą udowodnić zachowanie po stronie nabywcy uprawdopodobniające, iż wiedział lub mógł wiedzieć o nieprawidłowościach kontrahentów. Organy podatkowe powołane zostały do dokonywania niezbędnych kontroli podatników w celu wykrycia nieprawidłowości oraz mają odpowiednie ku temu uprawnienia. Interpretacja unijnego prawa nie może prowadzić do przerzucenia ustawowych obowiązków z fiskusa na przedsiębiorcę<sup>5</sup>.

Ocena zachowania należytej staranności oparta musi być o istnienie obiektywnych przesłanek. Chociaż przesłanki te nie są wyszczególnione w dyrektywie Rady 2006/112/WE ani w ustawie o podatku od towarów i usług, Trybunał podjął próbę ich określenia zaznaczając, iż podatnik musi zachować należyłą staranność w kontaktach z kontrahentami biorąc pod uwagę okoliczności danej dostawy. Do przejawów zachowania należytej staranności na pewno należy zasięgnięcie informacji na temat podmiotu u którego zamierza się nabyć towary lub usługi. Wydaje się, iż na terytorium Polski chodzi o sprawdzenie danych danego przedsiębiorcy w Krajowym Rejestrze Sądowym. Trybunał wskazuje jednak, iż zachowanie należytej staranności nie wymaga ustalenia czy przedsiębiorca jest podatnikiem, czy dysponuje towarami będącymi przedmiotem transakcji i jest w stanie je dostarczyć oraz czy wywiązuje się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty podatku VAT. Działania tych zaniechała spółka Mahagében, a mimo to przyznano jej prawo do odliczenia podatku<sup>6</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że wyrok w sprawach Mahagében i Dávid otworzył oczy organom skarbowym na istnienie podatników którzy nie powinni ponosić odpowiedzialności za nieprawidłowości których nie popełnili, o których nie wiedzieli oraz nie mogli wiedzieć. Co więcej, wskazano na konieczność bliższego określenia czym jest zachowanie należytej staranności w obrocie gospodarczym z punktu widzenia prawa podatkowego.

<sup>4</sup> Tamże, pkt 46–48.

<sup>5</sup> Tamże, pkt 49, 62, 65.

<sup>6</sup> Tamże, pkt 58, 60 i 61.



### 3. Zachowanie należytej staranności w teorii

Termin „należyta staranność” znany jest doskonale cywilistom, albowiem w art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego należyta staranność zdefiniowana została jako „staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju”. Co więcej, art. 355 § 2 KC stanowi: „należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności”. Powyższe przepisy dotyczą sytuacji prawnej dłużnika, nie odnoszą się wprost do podatnika chcącego skorzystać z prawa do odliczenia podatku VAT. Niemniej, z uwagi na brak regulacji dotyczących zachowania należytej staranności w normach prawa publicznego, w szczególności prawa podatkowego, normy prawa cywilnego stanowią dobry punkt wyjścia do analizy omawianej materii.

Powyższa definicja należytej staranności jest na tyle nieostra, że konieczne jest ustalenie odpowiednich kryteriów określania czy ktoś zachował należyta staranność. W związku z tym, w doktrynie prawa cywilnego utrwalonym stanowiskiem<sup>7</sup> jest ustalanie miernika staranności za pomocą kryteriów obiektywnych, odnoszących się do zewnętrznego zachowania danej osoby, a nie jej przeżyć psychicznych. W ten sposób dokonuje się porównania stanu faktycznego, tj. działań i zaniechań badanego podmiotu z uniwersalnym wzorcem zachowania się. Największe trudności sprawia ustalenie takiego wzorca.

Kodeks cywilny używa zwrotu „staranność ogólnie wymagana”. Ta „ogólność” jest synonimem „przeciętnej” i „zwykłej”. Oznacza to, iż od podmiotu wymagana jest staranność niższa niż „ponadprzeciętna”, a zarazem wyższa niż „minimalna”. Szukając uniwersalnego modelu można wyobrazić sobie osobę podejmującą wszystkie możliwe czynności mające na celu sprawdzenie wiarygodności kontrahenta (sprawdza jego dane w KRS, kontaktuje się z jego poprzednimi klientami oraz domaga się okazania czy dysponuje towarami które zamierza dostarczyć). Taki przedsiębiorca wykazałby się najwyższą, ponadprzeciętną starannością. Z drugiej strony, podatnik który zaniechałby każdego z powyższych działań wykazałby się swego rodzaju niedbalstwem. Osoba zachowująca należyta staranność to taka, która podjęłaby kroki mające ustalić wiarygodność kontrahenta, np. sprawdziłaby jego dane w KRS, a w przypadku uznania ich za wiarygodne – poprzestałaby na tym.

Niektórzy postulują<sup>8</sup>, aby w pewnych sytuacjach odejść od wyżej opisanej przeciętnej staranności w kierunku podwyższenia standardów. Kodeks cywilny w art. 355 § 2 wskazuje jako miernik staranności „zawodowy charakter” danej działalności, co prowadzi do zaostrzenia kryteriów należytej staranności. Jeżeli w danej branży transakcje wymagają szczególnych kwalifikacji, jest to działalność regulowana koncesjami, wykonanie usługi wiąże się ze szcze-

<sup>7</sup> M. Sośniak, *„Należyta staranność”*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1980, s. 126–127.

<sup>8</sup> Tamże, s. 170–171.

gólnym ryzykiem lub specjalnym wynagrodzeniem – wówczas można od przedsiębiorcy wymagać relatywnie ponadprzeciętnej staranności. Z powyższą tezą koresponduje cytowany już wyrok w sprawach Mahagében i Dávid. Zgodnie z nim, określenie działań jakich podjęcia w konkretnym przypadku można w sposób uzasadniony oczekiwać od podatnika zależy od okoliczności rozpatrywanego przypadku<sup>9</sup>. To okoliczności danego stanu faktycznego, osadzonego w realiach stosunków gospodarczych konkretnego rodzaju, wytyczają wzorzec zachowania który już nie jest całkowicie uniwersalny lecz wyspecjalizowany branżowo.

Pracę organów skarbowych ułatwia odgórne tworzenie szczególnych modeli należytej staranności. Ich istnienie przewiduje ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, która w art. 2 pkt 5 przewiduje tworzenie kodeksów dobrych praktyk, będących zbiorami zasad postępowania, norm etycznych i zawodowych dla przedsiębiorców, którzy zobowiązali się do ich przestrzegania w odniesieniu do praktyk rynkowych. Na tej podstawie Izba Gospodarcza Metali Nieżelaznych i Recyklingu wprowadziła „Kodeks Dobrych Praktyk w handlu złomem” zalecający przedsiębiorcom skupującym złom uprzednią weryfikację dostawcy poprzez sprawdzenie jego dokumentów, zapisanie numeru rejestracyjnego samochodu którym przywiózł złom, a w niektórych przypadkach nagrywanie transakcji na wideo<sup>10</sup>. Osoba spełniająca wymogi tego kodeksu może być spokojna o niezakwestionowanie jej należytej staranności i uznanie prawa do odliczenia podatku VAT nawet w razie wykrycia nieprawidłowości po stronie kontrahenta.

Powyższe rozważania prowadzą do uznania istnienia „przeciętnych” i „ponadprzeciętnych” wymogów badania wiarygodności dostawcy w zależności od gałęzi handlu. Dopuszczalne jest także konkurencyjne spojrzenie<sup>11</sup>, w świetle którego z powodu rozwoju gospodarki i nauki każda działalność produkcyjna czy usługowa wymaga profesjonalizacji i specjalnej wiedzy. Dlatego w przypadku obrotu szczególnymi towarami, np. paliwem, nie powinno mówić się o „podwyższeniu” wymogów staranności lecz o ich „dostosowaniu” do okoliczności. Należyta staranność to staranność dostosowana do wykształconych w obrocie zasad etycznych i zawodowych, odmiennych dla każdej branży.

#### 4. Należyta staranność w orzecznictwie podatkowym

Wyrok w sprawach Mahagében i Dávid ma znaczący wpływ na polskie orzecznictwo. Na uwagę powinien zwrócić fakt, iż od dnia wydania wyroku

<sup>9</sup> Wyrok TS UE w sprawach Mahagében i Dávid, pkt 59.

<sup>10</sup> Artykuł dostępny w Internecie: [http://hutnictwo.wnp.pl/recyklerzy-z-kodeksem-dobrych-praktyk-by-uzdrowic-branze,170772\\_1\\_0\\_0.html](http://hutnictwo.wnp.pl/recyklerzy-z-kodeksem-dobrych-praktyk-by-uzdrowic-branze,170772_1_0_0.html).

<sup>11</sup> M. Sośniak, „Należyta staranność”, s. 189–190.

21 czerwca 2012 r. do końca 2012 r. sądy administracyjne wydały aż 102 orzeczenia<sup>12</sup> odnoszące się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE. Sądy coraz bliżej przyglądają się kwestii zachowania należytej staranności w weryfikacji wiarygodności kontrahentów, przez co kształtują kryteria miernika staranności.

Już 26 czerwca 2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny uchylił wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie, który badał sprawę odliczenia podatku VAT na podstawie nieprawidłowych transakcji sprzedaży złomu. Chociaż dany towar został dostarczony, nie dokonał tego podmiot wystawiający faktury lecz nieustalona, podszywająca się pod wystawcę osoba. WSA przyjął, że odbierający złom powinien był ustalić tożsamość dostawcy, tzn. wylegitymować go. Zaniechanie przekreśla jego dobrą wiarę i oznacza niezachowanie należytej staranności. NSA uchylając wyrok nie zgodził się, iż brak wylegitymowania kierowcy stanowił wystarczający dowód przestępczego porozumienia. Ustalono, że podatnik dokonywał szczegółowej procedury odbioru towaru, podczas której dostawca podpisywał protokół, a odbiorca nie musiał podejrzewać, że ma do czynienia z oszustem. Ponadto, poza fakturami VAT transakcje dokumentowane były dokumentami PZ, zapisami w zeszycie przyjęcia złomu, dowodami płatności (gotówkowej i bezgotówkowej). Prawidłowe było także zachowanie podatnika przed zawarciem umowy zakupu złomu, ponieważ sprawdził dokumenty rejestracyjne kontrahenta (zaświadczenie o nadaniu numeru REGON, decyzję o nadaniu NIP, potwierdzenie rejestracji jako podatnika VAT). Całość powyższego zachowania nie przekreśla dobrej woli przedsiębiorcy. Organy podatkowe nie zaprzeczyły istnieniu transakcji, nie udowodniły istnienia przestępczego porozumienia oraz nie wykazały niezachowania należytej staranności po stronie odliczającego podatek VAT. Z uwagi na powyższe uchylono wyrok WSA w Krakowie i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania<sup>13</sup>.

Chociaż dotychczasowe rozważania odbywają się na gruncie podatku VAT, nie ulega wątpliwości, że domniemanie dobrej wiary podatnika obowiązuje także w razie rozliczenia podatku dochodowego od osób fizycznych. Zostało to wyraźnie podkreślone w wyroku WSA w Łodzi z 12 września 2012 r. (sygn. akt I SA/Łd 686/12) dotyczącym podatniczki prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie usług transportowych i handlu opalem. Podatniczka do kosztów uzyskania przychodu zaliczyła koszt zakupu oleju napędowego, którego rzeczywistym sprzedawcą był inny podmiot niż wystawiający fakturę. Nie ulega wątpliwości, że olej został zakupiony, a jedyną nieprawidłowością jest nierzetelna dokumentacja. Zdaniem sądu, samo ujawnienie wadliwości faktury nie daje automatycznie podstaw do eliminacji określonego wydatku

<sup>12</sup> Na podstawie Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych zamieszczonej pod adresem: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, [Dostęp z dnia 5 stycznia 2013 r.].

<sup>13</sup> Wyrok NSA z 26 czerwca 2012 r., I FSK 1200/11.

jako kosztu uzyskania przychodu. Zakwestionowanie takiego wydatku wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego co do faktu wystąpienia zdarzenia gospodarczego oraz przyczyn wadliwości dokumentu. Zgodnie z art. 122 Ordynacji podatkowej, w postępowaniu podatkowym obowiązuje zasada prawdy obiektywnej, a nie prawdy formalnej. Zignorowanie ustalenia, że do konkretnego zdarzenia gospodarczego (zakupu oleju) rzeczywiście doszło, byłoby naruszeniem tej zasady oraz zasady zaufania do organów podatkowych. Sąd odniósł się także do wyroku w sprawach Mahagében i Dávid uznając, iż organy podatkowe nie udowodniły, że podatniczka wiedziała lub zachowując należyłą staranność powinna była wiedzieć o nieprawidłowości po stronie dostawcy oleju<sup>14</sup>.

Powyższe orzeczenia spotkało się z akceptacją w doktrynie<sup>15</sup>, ponieważ prawidłowo dojrzano korelację pomiędzy podatkiem PIT i VAT, oraz przekrojowo i kompleksowo przeanalizowano to zagadnienie. WSA w Łodzi słusznie uznał, że podatkowo istotne jest czy do transakcji rzeczywiście doszło w sensie przedmiotowym (czy towary dostarczono), a nie podmiotowym (kto był rzeczywistym dostawcą).

Zasięgnięcie informacji nt. kontrahenta przed zawarciem transakcji stanowi kluczowe kryterium ustalania zachowania należytej staranności w kontaktach z wystawcą faktury. W razie handlu paliwami konieczne jest sprawdzenie posiadania koncesji na ich obrót. Zgodnie z art. 31 ust. 1 pkt 4 Prawa energetycznego, koncesja na obrót paliwami i energią jest niemal zawsze obligatoryjna. Dlatego w razie zakupu paliwa od osoby jej nieposiadającej, przekreślona zostaje dobra wiara podatnika i nie przysługuje prawo do odliczenia podatku VAT<sup>16</sup>.

Sądy mają także prawo stosowania własnego doświadczenia życiowego jako miernika staranności w relacjach biznesowych. Za niezgodne z doświadczeniem życiowym uznano proponowanie sprzedaży złomu małemu przedsiębiorcy przez dyrektora handlowego spółki akcyjnej notowanej na giełdzie w drodze telefonicznej rozmowy. Ponadto dostawa złomu czyniona była w pośpiechu i o późnej porze, a drukowanie, stemplowanie i podpisywanie faktur miało miejsce na placu rozładunkowym. Co więcej, zapłaty (jednorazowo nawet kilkaset tysięcy złotych) dokonywano w gotówce. W opisywanej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny oddalił kasację podmiotu domagającego się prawa do odliczenia podatku VAT ze względu na rażący brak zachowania należytej staranności w odbiorze towaru<sup>17</sup>.

Zachowanie należytej staranności to także pełna wiedza co do szczegółów transakcji. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy badał sprawę

<sup>14</sup> Wyrok WSA w Łodzi z 12 września 2012 r., I SA/Łd 686/12.

<sup>15</sup> W. Varga, *Glosa do wyroku WSA z dnia 12 września 2012 r., I SA/Łd 686/12*, System Informatyki Prawnej LEX.

<sup>16</sup> Wyrok NSA z 19 października 2012 r., I FSK 2022/11.

<sup>17</sup> Wyrok NSA z 26 czerwca 2012 r., I FSK 1636/11.

rzekomego zakupu granulatu srebra i niesortowanej miedzi będącego podstawą odliczenia podatku VAT. W toku postępowania podatkowego wynikło, że podatniczka nie знаła osób, które przekazywały jej faktury dokumentujące dostawę. Płaciła gotówką za towar, którego nie ważyła, osobom, których nazwisk nie pamiętała. Nie pamiętała też nazwisk osób, które przywoziły jej towar. Trudno prowadzić działalność handlową, gdy w ogóle nie zna się swoich kontrahentów. Strona nie podjęła żadnych działań w celu upewnienia się co do wiarygodności swoich dostawców, co bezsprzecznie świadczy o braku jej przezorności. Najprawdopodobniej nie doszło do żadnego obrotu towarowego, a wystawione faktury były „puste”<sup>18</sup>.

Wadliwość faktury VAT ze względu na odzwierciedlenie fikcyjnych transakcji czyni bezprzedmiotowym i zbędnym – z powodów logicznych – jakkolwiek analizę okoliczności dobrej wiary czy też zachowania należytej staranności. Niewykonanie usługi lub niedostarczenie towaru nigdy nie może być „nagrodzone” prawem do odliczenia podatku od towarów i usług<sup>19</sup>.

## 5. Konkluzje

Zgodnie z prawem unijnym, podatnik może być pozbawiony prawa do odliczenia podatku VAT jedynie w dwóch sytuacjach:

- a) gdy wiedział, że uczestniczy w oszustwie,
- b) gdy powinien był wiedzieć, że uczestniczy w oszustwie.

Jeżeli osoba zachowała należyłą staranność w relacjach z kontrahentem, to nie można jej zarzucić, że powinna była domyślić się istnienia nieprawidłowości. To na organach podatkowych spoczywa ciężar dowodu wykazania niezachowania należytej staranności. Podatnik nie musi wykazywać dowodów swej niewinności.

Dotychczasowe orzecznictwo ukształtowało następujące wymogi zachowania należytej staranności:

- ustalenie istnienia kontrahenta w Krajowym Rejestrze Sądowym,
- ustalenie posiadania koncesji (w razie działalności koncesjonowanej),
- szczegółowe protokołowanie odbioru towaru,
- posiadanie pełnej dokumentacji transakcji (faktury VAT, dowody płatności),
- znajomość personaliów kontrahentów.

Z kolei poza zakres zachowania należytej staranności wykracza:

- ustalenie czy kontrahent jest podatnikiem,
- ustalenie czy kontrahent dysponuje towarami będącymi przedmiotem transakcji i czy jest w stanie je dostarczyć,

<sup>18</sup> Wyrok WSA w Bydgoszczy z 11 września 2012 r., SA/Bd 446/12.

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 15 października 2012 r., III SA/Wa 3135/11.

- ustalenie czy kontrahent wywiązuje się z obowiązku złożenia deklaracji i zapłaty podatku VAT.

Powyższe kryteria miernika staranności będą rozbudowywane i uszczegóławiane wraz ze wzrostem liczby orzeczeń na ten temat. Podatnicy będący nieświadomymi uczestnikami „karuzeli podatkowych” lub innych nieprawidłowości mogą spać spokojnie. Od czasu wydania wyroku w sprawach Mahagében i Dávid uzyskali świetne narzędzie do egzekwowania prawa do odliczenia podatku VAT. Jak dobrze będą z niego korzystali – odpowiedź poznamy w przyszłości.

### STRESZCZENIE

Autor prezentuje praktyczne konsekwencje wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach Mahagében i Dávid. Sprawa dotyczy prawa do odliczenia podatku VAT wobec podatników, którzy nie wiedzieli o nieprawidłowościach popełnionych przez swoich kontrahentów. Prawo do odliczenia pozostaje, jeżeli przedsiębiorca zachował należyłą staranność w relacjach z dostawcą towarów. Podjęto próbę teoretycznego oraz praktycznego ustalenia czym jest „należyta staranność” w świetle prawa podatkowego. Autor analizuje najnowsze orzecznictwo dotyczące prawa do odliczenia podatku VAT oraz ustala kryteria zachowania należytej staranności.

### SUMMARY

#### **The exercise of a due diligence as a premise of the right to deduction VAT. (CJ EU judgment in Mahagében and Dávid cases)**

The author presents the practical implications of the Court of Justice of the European Union judgment in Mahagében and Dávid cases. The case concerns the right to deduction VAT to taxpayers who did not know about the irregularities committed by its contractors. The right to deduction is, if the entrepreneur exercised a due diligence in the relationship with the supplier of the goods. It is made an attempt of theoretical and practical determination what a „due diligence” is in review of the tax law. The author analyzes the latest jurisdiction of the right to deduction VAT and establishes criteria for the exercise of a due diligence.

TOMASZ MOLL

## Pojęcie strony w świetle art. 28 k.p.a.

### 1. Podstawa prawna

Zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku kodeks postępowania administracyjnego<sup>1</sup>, stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek.

### 2. Koncepcje legitymacji procesowej strony

W literaturze prawa zostały przyjęte następujące koncepcje legitymacji procesowej strony.

Jak podkreśla się w doktrynie prawa „charakter legitymacji dotyczy odpowiedzi na pytanie, kto i kiedy jest władny stwierdzać istnienie lub nieistnienie interesu prawnego lub obowiązku u podmiotu mającego być stroną w postępowaniu jurysdykcyjnym”<sup>2</sup>.

Zgodnie z koncepcją obiektywnego (materialnego) charakteru legitymacji procesowej strony uzależnia dopuszczenie określonego podmiotu do udziału w postępowaniu administracyjnym od uprzedniego stwierdzenie, iż podmiot ten ma interes prawny w danej sprawie, wynikający zasadniczo z prawa materialnego<sup>3</sup>. Dopiero uprzednie stwierdzenie istnienia interesu prawnego określonego podmiotu warunkuje jego udział w postępowaniu administracyjnym jako strony<sup>4</sup>. Do obowiązku organu przed wszczęciem postępowania admini-

<sup>1</sup> Dz. U. 2000, nr 98, poz. 1071 z późn. zm., zwana dalej k.p.a.

<sup>2</sup> A. Matan, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–103*, LEX, 2010, wyd. III, LEX 2010.

<sup>3</sup> P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 113.

<sup>4</sup> M. Szubiakowski [w:] M. Szubiakowski, M. Wierzbowski (red.), A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2006, s. 47.

stracyjnego na żądanie strony należy dokonanie oceny, czy w danym przypadku istnieje, czy też nie istnieje interes prawny; powoduje to niejako potrzebę prowadzenia „postępowania przed postępowaniem”<sup>5</sup>.

NSA w wyroku z dnia 15 maja 2012 roku<sup>6</sup>, podniósł, iż: „W świetle art. 28 k.p.a. interes prawny jest rozumiany jako prawo do konkretnego postępowania oraz musi mieć charakter osobisty, aktualny, konkretny i obiektywny, co pozwala na przyznanie przymiotu strony w danej sprawie. Stąd jest to tzw. obiektywna legitymacja procesowa wynikająca z uprzedniego ustalenia interesu prawnego opartego na prawie materialnym, który warunkuje udział danego podmiotu jako strony w danym postępowaniu administracyjnym (...)”.

W myśl koncepcji subiektywnego (procesowego, formalnego) charakteru legitymacji procesowej, zakładająca iż, podmiot zainteresowany – będący przekonany o posiadaniu interesu prawnego – poprzez wniesienie podania o wszczęcie postępowania do organu administracji publicznej, powoduje wszczęcie takiego postępowania; a więc niejako sam decyduje o udziale w charakterze strony, natomiast na organie ciąży obowiązek ustalenia czy istotnie interes taki występuje<sup>7</sup>. Pojęcie strony w art. 28 k.p.a. w sposób jasny gwarantuje osobom, które w ich mniemaniu mają nie zaspokojone roszczenie prawne, możliwość uzyskania ich zaspokojenia. Pojęcie strony ma charakter procesowy, nie kategorią prawa materialnego; stroną jest bowiem każdy, kto twierdzi wobec organu administracji publicznej, iż postępowanie dotyczy jego interesu prawnego lub obowiązku, albo kto żąda czynności organu, powołując się na istniejący, jego zdaniem, interes prawny lub obowiązek<sup>8</sup>.

Jak podkreśla Andrzej Wróbel pojęcie strony jest pojęciem procesowym. Przeciwwstawianie zatem strony w znaczeniu procesowym i strony w znaczeniu materialnym jest w tym jeszcze ogólnym znaczeniu niedopuszczalna. Redakcja art. 28 k.p.a. pozwala na wyodrębnienie legitymacji procesowej czynnej – stroną jest każdy, kto żąda czynności ze względu na swój interes prawny lub obowiązek – oraz – legitymacji procesowej biernej – stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie<sup>9</sup>.

Według Janusza Borkowskiego art. 28 k.p.a. zawiera dwie odrębne normy prawne zamieszczone w jednym przepisie, przy czym normy te są od siebie

<sup>5</sup> A. Matan, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–103*, LEX, 2010, wyd. III, LEX 2010; W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie*, 1962, s. 71.

<sup>6</sup> Wyrok NSA z dnia 15 maja 2012 roku, sygn. akt II OSK 351/2011, LexPolonica nr 3933155.

<sup>7</sup> P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 113; M. Szubiakowski [w:] M. Szubiakowski, M. Wierzbowski (red.), A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2006, s. 47.

<sup>8</sup> E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Warszawa 1970, s. 90.

<sup>9</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, LEX 2012.



niezależne. Owa niezależność polega na tym, iż zastosowanie jednej z nich wyłącza możliwość zastosowania drugiej<sup>10</sup>.

Postępowania administracyjne nie może być bowiem wszczęte jednocześnie i z urzędu i na wniosek strony. Zastosowanie każdej z tych norm powoduje ten skutek, że istnieje obowiązek przeprowadzenia postępowania administracyjnego jurysdykcyjnego i załatwienia sprawy co do jej istoty lub tylko zakończenia tego postępowania (...).<sup>11</sup>

Normę pierwszą tworzy część pierwsza przepisu art. 28 stanowiąca, że «stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie». Przesłanki jej zastosowania są następujące: a) na podstawie norm prawa ustrojowego i prawa materialnego jest w strukturze administracji publicznej organ, właściwy w sprawie indywidualnej; b) sprawa, pozostająca we właściwości tego organu, może być załatwiona przez wydanie decyzji administracyjnej; c) rozpoznanie i załatwienie sprawy przez wydanie decyzji może nastąpić w administracyjnym postępowaniu jurysdykcyjnym; d) istnieje podmiot, lub kilka podmiotów, nie podporządkowanych organowi administracyjnemu, mających zgodnie z przekonaniem organu swój interes prawny lub obowiązek, których będzie dotyczyło postępowanie.

Druga norma zawarta w przepisie art. 28 stanowi, że „stroną jest każdy (...), kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek”. Przesłanki zastosowania tej normy będą następujące: a) istnieje podmiot nie podporządkowany organowi administracyjnemu, który uznaje się za legitymowany do udziału w postępowaniu administracyjnym; b) podmiot ten ma – zgodnie z własną oceną stanu faktycznego i prawnego – interes prawny lub obowiązek, o których należy rozstrzygać przez wydanie decyzji administracyjnej; c) podmiot ten dokonuje czynności procesowej, mającej w jego przekonaniu spowodować wszczęcie postępowania, a czyni to wnosząc żądanie do tego organu administracyjnego, który uznaje za właściwy w swojej sprawie; d) czynność procesowa tego podmiotu – żądanie wszczęcia postępowania, będzie skuteczna wtedy, gdy można wstępnie wskazać przepis prawa materialnego, który dopuszcza istnienie takiego właśnie interesu prawnego lub obowiązku.<sup>12</sup>

Powyższe twierdzenie doznaje jednak krytyki, bowiem jak zauważył Wróbel: nie można podzielić poglądu, jakoby art. 28 k.p.a. zawiera dwie odrębne normy „od siebie niezależne, bo zastosowanie jednej z nich wyłącza zastosowanie drugiej”<sup>13</sup>. Powyższy przepis nie dotyczy sposobu wszczęcia postępowania administracyjnego i na jego podstawie nie można przyjmować, iż postępowanie administracyjne może toczyć się z urzędu lub na żądanie

<sup>10</sup> B. Adamiak, *Wadliwość decyzji administracyjnej*, Wrocław 1986, s. 88.

<sup>11</sup> J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 228.

<sup>12</sup> Tamże, s. 228–229.

<sup>13</sup> A. Wróbel, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, LEX 2012.

strony, co jednoznacznie wynika z art. 61 k.p.a. Przyjmując pogląd jakoby art. 28 k.p.a. zawiera dwie odrębne normy „od siebie niezależne, bo zastosowanie jednej z nich wyłącza zastosowanie drugiej” w razie wszczęcia postępowania na żądanie strony żaden inny podmiot nie mógłby uzyskać przymiotu strony w tym postępowaniu, chociażby dotyczyło ono jego interesu prawnego lub obowiązku, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 28 k.p.a. i rodziłoby skutek w postaci bezzasadnego ograniczenia praw tego podmiotu do rozpatrzenia jego sprawy w trybie postępowania administracyjnego<sup>14</sup>.

### 3. Postępowanie, w przypadku stwierdzenia braku statusu strony

W tym miejscu należy przytoczyć treść art. 61a k.p.a. dodanego przez art. 1 pkt 11 ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. zmieniającej nin. ustawę z dniem 11 kwietnia 2011 r.<sup>15</sup>, w myśl którego, gdy żądanie o którym mowa w art. 61 k.p.a. zostało wniesione przez osobę niebędącą stroną lub z innych uzasadnionych przyczyn postępowanie nie może być wszczęte, organ administracji publicznej wydaje postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania (§ 1). Na postanowienie, o którym mowa w § 1, służy zażalenie (§ 2).

Art. 61a k.p.a. obliguje zatem, organ administracji publicznej do którego zostało wniesione podanie, do ustalenia, przed wszczęciem postępowania, czy składający owo podanie jest stroną. W przypadku ustalenia przez organ, że podanie zostało wniesione przez podmiot niebędący stroną, stanowi podstawę do wydania postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania (por. art. 61a § 1 k.p.a.). Jeżeli organ stwierdzi w toku postępowania (po jego wszczęciu), iż podmiot, który wniósł podanie nie posiada przymiotu strony, wówczas powinien wydać decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części (por. art. art. 105 § 1 k.p.a.)<sup>16</sup>. Kodeks postępowania administracyjnego nie zawiera bowiem przepisu, który stwarza możliwość pozostawienia sprawy bez rozpoznania, w przypadku braku podstaw faktycznych i prawnych. Każde wszczęte postępowanie musi być zakończone wydaniem decyzji rozstrzygającej sprawę co do jej istoty w całości lub w części albo w inny sposób kończą sprawę w danej instancji (por. art. 104 § 2 k.p.a.).

Odmowa wszczęcia postępowania może nastąpić w przypadku wystąpienia niedopuszczalności postępowania z przyczyn podmiotowych (brak zdolności prawnej czy też oczywisty brak legitymacji po stronie wnioskodawcy)

<sup>14</sup> Tamże.

<sup>15</sup> Dz. U. 2011, nr 6, poz. 18.

<sup>16</sup> Art. 105 § 1 k.p.a. stanowi, iż gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe w całości albo w części, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania odpowiednio w całości albo w części.

bądź z przyczyn przedmiotowych (żądanie wydania aktu administracyjnego w sytuacji, gdy ustawa przewiduje czynność materialno-techniczną)<sup>17</sup>.

#### 4. Interes prawny

Strona jest kategorią prawa proceduralnego, natomiast interes prawny wynika w zasadzie wyłącznie z przepisów prawa materialnego<sup>18</sup>.

Istota interesu prawnego wynika z jego związku z konkretną normą prawa materialnego, na podstawie której w postępowaniu administracyjnym określony podmiot, w określonym stanie faktycznym, może domagać się konkretyzacji jego uprawnień lub obowiązków; jak również na tej samej zasadzie może żądać przeprowadzenia kontroli określonego aktu lub czynności w celu ochrony jego praw i obowiązków przed naruszeniami dokonаныmi tym aktem i doprowadzenia tego aktu do stanu zgodnego z prawem<sup>19</sup>.

Artykuł 28 kpa stanowi samoistnej normy prawnej, bowiem jest stosowany w związku z przepisami prawa materialnego, które dają podstawy do wyrowadzenia interesu prawnego, dając jednostce status strony postępowania<sup>20</sup>.

Kategoria interesu prawnego (tym bardziej obowiązku), na której zbudowane zostało pojęcie strony i na podstawie którego została przyznana pewnemu kręgowi podmiotów ochrona procesowa, należy do prawa materialnego jako wyrażenie „prawa do określonego postępowania”, prawo materialne decyduje o tym, kiedy dany interes prawny powstanie, czyli decyduje o tym, kiedy i komu przyznać prawo do postępowania, kiedy i komu przyznać ochronę w momencie, gdy to właśnie prawo materialne będzie konkretyzowane.<sup>21</sup>

NSA w wyroku z dnia 20 lipca 2012 roku<sup>22</sup> stwierdził, iż:

Zgodnie z art. 28 K.p.a. stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie, albo kto żąda czynności ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Interes prawny w rozumieniu tego przepisu ma charakter materialnoprawny. Mieć w postępowaniu administracyjnym interes prawny znaczy to samo, co ustalić przepis prawa materialnego powszechnie

<sup>17</sup> Postanowienie Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Gdańsku z dnia 26 czerwca 2012 roku, sygn. akt 5097/11, LexPolonica nr 3945415.

<sup>18</sup> L. Żukowski, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] L. Żukowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Ustawa o naczelnym sądzie administracyjnym*, LexPolonica 2012.

<sup>19</sup> Wyrok NSA z dnia 30 maja 2012 roku, sygn. akt II OSK 465/2011, LexPolonica nr 3933467.

<sup>20</sup> Wyrok NSA z dnia 17 kwietnia 2012 roku, sygn. akt II OSK 176/2011, LexPolonica nr 3921596.

<sup>21</sup> L. Żukowski, *Komentarz do art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] L. Żukowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Ustawa o naczelnym sądzie administracyjnym*, LexPolonica 2012.

<sup>22</sup> Wyrok NSA z dnia 20 lipca 2012 roku, sygn. akt I OSK 1153/2012, LexPolonica nr 3967376.

obowiązującego, na podstawie którego można żądać zaniechania lub ograniczenia czynności organu sprzecznych z potrzebami danego podmiotu – strony postępowania. Przyjmuje się, że podmiot ma interes prawny w konkretnym postępowaniu, jeżeli pomiędzy jego sytuacją prawną, a przedmiotem tego postępowania istnieje – uzasadnione treścią normy prawa materialnego – realne, rzeczywiste powiązanie, czyniące go bezpośrednio zainteresowanym w tym postępowaniu i w konsekwencji uprawnionym do udziału w nim w charakterze strony. Statusu strony nie może zatem uzyskać podmiot, który ma wyłącznie interes faktyczny w rozstrzygnięciu danej sprawy, niepoparty jednak żadnymi przepisami prawa, mogącymi stanowić podstawę skierowania żądania w zakresie podjęcia przez organ czynności w tej konkretnej sprawie.

Interes prawny może mieć swe źródło w normach materialnego prawa administracyjnego, finansowego, ubezpieczeń społecznych oraz prawa cywilnego, czy prawa pracy, jeżeli ustawa niektóre sprawy z tych dziedzin poddaje władczej ingerencji organów administracji publicznej<sup>23</sup>.

Immanentną (...) cechą strony postępowania jest posiadanie indywidualnego, konkretnego, aktualnego i obiektywnie sprawdzalnego interesu, którego istnienie znajduje potwierdzenie w okolicznościach faktycznych, będących przesłankami zastosowania przepisu prawa materialnego.<sup>24</sup>

Nie ma natomiast przymiotu strony osoba, która swój udział w postępowaniu administracyjnym opiera na potrzebie ochrony lub zaspokojenia interesu publicznego, bowiem tego rodzaju działania mogą być podejmowane w ramach instytucji skarg i wniosków<sup>25</sup>. Niemożliwym jest również przyznanie przymiotu strony w rozumieniu art. 28 k.p.a. osobie zmarłej<sup>26</sup>.

## 5. Udział jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym w charakterze strony

W świetle powyższych rozważań należy również odnieść się do kwestii udziału jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym w charakterze strony. Wydaje się, iż jednostki samorządu terytorialnego mogą być stronami w rozumieniu art. 28 k.p., w sytuacji gdy występują do organu administracji publicznej z podaniem ze względu na ich interes prawny bądź też gdy ich interesu prawnego lub obowiązku dotyczy prowadzone postępowanie administracyjne.

<sup>23</sup> Wyrok NSA z dnia 12 lipca 2012 roku, sygn. akt I OSK 1005/2011, LexPolonica nr 3967475.

<sup>24</sup> Wyrok NSA z dnia 5 lipca 2012 roku, sygn. akt II OSK 675/2011, LexPolonica nr 3960361.

<sup>25</sup> Wyrok NSA z dnia 27 września 1999 roku, sygn. akt IV SA 1285/98, Lex nr 47898.

<sup>26</sup> Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 30 maja 2011 roku, sygn. akt II SA/Rz 159/2011, LexPolonica nr 2573181.

Pewne wątpliwości zdają się być jednak związane z sytuacją, kiedy to prezydent miasta na prawach powiatu jest organem prowadzącym postępowanie w sprawie, w której stroną jest miasto na prawach powiatu (gmina). Takim przykładem służy art. 124 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami<sup>27</sup>, w myśl którego starosta wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej może ograniczyć w drodze decyzji sposób korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia z zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nie wyraża na to zgody. Decyzja o której mowa, może być wydana na wniosek organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego (art. 124 ust. 2 u.g.n.). W sytuacji, w której stroną postępowania jest gmina lub powiat, prezydent miasta na prawach powiatu sprawujący funkcję starosty podlega wyłączeniu na zasadach określonych w rozdziale 5 działu I k.p.a. (art. 124 ust. 8 u.g.n.). Innym przykładem aktu administracyjnego wydawanego przez organ powiatu na wniosek gminy jest art. 83 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody<sup>28</sup> w świetle którego, usunięcie drzew lub krzewów z terenu nieruchomości może nastąpić, po uzyskaniu zezwolenia wydanego przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta na wniosek: posiadacza nieruchomości – za zgodą właściciela tej nieruchomości; właściciela urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1 k.c. – jeżeli drzewa lub krzewy zagrażają funkcjonowaniu tych urządzeń. Jednakże czynność, o której mowa wyżej, w zakresie, w jakim wykonywana jest ona przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta, w odniesieniu do nieruchomości będących własnością gminy, wykonuje starosta (por. art. 90 u.o.p.). Analizując przedstawione wyżej przepisy, można zauważyć, iż w pierwszym przykładzie ustawodawca przyjął koncepcję wyłączenia prezydenta miasta na prawach powiatu sprawującego funkcję starosty, w sytuacji, w której stroną postępowania jest gmina lub powiat. W drugim przypadku natomiast, ustawodawca nie uregulował postępowania w odniesieniu do miasta na prawach powiatu. Powstaje zatem pytanie, czy prezydent miasta na prawach powiatu wydaje zezwolenie na usunięcie drzew lub krzewów w mieście, w którym pełni funkcję organu wykonawczego? W takim przypadku w grę zdają się wchodzić trzy możliwości:

- 1) prezydent miasta na prawach powiatu wydaje decyzję w sprawie gminy (miasta) której jest organem,
- 2) prezydent miasta na prawach powiatu występuje z wnioskiem do starosty sąsiedniego powiatu,

<sup>27</sup> Dz. U. 2010, Nr 102, poz. 651 z późn. zm., zwana dalej u.g.n.

<sup>28</sup> Dz. U. 2009, Nr 151, poz. 1220 z późn. zm., zwana dalej u.o.p.

- 3) prezydent miasta na prawach powiatu podlega wyłączeniu w myśl art. 24 § 1 pkt 1 k.p.a., a sprawę załatwia organ wyższego stopnia<sup>29</sup>.

Przełęcz orzecznictwa sądów administracyjnych, nie pozwala postawić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, który z zaproponowanych powyżej wariantów zdaje się mieć zastosowanie do prezydenta miasta na prawach powiatu? W wyroku NSA z dnia 8 października 2007 roku<sup>30</sup>, czytamy, iż:

W sprawach o zwrot wywłaszczonych nieruchomości organem właściwym do prowadzenia postępowania jest – zgodnie z art. 142 u.g.n. – starosta. W niektórych miastach prezydent miasta będący organem gminy wykonuje również zadania starosty na podstawie art. 92 u.s.p. w związku z art. 39 ust. 1 u.s.g. Skoro gmina jest stroną w sprawie o zwrot nieruchomości, to nie może być pozbawiona tego statusu dlatego, że prezydent miasta będący jednocześnie starostą w znaczeniu funkcjonalnym, staje się organem prowadzącym postępowanie w sprawie.

Inny wniosek wypływa natomiast z wyroku WSA z dnia 29 października 2008 roku<sup>31</sup>:

1. Pozostawanie ze stroną – gminą w stosunku zatrudnienia, a ponadto sprawowanie funkcji organu wykonawczego gminy i pełnienie funkcji jego ustawowego przedstawiciela, można uznać za pozostawanie ze stroną w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy może mieć chociażby pośredni wpływ na prawa i obowiązki wójta. Wójt nie może jednocześnie występować w imieniu gminy jako strona w tej sprawie i jako organ rozpoznający sprawę.
2. Wyłącznie osoby wójta od udziału w postępowaniu czyni organ wykonawczy gminy niewładny do działania. Jako organ administracji publicznej staje się on niezdolny do załatwienia sprawy (art. 26 k.p.a.). W takim przypadku ma odpowiednie zastosowanie art. 26 § 2 k.p.a.

Jak stwierdził WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 2 października 2008 roku<sup>32</sup>:

1. W sytuacji, gdy ustawa powierza organowi jednostki samorządu terytorialnego rolę organu administracji publicznej, reprezentuje on interes tej jednostki w formach właściwych dla organu prowadzącego postępowanie. 2. Powierzenie organowi jednostki samorządu terytorialnego właściwości do orzekania w sprawie indywidualnej w formie decyzji administracyjnej, niezależnie od tego, czy nastąpiło to na mocy ustawy, czy też w drodze porozumienia, wyłącza możliwość dochodzenia przez tę jednostkę jej interesu prawnego w trybie postępowania administracyjnego, czy też sądowno-administracyjnego.

<sup>29</sup> T. Moll, *Zadania miasta na prawach powiatu*, [w:] *Przełęcz Prawa Publicznego* nr 12, grudzień 2011, s. 85.

<sup>30</sup> Wyrok NSA z dnia 8 października 2007 roku, sygn. akt. I OSK 529/07, Lex nr 440647.

<sup>31</sup> Wyrok WSA Łodzi z dnia 29 października 2008 roku, sygn. akt. III SA/Łd 301/08, Lex nr 516000.

<sup>32</sup> Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 2 października 2008 roku, sygn. akt. II SA/Gd 344/08, Lex nr 499833.

## 6. Uwagi końcowe

Dokonując rekapitulacji powyższych rozważań, można wysunąć następujące wnioski:

1. Pojęcie strony jest kategorią prawa proceduralnego, natomiast interes prawny wynika w zasadzie wyłącznie z przepisów prawa materialnego administracyjnego, finansowego, ubezpieczeń społecznych, prawa cywilnego, prawa pracy, jeżeli tylko w mocy ustawy sprawy należące do tych dziedzin poddane są władczej ingerencji organów administracji publicznej.
2. Postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu (art. art. 61 § 1 k.p.a.). O wszczęciu postępowania z urzędu lub na żądanie jednej ze stron należy zawiadomić wszystkie osoby będące stronami w sprawie (art. 61 § 4 k.p.a.). Obowiązkiem organu administracji publicznej, jest zatem w przypadku wniesienia podania przez podmiot, ustalenie w myśl art. 61a k.p.a. obliuguje przed wszczęciem postępowania, czy składający owo podanie jest stroną. W przypadku stwierdzenia przez organ, że podanie zostało wniesione przez podmiot niebędący stroną, powinno zostać wydane postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania. Jeżeli organ stwierdzi dopiero w toku postępowania, iż podmiot, który wniósł podanie nie posiada przymiotu strony, wówczas powinien wydać decyzję o umorzeniu postępowania (por. art. art. 105 § 1 k.p.a.). W przypadku natomiast wszczęcia postępowania z urzędu obowiązkiem organu jest, przed dokonaniem jakiegokolwiek czynności wobec podmiotu, ustalenie czy istotnie przysługuje mu status strony w tym postępowaniu.
3. Art. 28 k.p.a. ma zastosowanie również wówczas, gdy przepisy szczególne wykluczają lub wskazują na posiadanie interesu prawnego w sprawach danego rodzaju przez określone podmioty, bowiem pozwala posiłkowo ustalić się interes prawny podmiotów wskazanych w przepisach szczególnych<sup>33</sup>.

Przymiot strony w sprawach o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach mają podmioty posiadające tytuł prawny do nieruchomości położonych w bezpośrednim sąsiedztwie zamierzonego przedsięwzięcia, a oprócz tego inne podmioty, jeżeli ich nieruchomości mieszczą się w zasięgu planowanego przedsięwzięcia, przy czym pojęcie oddziaływania musi być rozumiane jako wpływ na środowisko przyrodnicze, jak i na nieruchomości sąsiednie w szerokim znaczeniu sąsiedztwa. W pojęciu tym mieści się zatem rzeczywisty wpływ zarówno na korzystanie z innych nieruchomości, jak i na wartości prawnie chronione np. środowisko.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 3 kwietnia 2012 roku, sygn. akt II SA/Ol 110/12, LEX nr 1138651.

<sup>34</sup> Wyrok WSA w Krakowie z dnia 20 marca 2012 roku, sygn. akt II SA/Kr 1932/11 LEX nr 1138582.

4. Jednostki samorządu terytorialnego mogą być stronami w rozumieniu art. 28 k.p., w sytuacji gdy występują do organu administracji publicznej z podaniem ze względu na ich interes prawny bądź też gdy ich interesu prawnego lub obowiązku dotyczy prowadzone postępowanie administracyjne.

## STRESZCZENIE

Niniejszy tekst dotyczy art. 28 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku kodeks postępowania administracyjnego, zgodnie z którym stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Pojęcie strony jest kategorią prawa proceduralnego, natomiast interes prawny wynika w zasadzie wyłącznie z przepisów prawa materialnego administracyjnego, finansowego, ubezpieczeń społecznych, prawa cywilnego, prawa pracy, jeżeli tylko z mocy ustawy sprawy należące do tych dziedzin poddane są władczej ingerencji organów administracji publicznej. Obejmuje analizę koncepcji obiektywnego (materialnego) charakteru legitymacji procesowej strony a także koncepcję subiektywnego (procesowego, formalnego) charakteru legitymacji procesowej strony. Uwypuklona została także problematyka postępowania organu, w przypadku stwierdzenia braku statusu strony, Omówiony został również interes prawny, a także problematyka udziału jednostek samorządu terytorialnego w postępowaniu administracyjnym w charakterze strony, w sytuacji gdy występują do organu administracji publicznej z podaniem ze względu na ich interes prawny bądź też gdy ich interesu prawnego lub obowiązku dotyczy prowadzone postępowanie administracyjne.

## SUMMARY

### **The concept of being a part in the light of article 28 of the Code of Administrative Procedure**

This text relates to Article 28 of the Act of June 14, 1960 – Code of Administrative Proceeding, pursuant to which everybody consists a party, and whose legal interest or obligation is the proceeding, or who demands the organ's actions due to his/her legal interest or legal obligation. The notion of a "party" consists a category of procedural legislation, however



“legal interest” generally results only from the regulations of the substantive administrative law, as well the financial, social security, civil and labor law, providing that only by virtue of the act – the issues included within these fields are submitted to the binding nature of the public administration bodies. It includes the analysis of a concept of the objective (substantive) nature of a lawsuit right due to a party, as well as the concept of the subjective (proceeding, formal) nature of the lawsuit right of a given party. Also, there has been highlighted the issue of an organ proceeding in case of finding a lack of a party’s status. The legal interest has been also discussed, as well as the issue of participation of territorial self-government units in the administrative proceedings as a party, in the situation when they are turning to a public administration organ with a request due to their legal interest or when an administrative proceeding being conducted – is related to their legal obligation or interest.

ADAM GOŁUCH

## **Rozwój relacji prawnych zachodzących między administracją rządową zespoloną w terenie a jednostkami samorządu terytorialnego, ukształtowanych w latach 1990–1998**

W wyniku zmian ustrojowych w Polsce z przełomu lat dziewięćdziesiątych, ówczesna terenowa administracja państwowa uległa zasadniczej przebudowie, głównie w związku z restytuowaniem samorządu terytorialnego, co spowodowało między innymi wzrastające zainteresowanie doktryny administracyjnej problematyką relacji prawnych zachodzących na wielu płaszczyznach między państwowymi jednostkami organizacyjnymi z jednej strony a jednostkami organizacyjnymi samorządu terytorialnego z drugiej strony.<sup>1</sup>

Spory upływ czasu od momentu przeprowadzenia wspomnianej przebudowy ówczesnej administracji państwowej, skłania do refleksji i oceny stworzonego i funkcjonującego obecnie modelu administracji publicznej w terenie wraz z niezwykle rozbudowanym zbiorem relacji prawnych zachodzących między administracją rządową zespoloną w terenie a jednostkami samorządu terytorialnego. Bowiern współcześnie możemy zaobserwować pewne dysfunkcje w stworzonym wówczas modelu administracji publicznej.

Pojęcie samorządu w rozumieniu nowożytnym ukształtowało się na przełomie XVIII i XIX wieku, które również w tym okresie znalazło swój instytucjonalny wymiar, zdaniem Huberta Izdebskiego oznaczało:

samodzielne i zasadniczo niezależne zawiadywanie przez grupy obywateli swoimi sprawami zawiadywanie, które polega na wykonywaniu funkcji ad-

---

<sup>1</sup> M. Kulesza, *Niektóre zagadnienia prawne samorządu terytorialnego*, P i P z. 1/1990, s. 26 i nast.; Z. Niewiadomski, *Organizacja samorządu terytorialnego*, [w:] *Prawo samorządu terytorialnego*, z. 4. Katowice 1992, s. 1 i nast.; E. Smoktunowicz, *Prawo zrzeszenia się w Polsce*, Warszawa 1992, s. 221 i nast.

ministracji publicznej (...). Tak rozumiany samorząd dzielono w klasycznej teorii na zakładowy i korporacyjny. Grupa obywateli, stanowiąca podstawę samorządu zakładowego nie była związana osobnym stosunkiem członkowskim. Punktem wyjścia tego typu samorządu było istnienie materialnych bądź finansowych środków, służących działalności o określonym celu, podejmowanej w instytucjonalnych ramach zakładu.

Przykładem samorządu zakładowego może być samorząd uniwersytecki. Punktem wyjścia samorządu korporacyjnego było z kolei członkostwo określonej korporacji, związku obywateli. W odniesieniu od dobrowolnych stowarzyszeń było to członkostwo przymusowe. Obywatel stawał się członkiem związku samorządowego automatycznie z mocy prawa, gdy spełniał określone przez prawo warunki np. wykonywał określony zawód czy też zamieszkiwał na określonym obszarze. Jedną z cech samorządu korporacyjnego była jego podmiotowość publicznoprawna, przejawiająca się także w odrębnym prawie własności. Samorząd korporacyjny, któremu przypadła nieporównywalnie większa rola niż samorządowi zakładowemu, dzielono z kolei na terytorialny i specjalny. Samorząd terytorialny miał charakter powszechny, obejmował bowiem wszystkich obywateli zamieszkałych na terenie określonej jednostki podziału terytorialno-administracyjnego.

Natomiast samorząd specjalny obejmował osoby czynne w danej gałęzi gospodarki (samorząd gospodarczy, przemysłowo-handlowy, rolniczy, rzemieślniczy) bądź wykonujące określony zawód (samorząd zawodowy lekarski, adwokacki itp.). Największe znaczenie miał samorząd terytorialny zwany też powszechnym; skupiał on bowiem wszystkich obywateli.<sup>2</sup>

Według Danuty Janickiej początków samorządu terytorialnego w Europie można się dopatrywać już w okresie średniowiecza w gminach wiejskich i miejskich zarządzających się samodzielnie. Jednakże mając na uwadze długą tradycję samorządu terytorialnego w Europie należy pamiętać, że w państwach nowożytnych Europy samorząd terytorialny był urządzany celowo przez państwa z wieloma odrębnościami ustrojowymi i charakteryzujący się tzw. „niecentralizacją”, udziałem obywateli w rządzeniu, niższymi kosztami w porównaniu z administracją państwową. Władze samorządu terytorialnego wylanianie są w drodze wyborów a nie z nominacji, kolegialne organy wykonawcze, odciążają władze centralne od wykonywania zadań lokalnych<sup>3</sup>.

Z kolei Władysław Leopold Jaworski przedstawiając różnicę w poglądach na istotę samorządu twierdzi, że trzy główne przyczyny spowodowały ten stan rzeczy tj.:

1. samorząd jako środek walki obywateli z absolutystycznym państwem,
2. samorząd jako miejsce sporów różnych narodowości, zamieszkujących to samo państwo,

<sup>2</sup> H. Izdebski, *Historia administracji*, Warszawa 1984, s. 101–102.

<sup>3</sup> D. Janicka, *Ustrój administracji w nowożytnej Europie*, Toruń 2002, s. 113 i nast.

3. samorząd jako miejsce uzewnętrznienia demokratyzacji społeczeństwa,
4. w zależności, która z podanych przyczyn dominuje w danym miejscu i czasie, to przesądza o konstrukcji prawnej samorządu<sup>4</sup>.

Według Feliksa Konecznego podział zadań między samorządem terytorialnym a administracją państwową winien być tak kształtowany by jak najwięcej spraw publicznych załatwiać w samorządach a państwo powinno się tym zajmować czego samorząd terytorialny nie potrafiłby realizować.<sup>5</sup> Warto tutaj wspomnieć, iż ten postulat był jedną z głównych zasad wprowadzonych do podziału zadań między administracją rządową a samorządem terytorialnym w rozwiązaniach przyjętych w ramach reformy administracji z 1998 roku.

Jednym z najbardziej interesujących poglądów co do samorządu terytorialnego w polskiej literaturze administracyjnej jest pogląd Tadeusza Bigo, który zakładał w odróżnieniu od innych autorów<sup>6</sup>, iż samorząd jest jednym z typów decentralizacji zaś samo pojęcie decentralizacji jest pojęciem szerszym od pojęcia samorząd i jest pojęciem nadrzędnym<sup>7</sup>. Ponadto wspomniany autor poddał wnikliwej analizie stosunek zachodzący między pojęciami: samorząd a związek publicznoprawny. Otóż zdaniem autora związki publicznoprawne wyposażone są we władztwo administracyjne i tym samym są częścią administracji publicznej. Natomiast samorząd jest zdecentralizowaną administracją wykonywaną przez samodzielne związki. Czyli pojęcia związków samorządowych i związków publicznoprawnych pokrywają się i są też tożsame<sup>8</sup>.

Z kolei zdaniem Stanisława Kasznicy zorganizowanie administracji publicznej w oparciu o zasadę decentralizacji polega na tym, że obok głównego ośrodka wykonującego administrację istnieje jeszcze wiele innych ośrodków wykonujących administrację publiczną samodzielnie i są to między innymi związki publicznoprawne czyli samorzady, które często przeciwstawia się administracji rządowej, niesamodzielnej kierowanej instrukcjami i poleceniami, natomiast samorząd jest samodzielny i nie otrzymuje od administracji rządowej żadnych dyrektyw czy poleceń a podlega tylko jej nadzorowi<sup>9</sup>.

Należy przypomnieć że ziemie polskie w okresie zaborów w zależności od danego zaboru znały różne formy samorządu terytorialnego i tak w zaborze rosyjskim, gdzie był samorząd terytorialny najslabiej rozwinięty bowiem w granicach dawnego Królestwa Kongresowego istniał tylko na poziomie gminy wiejskiej. Natomiast na pozostałym obszarze ziem wschodnich, które następnie weszły w skład terytorium II Rzeczypospolitej istniał również samorząd miejski, powiatowy i gubernialny.

<sup>4</sup> W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego – zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 140.

<sup>5</sup> F. Koneczny, *Państwo i Prawo*, Kraków 1997, s. 173.

<sup>6</sup> Np.: J. Panjko [w:] *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*, Warszawa 1926, s. 96.

<sup>7</sup> T. Bigo, *Związki publicznoprawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 124.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 154.

<sup>9</sup> S. Kasznica, *Prawo administracyjne*, Poznań 1947, s. 63.

Natomiast w zaborze austriackim występował samorząd terytorialny trójstopniowy, gminny, wiejski i miejski, powiatowy i krajowy.

Zaś w zaborze pruskim występował również samorząd terytorialny trójstopniowy gminny, miejski, powiatowy oraz prowincjonalny<sup>10</sup>.

Odzyskanie niepodległości przez państwo polskie w 1918 roku spowodowało konieczność stworzenia polskiego systemu administracji publicznej, który był tworzony z uwzględnieniem niektórych zastanych konstrukcji ustrojowych państw zaborczych, zwłaszcza w zakresie samorządów terytorialnych gdzie z pewnymi modyfikacjami jak chociażby samorząd terytorialny na poziomie wojewódzkim na terenie byłego zaboru pruskiego przetrwał aż do końca II Rzeczypospolitej<sup>11</sup>.

O roli i znaczeniu samorządu terytorialnego w administracji publicznej II Rzeczypospolitej może świadczyć fakt wielu regulacji prawnych dotyczących tej materii w pierwszych latach II Rzeczypospolitej<sup>12</sup>. Jak również odpowiednie zapisy w Konstytucji z 1921 roku takie jak np. w art. 3, stanowiącym: „Rzeczypospolita Polska, opierając swój ustrój na zasadzie szerokiego samorządu terytorialnego, przekazuje przedstawicielstwu tego samorządu właściwy zakres ustawodawstwa, zwłaszcza z dziedzina administracji, kultury i gospodarstwa, który zostanie bliżej określony ustawami państwowymi”, czy w art. 70 Konstytucji, który określił ogólnie co do zasady relacje zachodzące między administracją rządową a samorządową w następujący sposób „Państwo będzie sprawowało nadzór nad działalnością samorządu przez wydziały samorządu wyższego stopnia, nadzór ten mogą jednak ustawy przekazać częściowo sądownictwu administracyjnemu.

Wypadki, o których uchwały organów samorządu wymagać będą wyjątkowo zatwierdzenia przez organy samorządu wyższego stopnia lub ministerstwa będą określone ustawami”<sup>13</sup>.

Również Konstytucja marcowa określiła następujące zasady odnoszące się do samorządu terytorialnego:

- 1) rodzaje jednostek samorządu terytorialnego – gminy miejskie i wiejskie, powiaty, województwa,
- 2) możliwość tworzenia związków samorządu terytorialnego w celu realizowania przypisanych zadań,
- 3) stanowienie w sprawach samorządu należy do wybieranych Rad,
- 4) kolegialne organy wykonawcze w skład, których wchodzi również przedstawiciele władz państwowych<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Szerzej, W. Kumaniecki, *Ustrój administracyjny w Encyklopedii Prawa obowiązującego w Polsce*, red. A. Peretiatkiewicz, Poznań 1923, s. 100 i nast.

<sup>11</sup> T. Hilarowicz, *Najwyższy Trybunał Administracyjny i jego kompetencje*, Warszawa 1925, s. 32 i nast.

<sup>12</sup> Zob. E. Smoktunowicz, *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1992, s. 28.

<sup>13</sup> Dz. U. R.P. Nr 44, poz. 267.

<sup>14</sup> Szerzej, B. Wasutyński, *Ustrój władz administracji państwowej i samorządowej, cz. I, z. 2*, [w:] *Encyklopedia Prawa obowiązującego w Polsce*, red. A. Peretiatkiewicz, Poznań 1929, s. 93 i nast.

Rozmaitość uregulowań prawnych dotyczących poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego w okresie II Rzeczypospolitej w pewnym stopniu ujednoliciła ustawa o częściowej zmianie samorządu terytorialnego z 23 marca 1933 r.<sup>15</sup>, która częściowo zunifikowała regulacje prawne w zakresie samorządu gminnego (miejskiego i wiejskiego) i samorządu powiatowego, nie dotyczyła zaś ona samorządu wojewódzkiego istotna była zwłaszcza w sferze relacji zachodzących między samorządem terytorialnym a administracją rządową, co zdaniem Jerzego Służewskiego zwiększyło zależność samorządu od organów rządowych na skutek rozszerzenia uprawnień nadzorczych starostów, wojewodów i Ministra Spraw Wewnętrznych.

W szczególności uprawnienia nadzorcze przypisane wojewodzie zwiększyły jego pozycję i rolę a nadzór ten był realizowany w następujących formach:

- a) inspekcje, które oprócz organów samorządu terytorialnego dotyczyły też innych jednostek samorządu terytorialnego np. przedsiębiorstwa samorządowe,
- b) zatwierdzanie uchwał organów samorządowych (głównie dotyczących najważniejszych spraw np. przepisów prawa miejscowego czy też zbywania i nabywania nieruchomości),
- c) rozwiązywanie organów stanowiących i wykonawczych gdy te np. narażały na szkodę interes społeczny czy naruszały powagę organów samorządowych itp.
- d) orzekanie o ważności uchwał samorządowych w sytuacjach zawieszenia z uwagi na sprzeczność z obowiązującymi przepisami prawa,
- e) zatwierdzenie wyboru członków organów zarządzających czy też powołanie w określonych sytuacjach tymczasowych organów zarządzających,
- f) sprawowanie funkcji dyscyplinarnych w stosunku do członków organu zarządzającego samorządu, zwiększono też nadzór wojewody nad zadaniami zleconymi wykonywanymi przez samorząd terytorialny<sup>16</sup>.

Natomiast Konstytucja z 23.03.1935<sup>17</sup> roku przyniosła zwiększenie centralizacji ustroju państwa i mimo istnienia samorządu terytorialnego zmniejszyło się jego znaczenie<sup>18</sup>.

Pomimo bowiem zapisów w rozdziale X Konstytucji jak chociażby w art. 72, który w ust. 2 stanowił, że

administrację państwową sprawuje:

- a) administracja rządowa,
- b) samorząd terytorialny,
- c) samorząd gospodarczy,

<sup>15</sup> Dz. U. nr 35/1933, poz. 294.

<sup>16</sup> J. Służewski, *Wojewoda w systemie administracji państwowej*, Warszawa 1981, s. 29 i nast.

<sup>17</sup> Dz. U. nr 30/1935, poz. 227.

<sup>18</sup> B. Dolnicki, *Organizacja i funkcjonowanie administracji terenowej*, Katowice 1989, s. 65 i nast.; J. Służewski, *Wojewoda...*, s. 30 i nast.

oraz art. 75, który stanowił:

- 1) Stosownie do podziału Państwa na obszary administracyjne powołuje się do urzeczywistniania zadań administracji państwowej w zakresie potrzeb miejscowych samorząd wojewódzki, powiatowy i gminny.
- 2) Samorządy mają prawo w zakresie ustawą oznaczonym wydawać dla swego obszaru normy obowiązujące, pod warunkiem zatwierdzenia tych norm przez powołaną do tego władzę nadzorczą,
- 3) Samorządy mają być łączone w związki dla wykonywania zadań szczególnych,
- 4) Ustawa może nadać związkom osobowość publicznoprawną,
- 5) Nadzór nad działalnością samorządu sprawuje Rząd przez swoje organa lub przez organa samorządu wyższego stopnia.

Faktycznie Konstytucja Kwietniowa wyrażała poglądy z końca lat trzydziestych wieku dwudziestego, dotyczące pozycji ustrojowej samorządu terytorialnego wraz z praktyką stosowania prawa, w praktyce osłabiły samodzielność samorządu terytorialnego, głównie poprzez wzmocnienie nadzoru administracji rządowej nad samorządem terytorialnym<sup>19</sup>. Lecz mimo wielu różnych zarzutów dotyczących ograniczonej roli samorządu terytorialnego w II Rzeczypospolitej warto tutaj przytoczyć opinię w tej kwestii Zygmunta Niewiadomskiego, który uważa, iż „(...) ówczesny model samorządu terytorialnego wyrastał z dorobku myśli i praktyki europejskiej, był oparty o klasyczne rozwiązania samorządowe. Stanowił pomost łączący ówczesną Polskę z Europą. Analizując szczegółowe rozwiązania ustroju ówczesnego samorządu nie sposób nie zauważyć wpływu zarówno francuskiej myśli samorządowej z okresu Wielkiej Rewolucji Francuskiej jak i pruskich reform z początku XIX wieku”.

Kierunek reform samorządowych obrany po odzyskaniu przez Polskę niepodległości był prawidłowy.

Na przeszkodzie jego kontynuacji stanęły burzliwe lata poprzedzające wybuch II wojny światowej<sup>20</sup>.

Podsumowując rozważania dotyczące relacji administracji rządowej do samorządu terytorialnego II Rzeczypospolitej można stwierdzić, iż przedmiotowe relacje były kształtowane prawnie w oparciu o zasadnicze priorytety ówczesnej państwowości to jest m.in. konieczność scalenia ziem wchodzących wcześniej w skład odmiennych organizmów państwowych oraz unifikowania różnych porządków prawnych, poprzez stworzenie silnie scentralizo-

<sup>19</sup> Szerzej, K.W. Kumaniecki, J.S. Langrod, W.S. Wachholtz, *Zarys ustroju postępowania i prawa administracyjnego w Polsce*, Kraków–Warszawa 1939, s. 37 i nast.

<sup>20</sup> Z. Niewiadomski, *Organizacja samorządu terytorialnego*, [w:] „Prawo Samorządu Terytorialnego” z. 4, Katowice 1990, s. 2.

wanej administracji rządowej, co niestety odbiło się osłabieniem podmiotów samorządowych<sup>21</sup>.

Konstytucja kwietniowa ograniczająca zakres zadań samorządu terytorialnego i zwiększająca nadzór nad nim ze strony administracji rządowej utrzymała model administracji dualistycznej czyli równocześnie funkcjonującej administracji rządowej z powszechnym samorządem terytorialnym na szczeblu gminy a nadzorem państwowym organu wyższego stopnia.

Ponadto samorząd terytorialny na szczeblu powiatowym i wojewódzkim występował w województwie wielkopolskim i pomorskim, gdzie odpowiednio był sprawowany nadzór przez organy rządowe oraz w województwie autonomicznym śląskim występowała odmienna sytuacja ustrojowa regulowana przez tzw. Statut organiczny z 15 lipca 1920 roku<sup>22</sup>.

Instytucję nadzoru nad samorządem terytorialnym wnikliwie i trafnie scharakteryzował T. Bigo twierdząc:

Gdy idzie o legalność działań organów samorządowych to władza nadzoru władną jest najczęściej wkroczyć z urzędu i akty nielegalne, a przynajmniej pewnej ich kategorii tj. tzw. bezwzględnie nieważne uchylić. Nie jest zatem władza ograniczona do kontroli wyłącznie w toku instancji. Co więcej, w pewnych wypadkach władza nadzorcza może wydawać zarządzenia (usunięcia względnie rozwiązania organów samorządowych kolegialnych) dla zabezpieczenia prawidłowego a nie tylko legalnego rozwoju działalności.

Czy tego typu interpretacja władzy nie oznacza wyłomu w zasadzie decentralizacji? Sądzę, że ona nie łamie samej zasady. Wyżej podkreśliłem już charakter nadzoru państwowego nad samorządem, wskazując na to, że jest to nadzór pozytywny. O tyle różni się on od zwykłego nadzoru policyjnego, który władze administracyjne roztaczają nad zrzeszeniami prywatnymi. Związki samorządowe bowiem są podmiotami pewnych obowiązków wobec państwa, państwo zatem nie może ograniczyć się jedynie do roli biernego kontrolera, który przeciwdziała wyłącznie naruszeniem porządku prawnego, musi stanowić takie pozytywne środki i czuwać nad tym, aby obowiązki były rzeczywiście wykonane. Stąd też władza nadzoru ma takie kompetencje, jak wpis do budżetu, zastępcze wykonanie tj. środki przymusu służące do wymuszenia obowiązków. Trzeba się jednak wystrzegać pomieszania pojęć; władza nadzorcza, stosująca wspomniane środki przymusowe nie działa w zastępstwie samego organu samorządowego, ona stosuje tylko sankcje przewidziane przez ustawę na wypadek niewypełniania obowiązków przez podmioty zobowiązane.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Por. A. Agopszowicz, Z. Gilowska, M. Taniewska-Peszko, *Prawo samorządu terytorialnego w zarysie*, Katowice 2001, s. 17 i nast.

<sup>22</sup> Dz. U. R.P. Nr 73/1920, poz. 497; J. Ciągwa, *Wpływ centralnych organów II RP na ustawodawstwo śląskie 1922–1939*, Katowice 1979, s. 27 i nast.

<sup>23</sup> T. Bigo, *Związki...*, s. 190–191.



Cytowany autor wyraźnie podkreśla, że środki nadzoru mają dwojaki cel do spełnienia:

- urzeczywistnić obowiązki związku samorządowego,
- przeciwdziałać naruszeniom porządku prawnego<sup>24</sup>.

W początkowym okresie Polski Ludowej następująca zmiana ustroju spowodowała, że zmieniło się podejście do samorządu terytorialnego, który jednakże funkcjonował do 1950 roku. Reaktywowany w tym okresie samorząd terytorialny w porównaniu z okresem II Rzeczypospolitej uległ określonym modyfikacjom i tak struktura organizacyjna terenowych organów administracji została ukształtowana w oparciu o Manifest PKWN oraz:

- ustawę z 11 września 1944 r. o organizacji i zakresie działania rad narodowych<sup>25</sup>,
- dekret z 28 października 1944 r. o samorządzie terytorialnym<sup>26</sup>,
- ustawę z 15 sierpnia 1944 r. o organizacji wojewódzkich i powiatowych urzędów ziemskich<sup>27</sup>,
- ustawę o trybie powoływania władz administracji ogólnej I i II instancji<sup>28</sup>.

W oparciu o wyżej przedstawione regulacje prawne można przedstawić relacje zachodzące ówczesznie między samorządem terytorialnym a administracją rządową.

Relacje te przedstawiały się następująco: w dualistycznej administracji rządowej i samorządowej samorząd terytorialny był trójstopniowy; na szczeblu województwa, wojewódzka rada narodowa była organem stanowiącym – wydział wojewódzki był organem wykonawczym samorządu terytorialnego, a jego przewodniczącym z urzędu był wojewoda, który był powoływany i odwoływany przez PKWN rząd na wniosek kierownika resortu administracji publicznej a od 1947 roku (zgodnie z ustawą konstytucyjną przez Prezydenta RP na wniosek ministra administracji publicznej przedłożony w porozumieniu z Prezesem Rady Ministrów po zasięgnięciu opinii wojewódzkiej rady narodowej, która również mogła żądać odwołania wojewody, czy to z własnej czy z inicjatywy państwowej rady narodowej. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny miała przedmiotowa opinia charakter wiążący.

Wojewoda, który był organem administracji zespolonej i przedstawicielem rządu w terenie, jako przewodniczący wydziału wojewódzkiego WRN, wraz z wydziałem był to kolegialny organ, który zajmował się:

- 1) przygotowaniem spraw pod obrady rady narodowej lub jej prezydium,
- 2) rozstrzygał w sprawach samorządu nie wchodzących w kompetencje rady narodowej lub jej prezydium,

---

<sup>24</sup> Tamże, s. 192.

<sup>25</sup> Dz. U. nr 5/1944, poz. 22.

<sup>26</sup> Dz. U. nr 14/1944, poz. 74.

<sup>27</sup> Dz. U. nr 2/1944, poz. 8.

<sup>28</sup> Dz. U. nr 2/1944, poz. 8.

- 3) wykonywanie uchwał rady narodowej i jej prezydium,
- 4) wykonywanie kontroli nad organami samorządu terytorialnego niższego stopnia na zlecenie rady narodowej lub jej prezydium,
- 5) wykonywanie czynności porządkowych nad organami wykonawczymi miast wydzielonych oraz powiatów (zatwierdzanie burmistrza i wiceburmistrza).

Sprawy dotyczące nadzoru nad samorządem terytorialnym zostały przypisane prezydium rad wyższego stopnia (ówczesny samorząd terytorialny miał charakter hierarchiczny). Równocześnie Prezydium WRN kontrolowały i nadzorowały wojewodę jako przewodniczącego wydziału wojewódzkiego oraz przyjmowały okresowe sprawozdania z jego działalności.

Podobna sytuacja była na szczeblu powiatowym, gdzie powiatowa rada narodowa była organem stanowiącym, a starosta z urzędu przewodniczył organom wykonawczym rady tj. wydziałowi państwowemu.

Oceniając relacje zachodzące w terenie między administracją rządową a samorządem terytorialnym w latach 1944–1950 można stwierdzić, że reaktywowany ustrojowo samorząd terytorialny z okresu międzywojennego i zarazem ujednolicony oraz rozszerzony na szczebel wojewódzki w całym kraju z jednoczesną modyfikacją dotyczącą przede wszystkim wprowadzenia rad narodowych jako organów samorządu terytorialnego (osoby wchodzące do rad narodowych były wyłaniane przez delegowanie) został wyposażony w rozszerzone kompetencje nadzorcze realizowane wspólnie z organami administracji rządowej przez Prezydium RN organów stanowiących samorządu terytorialnego, zarówno wobec hierarchicznie niżej usytuowanych jednostek samorządu terytorialnego oraz w klauzulę generalną, z której wynikało, że do zakresu działania samorządu terytorialnego należały sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, które nie były zastrzeżone do kompetencji administracji rządowej. Połączenie rozwiązań prawnych z okresu międzywojennego z nowymi regulacjami prawnymi związane z nową instytucją rad narodowych, będącą tworem wywodzącym się z ówczesnego ZSRR spowodowało, że administracja rządowa została w dużej mierze uzależniona od właściwej rady narodowej, a model administracji terenowej w praktyce nabrał centralistycznego charakteru i był rozwiązaniem przejściowym i tymczasowym, czego potwierdzeniem może być fakt, że już 20 marca 1950 roku<sup>29</sup> ustawa o terenowych organach jednolitej władzy państwowej, ówczesny ustawodawca wprowadził do modelu administracji nie znane wcześniej w Polsce rozwiązania wzorowane na systemie administracji radzieckiej<sup>30</sup>.

Wspomniana ustawa zniósła samorząd terytorialny i tym samym dualizm administracyjny oraz także organy administracji rządowej takie jak chociażby: wojewoda, starosta, prezydent, burmistrz, wójt.

<sup>29</sup> Dz. U. nr 14/1950, poz. 130.

<sup>30</sup> Por. Z. Leoński, *Przekształcenia Terenowego Aparatu Administracji...*, s. 91–92.

Przedmiotowa ustawa spowodowała, że faktycznie społeczność lokalna utraciła podmiotowość prawną a nowa konstrukcja administracji w terenie spowodowała, że rada narodowa była reprezentantem nie tylko lokalnej społeczności lecz całego narodu a władza państwowa w okresie PRL poza krótkimi przerwami tzw. odwilży była faktycznie scentralizowana<sup>31</sup>.

Jednakże zarówno wśród niektórych przedstawicieli doktryny oraz reformatorów nie zanikła koncepcja przebudowy administracji publicznej w Polsce opartej o samorząd terytorialny.

Kwestia dotycząca przebudowy administracji publicznej w kierunku odtworzenia samorządu terytorialnego i tym samym powrotu do modelu administracji dualistycznej objęła szerokie gremia społeczne, naukowe i polityczne na skutek wydarzeń z 1980 roku w Polsce, co jednak nie zaowocowało restytuowaniem samorządu terytorialnego<sup>32</sup>.

Niemniej jednak w dniu 20 lipca 1983 roku<sup>33</sup> uchwalono ustawę o systemie rad narodowych i samorządu terytorialnego. Ustawa ta faktycznie nie przywracała samorządu terytorialnego, jako odrębnej konstrukcji prawnej lecz dalej obstawała przy zasadniczej ówczesnie konstrukcji ustrojowej tj. jednolitości organów władzy państwowej albowiem nie dokonano decentralizacji oraz podziału kompetencji państwa na rzecz administracji rządowej i samorządowej nie dało się bowiem w systemie rad narodowych zrealizować koncepcji samorządu terytorialnego, takie działania były przez niektórych przedstawicieli doktryny bardzo negatywnie oceniane<sup>34</sup>. Jednakże w okresie tym coraz mocniej wyrażała się potrzeba odbudowy samorządu terytorialnego jako reakcji na scentralizowaną jednolitą administrację państwową co miało być jednym ze sposobów rozszerzenia wolności społeczeństwa<sup>35</sup>. Dążenia te zaowocowały dyskusją w trakcie tzw. okrągłego stołu i w efekcie w 1990 roku nastąpiło przywrócenie w Polsce samorządu terytorialnego<sup>36</sup>.

Zbudowanie nowego modelu administracji publicznej w Polsce w latach 90-tych było m.in. skutkiem uchwalenia wielu rozmaitych ustaw co definitywnie przesądziło o odejściu od modelu jednolitej administracji państwowej na rzecz państwa zdecentralizowanego, w którym występuje model dualistycznej administracji publicznej czyli z uzupełniającą się administracją rządową i samorządową.

W modelu tym relacje między organami administracji rządowej a samorządowej przedstawiały się w ten sposób, iż ustawy o podziału kompetencji

<sup>31</sup> Z. Niewiadomski, *Organizacja...*, s. 3; B. Dolnicki, *Organizacja...*, s. 80.

<sup>32</sup> B. Dolnicki, *Organizacja...*, s. 121 i nast.

<sup>33</sup> Dz. U. nr 26/1988, poz. 183.

<sup>34</sup> M. Kulesza, *Niektóre zagadnienia prawne samorządu terytorialnego*, PiP nr 1/1990, s. 19.

<sup>35</sup> K.M. Ujazdowski, *Opozycja demokratyczna i Solidarność wobec samorządu terytorialnego (1976–1989)*, [w:] „Samorząd Terytorialny” z. 5/1995, s. 14 i nast.

<sup>36</sup> K. Trembicka, *Okrągły Stół w Polsce (koncepcja samorządu terytorialnego)*, [w:] „Samorząd Terytorialny” z. 4/1999, s. 3 i nast.

rozgraniczał właściwość rzeczową co do spraw administracyjnych przynależnych jednej bądź drugiej strukturze administracyjnej, a zdaniem M. Kuleszy system administracji publicznej został przebudowany poprzez odejście od modelu jednolitej administracji państwowej przez uznanie, iż państwo jest związkiem publiczno-prawnym wszystkich obywateli a gmina związkiem publiczno-prawnym mieszkańców danego obszaru zaś wyodrębnieniu samorządu terytorialnego w znaczeniu ustrojowym według wspomnianego autora opiera się o następujące aspekty:

1. organizacyjny i personalny (własne organy i struktury, prawo do obsadzania stanowisk w administracji komunalnej przedsiębiorstwach, zakładach i innych instytucjach samorządowych,
2. administracyjny (własne kompetencje do stanowienia przepisów administracyjnych i do sprawowania władztwa administracyjnego w formach indywidualnych – w ramach upoważnień ustawowych,
3. ekonomiczny (zasoby majątkowe w tym uprawnienia właścicielskie i środki finansowe),
4. polityczny (wolne wybory oparte na kryterium interesu lokalnego, a nie na dylematach rangi ogólnopaństwowej.

Tak określona samodzielność gminy – jako podmiotu zdecentralizowanej administracji publicznej i jako osoby prawnej podlega ochronie sądowej<sup>37</sup>.

Faktycznie od 27 maja 1990 r. wprowadzono w Polsce ponownie model dualistycznej administracji publicznej bowiem jak już wcześniej wspomniałem taki model administracji publicznej występował w okresie II Rzeczypospolitej.

Restytuowany w 1990 roku w Polsce model dualistycznej administracji publicznej charakteryzował się przede wszystkim podziałem zadań i kompetencji w sferze spraw publicznych między administrację rządową a samorządową do której to zgodnie z art. 71 tzw. małej konstytucji należało:

1. Samorząd terytorialny wykonuje w ramach ustaw istotną część zadań publicznych, z wyłączeniem zadań zastrzeżonych ustawowo do kompetencji administracji rządowej.
2. Jednostki samorządu terytorialnego wykonują przysługujące im zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność dla zaspokojenia potrzeb mieszkańców.
3. W zakresie uregulowanym ustawami jednostki samorządu terytorialnego wykonują zadania administracji rządowej. W tym celu zostają wyposażone w odpowiednie środki finansowe.
4. Jednostki samorządu terytorialnego realizują zadania za pośrednictwem swoich organów stanowiących i wykonawczych, swobodnie określając w granicach ustaw swoje struktury wewnętrzne.

<sup>37</sup> M. Kulesza, *Samorząd Terytorialny w RP – stan obecny i perspektywa*, [w:] „Samorząd Terytorialny” nr 5/1995, s. 7.

Natomiast art. 69 cytowanej ustawy stanowił, że:

- wojewoda jest organem administracji rządowej oraz przedstawicielem Rady Ministrów w województwie,
- tryb powoływania i odwoływania, a także zakres działania wojewodów określa ustawa”.

Przedstawiona wyżej regulacja podtrzymywała dualizm administracyjny, którego konsekwencją był podział zadań i kompetencji między administracją rządową a samorządem terytorialnym, co zdaniem Eugeniusza Ochendowskiego możemy zaliczyć do podstawowych przesłanek przesądzających o wspomnianym podziale tj.:

- 1) Sprawy wykraczające poza zakres interesów lokalnej społeczności np. obronności kraju, statystyka, spisy powszechnie itp.,
- 2) Sprawy związane z wykonywaniem tzw. policji administracyjnej, wymagające realizacji jednolitej polityki państwowej i niezależnego od nich stosunku np.: policja sanitarna, budowlana, ochrona środowiska itp.,
- 3) Sprawy, których gminy nie byłyby w stanie wykonać ze względów technicznych np. energetyka, budowa i utrzymanie autostrad, kolejnictwo itd.,
- 4) Sprawy reglamentacji administracyjnej nie związane bezpośrednio z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb lokalnej społeczności np. szukanie i wymiana gruntów<sup>38</sup>.

Normatywne pojęcie gminy samorządowej czyli de facto drugiego biegu na nowego modelu administracji publicznej określała ustawa o samorządzie terytorialnym, w art. 1<sup>39</sup>, który stanowił, iż:

- 5) Mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową,
- 6) Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o gminie należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium.

W ten sposób ustawodawca przesądził o tym, że samorząd terytorialny tworzą ludzie zamieszkujący gminę, która też stanowi jednostkę podziału terytorialnego.

Przynależność mieszkańców gminy do samorządu terytorialnego jest przymusowa, albowiem mieszkańcy stanowią z mocy prawa wyodrębnioną korporację – zrzeszenie i nie jest to przynależność uzależniona od aktywności bądź bierności mieszkańców, bo jest to faktycznie upodmiotowienie społeczności lokalnej poprzez normatywne określenie formy organizacyjnej oraz wyposażenie gmin w zespół uprawnień i obowiązków opisanych w cytowanej ustawie, co podkreśla art. 2 stanowiąc, że:

<sup>38</sup> E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Toruń 1994, s. 158.

<sup>39</sup> Obecnie art. 1, ustawy z dnia 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. nr 142/2001, poz. 1091 ze zm.).

- A) Gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność,
- B) Gmina posiada osobowość prawną,
- C) Samodzielność gminy podlega ochronie sądowej.

Przytoczony artykuł wyraźnie przesądza o samodzielności gminy w zakresie realizowanych przez nią zadań własnych i o tym, że jest podmiotem odrębnym od państwa działającym niezależnie zarówno w sferze prawa publicznego jak i prywatnego w granicach prawa.

Z kolei artykuł 6 cytowanej ustawy stanowił, że:

1. Do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, nie zastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów.
2. Jeżeli ustawy nie stanowią inaczej rozstrzyganie w sprawach, o których mowa w ust. 1 należy do gminy.

Ustawodawca w przytoczonych artykułach przyjął zasadę generalnego domniemania kompetencji w sprawach lokalnych na rzecz właściwości gminy samorządowej, zaś problem dotyczący przyporządkowaniu konkretnych spraw jest uregulowany przepisami prawa materialnego tj. przykładowo w ustawach regulujących prawo zagospodarowania przestrzennego, prawo budowlane, wodne itp.

Ponadto ustawodawca w cytowanej ustawie przyjął koncepcję realizacji przez gminy samorządowe tzw. zadań własnych i zadań zleconych w myśl klasycznej teorii samorządu terytorialnego. Ustawodawca w art. 7 cytowanej ustawy określił ustawowy katalog zadań mających charakter zaspokajania potrzeb zbiorowych wspólnoty i mających być wykonywanych samodzielnie tj. bez ingerencji władczej administracji rządowej z wyjątkiem ustawowo określonego nadzoru administracji rządowej ograniczonego kryterium legalności.

Zadania własne samorządu terytorialnego dają się podzielić na zadania o charakterze obligatoryjnym oraz fakultatywnym, natomiast o podziale zadań i przypisaniu ich do poszczególnej grupy przesądzają odrębne ustawy (przede wszystkim ustawa o podziale kompetencji między administracją rządową a samorządową).

Niezależnie od zadań własnych gminy samorządowe realizują zadania zlecone i które zleca im do wykonania administracja rządowa i które mają charakter obligatoryjny lecz również gminy niezależnie od ustawowo zleconych zadań z zakresu administracji rządowej, które gminy muszą obligatoryjnie realizować, gminy mogą fakultatywnie wykonywać zadania z zakresu administracji rządowej, które mogą przejmować dobrowolnie w oparciu o porozumienia zawarte z administracją rządową. Drugim biegunem tak skonstruowanego modelu administracji publicznej jest administracja rządowa ówczesnie zorganizowana i dzielona w terenie na administrację rządową o charakterze ogólnym czyli wojewoda i podlegli mu kierownicy rejonów oraz

administracja rządowa specjalna podporządkowana bezpośrednio ministrom np. urzędy skarbowe, urzędy celne itp.

Ustawa z 22 marca 1990 r.<sup>40</sup> o terenowych organach administracji rządowej w art. 1 wyraźnie określała wykonywanie zadań z zakresu administracji rządowej i tak wspomniany przepis stanowił:

zadania administracji rządowej w terenie wykonują:

1. wojewodowie i podporządkowane im organy, jako organy administracji ogólnej,
2. terenowe organy administracji, podporządkowane bezpośrednio ministrom jako organy administracji specjalnej, organy gminy działające w ramach zadań zleconych.

Charakteryzując relacje prawne zachodzące między samorządem terytorialnym a administracją rządową w terenie po 1990 roku możemy wyróżnić dwie płaszczyzny tychże relacji, to jest pierwsza płaszczyzna dotyczy nadzoru sprawowanego przez terenowy organ administracji rządowej jakim jest wojewoda, nad samorządem terytorialnym o czym stanowi art. 2 ust. 2 cytowanej ustawy:

2. Wojewoda wykonuje nadzór nad organami samorządu terytorialnego w trybie i granicach określonych odrębnymi ustawami.

Natomiast druga płaszczyzna relacji zachodzących między administracją rządową a samorządem terytorialnym to współdziałanie wojewody z sejmikiem samorządowym.

Instytucja nadzoru nad samorządem terytorialnym była unormowana przez rozdział 10 ustawy o samorządzie terytorialnym<sup>41</sup>. Rozdział ten określał kryterium sprawowanego nadzoru, organy i środki nadzoru.

I tak w art. 85 wyżej wymienionej ustawy stanowił, że:

1. nadzór nad działalnością komunalną sprawowany jest na podstawie kryterium zgodności z prawem, z zastrzeżeniem przepisu ust. 2.
  - 1) w sprawach zleconych nadzór sprawowany jest ponadto na podstawie kryteriów celowości, rzetelności i gospodarności.

Tym samym ustawodawca uzależnił kryteria nadzoru od charakteru zadań realizowanych przez samorząd terytorialny, a organami nadzoru ustanowił w myśl art.86 wyżej wymienionej ustawy Prezesa Rady Ministrów, a w zakresie spraw budżetowych – regionalną izbę obrachunkową<sup>42</sup>.

Ustawodawca ustanowił następujące środki nadzoru służące wojewodzie w myśl art. 91 ust. o.s.t.:

<sup>40</sup> Dz. U. nr 21/1990, poz. 123.

<sup>41</sup> Dz. U. nr 16/1990, poz. 95. z późn. zm.

<sup>42</sup> Regionalne Izby Obrachunkowe powstały w 1992 r. – do tego czasu ich kompetencje wykonywał właściwy wojewoda.

- stwierdzenie nieważności uchwały organu gminy,
- wskazanie, iż uchwała organu gminy wydana została z naruszeniem prawa.

Natomiast art. 93 przewiduje, że organ nadzoru po upływie 30 dni od doręczenia uchwały nie może już stwierdzić jej nieważności lecz może ją zaskarżyć do sądu administracyjnego.

Ponadto zgodnie z art. 95 wojewoda może:

- wstrzymać wykonanie uchwały organu gminy, chodzi o uchwały organu gminy w sprawach zleconych, które wojewoda musi wstrzymać i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia, wskazując uchybienia i wyznaczając termin załatwienia sprawy,
- uchylić uchwałę i wydać zarządzenie zastępcze, środek ten dotyczy uchwał w sprawach zleconych o czym wojewoda jest obowiązany powiadomić sejmik i właściwego ministra, że zastosował wyżej wymieniony środek.

Niezależnie od powyższego należy pamiętać, iż zgodnie z art. 87 organ nadzoru może wkroczyć w działalność komunalną tylko w przypadkach określonych ustawami. Również w związku z wykonaniem nadzoru wojewoda może w myśl art. 88 dokonać wizytacji administracji samorządowej i uczestniczyć w posiedzeniach organów gminy. Przedstawione środki nadzoru w doktrynie klasyfikuje się na różne sposoby, jednakże środki te przez organy nadzoru, w tym przede wszystkim przez wojewodę, są stosowane w stosunku i zależności do rodzaju działalności prowadzonej przez nadzorowaną administrację samorządową<sup>43</sup>.

Organy nadzoru po restytuowaniu samorządu terytorialnego lecz również utworzony w tym samym okresie sejmik samorządowy, który ówczesnie miał charakter, jak pisał Zbigniew Leoński „nie jest to organ związku wojewódzkiego gmin ale organ, którego zadania i kompetencje dotyczą zarówno strefy zadań samorządowych jak i administracji rządowej”<sup>44</sup>.

Sejmik samorządowy w myśl art. 76 u.o.s.t., który stanowił, że:

1. gminy z obszaru województwa wylaniają wspólną reprezentację w postaci sejmiku samorządowego, zwanego dalej sejmikiem.
2. Zasady i tryb działania sejmiku i jego organów określa uchwalony przez niego regulamin.

czyli zgodnie z cytowaną ustawą można uznać, iż w ówczesnym kształcie ustrojowym sejmik samorządowy był wspólną reprezentacją gmin z obszaru danego województwa, który reprezentował interes wszystkich gmin danego województwa również przed administracją rządową.

<sup>43</sup> J. Grubba, *Konstrukcja zarządzenia wojewody w świetle ustawy o samorządzie terytorialnym*, [w:] „Samorząd Terytorialny” nr 11/1993, s. 22 i nast.

<sup>44</sup> Z. Leoński, *Ustrój samorządu terytorialnego*, Poznań 1994, s. 73.



Natomiast zagadnienie nadzoru nad sejmikiem samorządowym regulował art. 99.1, stanowiąc, że:

1. przepisy nadzorcze nad gminami stosuje się odpowiednio do sejmików oraz związków i porozumień komunalnych.

Cytowany przepis budził w doktrynie spore kontrowersje związane z szeroko rozumianą instytucją nadzoru nad samorządem terytorialnym<sup>45</sup>.

Jednakże większość przedstawicieli doktryny nie kwestionowała samej instytucji nadzoru wojewody nad sejmikiem samorządowym w ówczesnym stanie prawnym.

Co było sprzeczne z kontrowersyjną uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z 5 października 1994 r.<sup>46</sup>, że organem nadzoru nad działalnością sejmiku samorządowego i jego organów jest Prezes Rady Ministrów. Przedmiotowe kontrowersje związane z nadzorem nad sejmikiem samorządowym wynikały z koncepcji równorzędności pozycji prawnej sejmiku samorządowego i wojewody co dotyczy już drugiej płaszczyzny relacji administracji rządowej i samorządowej na poziomie lokalnym. Tą drugą płaszczyznę relacji wzajemnych między wspomnianymi wyżej podmiotami, jest współdziałanie wojewody i sejmiku samorządowego, które określił rozdział 3 ustawy o terenowych organach rządowej administracji ogólnej<sup>47</sup> i tak artykuł 17 wyżej wymienionej ustawy stanowił, że:

Wojewoda współdziała z sejmikiem samorządowym w sprawach rozwoju społeczno-gospodarczego i przestrzennego zagospodarowania województwa, ochrony środowiska oraz zaspokojenia zbiorowych potrzeb społecznych, a w szczególności:

- 1) harmonizuje działalność terenowych organów administracji rządowej z działaniami podejmowanymi przez sejmik, zgodnie z kierunkami polityki państwa,
- 2) uzgadnia kierunki formy realizacji wspólnych inicjatyw,
- 3) rozpatruje adresowane do niego inicjatywy, opinie i wnioski sejmiku.

W przytoczonym przepisie możemy zauważyć pojawiającą się zasadę równorzędności organów: wojewody i sejmiku samorządowego, które winny się uzupełnić i współdziałać ze sobą w sprawach istotnych dla województwa bowiem obok spraw najistotniejszych, które przepis wyszczególnia ustawodawca nie zamyka katalogu spraw jak i też nie ogranicza form współdziałania lecz przykładowo wskazuje kilka nie opisując skutków prawnych gdyby nie nastąpiła zalecana harmonizacja działań terenowych organów administracji

<sup>45</sup> Z. Niewiadomski, W. Grzelak, *Ustawa o samorządzie terytorialnym z komentarzem*, Warszawa 1990, s. 90; E. Ochendowski, *Nadzór nad sejmikiem samorządowym*, [w:] „Samorząd Terytorialny” nr 10/1992, Warszawa 1992, s. 18.

<sup>46</sup> Dz. U. nr 113/1994, poz. 551.

<sup>47</sup> Dz. U. nr 21/1990, poz. 123.

i nie uzgodniono by też kierunków form realizacji wspólnych inicjatyw oraz nierozpatrzenie inicjatyw, opinii i wniosków sejmiku.

Nadto wojewoda był obowiązany w oparciu o art. 18, wyżej wymienionej ustawy przedstawiać sejmikowi samorządowemu nie rzadziej niż dwa razy w roku ogólną informację o swej działalności, a w szczególności wykonywaniu nadzoru nad organami samorządu terytorialnego w województwie. Obowiązek informowania sejmiku samorządowego nie jest tożsamy, że składaniem sprawozdania bowiem wyżej wymienione organy nie były względem siebie podległe i podporządkowane, natomiast art. 80, ustawy o samorządzie terytorialnym mówił o wzajemnym informowaniu o swej działalności między sejmikiem samorządowym a wojewodą.

Wojewoda był także obowiązany na podstawie art. 19, ustawy o terenowych organach rządowej administracji ogólnej przedstawiać sejmikowi do zaopiniowania projektów wydawanych przez siebie aktów prawa miejscowego, z wyłączeniem rozporządzeń porządkowych. Przedmiotowa opinia sejmiku nie wiązała wojewody, jednakże wymóg wystąpienia o opinię do sejmiku był wyraźnym obowiązkiem prawnym po stronie wojewody, natomiast po stronie sejmiku było to uprawnienie.

Również w ustawie o samorządzie terytorialnym w art. 77 ust. 2 pkt. 7–10, ustawodawca przewidział pewne kompetencje sejmiku względem wojewody tj.:

- ocena działalności administracji rządowej w województwie w tym opiniowanie kandydatów na wojewodów,
- wyrażenie opinii w istotnych sprawach województwa,
- występowanie z wnioskiem o uchylenie zarządzeń wojewody, naruszających interesy lokalne,
- reprezentowanie interesów gmin wobec administracji rządowej.

Wyżej wymienione uprawnienia w stosunku do administracji rządowej nie miały władczego charakteru jednakże były instrumentem współdziałania dualistycznej administracji publicznej w terenie.

Warto w tym miejscu przypomnieć art. 80 ust. 2 ustawy o samorządzie terytorialnym, który stanowił, że:

2. na sesjach plenarnych delegaci mają prawo składania interpelacji do wojewody, który jest obowiązany udzielić na nie odpowiedzi nie później niż w ciągu 30 dni

takie brzmienie przepisu nakłada na wojewodę obowiązek udzielenia odpowiedzi na interpelację delegata w ciągu 30 dni od jej złożenia (jej doręczenia).

Z przedstawionych wyżej relacji zachodzących między wojewodą a sejmikiem samorządowym wynika, że współdziałanie wymienionych organów we wspólnej materii działania zachodzić miało permanentnie. W wyniku reformy administracyjnej z 1998 roku, skutkiem której powstały dwa nowe

stopnie samorządu terytorialnego na poziomie lokalnym powiat, a na poziomie regionalnym województwo, oraz powstała w terenie rządowa administracja zespolona, relacje normatywne zachodzące między samorządem terytorialnym a administracją rządową należy rozpatrywać w trzech płaszczyznach:

1. gminy,
2. powiatu,
3. województwa.

I tak relacje między wojewodą a samorządem gminnym co do zasady nie uległy zmianie, natomiast na poziomie powiatu i województwa ustawodawca w zakresie nadzoru wojewody zastosował podobny model jak przy nadzorze nad samorządem gminnym. Natomiast ogólny zakres omawianych relacji określiła Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku<sup>48</sup> w rozdziale VII gdzie art.171, stanowi zarówno o organach nadzoru nad samorządem terytorialnym, którymi są:

- Prezes Rady Ministrów, wojewodowie, Regionalne Izby Obrachunkowe oraz o kryterium nadzoru, którym jest:
- legalność działań samorządu terytorialnego<sup>49</sup>.

Ustawa z 5 czerwca 1998 roku o administracji rządowej w województwie w art. 7 ust. 3 stanowi, że:

Wojewoda jest organem nadzoru nad jednostkami samorządu terytorialnego, a art. 24 cytowanej ustawy stanowi:

Wojewoda sprawuje nadzór nad organami gminy powiatu i samorządem województwa na zasadach określonych w ustawach.

Z tak sformułowanego zapisu wynika, że wojewoda jest organem nadzoru nad samorządem terytorialnym szczebla gminnego, powiatowego, wojewódzkiego.

Z uwagi na określenie kryterium nadzoru tj. legalności w nowej Konstytucji RP również w zakresie tzw. zadań zleconych samorządu gminnego, kryterium nadzoru: celowości, rzetelności, gospodarności ograniczono w ustawie o samorządzie terytorialnym nowelą z 11 kwietnia 2001 r.<sup>50</sup> W ustawach z 5 czerwca 1998 roku<sup>51</sup> o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa zastosowano instytucję nadzoru analogiczną z ustawy o samorządzie

<sup>48</sup> Dz. U. nr 78/1997, poz. 483.

<sup>49</sup> A. Józefowicz, *Tryb wniesienia skargi gminy do sądu administracyjnego na rozstrzygnięcie organu nadzorczego*, [w:] P i P nr 6/1998, s. 68 i nast.; K. Podgórski, *Samorząd Terytorialny w Konstytucji RP a prawo wspólnot europejskich*, Tychy 2002, s. 129 i nast.

<sup>50</sup> Dz. U. nr 45/2001, poz. 497.

<sup>51</sup> Dz. U. nr 142/2001, poz. 1592, oraz Dz. U. nr 142/2001, poz. 1590.

gminnym<sup>52</sup>. Natomiast co do wszystkich stopni samorządu terytorialnego rozszerzono środki nadzoru wojewody w związku z ustawą o ograniczeniu działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne o wezwaniu właściwej rady, sejmiku do podjęcia uchwały o wygaśnięciu mandatu radnego, członków zarządu, skarbnika, sekretarza, a w przypadku upływu terminu do podjęcia uchwały wydania zarządzenia zastępczego.

Aktualnie relacje prawne zachodzące między wojewodą a jednostkami samorządu terytorialnego sprowadzają się głównie do nadzoru lecz występuje jeszcze regulowany przez art. 15 ust. 4, ustawy o administracji rządowej w województwie obowiązek wojewody do:

zapewnienia współdziałania wszystkich jednostek organizacyjnych administracji rządowej i samorządowej, działających na obszarze województwa i kierowania ich działalnością w zakresie zagrożenia życia, zdrowia lub mienia oraz zagrożenia środowiska, bezpieczeństwa państwa i utrzymania porządku publicznego, ochrony praw obywatelskich a także zapobiegania klęskom żywiołowym i innym nadzwyczajnym zagrożeniom oraz zwalczania i usuwania ich skutków na zasadach określonych w ustawach.

Z wyżej cytowanego przepisu wynika niewątpliwie obowiązek współdziałania w sytuacjach szczególny, natomiast niezależnie od powyższego istotną relacją jest współdziałanie administracji rządowej w tym wojewody z jednostkami samorządu terytorialnego w zakresie realizacji zadań publicznych przy pomocy instrumentu prawnego, którym jest porozumienia administracyjne znajdujące coraz większe zastosowanie w wyżej wspomnianych relacjach<sup>53</sup>. Ponadto zakres wzajemnych relacji zachodzących między rządową administracją zespoloną w terenie, a samorządem terytorialnym znacznie rozszerza się w sferze zadań rządowych powierzonych samorządowi do realizacji które są zapisane w ustawach szczególnych a dotyczą przykładowo spraw pomocy społecznej, zdrowia czy też gospodarki nieruchomościami, gospodarki i planowania przestrzennego itp.

W świetle powyższego można zauważyć że transformacja ustrojowa z przełomu lat dziewięćdziesiątych, doprowadziła do powstania zupełnie nowego modelu administracji publicznej w terenie w odróżnieniu od poprzedniego modelu opartego o system rad narodowych funkcjonujących w ramach jednolitej organizacji administracji państwowej. Restytuowany samorząd terytorialny zmienił definitywnie układ ustrojowy administracji terenowej i to nie tylko przez fakt zniesienia systemu rad narodowych lecz głównie przez przebudowanie struktur organizacyjnych dotychczasowej administracji państwowej w oparciu o zasadę decentralizacji władzy publicznej, co spowodowało powstanie

<sup>52</sup> Dz. U. nr 16/1990, poz. 95 ze zm.

<sup>53</sup> Zob. szerzej, P. Brzezicka, *Niektóre zagadnienia zawierania porozumień przez organy samorządu terytorialnego*, [w:] „Samorząd Terytorialny” nr 3/2001, s. 42 i nast.

dualistycznej administracji już nie państwowej lecz publicznej bowiem wprowadzono normatywne pojęcie administracji publicznej jako szersze niż pojęcie administracji państwowej ponieważ obejmuje ono, nie tylko państwowe podmioty administracji lecz również podmioty społeczne np. różnego rodzaju samorządy z najważniejszym powszechnym samorządem terytorialnym.

Jednakże pomimo faktu wprowadzenia w nowym modelu administracji terenowej instytucji samorządu terytorialnego, co zmieniło całkowicie system zarządzania lokalnego przenosząc wykonywanie wszystkich spraw publicznych o znaczeniu lokalnym de facto z administracji państwowej na administrację samorządową należy mieć na uwadze fakt nie mniej istotny tj. cel oraz istotę wprowadzanych rozwiązań prawnych w zakresie funkcjonowania administracji publicznej w terenie. Bowiem przedstawione relacje prawne zachodzące między administracją rządową a poszczególnymi jednostkami samorządu terytorialnego, miały przede wszystkim usprawnić system zarządzania w terenie w celu sprawniejszego wykonywania zadań na rzecz społeczności lokalnej, która jest ich adresatem. Warto mieć również na uwadze fakt dalszej ewolucji przybliżonego modelu relacji prawnych, między podmiotami administracji publicznej, którego zręby jak zostało wyżej wskazane kształtowały się w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia.

Podsumowując rozważania w zakresie relacji prawnych zachodzących między administracją rządową a poszczególnymi jednostkami samorządu terytorialnego w wyniku stworzenia nowego modelu administracji terenowej nie sposób przedstawić kilku krytycznych uwag z myślą o możliwości wprowadzenia w przyszłości niezbędnych korekt do istniejącego modelu administracji terenowej. W konsekwencji należy przede wszystkim mieć na uwadze cel istnienia sprawnej administracji publicznej służącej społeczeństwu na wiele lat w przeszłości.

Administracja publiczna zdaniem prof. Bocia z racji swojego istnienia winna nieustannie służyć społeczeństwu, w przeciwnym razie nie ma racji bytu. Ponieważ nie ma przedsięwzięć państwa i samorządów które nie byłyby nieadresowanych w ostateczności do człowieka, w uwagi na co uznać trzeba, iż dobro człowieka jest podstawowym celem działania administracji publicznej.

W związku z czym warto przypomnieć że funkcjonujący model administracji terenowej powinien być między innymi dostosowany do współczesnych standardów komunikacji społecznej aby być w zgodzie z podstawowymi założeniami współczesnego systemu demokratycznego wyrażającego w funkcjonowaniu administracji w terenie podmiotowość społeczności lokalnych.

Jednakże nie sposób zauważyć że istniejący model administracji terenowej uległ pewnej erozji oraz zawiera pewne dysfunkcje o których piszą praktycy i teoretycy zarządzania w administracji, a których głównym przedstawi-

---

<sup>54</sup> W. Kieżun, *Patologia transformacji*, Warszawa 2012, s. 293 i nast.

ciem jest prof. Witold Kieżun, krytykujący nie tylko wspomniane reformy administracji publicznej lecz również jej podstawowe założenia dotyczące zasady pomocniczości, która zdaniem wspomnianego Kieżuna oznacza jedynie przekazanie czynności przekraczające możliwości kwalifikacyjne i kompetencyjne jednostki funkcjonującej na najniższym poziomie zarządzania jednostce wyższego rzędu w przeciwieństwie do stanowiska prof. Jerzego Regulskiego, który wyrażał stanowisko w myśl którego to urzędnik gminy ma więcej władzy niż urzędnik administracyjnego centrum<sup>54</sup>. Według Kieżuna administracja jako wielki system musi mieć precyzyjnie określone więzi organizacyjne, czego nie posiada współczesna terenowa administracja w Polsce, powstała w wyniku opisanej ewolucyjnej reformy.

Do podstawowych dysfunkcji współczesnej terenowej administracji w Polsce możemy zaliczyć:

- wysokie koszty działania istniejących struktur organizacyjnych terenowej administracji,
- wzrost zatrudnienia,
- słabe więzi organizacyjne pomiędzy trzema stopniami jednostek samorządu terytorialnego,
- dublujące się struktury organizacyjne terenowej administracji,
- wzrost zakresu zadaniowego bez zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych.

Zatem w świetle wyżej przedstawionych przykładowo dysfunkcji w istniejącym modelu administracji terenowej, powstaje współcześnie palący problem wprowadzenia koniecznych zmian w celu usprawnienia działania administracji oraz zmniejszenia kosztów jej funkcjonowania co wiąże się z reorganizacją istniejących struktur organizacyjnych administracji publicznej oraz redukcją zatrudnienia urzędników. Ponadto wydaje się że połączenie struktur administracyjnych które się dublują na poziomie województwa to jest urzędów marszałkowskich z urzędami wojewódzkimi jak również przebudowa struktur administracji powiatowej poprzez połączenie niektórych powiatów bądź zastąpienie ich porozumieniami gminnymi mogłoby z jednej strony obniżyć koszty funkcjonowania struktur organizacyjnych terenowej administracji oraz wzmocnić ich sprawność organizacyjną. Niezależnie od przedstawionych wyżej uwag należy mieć na uwadze podstawową funkcję administracji publicznej w terenie to jest jej służebność względem społeczności lokalnej w celu sprawnego realizacji zadań głównie o charakterze świadczącym.

## STRESZCZENIE

Niniejszy artykuł przedstawia zmiany ustrojowe w Polsce z przełomu lat 90-tych, które spowodowały między innymi że ówczesna terenowa administracja państwowa uległa zasadniczej przebudowie, głównie w związku z restytuowaniem samorządu terytorialnego, co spowodowało między innymi wzrastające zainteresowanie doktryny administracyjnej problematyką relacji prawnych zachodzących na wielu płaszczyznach między państwowymi jednostkami organizacyjnymi z jednej strony a jednostkami organizacyjnymi samorządu terytorialnego z drugiej strony.

Samo pojęcie samorządu w rozumieniu nowożytnym ukształtowało się na przełomie XVIII i XIX wieku, które również w tym okresie znalazło swój instytucjonalny wymiar, zdaniem H. Izdebskiego oznaczało: „samodzielne i zasadniczo niezależne zawiadywanie przez grupy obywateli swoimi sprawami zawiadywanie, które polega na wykonywaniu funkcji administracji publicznej (...)”. Tak rozumiany samorząd dzielono w klasycznej teorii na zakładowy i korporacyjny.

Zbudowanie nowego modelu administracji publicznej w Polsce w latach 90-tych było m.in. skutkiem uchwalenia wielu rozmaitych ustaw co definitywnie przesądziło o odejściu od modelu jednolitej administracji państwowej na rzecz państwa zdecentralizowanego, w którym występuje model dualistycznej administracji publicznej czyli z uzupełniającą się administracją rządową i samorządową.

W modelu tym relacje między organami administracji rządowej a samorządowej przedstawiały się w ten sposób, iż ustawowy podział kompetencji rozgraniczał właściwość rzeczową co do spraw administracyjnych przynależnych jednej bądź drugiej strukturze administracyjnej.

Przedstawione rozwiązania prawne wskazują również na obowiązek współdziałania administracji rządowej w tym wojewody z jednostkami samorządu terytorialnego w zakresie realizacji zadań publicznych przy pomocy instrumentu prawnego, którym jest porozumienia administracyjne znajdujące coraz większe zastosowanie we wspomnianych relacjach. Ponadto zakres wzajemnych relacji zachodzących między rządową administracją zespoloną w terenie, a samorządem terytorialnym znacznie rozszerza się w sferze zadań rządowych powierzonych samorządowi do realizacji które są zapisane w ustawach szczególnych a dotyczą przykładowo spraw pomocy społecznej, zdrowia czy też gospodarki nieruchomości, gospodarki i planowania przestrzennego itp.

W świetle powyższego można zauważyć że transformacja ustrojowa z przełomu lat 90-tych, doprowadziła do powstania zupełnie nowego modelu administracji publicznej w terenie w odróżnieniu od poprzedniego modelu opartego o system rad narodowych funkcjonujących

w ramach jednolitego systemu administracji państwowej, restytuowany samorząd terytorialny zmienił definitywnie układ ustrojowy administracji terenowej i to nie tylko przez fakt zniesienia systemu rad narodowych lecz głównie przez przebudowanie struktur organizacyjnych dotychczasowej administracji państwowej w oparciu o zasadę decentralizacji władzy publicznej, co spowodowało powstanie dualistycznej administracji już nie państwowej lecz publicznej bowiem wprowadzono normatywne pojęcie administracji publicznej jako szersze niż pojęcie administracji państwowej ponieważ obejmuje ono, nie tylko państwowe podmioty administracji lecz również podmioty społeczne, np. różnego rodzaju samorządy z najważniejszym powszechnym samorządem terytorialnym.

Jednakże pomimo faktu wprowadzenia w nowym modelu administracji terenowej instytucji samorządu terytorialnego, co zmieniło całkowicie system zarządzania lokalnego przenosząc wykonywanie wszystkich spraw publicznych o znaczeniu lokalnym de facto z administracji państwowej na administrację samorządową należy mieć na uwadze fakt nie mniej istotny tj. cel oraz istotę wprowadzanych rozwiązań prawnych w zakresie funkcjonowania administracji publicznej w terenie. Bowiem przedstawione relacje prawne zachodzące między administracją rządową a poszczególnymi jednostkami samorządu terytorialnego, mają przede wszystkim usprawnić system zarządzania w terenie w celu sprawniejszego wykonywania zadań na rzecz społeczności lokalnej, która jest ich adresatem. Warto mieć również na uwadze fakt dalszej ewolucji przybliżonego modelu relacji prawnych, między podmiotami administracji publicznej, którego zręby jak zostało wyżej wskazane kształtowały się w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia.

#### SUMMARY

#### **The development of law relationships which take place between government administration compound in the terrain and unites of local self- government shaped in the 1990–1998**

This article treats about the changes of structure in Poland from the '90 which caused that those times local state administration had been entirely reconstructed, mainly because of the connection of replaced local government, what caused, inter alia increasing interesting in doctrine of administration in the subject of law relationships which take place in a few areas between the State administrative organizations and the local government organizational unit on the other hand.



The idea of autonomy itself in modern perception shaped at the turn of XVIII and XIX century, which in those times found this institutional signification, as Mr H. Izdebski said: „an individual and an independent notification by the groups of citizens their matters, notification, which rely on doing a function of public administration (...)”. This understanding of unit had been divided into corporate and capital in a classical theory.

A build of a new public administration model in Poland in the '90 was a cause of the resolutions of many different matters what definitively decided of divergence from the model of uniform state administration for the decentralized state, in which the model of dual public administration, so administration with complementary administration of a court and the government exist.

In this model the relationships between government state administration and the self- government administration are show that statutory division of competency separated material jurisdiction administrative acts belongings to one or the second administrative structure.

Those law's solutions point also on the obligation of cooperate in government administration with a governor with the unit of the local government in a range of realization of public tasks in use of the law, what is an administrative arrangement what finds increasing use in those relationships. Moreover, the range of mutual relationships which occur between government administration compound in the area, and the local government much expends in the area of government tasks entrusted to self- government for realization, which are written in the special acts, and concern for example matters of social assistance, health or the real estate management, economy and physically planning etc.

One can see, that the political transformation from the '90 caused the rise of brand new model of the public administration in the locals which is in contrast from the previous model functioning in a National Council system which works in the uniform state administration system, resituated local government had definitively changed the local administration constitutional arrangement and not just by the fact of abolition of the National Council system, but mostly by the reconstruction of the hitherto state administration organization structures founded in a rule of a decentralization of a public authority, what caused the rise of dual administration, no more state administration, but the public, because there was introduced normative concept of public administration as a wider concept of the state administration, because it not only includes the state entities of administration, but also the public entities, for example different kinds of self- governments with the most important common local government.

But despite the fact of introduce in the new model of local administration of the institution of the local government, what entirely changed the system of local management, what transferred the accomplishment of all the public matters in local meaning de facto from state administration to the self- government administration, one should takes into consideration the fact, that the aim and the point of introducing law's denouement in the area of a functioning of the public administration in local. Because those shown law relationships which happen between government administration and each entity of self- government, mainly have to improve the management system in local in the case of an efficient achieving tasks for the local community, which is their receiver. It's also good to take into consideration the fact of further evolution of approximated model law relationships between the entities of further public administration, which fragments, as it was said above, had been shaping in the '90 of the last century.

KATARZYNA PŁONKA-BIELENIN

## Zarys problematyki zarządzania kryzysowego w samorządzie gminnym

### 1. Wprowadzenie

System zarządzania w sytuacjach kryzysowych jest nierozzerwalnie związany z systemem zarządzania bezpieczeństwem państwa<sup>1</sup>. Szczególnie ważnym elementem systemu bezpieczeństwa powszechnego jest zdolny do odpowiedniego reagowania na pojawiające się zagrożenia system zarządzania kryzysowego, czyli *crisis management*, jak również system zarządzania w stanach nadzwyczajnych<sup>2</sup>.

System ten powinien być elastyczny, a zarazem sprawnie reagować na pojawiające się zagrożenia, jak również usuwać ich skutki. Niewątpliwie skuteczność podejmowanych decyzji w sytuacjach kryzysowych wymaga spełnienia kilku warunków.

Jednym z podstawowych jest posiadanie odpowiednio szerokich kompetencji, czyli prawa do egzekwowania władzy nad innymi w sytuacjach kryzysowych. Spełnienie powyższego warunku wymaga istnienia odpowiedniego systemu prawnego. Prawo powinno regulować kwestie obowiązków władz i organizacji, zarówno tych, które wchodzi w skład administracji państwowej, jak i samorządowej oraz organizacji specjalnie powołanych do przeciwdziałania zagrożeniom, a także tych, które są tworzone z inicjatywy społecznej. Drugim komponentem jest posiadanie sprawnego dostępu do zarządzania

---

<sup>1</sup> *System reagowania kryzysowego*, red. J. Gryz, W. Kitler, Toruń 2007 r., s. 7; *Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego*, Warszawa 2001 r., s. 10 – „Bezpieczeństwo państwa to taki rzeczywisty stan stabilności wewnętrznej i suwerenności państwa, który odzwierciedla brak lub występowanie (...) zagrożeń w sensie zaspakajania podstawowych potrzeb egzystencjonalnych i behawioralnych społeczeństwa oraz traktowania państwa jako suwerennego podmiotu w stosunkach międzynarodowych”.

<sup>2</sup> *Zarządzanie kryzysowe w samorządzie, Podstawy organizacyjno-prawne*, red. A. Kurkiewicz, Warszawa 2008 r., s. 9.

informacjami, który zapewni otrzymywanie pełnych, wiarygodnych i aktualnych informacji, przetwarzanie ich oraz natychmiastowe przekazywanie podjętych decyzji do szczebli wykonawczych. Spełnienie warunku dotyczącego właściwego zarządzania informacjami wiąże się z potrzebą funkcjonowania określonych stanowisk operacyjno-koordynujących. Trzecim elementem jest posiadanie dobrze opracowanego planu zarządzania kryzysowego<sup>3</sup>.

Przepisy prawne nakładają na administrację publiczną obowiązek utrzymania porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli oraz zapewnienia ochrony przeciwpowodziowej i przeciwpożarowej. Zarówno zadania, jak i zasady działania organów właściwych w sprawach zarządzania kryzysowego zostały opisane w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym<sup>4</sup>. Obowiązek podjęcia działań w przypadku wystąpienia zagrożeń spoczywa przede wszystkim na samorządach terytorialnych. Przepisy prawne stwarzają podstawy do organizacji systemu zarządzania kryzysowego, zaś wypracowanie rozwiązań, stworzenie struktur systemowych i wdrożenie instrumentów zarządzania należy do zadań organów władzy państwowej. Realizacja zadań w zakresie zarządzania kryzysowego wymaga koordynacji działań wielu niezależnych merytorycznie podmiotów, konsolidacji procedur działania oraz wykorzystywania technologii. Ważne znaczenie dla sprawnego zarządzania kryzysowego ma także proces podejmowania trafnych i racjonalnych decyzji. Niezbędna jest tutaj szeroka wiedza z zakresu nauk o zarządzaniu, ciągłe doskonalenie oraz uzupełnianie informacji, gdyż zarządzania kryzysowego nie można ująć w „sztywne ramy”. Nie jest możliwe stworzenie uniwersalnych planów działania, ponieważ każda sytuacja kryzysowa jest odmienna i zróżnicowana. W związku z tym konieczne jest opracowanie wariantów planów działania<sup>5</sup>.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>6</sup> wprowadziła mocą art. 228 ust. 1 pojęcia stanów nadzwyczajnych (stanu wojennego, stanu wyjątkowego i stanu klęski żywiołowej<sup>7</sup>) do wewnętrznego porządku prawnego. Stany nad-

<sup>3</sup> *System reagowania kryzysowego...*, red. J. Gryz, W. Kitler, s. 7–8.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2007 r. Nr 89, poz. 590 z późn. zm.

<sup>5</sup> K. Sienkiewicz-Małyjurek, F.R. Krynojewski, *Zarządzanie kryzysowe w administracji publicznej, Zarządzanie bezpieczeństwem*, Warszawa 2010 r., s. 9–10.

<sup>6</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>7</sup> Przesłanki wprowadzenia stanów nadzwyczajnych zostały wskazane przez prawodawcę w Konstytucji RP oraz w odpowiednich aktach prawnych regulujących tę problematykę. Stan wojenny może zostać wprowadzony jedynie w trzech wypadkach: po pierwsze, w sytuacji zewnętrznego zagrożenia państwa (także spowodowanego działaniami terrorystycznymi); po wtóre, w razie zbrojnej napaści na terytorium państwa polskiego; po trzecie, gdy z umowy międzynarodowej wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji. Natomiast przesłanki wprowadzenia stanu wyjątkowego to: po pierwsze, sytuacja zagrożenia konstytucyjnego ustroju państwa; po wtóre, w razie zagrożenia obywateli; po trzecie, w razie zagrożenia porządku publicznego. Stan klęski żywiołowej stosownie do art. 232 Konstytucji RP zostaje wprowadzony w celu zapobieżenia skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej i w celu ich usunięcia.

zwyczajne mogą być wprowadzone w sytuacjach szczególnego zagrożenia dla „porządku publicznego, bezpieczeństwa i istnienia państwa”<sup>8</sup>, gdy nie da się ich usunąć, czy też im zapobiec przy użyciu zwykłych polityczno-administracyjnych środków konstytucyjnych<sup>9</sup>.

Problematyka stanów nadzwyczajnych<sup>10</sup> została uregulowana następującymi aktami prawnymi: ustawą z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej<sup>11</sup>, ustawą z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym<sup>12</sup> oraz ustawą z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej<sup>13</sup>.

Podstawowym aktem prawnym regulującym działania w zakresie zarządzania kryzysowego jest ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym. Określa ona organy odpowiedzialne, struktury decyzyjne i zadania organizacyjne, logistyczne oraz finansowe realizowane w tej dziedzinie. Zadania organów administracji rządowej oraz samorządowej, realizowane w zakresie zarządzania kryzysowego, zostały zawarte także w innych aktach prawnych, takich jak: ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie<sup>14</sup>, ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa<sup>15</sup>, ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym<sup>16</sup> oraz ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>17</sup>. Problematykę związaną z zarządzaniem kryzysowym regulują także liczne akty wykonawcze (rozporządzenia)<sup>18</sup>. W Polsce uregulowania prawne doty-

<sup>8</sup> P. Florjanowicz-Błachut, P. Mikuli, *Regulacja stanów nadzwyczajnych w polskim prawie konstytucyjnym*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe w samorządzie, Podstawy organizacyjno-prawne*, red. A. Kurkiewicz, Warszawa 2008 r., s. 27.

<sup>9</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Wyd. 7, Warszawa 2003 r., s. 421; Autor wskazuje, iż „stan nadzwyczajny to taki stan w wewnętrznym porządku państwa, w którym część obowiązujących regulacji konstytucyjnych zostaje zawieszona, a w ich miejsce występuje regulacja wyjątkowa”.

<sup>10</sup> Szerzej na temat stanów nadzwyczajnych: K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005 r.

<sup>11</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 156, poz. 1301 z późn. zm.

<sup>12</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.

<sup>13</sup> Dz. U. z 2002 r. Nr 62, poz. 558 z późn. zm.

<sup>14</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 31, poz. 206 z późn. zm.

<sup>15</sup> Tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 z późn. zm.

<sup>16</sup> Tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 z późn. zm.

<sup>17</sup> Tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.

<sup>18</sup> Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 8 listopada 2002 r. w sprawie wymagań, jakim powinien odpowiadać plan postępowania na wypadek zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego (Dz. U. z 2002 r. Nr 194, poz. 1632), Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 lutego 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad udziału pododdziałów i oddziałów Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w zapobieganiu stanom klęski żywiołowej lub ich usuwaniu (Dz. U. z 2003 r. Nr 41, poz. 347), Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie określenia organów administracji rządowej, które utworzą centra zarządzania kryzysowego, oraz sposobu ich funkcjonowania (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1810) oraz Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2010 r. w sprawie planów ochrony infrastruktury krytycznej (Dz. U. z 2010 r. Nr 83, poz. 542).

czące zarządzania kryzysowego zostały dostosowane do wymagań Unii Europejskiej. Największy wpływ na wewnętrzne ustawodawstwo polskie w omawianym obszarze miały przede wszystkim, takie akty prawne, jak np. Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy<sup>19</sup>; Dyrektywa Rady Europy nr 82/501/EEC z 24 czerwca 1982 r. o zagrożeniach wypadkami spowodowanymi działalnością przemysłu (Seveso); Dyrektywa Rady Europy 96/82/EC z 9 grudnia 1996 r. o kontroli zagrożeń poważnymi wypadkami (Seveso II); Dyrektywa 2007/60/WE Parlamentu Europejskiego z 23 października 2007 r. w sprawie oceny ryzyka powodziowego i zarządzania nim; Dyrektywa Rady 2008/114/WE z 8 grudnia 2008 r. w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony; Decyzja Rady Europy nr 91/396/EEC z 29 lipca 1991 r. w sprawie europejskiego, alarmowego numeru telefonu; Decyzja Rady 2008/617/WSiSW z 23 czerwca 2008 r. w sprawie usprawnienia współpracy pomiędzy specjalnymi jednostkami interwencyjnymi państw członkowskich Unii Europejskiej w sytuacjach kryzysowych; Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu oraz Konwencja Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi, sporządzona w Warszawie 16 maja 2005 r.<sup>20</sup>

Ze względu na dynamikę kategorii zagrożeń oraz bezpieczeństwo niezbędne jest stałe monitorowanie adekwatności wskazanych wyżej aktów prawnych do aktualnych zagrożeń, a w przypadku wystąpienia niezgodności, ich modyfikacja. Istnieje zatem potrzeba ciągłej kontroli zmian w przepisach prawnych przez osoby, które zajmują się zarządzaniem kryzysowym.

## 2. Pojęcie i istota zarządzania kryzysowego

Znaczenie pojęcia „zarządzanie kryzysowe” wiąże się nieodzownie z takimi pojęciami, jak: kryzys, sytuacja kryzysowa oraz reagowanie kryzysowe. Wskazane pojęcia definiowane są różnorodnie w zależności od dziedziny nauki, działalności praktycznej, z którą wiążą się, a także od podmiotu, którego dotyczą<sup>21</sup>.

Niezależnie od zjawisk, czy zdarzeń

o podłożu konfliktogennym w sferze stosunków międzynarodowych i wewnątrzpaństwowych, politycznych, społecznych, kulturalnych, religijnych i gospodarczych, społeczeństwa nękane są coraz częściej negatywnymi skutkami

<sup>19</sup> Dz. U. UE, C 310, T. 47, 16 grudnia 2004 r.

<sup>20</sup> Dz. U. z 2008 r. Nr 161, poz. 998.

<sup>21</sup> W. Kitler, *Istota zarządzania kryzysowego*, [w:] *System reagowania kryzysowego...*, red. J. Gryz, W. Kitler, s. 9.

rozwoju cywilizacyjnego, oddziaływaniem człowieka na przyrodę oraz katastrofami naturalnymi wy-nikającymi z działania sił przyrody.<sup>22</sup>

Zdarzenia lub zjawiska o podłożu konfliktogennym w sferze wyżej wymienionych stosunków są właściwie mało przewidywalne i wiążą się ze zwiększonym ryzykiem, a zarazem nie poddają się żadnej analizie według z góry ustalonych procedur postępowania<sup>23</sup>.

Pojęcie „kryzysu” jest terminem wieloznacznym<sup>24</sup>. Kryzys, pochodzi od greckiego *krino*, co oznacza rozróżniam, rozstrzygam; oznacza ono także pewnego rodzaju załamanie, pęknięcie, czyli „moment w którym następuje rozstrzygnięcie, oddzielenie”<sup>25</sup>. Pojęcie kryzysu definiowane jest także, jako okres przełomu, punkt zwrotny, moment, w którym rozstrzygany jest dalszy stan rzeczy (czyli trwanie lub nie danego przedmiotu)<sup>26</sup>. Kryzys ogólnie możemy ująć, jako punkt zwrotny (przełomowy), moment rozstrzygający, zmiana jakościowa układu lub w układzie, w którym znajduje się instytucja, organizm, organizacja<sup>27</sup>. Istotne znaczenie dla postrzegania danego zjawiska, jako kryzysu mają następujące cechy „musi istnieć nagle, realne i nieakceptowane przez dany podmiot zagrożenie jego interesów i celów, którego skutki zmieniają się lub prowadzą do zmiany sytuacji systemowej”<sup>28</sup>.

Obecnie kryzys jest identyfikowany z wieloma dziedzinami zarówno działalności naukowej, jak i praktycznej, co odnosi się nie tylko do zagrożeń systemów politycznych, stabilności ekonomicznej, ale również do dóbr chronionych takich, jak życie, zdrowie ludzi, ich mienie, a także środowisko. Z pewnością łączy się również z problemami natury społecznej, religijnej, narodowościowej, czy kulturalnej. Na tym właśnie tle powstaje wiele różnych definicji kryzysu, także w dziedzinie bezpieczeństwa narodowego.

Kolejnym kluczowym pojęciem w zakresie powyższej problematyki jest termin „sytuacja kryzysowa”, którą można zdefiniować jako „zespół okolicz-

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>24</sup> J.W. Wójcik, *Wikymologiczne zagadnienia zarządzania sytuacją kryzysową*, [w:] *Bezpieczeństwo narodowe i zarządzanie kryzysowe w Polsce w XXI wieku – wyzwania i dylematy*, red. T. Jemioła, K. Rajchel, Warszawa 2008 r., s. 522.

<sup>25</sup> *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 15.

<sup>26</sup> Definicja wg *Słownika wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, [w:] *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 15; także W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2000 r., s. 282 – kryzys to „moment, okres przełomu, przesilenie, decydujący zwrot; okres załamania gospodarczego”.

<sup>27</sup> *Obrona narodowa w tworzeniu bezpieczeństwa III RP. Podręcznik dla studentek i studentów*, red. R. Jakubczak, Warszawa 2003 r., s. 146.

<sup>28</sup> *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 14; także J. Gołębiowski, *Podręcznik menedżera programów kryzysowych*, Wyd. Szkoła Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej, Kraków 2003 r., s. 10–11 – według Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego NATO kryzys cechuje się realnym zagrożeniem, występuje nagle i jest nieprzewidywalny, musi mieć odpowiednią skalę natężenia, występuje presja wydarzeń oraz deficyt czasu, towarzyszy mu brak pewności, co do rozwoju sytuacji oraz metod i technik reagowania, występuje eskalacja zdarzeń.

ności zewnętrznych i wewnętrznych wpływających na dany układ (system) w ten sposób, iż zaczyna się w nim i jest kontynuowany proces zmienny, w rezultacie czego dochodzi do zachwiania równowagi, a następnie jej przywrócenia, dzięki podjętym środkom regulacji (...)”<sup>29</sup>. Należy wskazać także na subtelną różnicę między pojęciami „kryzysu” i „sytuacji kryzysowej”, co wyraża się między innymi poprzez wskazanie, iż kryzys jest elementem sytuacji kryzysowej, każdy kryzys jest sytuacją kryzysową (natomiast nie każda sytuacja kryzysowa musi zawierać w sobie element kryzysu, czyli fazę kryzysu) oraz sytuacja kryzysowa, w momencie pojawienia się jej symptomów, nie musi wywoływać zmian w istocie organizacji w odróżnieniu od kryzysu<sup>30</sup>.

Nowelizacja z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym<sup>31</sup> dokonała zmiany pojęcia „sytuacji kryzysowej”. Dotychczasowa definicja uzależniała zaistnienie takiej sytuacji od zagrożenia, które spowoduje łącznie wystąpienie następujących czynników skutkowych:

- a) zerwania lub znacznego naruszenia więzów społecznych;
- b) poważnego zakłócenia instytucji publicznych;
- c) użycia niezbędnych środków do zapewnienia lub przywrócenia bezpieczeństwa w takim wymiarze, który nie uzasadnia konieczności wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych, o których mowa w art. 228 ust. 1 Konstytucji RP<sup>32</sup>. Tak sformułowana definicja została zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego, który orzekł w wyroku z dnia 21 kwietnia 2009 r.<sup>33</sup>, iż definicja „sytuacji kryzysowej” jest niezgodna z art. 2 Konstytucji RP<sup>34</sup>. Odpowiedzią na wskazany wyżej

<sup>29</sup> R. Wróblewski, *Zarys teorii kryzysu, zagadnienia prewencji i zarządzania kryzysami*, Warszawa 1996 r., s. 10.

<sup>30</sup> *System reagowania kryzysowego...*, red. J. Gryz, W. Kitler, s. 20.

<sup>31</sup> Dz. U. z 2009 r. Nr 131, poz. 1076.

<sup>32</sup> Uzasadnienie do nowelizacji ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, Sejm RP VI Kadencji, RM 10-8-09, Druk nr 1699, 11 luty 2009 r., s. 1–2.

<sup>33</sup> K 50/07, Dz. U. Nr 65, poz. 553.

<sup>34</sup> Orzecznictwo TK Seria A rok 2009, Nr 4, poz. 51 – Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 3 pkt 1 ustawy zarządzaniu kryzysowym z art. 2 Konstytucji RP, przejmując w uzasadnieniu do wyroku TK z 21.04.2009 r. następującą argumentację: „po pierwsze – „sytuacja kryzysowa” jest to sytuacja, która stanowi „następstwo zagrożenia”. Definicja nie precyzuje, o jakie zagrożenia chodzi. Dopiero z art. 23 ustawy, określającego przesłanki wprowadzenia tzw. stopni alarmowych, wynika, że chodzi głównie o zagrożenia o charakterze terrorystycznym. Nasilenie elementów składających się na „sytuację kryzysową” nie może być jednak tak znaczne, aby uzasadniało zastosowanie środków specyficznych dla stanów nadzwyczajnych, o których mowa w art. 228 ust. 1 Konstytucji; po drugie – sytuacja „zagrożenia” ma prowadzić „do zerwania lub znacznego naruszenia więzów społecznych”. Pojęcie „więzów społecznych” jest znane przede wszystkim w naukach społecznych (socjologii, politologii, psychologii społecznej). Na gruncie prawa jest trudne do zaakceptowania, tym bardziej, że nawet w naukach społecznych nie ma jednolitej definicji tego pojęcia, jak również nie występuje jedna typologia „więzów społecznych”. Pojęcie to ze względu na swoją wieloznaczność nie może być akceptowane jako element definicji ustawowej. Wszystkie próby precyzyjnego określenia „więzów społecznych” należy traktować jako hipotezy badawcze o niewielkim znaczeniu dla analizy prawnej; (...) po trzecie – „zerwaniu” lub „znacznemu naruszeniu więzów społecznych” towarzyszyć musi „poważne zakłócenie



wyrok była zmiana zakwestionowanej definicji dokonana nowelizacją ustawy o zarządzaniu kryzysowym z dnia 17 lipca 2009 r.

Ponownie sytuacja kryzysowa została zdefiniowana w art. 3 pkt. 1 ustawy o zarządzaniu kryzysowym, który stanowi, iż jest to sytuacja wpływająca negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi, mienia w znacznych rozmiarach lub środowiska, wywołująca znaczne ograniczenia w działaniu właściwych organów administracji publicznej ze względu na nieadekwatność posiadanych sił i środków.

Zgodnie z treścią uzasadnienia do zmiany ustawy o zarządzaniu kryzysowym definicja

uzależnia zaistnienie sytuacji kryzysowej wyłącznie od wystąpienia zagrożenia, które wpływa negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi lub środowiska w stopniu wywołującym ograniczenia w działaniu właściwych organów administracji publicznej (gdy zasoby i procedury działania tych podmiotów okazują się być niewystarczające)<sup>35</sup>.

W świetle powyższego, do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z sytuacją kryzysową wystarczające jest wystąpienie dwóch elementów: sytuacji, która będzie wpływała negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi, mienia w znacznych rozmiarach lub środowiska oraz nastąpi znaczne ograniczenie w działalności właściwych organów administracji publicznej ze względu na nieadekwatność posiadanych sił i środków.

---

w funkcjonowaniu instytucji publicznych”. W tej części definicji również można dostrzec niejasności, które przejawiają się głównie poprzez niedookreślone pojęcie „instytucji publicznych”. W szczególności niejasna jest relacja tego pojęcia do pojęć pokrewnych, występujących w ustawie (organ administracji rządowej – np. art. 13 ust. 1, organ administracji publicznej – np. art. 13 ust. 3, instytucje i przedsiębiorcy – art. 3 ust. 2, służby – art. 9, art. 14, art. 17, art. 19). Według zasady racjonalności językowej ustawodawcy, do oznaczenia jednakowych pojęć powinno się używać jednakowych określeń, a różnych pojęć nie powinno się oznaczać tymi samymi określeniami. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, pojęcie „instytucji publicznych” nie pozwala na określenie kręgu podmiotowego objętych nim jednostek organizacyjnych. Ponadto, trudno jednoznacznie określić, na czym polegają „poważne”, a na czym „mniej poważne” zakłócenia w funkcjonowaniu instytucji publicznych i jaki charakter owe „zakłócenia” powinny mieć, aby dopuszczalne było zastosowanie rygorów ustawy o zarządzaniu kryzysowym. Użycie sformułowania „zakłócenie w funkcjonowaniu instytucji publicznych”, jako jednej z przesłanek uznania sytuacji zagrożenia za „sytuację kryzysową”, stwarza zbyt szeroki margines swobody interpretacyjnej. Można zatem przyjąć, że kolejny element definicji, zawartej w art. 3 pkt 1 ustawy, jest nieprecyzyjny i niemożliwy do zaakceptowania z punktu widzenia art. 2 Konstytucji; po czwarte – analizowana definicja zawiera element negatywny, tzn. sytuacja kryzysowa nie może być utożsamiana ze stanami nadzwyczajnymi, o których mowa w art. 228 ust. 1 Konstytucji. Ustawa zasadnicza zawiera zamknięty katalog stanów nadzwyczajnych, ustanawiając tym samym zakaz wprowadzania na drodze ustawowej innych stanów nadzwyczajnych. Wprowadzenie jednego ze stanów nadzwyczajnych jest, w świetle art. 228 ust. 1 Konstytucji, dopuszczalne „w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające”, to znaczy jeżeli są niewystarczające dla ich zwalczania” (por. K. Działocha, *uwaga 1 do art. 228*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Tom IV, Warszawa 2005 r.).

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 2.

Nowa definicja wskazanego wyżej pojęcia lepiej oddają jego istotę, jak również uwzględnia postulaty strony rządowej oraz samorządowej, w szczególności w kwestii wprowadzenia ułatwień dających podstawę do zakwalifikowania danego zdarzenia, jako sytuacji kryzysowej.

Reagowanie na zagrożenia, czyli podejmowanie wielu wyzwań i wykorzystywanie szans stanowi niewątpliwie materię bezpieczeństwa, również bezpieczeństwa narodowego, która „nie wpisuje się w zakres problematyki kryzysowej”. Zatem poszczególne organy władzy oraz podległe im lub przez nie nadzorowane siły zbrojne, służby, straże jak również różne inspekcje samodzielnie lub też we współpracy z innymi podmiotami realizują wskazane zadania z zakresu bezpieczeństwa stosownie do standardowych procedur zarządzania, a więc kierowania, dowodzenia, a wszystkie te działania podejmowane są w ramach normalnego funkcjonowania państwa i innych podmiotów województwa, powiatu i gminy. Występują jednak sytuacje, gdy te rutynowe działania nie są wystarczające, ponieważ dochodzi do rzeczywistej utraty kontroli nad biegiem wydarzeń. Proces decyzyjny zostaje zakłócony, wydarzenia wyprzedzają reagowanie, a proces informacyjny doznaje zakłóceń. W takiej sytuacji podmiot zarządzający musi skupić się na krótkoterminowym planowaniu, które określa się mianem zarządzania w sytuacji kryzysowej<sup>36</sup>.

W literaturze przedmiotu można spotkać wiele definicji „zarządzania kryzysowego”. Według Ryszarda Wróblewskiego pojęcie to oznacza

proces kierowania w państwie mający na celu zapobieganie sytuacjom kryzysowym, a w wypadku jej zaistnienia – zwrócenie kierunku rozwoju nagłych i niebezpiecznych wydarzeń, zagrażających (...) interesom społeczeństwa<sup>37</sup>.

Zaś K. Zieliński przyjmuje, iż zarządzanie kryzysowe jest to

całokształt rozwiązań systemowych w sferze ochrony ludności, wypełnianych przez władze publiczne wszystkich szczebli, we współdziałaniu z wyspecjalizowanymi organizacjami (...) w celu zapobieżenia sytuacjom niebezpiecznym stwarzającym zagrożenie dla życia, zdrowia obywateli oraz środowiska<sup>38</sup>.

Ustawa z 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym wprowadziła do porządku prawnego uniwersalną definicję zarządzania kryzysowego, zgodnie z którą była to działalność organów administracji publicznej będąca elementem kierowania bezpieczeństwem narodowym, która miała polegać na zapobieganiu sytuacjom kryzysowym, przygotowaniu do przejmowania nad

<sup>36</sup> W. Kitler, *Istota zarządzania kryzysowego*, [w:] red. J. Gryz, W. Kitler, *System reagowania kryzysowego...*, s. 23–24.

<sup>37</sup> R. Wróblewski, *Zarys teorii kryzysu, zagadnienia prewencji i zarządzania kryzysami*, Warszawa 1996 r., s. 39.

<sup>38</sup> K. Zieliński, *Bezpieczeństwo obywateli podczas kryzysów niemilitarnych oraz reagowanie w razie katastrof i klęsk żywiołowych*, Warszawa 2004 r., s. 29.

nimi kontroli w drodze zaplanowanych działań, reagowaniu w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowych oraz na odtworzeniu infrastruktury lub przywróceniu jej pierwotnego charakteru<sup>39</sup>.

Powyższa definicja zarządzania kryzysowego określona w art. 2 ustawy o zarządzaniu kryzysowym została zmieniona na podstawie nowelizacji z dnia 17 lipca 2009 r. ustawy o zarządzaniu kryzysowym<sup>40</sup>. Istotą zmiany było rozszerzenie katalogu podejmowanych działań w zakresie usuwania skutków sytuacji kryzysowych i ograniczenie procesu odtwarzania zasobów. Wskazane ograniczenia były podyktowane koniecznością koncentrowania się organów administracji publicznej nie tylko na zasobach i infrastrukturze, które dają możliwość społeczeństwu przetrwania w warunkach zaistniałych po sytuacji kryzysowej, a jednocześnie stwarzają warunki do przeciwstawiania się nie tylko nawrotom takiej sytuacji, ale również sytuacji powstającej w związku z wystąpieniem nowych zagrożeń<sup>41</sup>.

Znowelizowana ustawa o zarządzaniu kryzysowym zawiera w art. 2 definicję legalną zarządzania kryzysowego, przez które rozumie działalność organów administracji publicznej będącą elementem kierowania bezpieczeństwem narodowym, która polega na zapobieganiu sytuacjom kryzysowym, przygotowaniu do podejmowania nad nimi kontroli w drodze zaplanowanych działań, reagowaniu w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowych, usuwaniu ich skutków oraz odtwarzaniu zasobów i infrastruktury krytycznej.

Określenie „zarządzanie kryzysowe” będące dosłownym tłumaczeniem *crisis management*, jak się podkreśla w literaturze przedmiotu nie odzwierciedla istoty tego sformułowania, gdyż kryzys w ujęciu procesowym jest jedną z faz rozwoju sytuacji kryzysowej. Natomiast na podstawie analizy publikacji zachodnich pojęcie *crisis management* obejmuje nie tylko zarządzanie w czasie trwania kryzysu, ale także w fazie jego powstawania, rozwoju, przesilenia i powrotu do stabilności w nowej sytuacji. W świetle powyższego pojęcie „zarządzanie kryzysowe” jest niewątpliwie skrótem od bardziej poprawnego określenia „zarządzanie w sytuacjach kryzysowych”. R. Kitler określa wskazany termin jako

stan, w którym następuje przygotowanie się do przeciwdziałania kryzysom, przeciwdziałanie im, reagowanie na nie i przywrócenie stanu normalnego (...) zapobieganie powtórzeniom kryzysów<sup>42</sup>.

Na podstawie powyższej analizy można stwierdzić, iż cykl zarządzania sytuacją kryzysową obejmuje trzy podstawowe elementy: planowanie, reago-

<sup>39</sup> Dz. U. z 2007 r. Nr 89, poz. 590.

<sup>40</sup> Nowelizacja z dnia 17 lipca 2009 r. o zmianie ustawy o zarządzaniu kryzysowym (Dz. U. z 2009 r. Nr 131, poz. 1076).

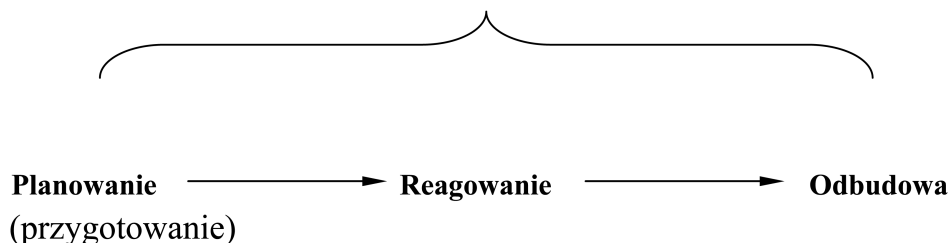
<sup>41</sup> Uzasadnienie do nowelizacji ustawy..., s. 1.

<sup>42</sup> R. Kitler, *Wybrane aspekty kierowania państwem w sytuacjach kryzysowych w obronie narodowej RP wobec wyzwań i zagrożeń współczesności*, Warszawa 1999 r., s. 74.

wanie oraz odbudowę, przy czym wszystkie te etapy muszą być permanentnie monitorowane, co pozwoli nie wątpliwie na bieżące korygowanie podejmowanych decyzji<sup>43</sup>.

### Cykl zarządzania sytuacją kryzysową

#### Monitorowanie



Źródło: *Zarządzanie kryzysowe w samorządzie, Podstawy organizacyjno-prawne*, red. A. Kurkiewicz, Warszawa 2008 r., s. 20.

### 3. Istota zarządzania kryzysowego w samorządzie gminnym

Podstawowe przepisy prawne dotyczące zarządzania kryzysowego, przepisy w zakresie porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, oraz ochrony przeciwpowodziowej i przeciwpożarowej, jak również zapobieganie nadzwyczajnym zagrożeniom w gminie zostały zawarte w następujących aktach normatywnych: w ustawie z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej, w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, w ustawie z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej<sup>44</sup>, a także w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>45</sup>.

Zadaniem samorządu gminnego jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej<sup>46</sup>. W odczuciu społecznym władze samorządowe odpowiedzialne są praktycznie za wszystkie aspekty życia: za infrastrukturę, zdrowie, edukację, bezpieczeństwo itd.

<sup>43</sup> Zob. W. Wytrzązek, *Podstawowe pojęcia z zakresu teorii i zarządzania*, [w:] *Kompendium wiedzy administratywisty*, Lublin 2008 r., s. 84 – Autor wymienia cztery fazy zarządzania kryzysowego, do których należy: zapobieganie, przygotowanie, reagowanie oraz odbudowa.

<sup>44</sup> Tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 178, poz. 1380 z późn. zm.

<sup>45</sup> Tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.

<sup>46</sup> Szerzej na temat zadań gminy: *Studia nad samorządem terytorialnym*, red. A. Błaś, Kolonia Limited 2002 r., s. 90–92; także B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Zakamycze 2006 r., s. 269–271.

Realizacja zadań z zakresu bezpieczeństwa należy głównie do zakresu działania administracji państwowej<sup>47</sup>. Zarówno w płaszczyźnie indywidualnej, jak i obiektywnej kwestie zapewnienia bezpieczeństwa osób oraz utrzymania porządku publicznego są wartości naczelnymi. W każdym cywilizowanym społeczeństwie sprzyjają one poczuciu wolności osobistej jednostki, a także samorealizacji obywateli, „umożliwiając zorganizowanemu społeczeństwu niezakłócone współżycie i rozwój, a szeroko rozumianemu państwu i jego organom – bezkonfliktowe funkcjonowanie”<sup>48</sup>. Warunki te są również konieczne dla egzystencji jednostki w grupie społecznej, bez względu na jej wielkość, strukturę powiązań oraz skalę. Zadania z tego zakresu powinny być w pewnym sensie przynależne wszystkim strukturom władztwa publicznego – zarówno państwu, jak i odrębnym podmiotom prawa publicznego<sup>49</sup>.

Zadania z zakresu bezpieczeństwa i ochrony porządku publicznego zostały nałożone na jednostki samorządu terytorialnego, przy czym zakres działalności poszczególnych stopni samorządu jest zróżnicowany w tym zakresie<sup>50</sup>. Zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej należy do zadań własnych gminy, a w ramach tych zadań mieszczą się m.in. sprawy z zakresu porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej<sup>51</sup>.

Stosownie do treści art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym w zakresie spraw nieuregulowanych w odrębnych przepisach ustawowych lub w innych przepisach powszechnie obowiązujących rada gminy może wydać przepisy porządkowe, które stanowią jeden z trzech rodzajów aktów prawa miejscowego<sup>52</sup>. Rada gminy uprawniona jest do wydania przepisów porządkowych, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego<sup>53</sup>. Jak podkreśla M. Kotulski przepisy porządkowe mają charakter samoistny, gdyż

<sup>47</sup> A. Szymaniak, *Samorząd a policja. Kształtowanie bezpieczeństwa lokalnego*, Poznań 2007 r., s. 5.

<sup>48</sup> J. Dobkowski, *Pozycja prawnoustrojowa służb, inspekcji i straży*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007 r., s. 72.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 72.

<sup>50</sup> W systemie zarządzania kryzysowego na poziomie administracji samorządowej wyraźne kompetencje w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa obywateli zostały określone właściwie na stopniu powiatowym i gminnym. Powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie m.in. ochrony przeciwpowodziowej, przeciwpożarowej i zapobieganie innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, o czym stanowi art. 4 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz.1592 z późn. zm.).

<sup>51</sup> Art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy o samorządzie gminnym.

<sup>52</sup> Art. 40 ustawy o samorządzie gminnym wskazuje trzy rodzaje aktów prawa miejscowego, a mianowicie: przepisy powszechnie obowiązujące wydane na podstawie delegacji ustawowej, ustrojowe przepisy wewnętrzne oraz przepisy porządkowe; szerzej na temat aktów prawa miejscowego: W. Kisiel, *Ustrój samorządu terytorialnego w Polsce*, Warszawa 2003 r., s. 81–112.

<sup>53</sup> J. Oniszczyk, *Samorząd terytorialny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Wyd. Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2002 r., s. 84.

wydawane są na podstawie generalnego upoważnienia wskazanego w ustawie gminnej<sup>54</sup>.

Warunkiem *sine qua non* dopuszczalności „wprowadzenia tego rodzaju regulacji prawnych jest nie tylko nieprawny charakter stosunków społecznych mogących być przedmiotem normowania, ale i brak delegacji ustawowej dla takiego unormowania”<sup>55</sup>. Delegacja ta została zastąpiona generalną klauzulą zawartą w art. 40 ust. 3 powołanej wyżej ustawy<sup>56</sup>.

Przesłanki będące podstawą stanowienia przepisów porządkowych to stan zagrożenia bezpieczeństwa publicznego. Pojęcie bezpieczeństwa publicznego można określić jako „stan, w którym ogół społeczeństwa i jego interesy (...) mają zapewnioną ochronę od szkód zagrażających im z jakichkolwiek źródeł”<sup>57</sup>. Przy czym porządek, spokój publiczny należy interpretować nie co inaczej, to pewien zewnętrzny stan, który polega na przestrzeganiu przez ludność istniejących zasad współżycia społecznego. Uzależnione są od miejsca i czasu, a zatem nie są niezmiennie. Podstawę do tworzenia przepisów porządkowych stanowi przesłanka określona przez ustawodawcę w art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym, która wskazuje, iż tworzenie przepisów porządkowych jest uzależnione od istnienia pewnego zakresu nieuregulowanego w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących<sup>58</sup>.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż akty prawa miejscowego o charakterze porządkowym mają charakter nadzwyczajny i można na ich podstawie ustanawiać nakazy i zakazy określonego zachowania się, ale tylko w sytuacji jeżeli bezpośrednio służą realizacji zawartych w upoważnieniu przesłanek<sup>59</sup>. Zatem w konsekwencji można przyjąć, iż przepisy te winny wskazywać dobra, które za ich pomocą powinny być chronione oraz określić przedsięwzięcia, które są niezbędne w tym celu.

Przepisy porządkowe charakteryzują się tym, iż przewidują możliwość ustanowienia sankcji za ich nieprzestrzeganie w postaci kary grzywny, która jest wymierzana na zasadach i w trybie określonym w prawie o wykroczeniach. Zgodnie z treścią ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń<sup>60</sup> grzywnę ustala się w określonej wysokości<sup>61</sup>. Rada gminy bądź wójt (burmistrz, prezydent miasta) ustalają wysokość grzywny zgodnie z przedstawioną wyżej regulacją prawną w przepisach porządkowych. Należy wskazać, iż określenie

<sup>54</sup> M. Kotulski, *Akty prawa miejscowego stanowione przez samorząd terytorialny*, Samorząd Terytorialny 2001 r., nr 11, s. 38.

<sup>55</sup> *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2000 r., s. 86.

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 86.

<sup>57</sup> B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny...*, s. 294.

<sup>58</sup> *Ibidem*, s. 294.

<sup>59</sup> *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005 r., s. 94.

<sup>60</sup> Tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 275 z późn. zm.

<sup>61</sup> Stosownie do art. 24 § 1 kodeksu wykroczeń grzywnę wymierza się w wysokości od 20 do 5000 zł, chyba że ustawa stanowi inaczej.

kary grzywny w treści przepisu porządkowego ma charakter fakultatywny i uzależniony jest od uznania organu, który stanowi ten przepis<sup>62</sup>.

Stanowienie aktów prawa miejscowego w formie uchwały należy do kompetencji rady gminy. Nadto w sytuacjach niecierpiących zwłoki przepisy porządkowe w formie zarządzenia może również wydać organ wykonawczy, a zatem wójt (burmistrz, prezydent miasta). Podstawę prawną do ich wydania stanowi art. 41 ust. 2 w związku z art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym. Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego wyraźnie podkreśliło, iż uprawnienia obecnie wójta przewidziane w art. 41 ust. 2 ustawy gminnej nie mają charakteru subsydiarnego względem odpowiednich uprawnień rady gminy, które zostały wskazane w art. 41 ust. 1 powołanej ustawy<sup>63</sup>. Jednak zarządzenie ustanawiające przepisy porządkowe podlega zatwierdzeniu na najbliższej sesji rady. W sytuacji, gdy nie zostanie przedstawione do zatwierdzenia lub nie zostanie zatwierdzone przez radę gminy, traci moc obowiązującą w terminie określonym przez radę gminy. Nadto dopuszczalne jest zatwierdzenie tylko takiego zarządzenia porządkowego, które „(...) zarówno w dniu wydania, jak i w dniu zatwierdzenia odpowiada obu przesłankom określonym w art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym”<sup>64</sup>.

Zadania z zakresu zarządzania kryzysowego na stopniu gminnym realizuje wójt (burmistrz lub prezydent miasta). W przeciwieństwie do pozostałych organów zarządzania kryzysowego (starosty, wojewody) wójt nie realizuje zadań organu administracji rządowej. Kompetencje jego wynikają z ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Zgodnie z postanowieniami ustawy gminnej wójt (burmistrz lub prezydent miasta) realizuje zadania przy pomocy urzędu gminnego, a ponadto wykonuje uprawnienia zwierzchnika służbowego zarówno w stosunku do pracowników gminy, jak i kierowników gminnych jednostek organizacyjnych. Ustawa o zarządzaniu kryzysowym dla tego stopnia samorządu terytorialnego także przewidziała istnienie komórki urzędu właściwej w sprawach zarządzania kryzysowego. Dodatkowo organ wykonawczy ma również do dyspozycji jednostki Ochotniczej Straży Pożarnej. Mimo, że są one stowarzyszeniami realizują ustawowo zlecone zadania samorządu gminnego, otrzymując środki finansowe na ten cel z budżetu gminy. Organowi wykonawczemu gminy, czyli wójtowi, podobnie jak staroście, w przypadku bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa wspólnoty samorządowej, w szczególności życia lub zdrowia, przysługuje prawo wydawania kierownikom (komentantom) służb, inspekcji i straży poleceń dla podjęcia działań, które mają zmierzać do usunięcia określonego zagrożenia. Wydawane polecenia muszą być zgodne z właściwością danej służby lub inspekcji<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny...*, s. 294.

<sup>63</sup> Wyrok NSA z dnia 4 maja 1993 r., S.A./Lu 173/93.

<sup>64</sup> Wyrok NSA z dnia 8 grudnia 1992 r. – AS/Wr 1306/92.

<sup>65</sup> W. Skomra, *Zarządzanie kryzysowe – praktyczny przewodnik po nowelizacji ustawy*, Wrocław 2010 r., s. 132.

Wójt (burmistrz lub prezydent miasta) wykonuje zadania dotyczące porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli gminy oraz ochrony przeciwpożarowej i przeciwpowodziowej. Do jego zadań należy np. wyposażanie i utrzymanie gminnego magazynu przeciwpowodziowego. Opracowuje on plan ochrony przed powodzią oraz ogłasza i odwołuje pogotowie oraz alarm przeciwpowodziowy. Nadto jeżeli nie można usunąć w inny sposób bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia ludzi lub mienia, jest on uprawniony do zarządzania ewakuacji z obszarów bezpośrednio zagrożonych. W aspekcie porównawczym uprawnienia w zakresie nakazu ewakuacji, nie posiada starosta, natomiast wojewoda posiada w bardzo ograniczonym zakresie.

Ustawa o samorządzie gminnym w art. 31b ust. 1 nie zawęża kompetencji wójta w zakresie zarządzania ewakuacji, ani do rodzaju zagrożenia, ani do jego wielkości. Jedyne wymóg, który musi zostać spełniony przez organ wydający decyzję w przedmiocie ewakuacji, to ocena czy zagrożenie jest bezpośrednie oraz czy poza ewakuacją nie ma innego sposobu usunięcia zagrożenia. Przyznane wójtowi upoważnienie do zarządzania ewakuacji wyróżnia go spośród innych organów zarządzania kryzysowego, a nawet spośród organów administracji publicznej, które są powoływane doraźnie w celu zwalczania zagrożeń dla życia, zdrowia oraz mienia. Przykładowo strażnik kierujący akcją ratowniczą stosownie do dyspozycji § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 lipca 1992 r. w sprawie zakresu i trybu korzystania z praw przez kierującego działaniem ratowniczym<sup>66</sup>, może zarządzić ewakuację, ale tylko z rejonu objętego działaniem ratowniczym, pod warunkiem, że nastąpiło zagrożenie dla życia i zdrowia, a jednocześnie istnieje groźba wybuchu paniki lub dalszy rozwój zdarzeń może spowodować odcięcie drogi ewakuacyjnej.

W praktyce pewnym problemem dla podejmujących decyzje o ewakuacji może okazać się kwestia ich wyegzekwowania. Formalne postępowanie w zakresie wyegzekwowania decyzji o ewakuacji określa ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji<sup>67</sup>. Ustawa ta wskazuje organy uprawnione do egzekwowania decyzji w przedmiocie ewakuacji oraz przyznaje prawo do zastosowania bezpośredniego przymusu względem osób uchylających się od ich wykonania. Jednak w płaszczyźnie tej kontrowersyjna jest kwestia zastosowania przymusu wobec osób chroniących własne domostwa. W praktyce nie wyegzekwowanie takiej decyzji może wiązać się z poważnymi konsekwencjami. W szczególności jeżeli organ wydający decyzję w przedmiocie ewakuacji zobowiązany jest do jej wyegzekwowania, to osoby poszkodowane, bądź ich spadkobiercy mają uprawnienie dochodzenia roszczeń z tytułu niedopełnienia przez właściwy organ obowiązków ustawowych<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Dz. U. z 1992 r. Nr 54, poz. 259.

<sup>67</sup> Tj. Dz. U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1015.

<sup>68</sup> W. Skomra, *Zarządzanie kryzysowe – praktyczny...*, s. 133.



Natomiast jeżeli, ani wójt (burmistrz lub prezydent miasta), ani kierujący akcją ratowniczą, nie są w stanie przeprowadzić samodzielnie ewakuacji na większym obszarze, wówczas niezbędny w zakresie jej przeprowadzenia będzie udział policji, a w poważniejszych przypadkach także udział Sił Zbrojnych. Zatem dla sprawnego podejmowania działań w zakresie ewakuacji oraz wsparcia wójta przez siły policji i wojska w omawianym zakresie, ważne jest określenie powyższych kwestii w zaleceniach do gminnych planów zarządzania kryzysowego, które są wydawane przez starostę.

Wydawać by się mogło, iż skoro głównym założeniem ustawy o zarządzaniu kryzysowym, jest udzielanie wsparcia tej służbie bądź organowi, których możliwości są nieadekwatne do zagrożenia to „najniższy stopień zarządzania kryzysowego będzie jedynie beneficjentem udzielanej pomocy”<sup>69</sup>. W praktyce jednak rola samorządu gminnego jest znacznie większa, ponieważ zadania realizowane na tym stopniu samorządu terytorialnego wynikają z zadań własnych gminy, do których należy również udzielanie pomocy społecznej. Pomoc ta udzielana jest przede wszystkim w przypadku zaistnienia zdarzenia losowego oraz klęski żywiołowej lub ekologicznej<sup>70</sup>.

W świetle powyższego niezależnie od tego, który z organów administracji publicznej podejmie decyzję o ewakuacji, obowiązek zapewnienia ewakuowanym osobom niezbędnych minimalnych warunków do życia będzie zadaniem samorządu gminnego.

Zadania realizowane przez organ wykonawczy gminy w zakresie zarządzania kryzysowego polegają przede wszystkim na:

- a) kierowaniu monitorowaniem, planowaniem, reagowaniem i usuwaniem skutków zagrożeń na terenie gminy;
- b) realizowaniu zadań z zakresu obrony cywilnej, a w tym zakresie:
  - realizacja zaleceń do Gminnego Planu Zarządzania Kryzysowego;
  - opracowywanie i przedkładanie do zatwierdzenia staroście Gminnego Planu Zarządzania Kryzysowego;
- c) zarządzaniu, organizowaniu i prowadzeniu szkoleń, ćwiczeń i treningów z zakresu zarządzania kryzysowego;
- d) wykonywaniu przedsięwzięć wynikających z planu operacyjnego funkcjonowania gmin i gmin o statucie miasta;
- e) przeciwdziałaniu skutkom zagrożeń o charakterze terrorystycznym;

<sup>69</sup> *Ibidem.*, s. 133.

<sup>70</sup> Stosownie do treści art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 12 marca 2004r. o pomocy społecznej (tj. Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1362 z późn. zm.) do zadań własnych gminy o charakterze obowiązkowym należy m.in. udzielanie schroniska, zapewnienie posiłku oraz niezbędnego ubrania osobom tego pozbawionym (pkt 3); przyznawanie i wypłacanie zasiłków okresowych (pkt 4); przyznawanie i wypłacanie zasiłków celowych (pkt 5); przyznawanie i wypłacanie zasiłków celowych na pokrycie wydatków powstałych w wyniku zdarzenia losowego (pkt 6) – przy czym wypłacanie zasiłków celowych na pokrycie wydatków związanych z klęską żywiołową lub ekologiczną należy do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej (art. 18 ust. 1 pkt 4), realizowanym przez gminę, czyli podlega refundacji z budżetu państwa.

- f) współdziałaniu z Szefem Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w zakresie przeciwdziałania, zapobiegania i usuwania skutków zdarzeń o charakterze terrorystycznym;
- g) realizacji zadań z zakresu ochrony infrastruktury krytycznej<sup>71</sup>.

Podstawowym dokumentem organizacyjno-funkcyjnym, który określa zasady organizacji gminnego systemu zarządzania kryzysowego jest Gminny Plan Zarządzania Kryzysowego. W planie tym zawiera się między innymi: charakterystykę występujących potencjalnych zagrożeń, procedury koordynacji oraz kierowania działaniami ratowniczymi w sytuacjach kryzysowych. W gminnych lub miejskich planach zarządzania kryzysowego określany jest także udział struktury administracji zespolonej i niezespolonej z terenu miasta oraz struktur ochotniczych straży pożarnych, a także formacji obrony cywilnej, w działaniach antykryzysowych. W tym zakresie przede wszystkim jednostki Państwowej Straży Pożarnej oraz ochotniczych straży pożarnych przewiduje się do działań ratowniczo-gaśniczych, ratownictwa technicznego, chemicznego, wodnego, wysokościowego, a także ekologicznego. Ponadto oddziały prewencji policji przeznacza się do działań porządkowo-ochronnych, natomiast formacje obrony cywilnej realizują głównie zadania związane z ratownictwem<sup>72</sup>.

Wskazane wyżej zadania z zakresu zarządzania kryzysowego organ wykonawczy gminy realizuje przy pomocy komórki organizacyjnej urzędu gminy (miasta) właściwej w sprawach zarządzania kryzysowego. Ponadto w celu realizacji zadań z tego zakresu powoływany jest Gminny Zespół Zarządzania Kryzysowego, który jest organem pomocniczym wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w zakresie realizacji zadań w sprawach zarządzania kryzysowego na terenie gminy (art. 19 ust. 4 ustawy o zarządzaniu kryzysowym).

Niewątpliwie różnorodność zagrożeń, mimo coraz lepszych systemów zabezpieczeń ma tendencję wzrostową, co wiąże się z rozwojem cywilizacyjnym. Zadania realizowane przez Gminny Zespół Zarządzania Kryzysowego obejmują:

- a) ocenę występujących i potencjalnych zagrożeń, które mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo publiczne oraz ich prognozowanie;
- b) przygotowywanie propozycji działań i przedstawianie wójtowi wniosków dotyczących wykonania, zmiany lub zaniechania działań określonych w Gminnym Planie Zarządzania Kryzysowego;
- c) przekazywanie informacji związanych z zagrożeniami do wiadomości publicznej;
- d) opiniowanie Gminnego Planu Zarządzania Kryzysowego<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Art. 19 ust. 2 ustawy o zarządzaniu kryzysowym.

<sup>72</sup> *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 84.

<sup>73</sup> Art. 19 ust. 5 ustawy o zarządzaniu kryzysowym.

Pracami Zespołu kieruje Szef Zespołu, którym jest wójt (burmistrz, prezydent miasta).

W zależności od zaistniałej sytuacji Gminny Zespół Zarządzania Kryzysowego uruchamia się w pełnym zakresie lub w części niezbędnej do skutecznego reagowania na dane zdarzenia. Zespół pracuje w fazach: zapobiegania, przygotowania, reagowania oraz odbudowy, co jest związane z zapobieżeniem skutkom zagrożeń i ich usuwaniem<sup>74</sup>.

Do zadań Zespołu w fazie zapobiegania należy uruchamianie działań, które redukują lub eliminują prawdopodobieństwo występowania zagrożenia, bądź też w istotny sposób ograniczają jego skutki. Zapobieganie może przyczynić się do poprawy bezpieczeństwa, jednak całkowicie nie wyeliminuje ryzyka katastrofy. Zatem ważne jest przygotowanie działań na wypadek pojawienia się nagłego zagrożenia. Kolejna faza związana jest z podejmowaniem przez Zespół działań planistycznych dotyczących sposobów reagowania na czas wystąpienia zagrożeń, a także podejmowania przedsięwzięć w celu zwiększenia zasobów sił oraz środków, które są niezbędne do efektywnego reagowania. Faza reagowania to podejmowanie działań polegających na dostarczeniu pomocy osobom poszkodowanym oraz hamowanie rozwoju występujących zagrożeń i ograniczanie strat. Ostatni etap stanowi faza odbudowy, w ramach której Zespół podejmuje działania mające na celu przywrócenie zdolności reagowania, a także odbudowę zasobów służb ratowniczych oraz odtwarzanie kluczowej dla prawidłowego funkcjonowania państwa infrastruktury energetycznej, transportowej, telekomunikacyjnej oraz dostarczania wody<sup>75</sup>.

W skład Gminnego Zespołu Zarządzania Kryzysowego wchodzi osoby powołane przez wójta (burmistrza lub prezydenta miasta) spośród:

- a) osób zatrudnionych w urzędzie gminy, gminnych jednostkach organizacyjnych lub jednostkach pomocniczych;
- b) pracowników zespolonych służb, inspekcji i straży, skierowanych przez przełożonych do wykonywania zadań w tym Zespole na wniosek wójta;
- c) przedstawicieli społecznych organizacji ratowniczych<sup>76</sup>.

Ponadto w skład Zespołu mogą wchodzić także inne osoby zaproszone przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta), a zatem struktura tego zespołu jest dość elastyczna.

W zakresie zarządzania kryzysowego decydującą rolę pełni wójt, który ma zapewnić na obszarze gminy realizację następujących zadań:

- a) całodobowe alarmowanie członków Gminnego Zespołu Zarządzania Kryzysowego, a w sytuacjach kryzysowych zapewnienie całodobowe-

<sup>74</sup> Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie Wydział Zarządzania Kryzysowego, *Zarządzanie – reagowanie kryzysowe*, Kraków, s. 70.

<sup>75</sup> *Ibidem*, s. 71–72.

<sup>76</sup> Art. 19 ust. 6 ustawy o zarządzaniu kryzysowym.

- go dyżuru w celu zapewnienia przepływu informacji, a także dokumentowania prowadzonych czynności,
- b) współdziałanie z Centrami Zarządzania Kryzysowego organów administracji publicznej,
  - c) nadzór nad funkcjonowaniem systemu wykrywania i alarmowania oraz systemu wczesnego ostrzegania ludności,
  - d) współpracę z podmiotami prowadzącymi monitoring środowiska,
  - e) współdziałanie z innymi podmiotami, które prowadzą akcje ratownicze, humanitarne i poszukiwawcze,
  - f) realizację zadań stałego dyżuru na potrzeby podwyższenia gotowości obronnej państwa<sup>77</sup>.

Zmianie, w wyniku nowelizacji ustawy o zarządzaniu kryzysowym z dnia 17 lipca 2009 r., uległo zadanie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) wskazane w art. 20 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy. Zadanie to dotyczy pełnienia całodobowych dyżurów w celu zapewnienia przepływu informacji na potrzeby zarządzania kryzysowego, przy czy na stopniu samorządu gminnego praktyka ukształtowała skuteczniejsze rozwiązania, takie jak np. alarmowanie członków Gminnego Zespołu Zarządzania Kryzysowego przez strażę gminne, jednostki straży pożarnych bądź policję. Nowela ustawy o zarządzaniu kryzysowym legitymizuje powyższy stan rzeczy; nakładając obowiązek pełnienia dyżurów, jednak wyłącznie w przypadku zaistnienia sytuacji kryzysowej<sup>78</sup>.

Elementem różnicującym stopień samorządu gminnego, od stopni samorządu powiatowego i wojewódzkiego, jest odmienność organizacyjna w zakresie zarządzania kryzysowego. W przypadku samorządu powiatowego i wojewódzkiego struktura zarządzania kryzysowego została narzucona ustawowo, natomiast w przypadku gminy elementy, które są wymagane przez ustawę o zarządzaniu kryzysowym, to powołanie komórki urzędu właściwej w sprawach zarządzania kryzysowego oraz zorganizowanie Zespołu Zarządzania Kryzysowego. Natomiast w dyspozycji wójta (burmistrza, prezydenta miasta) pozostawiono decyzje w zakresie powołania Centrum Zarządzania Kryzysowego, o czym stanowi *expressis verbis* art. 20 ust. 2 ustawy o zarządzaniu kryzysowym. Uzasadnieniem powyższego rozwiązania prawnego jest fakt, iż możliwości finansowe wielu gmin w kraju są ograniczone. Nadto gminy „realizują w ramach zarządzania kryzysowego nieomal wyłącznie własne zadania ustawowe, dlatego same powinny oceniać, jakimi środkami technicznymi są w stanie je wykonywać”<sup>79</sup>. Ustawodawca podobnie, jak w przypadku stopnia powiatowego dopuszcza możliwość powołania wspólnych centrów obsługujących kilka samorządów. Dotyczyć to może jednak tylko tych miejscowości, które są siedzibami równocześnie dwóch lub więcej samorządów

<sup>77</sup> Art. 20 ust. 1 ustawy o zarządzaniu kryzysowym.

<sup>78</sup> Uzasadnienie do nowelizacji ustawy..., s. 9–10.

<sup>79</sup> W. Skomra, *Zarządzanie kryzysowe – praktyczny...*, s. 169.

gminnych. W świetle powyższego można utworzyć wspólne Centrum Zarządzania Kryzysowego, jeżeli w danej miejscowości ma jednocześnie siedzibę samorząd wiejski i miejski.

W celu sprawnego i szybkiego podjęcia działań antykryzysowych istotne znaczenie ma jak najkrótszy czas, w który zostają one podjęte. Stosownie do treści art. 21 wyżej powołanej ustawy obowiązek podjęcia działań w zakresie zarządzania kryzysowego spoczywa na organie właściwym w sprawach zarządzania kryzysowego, który jako pierwszy uzyskał informację o wystąpieniu zagrożenia. Nadto organ ten zobowiązany jest niezwłocznie informację o zaistniałym zdarzeniu przekazać odpowiednio organom wyższego i niższego stopnia, przedstawiając im jednocześnie swoją ocenę sytuacji oraz informację o zamierzonych działaniach.

Obecne brzmienie art. 26 ust. 4 wyżej powołanej ustawy obliguje jednostki samorządu terytorialnego do utworzenia rezerwy celowej na realizację zadań własnych z zakresu zarządzania kryzysowego w wysokości nie mniejszej niż 0,5% wydatków budżetów jednostki samorządu terytorialnego pomniejszonych o wydatki inwestycyjne, wydatki na wynagrodzenie i pochodne oraz wydatki na obsługę długu.

Zatem zmiany treści powołanego wyżej przepisu określając dolną wysokość rezerwy „nie mniejszej niż 0,5%” pozostawiają decyzje jednostkom samorządu terytorialnego w zakresie ewentualnego jej zwiększenia. Natomiast wcześniejsza treść powołanego artykułu wskazywała kwotę wielkości do 1%, co sugerowało, iż kwota ta mogła być zerowa<sup>80</sup>.

Istotną sferę działań administracji samorządowej gminy stanowi ochrona przeciwpożarowa. Władze samorządu terytorialnego na mocy ustawy o ochronie przeciwpożarowej realizują określone zadania w tym zakresie polegające m.in. na:

- a) opracowywaniu programów i wytycznych w zakresie bezpieczeństwa pożarowego kierowanych do dyrektorów jednostek, zarządców obiektów użyteczności publicznej;
- b) nadzorze oraz koordynacji działań i ćwiczeń ewakuacyjnych w obiektach;
- c) organizowaniu działalności prewencyjnej w zakresie lokalnego programu profilaktyki pożarowej;
- d) nadzorze i kontroli nad funkcjonowaniem ochotniczych straży pożarnych<sup>81</sup>, a także udziale w tworzeniu, przekształcaniu oraz likwidowaniu ochotniczych straży pożarnych bądź służb ratowniczych, finansowaniu jednostek ochrony przeciwpożarowej oraz OSP;
- e) udziale w tworzeniu, przekształcaniu oraz likwidowaniu zakładowych straży pożarnych oraz jednostek ratowniczych<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Uzasadnienie do nowelizacji ustawy..., s. 11.

<sup>81</sup> Art. 32 ustawy o ochronie przeciwpożarowej.

<sup>82</sup> *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 69–70.

Szczególnie ważnym obszarem działania samorządu gminnego jest także ochrona przeciwpowodziowa. Zadania realizowane przez gminę w tym zakresie polegają m.in. na:

- a) współdziałaniu w zwalczaniu powodzi oraz usuwaniu ich skutków;
- b) uzgadnianiu programów związanych z ochroną gminy przed powodzią;
- c) współdziałaniu w rozprawach wodnoprawnych dotyczących ochrony przed powodzią oraz odwodnieniu terenów miasta;
- d) współpracy z jednostkami administracji rządowej oraz jednostkami i placówkami naukowymi w zakresie ochrony przed powodzią;
- e) koordynowaniu prowadzenia akcji przeciwpowodziowej, a także czynności podejmowanych w związku z usuwaniem szkód powodziowych;
- f) sprawowaniu nadzoru nad kwestiami związanymi z inwentaryzacją szkód;
- g) opracowywaniu i bieżącej aktualizacji planu operacyjnego ochrony przeciwpowodziowej<sup>83</sup>.

Realizacja zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej oraz przeciwpowodziowej, które dotyczą działań antykryzysowych wzmocnione są obowiązkiem zapewnienia przez służby gminne całodobowych dyżurów. Na poziomie gminy funkcję koordynującą działania jednostek ochrony przeciwpożarowej, które wchodzi w skład Krajowego Systemu Ratowniczo-Gaśniczego, pełni wójt (burmistrz, prezydent miasta).

Należy także podkreślić, iż w czasie wprowadzenia stanu klęski żywiołowej organy władzy publicznej działają w dotychczasowych strukturach państwa oraz w ramach przysługujących im kompetencji. Na stopniu gminnym podczas stanu klęski żywiołowej działaniami mającymi na celu zapobieżenie skutkom klęski żywiołowej lub ich usunięciu kieruje wójt (burmistrz lub prezydent miasta) w sytuacji, gdy stan ten został wprowadzony tylko na obszarze gminy<sup>84</sup>.

#### 4. Zakończenie

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, iż zarządzanie kryzysowe w samorządzie gminnym, a także na stopniach samorządu powiatowego oraz wojewódzkiego zostało określone w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, co niewątpliwie należy ocenić pozytywnie.

Ustawa ta stanowi odpowiedź na krytyczny postulat doktryny, który podniósł zarzut, iż „budowę systemu zwalczania klęsk żywiołowych rozpoczęto

<sup>83</sup> Ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 z późn. zm.).

<sup>84</sup> Małopolski Urząd Wojewódzki w Krakowie Wydział Zarządzania Kryzysowego, *Zarządzanie – reagowanie kryzysowe*, Kraków, s. 73.

od (...) modelu normatywnego w trybie nadzwyczajnym”<sup>85</sup>, podczas gdy właściwszym jest zbudowanie i wprowadzenie w pierwszej kolejności do obiegu prawnego regulacji zwalczania zagrożenia w trybie zwyczajnym. Ustawa definiując sytuację kryzysową stanowi, iż jest to sytuacja wpływająca negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi, mienia w znacznych rozmiarach lub środowiska, wywołująca znaczne ograniczenia w działaniu właściwych organów administracji publicznej ze względu na nieadekwatność posiadanych sił i środków. Zatem w sytuacji wystąpienia zagrożenia w znacznych rozmiarach dla wskazanych wyżej wartości adekwatne jest uruchomienie zarządzania kryzysowego. Sytuacja kryzysowa jako stan narastającej niepewności oraz napięcia może stwarzać zagrożenie zarówno dla integralności terytorialnej, jak również dla życia, zdrowia, mienia, środowiska oraz strategicznej infrastruktury.

Sytuacja kryzysowa uzależniona jest wyłącznie od wystąpienia zagrożenia, które wpływa negatywnie na poziom bezpieczeństwa ludzi lub środowiska w stopniu wywołującym ograniczenia w działaniu właściwych organów administracji publicznej, jeżeli zasoby i procedury działania tych podmiotów okażą się niewystarczające<sup>86</sup>.

Ustawodawca przewidział także cały wachlarz zadań, które mają być realizowane przez wójta w sytuacji wystąpienia określonych zagrożeń. Zadania z zakresu zarządzania kryzysowego wójt (burmistrz, prezydent miasta) realizuje przy pomocy organów pomocniczych, jak również współpracuje w tym zakresie z innymi centrami zarządzania kryzysowego innych organów administracji publicznej oraz z jednostkami wyspecjalizowanymi (PSP, OSP, policją, Państwowym Ratownictwem Medycznym itd.). Nadto organy gminy uprawnione są do wydawania aktów prawa miejscowego (przepisów porządkowych) związanych z różnymi aspektami zarządzania kryzysowego.

## STRESZCZENIE

Przedmiotem analizy niniejszego artykułu jest problematyka dotycząca zarządzania kryzysowego na stopniu gminnym. Zarządzanie kryzysowe na poszczególnych stopniach samorządu terytorialnego – gminnym, powiatowym, wojewódzkim – zostało określone w akcie prawnym rangi ustawowej, tj. w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym.

Powołana wyżej ustawa stanowi niewątpliwie odpowiedź na krytyczny postulat doktryny, który podnosił zarzut, iż budowę systemu zwalczania

<sup>85</sup> *Zarządzanie kryzysowe...*, red. A. Kurkiewicz, s. 56–60.

<sup>86</sup> *Uzasadnienie do nowelizacji ustawy...*, s. 2.

nia klęsk żywiołowych rozpoczęto od modelu normatywnego w trybie nadzwyczajnym, podczas gdy właściwszym jest zbudowanie i wprowadzenie w pierwszej kolejności do obiegu prawnego regulacji zwalczania zagrożenia w trybie zwyczajnym.

Ustawa o zarządzaniu kryzysowym określiła organy odpowiedzialne, struktury decyzyjne i zadania organizacyjne, logistyczne oraz finansowe realizowane w dziedzinie zarządzania kryzysowego w skali kraju, jak również na poszczególnych stopniach samorządu terytorialnego. Takie rozwiązanie należy z pewnością ocenić pozytywnie.

Ustawodawca przewidział również cały wachlarz zadań, które mają być realizowane przez wójta w sytuacji wystąpienia określonych zagrożeń. Zadania z zakresu zarządzania kryzysowego organ wykonawczy gminy realizuje przy pomocy organów pomocniczych, jak również współpracuje w tym zakresie z innymi centrami zarządzania kryzysowego innych organów administracji publicznej oraz z jednostkami wyspecjalizowanymi (PSP, OSP, policją, Państwowym Ratownictwem Medycznym itd.). Nadto organy gminy uprawnione są do wydawania aktów prawa miejscowego (przepisów porządkowych) związanych z różnymi aspektami zarządzania kryzysowego.

## SUMMARY

### Outline of crisis management issues in Local Government

Crisis management in self-government of community and also at other levels of territory self-government has been described in the consistent legal act, that is in the Act of April 26<sup>th</sup> 2007 on crisis management.

This act constitutes the answer to the critical postulate of the doctrine which raises the reproach that building of the system to fight natural disasters was started with the normative model in the extraordinary mode while more proper is building and introducing, in the first place, into the legal circulation a regulation on fighting emergency in the usual mode. The act, defining a crisis situation, constitutes that this is a situation influencing negatively the level of people's security, goods in significant size or environment evoking considerable limitations in acting of competent organs of public administration because of inadequateness of forces and means in possession. Therefore, in the situation of emergency, in significant size, it is adequate to start crisis management for the values mentioned above.

Legislator has also foreseen the whole range of actions which are to be realized by a village-mayor in the situation of definite emergency



appearance. Tasks connected with crisis management are realized by a village-mayor (mayor, president of the city) with the assistance of helping organs and also he/she cooperates in this scope with other crisis management centers of other public administration organs and its specialized units (Public Fire Brigade, Voluntary Fire Brigade, police, Public Medical Rescue, etc.). Moreover, organs of the community are entitled to issue legal local acts (order regulations) connected with different aspects of crisis management.

ANNA HOŁDA-WYDRZYŃSKA

## Tytuł utworu jako przedmiot ochrony prawnej w niemieckim prawie znaków towarowych – Markengesetz

### 1. Uwagi ogólne

Za „tytuł dzieła sztuki” przyjmuje się pewną „ustaloną pod względem językowym, szeroko, jeśli nie powszechnie, przyjętą nazwę jednostkową danego dzieła sztuki”<sup>1</sup>. Według H. Behar – „(...) tytuł przyciąga amatora, zatrzymuje na sobie jego wzrok i z góry go czaruje; tytuł to czarownik, ale też nader często bezwstydną oszust (...)”<sup>2</sup>.

Tytuł utworu jest oznaczeniem słownym – wyrażeniem/wyrazem – którego zasadniczym przeznaczeniem jest identyfikacja oraz opisanie konkretnego utworu (literackiego, naukowego, prasowego, filmowego, muzycznego, teatralnego) bądź tylko pewnej jego części<sup>3</sup>. Nie będąc oznaczeniem odróżniającym w klasycznym rozumieniu oznaczeń odróżniających, którymi są znaki towarowe, oznaczenia przedsiębiorców oraz oznaczenia geograficzne<sup>4</sup> – tytuł spełnia jednak rolę odróżniającą, zbliżającą te oznaczenia do znaków towarowych. Z jednej strony tytuł utworu odróżnia utwory jako takie, a z drugiej strony identyfikuje również samego autora. Łączenie tych dwóch funkcji jednocześnie pozwala doszukiwać się w tytule utworu cech nie tylko *stricte* artystycznych, ale i komercyjnych. Konsekwencją takiego spojrzenia jest prowadzenie od dłuższego czasu w literaturze obcojęzycznej zagorzalej

<sup>1</sup> M. Wallis, *Sztuki i znaki. Pisma semiotyczne*, Warszawa 1983, s. 226.

<sup>2</sup> H. Behar, *O tytułach surrealistycznych*, P. Lit., 1981, Zeszyt 2, s. 261.

<sup>3</sup> G. Tylec, *Ochrona tytułu utworu w prawie autorskim i prawie prasowym*, PUG 2006/6, s. 29 i nast.; *Słownik języka polskiego*, T. III, red. M. Szymczak, Warszawa 1981. Poza zakresem rozważań pozostaje rozumienie tytułu jako stopnia naukowego, zawodowego, czy też godności lub nazwy rodowej, bądź podstawy prawnej.

<sup>4</sup> R. Skubisz, *Prawo znaków towarowych, Komentarz*, Wyd. II, Warszawa 1997, s. 13.

polemiki nad możliwością zakwalifikowania tytułów utworów jako znaków towarowych<sup>5</sup>. Wśród przedstawicieli polskiej doktryny prawa również zwrócono uwagę na wyróżniający charakter tytułu utworu<sup>6</sup>. Zapoczątkowane przez A. Ponikło oraz J. Gutowskiego<sup>7</sup> opinie w tym zakresie mają jednak charakter dużo bardziej powściągliwy i odnoszą się przede wszystkim do tytułów dzieł seryjnych, tj. periodyków (w literaturze angielskiej tytuły takie określane są jako *titles of series of creative works*, tłum. tytuły serii utworów), a nie do tytułów pojedynczych dzieł artystycznych (w literaturze angielskiej – *titles of single creative works*, tłum. tytuły pojedynczych utworów)<sup>8</sup>. Śladowe wypowiedzi wynikać mogą z braku zainteresowania przez twórców chęcią ochrony swych tytułów prawem wyłącznym do znaku towarowego, a także nakładającą się na to niejasnością co do samego statusu tytułu utworu na gruncie prawa własności przemysłowej, a dokładniej prawa znaków towarowych. Ponadto na gruncie polskiej regulacji prawnej wydaje się, że zadowolającym i wystarczającym są unormowania prawnoautorskie, obejmujące swoim zakresem przedmiotowym również tytuły utworów, chronionych jako elementy składowe całego dzieła.

<sup>5</sup> W literaturze zagranicznej zagorzałym zwolennikiem rejestracji tytułów jako znaków towarowych jest chociażby P. Reeskamp, który przyrównując tytuł dzieła do marki, upatruje w nim taką samą siłę gospodarczego zastosowania jaką posiada znak towarowy Coca-Cola, czy BMW. P. Reeskamp, *Dr No in trade mark country: a Dutch point of view*, J.I.P.L&P, 2010 Vol. 5 No. 1, s. 29–38. Podobnie twierdzi William M. Borchard, który prawo znaków towarowych traktuje jako źródło ochrony najcenniejszych przymiotów twórczej pracy artystów – talentu i rozpoznawalności. W.M. Borchard, *Trademarks and the Arts*, Nowy Jork, 1989, s. 1. Zob. także R. Callmann, *Unfair Competition in Idea and Titles*, 42 Cal. L. Rev. 77 (1954), s. 82–84; V.S. Netterville, B.L. Hirsch, *Piracy and Privilege in Literary Titles*, 32 S.Cal.L.Rev. 101 (1958–1959), s. 102.

<sup>6</sup> M. Kępiński, *Znak towarowy (funkcja, rodzaje znaków, oznaczenia stanowiące przedmiot praw wyłącznych, rejestracja, zakres wyłączności)*, SC, Tom XXII, Warszawa–Kraków 1974, s. 190. Do kategorii znaków towarowych włączał ewentualnie tytuły serii wydawniczych lub czasopism. Natomiast w przypadku tytułów dzieł literackich zdecydowanie uznawał, iż zbędnym jest konstruowanie wobec nich osobnego prawa wyłącznego do znaku towarowego, gdyż w warunkach polskich wystarczającą ochronę przewidują przepisy prawa autorskiego. W nowszej literaturze można odnaleźć stanowiska bardziej liberalne, dopuszczające rejestrację również pojedynczych tytułów utworów. Przykładowo za zdolnością rejestrować pojedynczych dzieł wypowiedział się wprost m.in. W. Włodarczyk oraz pośrednio M. Czajkowska-Dąbrowska oraz I. Wiszniewska, które nie wykluczyły tytułów książek, filmów, czy seriali spod rejestracji, ale pod warunkiem, że ich rejestracja nie będzie naruszać praw osób trzecich; W. Włodarczyk, *Zdolność odróżniająca znaku towarowego*, Lublin 2001, s. 82. M. Czajkowska-Dąbrowska, I. Wiszniewska, *Merchandising – czyli komercjalizacja popularnych symboli*, PPH 1998/10, s. 5.

<sup>7</sup> A. Ponikło, J. Gutowski, *Polskie prawo patentowe. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o ochronie wynalazków, wzorów i znaków towarowych. Komentarz*, Warszawa 1935 r., s. 184.

<sup>8</sup> Pod terminem pojedynczych dzieł ludzkiego intelektu rozumie się utwory, które nie są periodycznie publikowane. Pojedynczym utworem jest taki utwór, którego treść nie ulega zmianie, niezależnie od tego w jakiej formie dzieło zostało udostępnione (druk, nagranie, forma elektroniczna), a także niezależnie od liczby udostępnionych nakładów, a także częstotliwości ukazywania się dzieła. Natomiast pod terminem serii utworów rozumie się utwory, które ukazują się periodycznie tj. w odpowiednich sekwencjach, tworząc pewną artystyczną całość.

Rozważania nad kwalifikacją tytułu utworu jako przedmiotu ochrony prawnej prawem wyłącznym stały się również przedmiotem wydanego przez SPI wyroku w sprawie tytułu jednego z filmów z serii Jamesa Bonda – „Dr No”<sup>9</sup>. W orzeczeniu tym sąd podkreślił, że tytuł utworu może być chroniony jako znak towarowy, ale pod warunkiem, że będzie wskazywał *nie na pochodzenie artystyczne utworu, lecz na źródło pochodzenia w znaczeniu handlowym*, pozwalając tym samym konsumentowi dokonać powtórnego zakupu lub stronić od danych towarów lub usług. Pomijając w tym miejscu ocenę postawionych tez, które nie do końca rozwiewają podkreślane w literaturze wątpliwości, należy docenić walor naukowy oraz dydaktyczny tego orzeczenia, które jako jedyne do tej pory odnosi się do problematyki ochrony tytułu utworu jako oznaczenia handlowego i dostrzega potrzebę rozróżniania tytułu wyłącznie jako metawypowiedzi o tekście oraz tytułu jako oznaczenia handlowego.

Na arenie europejskiej niezwykle ciekawe rozwiązanie ochrony tytułów utworów zostało przejęte w prawie niemieckim. Koncepcja legislacyjnej ochrony tytułów w niemieckim porządku prawnym nie została oparta na ochronie prawnoautorskiej, lecz na ochronie tytułu prawem *sui generis*, przewidzianym w ustawie o Znakach Towarowych z dnia 25 października 1994 r. – Markengesetz (dalej: MarkenG)<sup>10</sup>.

## 2. Miejsce tytułu utworu w MarkenG

Tytuły utworów do momentu wejścia w życie MarkenG korzystały z ochrony płynącej z dawnej niemieckiej ustawy o Zwalczaniu Nieuczciwej Konkurencji z 1909 r. (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Zgodnie z ogólnie przyjętą wówczas praktyką przyjmowało się, iż ochrona tytułów utworów przed nieuczciwym kopiowaniem i naśladownictwem przynależna jest bardziej domenie prawa konkurencji niż prawa znaków towarowych. Natomiast w chwili obecnej nie ma już wątpliwości, że ochrona tytułu utworu realizowana jest na zasadach określonych w prawie znaków towarowych – MarkenG. Zgodnie z niemiecką regulacją, tytuł dzieła został umieszczony w części poświęconej *Znakom Towarowym oraz Innym Oznaczeniom*. Rozdział ten zakresem przedmiotowym odnosi się do znaków towarowych, oznaczeń geograficznych, a także oznaczeń handlowych, w ramach których wyszczególniono symbole

<sup>9</sup> Danjaq, LLC przeciwko OHIM. Wyrok SPI z dnia 30 czerwca 2009 r., T-435/05. Tekst orzeczenia w języku polskim dostępny na [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), data dostępu 21 czerwca 2011 r.

<sup>10</sup> B. Stegmaier, *German and European Trademark Law*, 12 J.C.L.I. 433 (2001–2002), s. 433–436; J. Kay-Uwe, *Revision of the German Trademark Law*, 84 TMR 605 (1994), s. 605–616; M. Fammler, *The new German Act on marks: EC harmonisation and comprehensive reform*, E.I.P.R. 1995, 17(1), 22–28. Tekst aktu prawnego dostępny na stronie internetowej <http://www.markengesetz.de>, data dostępu 28.11.2012 r.

przypisywane bezpośrednio firmie, a także z zasady z nimi niezwiązane – tytuły utworów.

W MarkenG nie wskazano wprost jakie tytuły są chronione. Zamiast tego określono, czym jest tytuł oraz wskazano rodzaje dzieł, które tytuł sygnuje. Zgodnie z MarkenG za tytuł utworu uważa się nazwę lub inne charakterystyczne oznaczenie publikacji piśmienniczych, dzieł filmowych, utworów muzycznych, dzieł dramatycznych, czy innych porównywalnych utworów<sup>11</sup>, którymi może być każdy przejaw intelektualnej aktywności jednostki<sup>12</sup>. Warte podkreślenia jest to, że nie wprowadzono żadnej hierarchizacji, ani wartościowania przedstawionych utworów<sup>13</sup>. Przyjęto, że ochrona prawem do tytułu przysługuje niezależnie od tego, jaki to jest rodzaj utworu, ani czy jest to tytuł pojedynczy, czy seryjny, a nawet, czy jest to tytuł części utworu, która funkcjonuje samodzielnie<sup>14</sup>.

W celu szerokiego spojrzenia na prezentowany problem oraz wprowadzenia otwartego katalogu dzieł chronionych na gruncie MarkenG, ustawodawca zrezygnował z definiowania poszczególnych dzieł artystycznych. Z uwagi na brak dyrektyw interpretacyjnych wykładnia poszczególnych dzieł dokonywana jest przez doktrynę oraz judykaturę. Pod pojęciem dzieł drukowanych rozumie się wszelkie dzieła pisane takie jak: obrazy, obrazki, powieści, poradniki, książki, partytury, zbiory pieśni, serie wydawnicze, sagi, gazety, czasopisma itp. W przypadku dzieł filmowych nie ma znaczenia ani sposób realizacji utworu, ani gatunek filmu, ani też rodzaj dzieła filmowego. Dziełem filmowym może więc być wszystko: ekranizacje kinowe, telewizyjne, seriale, opery mydlane, dzienniki telewizyjne itp. W przypadku dzieł dźwiękowych wachlarz możliwości również jest szeroki, bowiem utworami takimi mogą być opery, musicale, operetki, programy radiowe, a nawet dzwonki do telefonów. Dzieła sceniczne gwarantują zgłoszenie tytułów chociażby dzieł teatralnych. Natomiast kategoria innych porównywalnych utworów otwiera drogę do zgłoszenia tytułów gier, programów komputerowych, domen internetowych, wszelakich wystaw, seminariów, szkoleń, konferencji, wykładów, obrazów, rzeźb, czy nawet fotografii<sup>15</sup>.

### 3. Tzw. Titelschutz i Markenschutz

W prawie niemieckim wyróżniono dwutorowy sposób ochrony tytułu. Po pierwsze, w ramach tzw. *Titelschutz* (ochrona prawa do tytułu), a po drugie,

<sup>11</sup> Sec. 5 (1) – (3) MarkenG.

<sup>12</sup> J. Klink, *Titles in Europe: trade names, copyright works or title marks?*, E.I.P.R. 2004, 26 (7), s. 298.

<sup>13</sup> P. Baronikians, *Der Schutz des Werktitels*, München 2008, s. 33.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 29 i nast.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 33 i nast.

w ramach *tsw. Markenschutz* (ochrona prawem do znaku towarowego). Wyróżnienie tych dwóch kategorii ochrony ujętej w ramach jednego aktu prawnego MarkenG wymusza wprowadzenie oddzielnej terminologii.

Ochrona tytułu w ramach Titelschutz dotyczy ochrony zdolności indywidualizacji tytułu, która w dalszej części określana będzie również jako zdolność wyróżniania. Natomiast w ramach Markenschutz chroniona jest zdolność odróżniania ze względu na pochodzenie, która jest przesłanką immanentnie związaną z funkcją znaku towarowego<sup>16</sup>. Wyróżnienie tych dwóch typów ochrony ujętych w jednym akcie prawnym podkreśla rolę tytułów i ich pozycję w niemieckim obrocie gospodarczym<sup>17</sup>. Zdolność indywidualizacji oraz wyróżniania oznacza, że rolą tytułu jest wyróżnianie konkretnego utworu spośród wielu innych utworów tego samego lub różnego rodzaju. Najważniejszym w przypadku tytułów jest to, by nie mylić ze sobą dzieł. Natomiast zdolność odróżniania ze względu na pochodzenie oznacza, że chroniona jest zdolność przypisywania konkretnego tytułu konkretnemu podmiotowi, ale w znaczeniu gospodarczym, tak jak czynią to znaki towarowe, które przypisywane są konkretnemu przedsiębiorcy. Jak podkreśla się w literaturze niemieckiej, generalne przypisanie tytułom utworów zdolności odróżniania ze względu na pochodzenie utrudniałoby istnienie dzieła oraz jego tytułu w obrocie gospodarczym. W zasadzie prawo niemieckie opiera się na ochronie zdolności indywidualizacji, a nie zdolności odróżniania ze względu na pochodzenie, bowiem ta może być przedmiotem ochrony w ramach *Markenschutz*<sup>18</sup>.

Ochrona tytułu utworu w ramach MarkenG jest niezależna od innych typów ochrony, w szczególności od prawa autorskiego. Oznacza to, że tytuł utworu może być równocześnie chroniony przez dwa niezależne reżimy prawne, jako utwór i jako oznaczenie handlowe. Ponadto ochrona prawem do tytułu trwa niezależnie od ochrony prawnoautorskiej, co w konsekwencji oznacza, że tytuł może być chroniony nawet po wygaśnięciu praw autorskich do utworu<sup>19</sup>.

Tytuł utworu w ramach *Titelschutz* chroniony jest na terytorium całych Niemiec. Jednakże w pewnych przypadkach może okazać się, że dane oznaczenie utworu wykazuje cechy dystynktywne tylko na pewnym obszarze. Wobec niektórych rodzajów utworów stopień rozpoznawalności oraz siła indywidualizacji tytułu zależy w dużej mierze od zasięgu rozpowszechnienia danego utworu. Takie zjawisko można zaobserwować w przypadku lokalnych audycji radiowych, telewizyjnych, czy lokalnych wydań gazet. Mając to na uwadze, można uznać, że ochrona tytułu zostaje praktycznie zawężona

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 8 i nast.

<sup>17</sup> B. Stegmaier, *German and European...*, s. 433.

<sup>18</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 90 i n. oraz s. 161–163.

<sup>19</sup> R. Ingerl, Ch. Rohnke, *Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*, München 2010, s. 96–97 oraz P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 169.

do określonego regionu. Pomimo tego, zdaniem P. Baronikiansa, tego typu regionalna ochrona tytułu dzieła będzie zachodzić niezwykle rzadko, bowiem w dobie współczesnej informatyzacji oraz globalizacji internetu zdecydowana większość utworów staje się dostępna nieograniczonej liczbie użytkowników. Z tego też względu, nawet utwory o zasięgu wyłącznie lokalnym mogą być rozpoznawane przez większość użytkowników w kraju<sup>20</sup>.

#### 4. Właściciel tytułu

Ochrona tytułu przewidziana w MarkenG w ramach *Titelschutz* chroni jego właściciela, przed używaniem przez osoby trzecie tytułu podobnego lub identycznego. Celem ochrony jest wykluczenie zjawiska wprowadzania konsumentów w błąd, a także naruszania zdolność indywidualizacji samego tytułu<sup>21</sup>.

W judykaturze niemieckiej zasadniczo przyjmuje się, że podmiotem pierwotnie uprawnionym do tytułu dzieła jest sam twórca lub wydawca danego dzieła. Natomiast w niemieckiej literaturze prawniczej nie można odnotować już takiej zgody. Z jednej strony, doktryna stojąc na stanowisku jednorodności dzieła i tytułu za pierwotnie uprawnionego uznaje twórcę, a w przypadku dzieł zbiorowych podmiot, który przewodniczył pracami nad dziełem (reprezentantem takiego poglądu jest m.in. Ströbele i Hacker). Natomiast z drugiej strony, opierając się na przesłance gospodarczego wykorzystania tytułu w obrocie za właściciela uznaje każdego, kto zgodnie z prawem rozporządza tytułem utworu w obrocie gospodarczym. Oznacza to, że uprawnionym do tytułu nie jest twórca dzieła, lecz ten kto faktycznie włada tytułem w obrocie (zapatrywania takie wygłaszał Hildebrandt oraz Reupert). Druga koncepcja opiera swoje założenia na istocie rzeczywistego powstania ochrony w ramach *Titelschutz*. Zwolennicy tego stanowiska podkreślają, że ochrona tytułu utworu uzależniona jest od faktycznego użycia tytułu utworu w obrocie gospodarczym, a nie od powstania samego utworu<sup>22</sup>. Stanowisko pośrednie starające się pogodzić, wyżej zasygnalizowane poglądy wyraził Patrick Baronikians<sup>23</sup>. Według Autora powinno przyjąć się, iż pierwotnym właścicielem tytułu jest ten, kto silnie indywidualizujący tytuł używa w obrocie do identyfikacji danego dzieła. W konsekwencji może więc zdarzyć się, że uprawnionym będzie albo sam twórca dzieła, albo inna osoba faktycznie używająca tytułu w obrocie. Jeśli natomiast tytuł nie posiada pierwotnej siły indywidualizacji, czyli nie jest wystarczająco dystynktywny, to podmiotem

<sup>20</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 95–96.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 86–90.

<sup>22</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 88–89.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 90.

uprawnionym powinien być ten kto w wyniku swoich działań przyczynił się do nabycia wtórnej zdolności indywidualizacji przez tytuł. Z uwagi na uzależnienie ochrony od obowiązku używania tytułu w obrocie wydaje się, że koncepcja ta jest przekonującą.

## 5. Ogłoszenie informacji o tytule – tzw. *Titelschutzanzeige*

W celu uzyskania ochrony w ramach *Titelschutz* niezbędne jest zamieszczenie ogłoszenia o tytule dzieła – tzw. *Titelschutzanzeige* – w specjalnym *Biuletynie Ogłoszeń Tytułów*<sup>24</sup>. Jest to swoistego rodzaju ogłoszenie ogólnospołeczne informujące potencjalnych konkurentów, a także konsumentów i innych uczestników obrotu o zamiarze używania danego tytułu<sup>25</sup>. Przewidziana jest zamknięta lista biuletynów, w których można dokonać prawidłowego zgłoszenia tytułów. Wśród nich można wyróżnić biuletyny o charakterze ogólnym tj. dostępnym dla wszystkich rodzajów dzieł oraz o charakterze branżowym wyszczególnionym ze względu na konkretny rodzaj dzieła. Żurnalami ogólnymi i jednocześnie najbardziej popularnymi są *Titelschutzanzeiger* – Biuletyn Ogłoszeń Tytułów oraz *Titelschutz-Journal* – Żurnal Ochrony Tytułów<sup>26</sup>.

*Titelschutzanzeige* jest warunkiem niezbędnym do przyznania ochrony tytułu w ogóle, chociaż ogłoszenie samo w sobie nie wywołuje skutku prawnego<sup>27</sup>. Zgodnie z przyjętą praktyką ochrona w ramach *Titelschutz* urealnia się wraz z chwilą rzeczywistego użycia tytułu utworu w takich charakterze w obrocie gospodarczym. Oznacza to, że tytuł dzieła jest chroniony nie przez fakt jego wyboru, lecz przez fakt wprowadzenia egzemplarza utworu opatrzonego danym tytułem do obrotu gospodarczego<sup>28</sup>. Skutkiem tego jest wyróżnienie dwóch zależnych od siebie momentów: ogłoszenia o tytule oraz użycia tytułu w obrocie. Mając to na względzie należy zauważyć, że w fazie między ogłoszeniem a wprowadzeniem dzieła do obrotu prawo do tytułu jeszcze nie istnieje. Dopiero faktyczne użycie tytułu utworu w obrocie gospodar-

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 95.

<sup>25</sup> L.A. Glick, *Protection of Literary and Artistic Titles: A Comparative Analysis of United States and Foreign Law*, 55 C.L.Rev. 449 (1969–1970), s. 460.

<sup>26</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 203 i n. Autor w swojej pracy podał szczegółowy wykaz czasopism branżowych oraz stron internetowych, w których możliwe jest dokonanie skutecznego publicznego ogłoszenia tytułu dzieła, a które pozwala przyznać ochronę w ramach *Titelschutz*. W tym miejscu zaszygnalizuję jedynie, że dla dzieł typowo drukarskich może być to istniejące od 1834 *Das Börsenblatt – Wochenmagazin für den Deutschen Buchhandel*, które do 2002 istniało pod nazwą *Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel* – Tygodnik Rynkowy dla Niemieckiego Drukarstwa, a także *der Journalist* – Żurnal. Dla dzieł muzycznych rolę takiego żurnalu spełnia strona internetowa: *musik.woche*, a dla filmów i programów telewizyjnych *Blickpunkt: Film, Filmwoche*, a także SPIO czyli specjalna baza danych.

<sup>27</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 68–70.

<sup>28</sup> J. Kay-Uwe, *Revision...*, s. 607.



czym – czyli wraz z przypisanym mu dziełem – inicjuje *de facto* ochronę. Pomimo tego ogłoszenie ma fundamentalne znaczenie w całym tym procesie, bowiem ochrona przysługuje z mocą wsteczną liczoną od momentu prawidłowego ogłoszenia<sup>29</sup>.

W praktyce ogłoszenie o tytule jest równoznaczne z zarezerwowaniem tytułu. Można powiedzieć, że jest to tzw. *zglaszenie na zapas*, które jest negatywnie oceniane przez znawców przedmiotu. W celu wykluczenia sytuacji rzeczywistego blokowania wykorzystywania podobnych lub identycznych tytułów przez osoby trzecie w okresie pomiędzy ogłoszeniem a wprowadzeniem do obrotu, praktyka określiła dopuszczalny czas ważności takiego ogłoszenia. Uznaje się, że czas między ogłoszeniem a wprowadzeniem do obrotu, czyli tzw. *międzyokres*, nie powinien przekroczyć terminów zwyczajowo przyjętych dla produkcji danego rodzaju dzieła. Zgodnie ze stanowiskiem judykatury niemieckiej czas ten powinien być na tyle długi, by można było realnie wprowadzić dzieło do obrotu i jednocześnie na tyle krótki, by nastąpiło to niezwłocznie po oddaniu dzieła do końcowej obróbki. Jako, że nie jest możliwe określenie w sposób jednoznaczny, ile powinien ten czas wynosić, niezbędnym stało się skorzystanie z wypracowanych standardów przyjętych dla produkcji dzieła określonego rodzaju. Termin ten został uśredniony i uzależniony od rodzaju dzieła. Przykładowo w przypadku dzieł drukowanych wynosi on mniej więcej 6 miesięcy, a w przypadku dzieł filmowych około 1 roku<sup>30</sup>.

Obecnie przyjęta koncepcja *Titelschutzanzeige* oceniana jest dość krytycznie. Pojawia się szereg wątpliwości, które nie są jednoznacznie rozwiązywalne. Jedną z wątpliwych kwestii jest chociażby określenie stopnia zaawansowania konkretnego dzieła w momencie dokonania ogłoszenia. Niejasnym jest bowiem, czy w chwili dokonywania ogłoszenia dzieło musi być w fazie projektowania, czy powinno być już ukończone, czy też może być dopiero tworzone po ogłoszeniu. Jeśli przyjmie się, że twórca dzieła zamierza zabezpieczyć wybrany przez siebie tytuł to wydaje się, że jest to jednoznaczne z posiadaniem przez twórcę co najmniej zarysu koncepcji swojego dzieła oraz określonych jej rezultatów. Jednak z drugiej strony, mając na uwadze niepisany zakaz rezerwacji tytułów w nieskończoność uzasadnionym jest przyjęcie koncepcji, zgodnie z którą prace nad dziełem w chwili zgłaszania tytułu utworu powinny być na tyle zaawansowane, by niezwłocznie po ogłoszeniu tytułu dzieła utwór został przekazany do końcowej jego obróbki i udostępniony w całości publiczności w zwyczajowo przyjętym dla danego dzieła czasie<sup>31</sup>.

Oprócz tego, w literaturze niemieckiej zauważa się wiele innych negatywnych aspektów ogłaszania tytułów. Podkreśla się, że duża ilość ogłoszeń tytu-

<sup>29</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 50 i n.

<sup>30</sup> *Ibidem*, s. 53–56.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 57 i n.

łów, brak przejrzystości biuletynów oraz systemu zgłoszeń, dopuszczalna możliwość zgłaszania różnych kombinacji językowych tego samego tytułu (tzw. zbiorcze ogłoszenia tytułów, które oceniane są negatywnie jako przeczące istnieniu powiązania między dziełem a tytułem), czy w końcu brak praktyki zamieszczania ogłoszeń o rezygnacji z tytułu lub o wygaśnięciu ochrony danego prawa do tytułu, przeczy podstawowej idei ochrony siły indywidualizacji tytułów. Mając na względzie przytoczone kwestie oraz brak spójnego systemu monitorowania należy stwierdzić, że efektem samego ogłoszenia niestety nie jest ani eliminacja niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd, ani nawet ochrona indywidualizacji starszych tytułów. Można powiedzieć, iż obecna praktyka prowadzi wręcz do ogólnospołecznego chaosu w użytkowaniu tytułów utworów w ogóle<sup>32</sup>.

## 6. Zasada pierwszeństwa

Tytuły utworów podobnie jak znaki towarowe korzystają z zasady pierwszeństwa, określonej w § 6 MarkenG. Momentem istotnie przekładającym się na możliwość skorzystania z zasady pierwszeństwa jest zamieszczenie ogłoszenia w odpowiednio przeznaczonym do tego biuletynie. Samo zgłoszenie tytułu nie konstituuje jednak pierwszeństwa w używaniu tytułu. Konstitutywnym warunkiem pozwalającym uwzględnić zasadę pierwszeństwa z publikacji jest użycie tytułu w obrocie (czyli jego udostępnienie publiczności) w zwyczajowo przyjętym dla danego rodzaju dzieła czasie. Z tego względu przyjmuje się, iż datą pierwszeństwa jest co do zasady dzień pierwszego użycia tytułu, a w przypadku tytułów niedystynktywnych data uzyskania wtórnej zdolności odróżniającej<sup>33</sup>.

## 7. Niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd

Niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd jest oparte na schemacie przyjętym wobec znaków towarowych. Niebezpieczeństwo konfuzji zachodzi wtedy, gdy odbiorca, w wyniku użycia przez osobę trzecią identycznego lub podobnego tytułu do już istniejącego, ale wobec innego dzieła, mógłby wyciągnąć fałszywe wnioski co do samych dzieł i tym samym mógłby je pomylić<sup>34</sup>. W systemie niemieckim podkreśla się, że możliwość zaistnienia niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd zależy od trzech głównych czynników:

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 59–67.

<sup>33</sup> J. Klink, *Titles in Europe...*, s. 298.

<sup>34</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 96.

- 1) od stopnia siły indywidualizacji wcześniejszego tytułu,
- 2) od stopnia podobieństwa tytułów,
- 3) od stopnia podobieństwa utworów<sup>35</sup>.

Ad. 1. Siła indywidualizacji powinna być oceniana w chwili kolizji. Podobnie, jak ma to miejsce przy ocenie ryzyka konfuzji przy znakach towarowych można założyć, iż im słabsza dystynktywność tytułu, tym słabsza ochrona, a im bardziej dystynktywny tytuł i im bardziej znany, tym większe ryzyko pomyłki i tym samym mocniejsza ochrona tytułu.<sup>36</sup> W praktyce może jednak zdarzyć się paradoksalnie odwrotnie. Wobec tytułów bardzo dystynktywnych i dobrze znanych realne niebezpieczeństwo pomyłki znacznie zmniejsza się, co jest konsekwencją wysokiego poziomu znajomości oraz rozpoznawalności tytułu oraz dzieła. Tej konstatacji nie należy jednak generalizować. Przepisy opierają się na ochronie zagrożenia przed niebezpieczeństwem wprowadzenia w błąd, a nie na realnym wprowadzeniu w błąd, które jest sprawą wtórną<sup>37</sup>.

Ad. 2. Podobieństwo oznaczeń odgrywa ogromną rolę w zakresie oceny zagrożenia wprowadzeniem w błąd<sup>38</sup>. W judykaturze oraz doktrynie przyjmuje się, iż podobieństwa oznaczeń, czyli również i tytułów, powinny być badane w trzech płaszczyznach: wizualnej, znaczeniowej oraz fonetycznej, przy czym największe znaczenie odgrywa ogólne – całościowe – wrażenie przeciętnego odbiorcy<sup>39</sup>, z uwzględnieniem odróżniających oraz dominujących elementów oznaczenia<sup>40</sup>.

W związku z tym badając niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd między tytułami powinno brać się pod uwagę ogólne wizualne wrażenie tytułu wśród potencjalnych odbiorców, na które składa się zarówno aspekt językowy, gramatyczny, czy fonetyczny tytułu, jak i jego szata graficzna. Dodatkowo nie można pomijać takich czynników jak rozmiar i format zmateriaлизованego utworu (książki, czy magazynu), a także wyróżniającą kolorystykę oraz grafikę samej obwoluty, gdyż tym, co jednocześnie przykuwa uwagę w przypadku utworów jest również całościowa oprawa graficzna dzieła<sup>41</sup>. Podczas oceny oznaczenia odgrywa ona nie małą rolę, w szczególności jeśli przyjmie się, że w obecnych czasach „ważne jest opakowanie”<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 105.

<sup>36</sup> J. Klink, *Titles in Europe...*, s. 298.

<sup>37</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 106–108.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 118–124.

<sup>39</sup> Wyrok WSA z dnia 20 października 2005 r., VI SA/WA 1660/04, niepubl., *LEX* nr 245627.

<sup>40</sup> M.in. pkt 62 wyroku SPI z dnia 23 października 2002 r., T-388/00, w sprawie Institut für Lernsysteme GmbH przeciwko OHIM – ELS Educational Services, Inc. Tekst orzeczenia w języku polskim (przekład M. Mazurek) [w:] *Własność przemysłowa...*, Warszawa 2008, poz. 26.

<sup>41</sup> J.T. McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, Fourth Edition 2004, Volume 2, § 10:15.

<sup>42</sup> E. Sznajder, *Kto ocenia książkę po okładce, czyli – po co rzecznikowi patentowemu marketing?*, Rz.Pat. 2005/3, s. 52.

Podobieństwa oznaczeń słownych w warstwie wizualnej mogą wynikać z odpowiedniego doboru wyrazów, liter, cyfr, całych konstrukcji słownych, zbieżnej kolorystyki czcionki, jej kształtu, proporcji napisów, czy układu graficznego<sup>43</sup>. Warstwa fonetyczna koncentruje się na odbiorze dźwiękowym oznaczenia. Ocenie podlega zatem liczba sylab i liter, sposób wymawiania, liczba słów lub liter w ogólności, akcent, ogólne brzmienie słów itp.<sup>44</sup>. Czasem większą wagę przy analizie oznaczeń słownych w warstwie fonetycznej przywiązuje się do pierwszych liter i sylab oznaczenia, niż do pozostałych, co wynika z ogólnych predyspozycji odbiorcy, który rzadziej koncentruje się na końcowych fragmentach wypowiedzi<sup>45</sup>. Przy ocenie warstwy znaczeniowej oznaczeń uwzględnia się m.in. antonimy i synonimy, czy tłumaczenia z innego języka, czyli wszystko to, co tak naprawdę wpływa na podobieństwo intelektualne<sup>46</sup>. Ponadto w przypadku badania tytułów dodatkowo powinny być badane podtytuły, które mogą odegrać istotną rolę w percepcji całego tytułu<sup>47</sup>.

Ad. 3. Niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd zależy również od stopnia podobieństwa samych utworów. Przyjmuje się, iż im bardziej zbliżone gatunkowo oraz rodzajowo dzieła, tym większe ryzyko konfuzji. Zgodność dzieł oceniana jest pod kątem treści dzieła, rodzaju, gatunku, jego formy wyrazu, a nawet sposobu rozpowszechniania. Niemniej jednak różnorodność rodzajów dzieł (film i książka) oraz gatunków (komedia i horror) nie gwarantuje jeszcze wykluczenia ryzyka pomyłki. Dwa różne dzieła (film, książka) mogą być w stosunku do siebie w takiej „bliskości” (adaptacja), która nie pozostanie obojętna z punktu widzenia całościowego odbioru dzieł przez odbiorców. W praktyce może okazać się, że odbiorcy zostaną wprowadzeni w błąd w sytuacji użycia podobnego lub tego samego tytułu wobec dzieł różnego rodzaju, a wobec dzieł tego samego rodzaju już nie. Oceniane jest to zawsze z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy utworu, który będąc dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny jest w stanie odróżnić konkretne utwory<sup>48</sup>.

W procesie oceny niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd nie bez znaczenia są również takie czynniki jak: stopień znajomości oznaczenia, okoliczności, w których oznakowane utwory są sprzedawane, docelowy odbiorca<sup>49</sup>, no i wreszcie powszechna znajomość dzieła, renoma autora, zaawanso-

<sup>43</sup> U. Promińska, *Prawo z rejestracji znaku towarowego. Treść i naruszenie*, Łódź 1994, s. 103; J. Piotrowska, *Renomowane znaki towarowe i ich ochrona*, Warszawa 2001, s. 129.

<sup>44</sup> J. Piotrowska, *Renomowane znaki...*, s. 130; a także m.in. wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 maja 2008 r., VI SA/Wa 371/08.

<sup>45</sup> R. Skubisz, *Komentarz*, s. 92; U. Promińska, *Prawo z rejestracji...*, s. 106.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 93.

<sup>47</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 124.

<sup>48</sup> *Ibidem*, s. 108–115.

<sup>49</sup> Wyrok SN z dnia 15 grudnia 2006 r., III CSK 299/06. Wyrok z dnia 22 lutego 2007 r., III CSK 300/06.

wana reklama, długotrwałe używanie tytułu w obrocie, rola mediów itp. Ponadto nie bez znaczenia pozostają możliwości percepcyjne oraz intelektualne odbiorców, a także intencja naruszydciela, dostępność użycia oznaczenia w domenie publicznej, długość użycia tytułu, intensywność sprzedaży oraz aktywność marketingowa twórcy lub wydawcy<sup>50</sup>.

W kontekście niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd w doktrynie niemieckiej, przyjmuje się, że pomyłka co do tytułu utworu może mieć charakter:

- 1) bezpośredni *sensu stricto*
- 2) bezpośredni *sensu largo*, a także
- 3) pośredni<sup>51</sup>.

Bezpośrednie zagrożenie wprowadzeniem w błąd *sensu stricto* opiera się na założeniu ochrony siły indywidualizacji tytułu dzieła. Oznacza to, że bezpośrednio zagrożony pomyłką może mieć miejsce w sytuacji używania przez osoby trzecie tytułu identycznego lub podobnego wobec dzieła tego samego rodzaju dzieła lub dzieła podobnego.

Pośrednie oraz bezpośrednio niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd *sensu largo* łączy wspólne założenie występowania zagrożenia pomyłką na płaszczyźnie intelektualnych połączeń między dziełami oraz tytułami. Natomiast tym, co je różni to różny stopień podobieństwa dzieł oraz tytułów. Pośrednie zagrożenie pomyłką zachodzi wtedy, gdy dzieła są tego samego rodzaju lub są do siebie podobne, a tytuły utworów są różne, ale nie na tyle, by w wyniku ogólnego odbioru tytułu wyeliminować zjawisko pomyłki. Natomiast przy bezpośrednim niebezpieczeństwie wprowadzenia w błąd *sensu largo* konstatacja jest odwrotna. Dzieła są niepodobne – nie są tego samego rodzaju – ale tytuły są identyczne lub na tyle podobne, że prowadzi to do bezpośredniej pomyłki przez konsumenta<sup>52</sup>.

## 8. Zakończenie ochrony

Koniec ochrony tytułu następuje wraz z całkowitym zaprzestaniem używania tytułu utworu w obrocie. Z uwagi na brak powszechnie stosowanej praktyki publikowania oficjalnego zgłoszenia nieużywania tytułu trudnym jest określenie momentu rzeczywistego zakończenia ochrony. Z tego względu nie bez znaczenia istotne są następujące czynniki: rodzaj dzieła, gatunek i przedmiot dzieła, siłę indywidualizacji tytułu, czynniki niezawinione, w tym siłę wyższą, zanik rozpoznawalności, zmianę tytułu, zmianę dzieła oraz po-

<sup>50</sup> A. Phillips, *Copyright or Trademark? Can One Boy Wizard Prevent Film Title Duplication?*, 11 San Diego Int'l L.J. 319 (2009–2010), s. 351 i n.

<sup>51</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 99–104.

<sup>52</sup> *Ibidem*, s. 105.

zostałe, których nie można określić w sposób jednoznaczny. Każdy z tych elementów oceniany *ad casum* zapewnia kompleksowe zbadanie używalności tytułu w obrocie.

Rodzaj dzieła pozwala określić częstotliwość pojawiania się utworu (książka, seria wydawnicza, periodyk). Wskaźnik ten pozwala określić pewną prawidłowość w ukazywaniu się danego dzieła – periodycznie, stałe, jednorazowo. Jedynie trwale zaprzestanie ukazywania się danego dzieła może skutkować zakończeniem ochrony. Czynnikiem w postaci gatunku dzieła i przedmiotu dzieła pozwala określić, jaki jest wpływ ilości wydań na zachowanie prawa. Przykładowo w przypadku opracowań naukowych czas trwania prawa ochrony tytułu uzależniony jest od wyczerpania tematu opracowania, albo od utraty wartości użytkowej przez dzieło, co do którego nie poczyniono działań polegających na wznowieniu dzieła lub jego aktualizacji. Kolejnym czynnikiem jest siła indywidualizacji tytułu. Można sformułować pewną zależność zgodnie, z którą im wyższy stopień indywidualizacji tytułu, tym dłuższy czas trwania ochrony, nawet jeśli dzieło nie było systematycznie udostępniane publiczności. W ścisłym związku z tym czynnikiem pozostaje również zanik rozpoznawalności tytułu, który może być efektem braku zainteresowania przez odbiorcę danym dziełem, albo może wynikać ze słabej siły indywidualizacji tytułu, czy utraty wtórnej zdolności indywidualizacji, tj. indywidualizacji uzyskanej w wyniku używania w obrocie. Poza tym o zakończeniu ochrony może świadczyć również dokonanie istotnej zmiany istniejącego tytułu. Nie dotyczy to drobnych ulepszeń oraz nieistotnych modyfikacji tytułu. Podobnie ocenia się przypisanie tego samego tytułu do innego dzieła. W takiej sytuacji ochrona tytułu kończy się, bowiem jest ona z założenia związana z konkretnym dziełem. Natomiast dokonywanie jakichkolwiek zmian w samym dziele i wydawanie nowszego dzieła, ale o tej samej treści, nie wpływa na zakończenie ochrony, wręcz przeciwnie, co do zasady przedłuża czas jej trwania. W ramach grupy tzw. pozostałych czynników, które mogą mieć wpływ na ważność trwania ochrony można wyszczególnić np. ukazanie się informacji o zaprzestaniu udostępniania danego dzieła, wyczerpanie nakładów, czy oficjalne stanowisko uprawnionego o chęci zaprzestania używania danego dzieła wraz z tytułem. Co się tyczy wspomnianych niezawinionych czynników (siły wyższej) przyjmuje się, że z zasady nie powinny one wpływać na koniec czasu trwania ochrony. Stanowisko to wprawdzie nie budzi wątpliwości, jednakże niejednokrotnie takie sytuacje mogą mieć nieodwracalne skutki wobec rozpoznawalności dzieła oraz tytułu<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> *Ibidem*, s. 79–84.

## 9. Ochrona w ramach Markenchutz

Oprócz ochrony w ramach *Titelschutz*, MarkenG przewiduje również możliwość zarejestrowania tytułu jako znaku towarowego, bowiem katalog form przedstawieniowych znaków towarowych ma charakter otwarty. Praktyka niemiecka wskazuje, że głównie tytuły z dużą siłą indywidualizacji – tytuły gazet, czasopism, filmów – korzystają właśnie z tej alternatywnej drogi ochrony, którą określa się jako *Markenschutz*.

Zgodnie z § 3 MarkenG znakiem towarowym może być każdy znak, który nadaje się do odróżniania towarów lub usług pochodzących od jednego przedsiębiorstwa spośród innych towarów lub usług. Z tego względu najczęściej z tej formy ochrony korzystają wydawcy gazet, czasopism, czy serii wydawniczych, bądź producenci filmów, programów telewizyjnych itp.<sup>54</sup>. Wobec tytułów utworów nie ma określonych specjalnych wymogów w zakresie rejestracji ich jako znaków towarowych. Pomimo tego, w praktyce bierze się pod uwagę specyfikę tej grupy oznaczeń co oznacza, że niekiedy formułowane są bardziej restrykcyjne reguły ocenne.

Z kręgu oznaczeń będących znakami towarowymi wyklucza się zasadniczo oznaczenia rodzajowe oraz opisowe, pomimo tego w przypadku tytułów praktyka nie jest w tym względzie jednolita. Wprawdzie tytułom utworów jako, że są oznaczeniami słownymi odnoszącymi się do konkretnego dzieła zawsze może być postawiony zarzut opisowości, bowiem każdorazowa interpretacja użytej frazy może być rozumiana jako „bezpośrednio związana z treścią utworu”, to i tak nie można z góry wykluczyć ich rejestracji. Każdy tytuł powinien być oceniany indywidualnie, przy uwzględnieniu wszelkich detali niezbędnych do prawidłowej oceny danego oznaczenia<sup>55</sup>.

Ocena zdolności odróżniania tytułu pod kątem jego ochrony jako znaku towarowego skupiona jest głównie na ocenie zdolności indywidualizacji tytułu, czyli wyróżniania tytułu w obrocie<sup>56</sup>. Powszechnie przyjmuje się, iż im dłuższe i bardziej złożone tytuły tym zdolność indywidualizacji tytułu jest słabsza, a im tytuł krótszy, bardziej oryginalny i wieloznaczny tym stopień tej siły jest wyższy<sup>57</sup>.

Zgłoszenie tytułu jako znaku towarowego wymaga również wskazania towarów oraz usług, wobec których znak towarowy będzie zarejestrowany (zasada specjalizacji). W przypadku tytułów zgłaszanych jako znaki towarowe oznaczenie nie może być zarejestrowane wobec utworu „jako takiego” – utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Nie ma jednak przeciwwskazań, by tytuł był zarejestrowany wobec zmaterializowanej formy utworu (książki, filmu, gazety), a także usług związanych z wytworzeniem lub użytkowaniem danego dzieła<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 165–166.

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 168–169.

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 167.

<sup>57</sup> R. Ingerl, Ch. Rohnke, *Markengesetz...*, s. 96.

<sup>58</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 164.

Ochrona w ramach *Markenschutz* jest znacznie mocniejsza niż ochrona *Titelschutz*. Prawo do tytułu nie jest dostatecznie mocnym prawem. Nie pozwala właścicielowi tytułu wystąpić z roszczeniem przeciwko uprawnionemu ze znaku towarowego, który wykorzystał dany tytuł w charakterze znaku towarowego. Generalnie przyjmuje się, że użycie identycznego lub podobnego oznaczenia jako znaku towarowego przez osoby trzecie w przypadku istnienia już w obrocie jakiegoś tytułu, niezwykle rzadko jest oceniane jako naruszenie prawa do tytułu. Natomiast odmiennie oceniana jest sytuacja, użycia identycznego lub podobnego tytułu w obrocie, w sytuacji istnienia już zarejestrowanego znaku towarowego. Z zasady uznaje się, że takie użycie tytułu koliduje z prawem do znaku towarowego<sup>59</sup>.

## 10. Podsumowanie

Trudności w pozytywnej kwalifikacji tytułu utworu jako znaku towarowego wynikają z przypisywania odmiennych ról tymże oznaczeniom. Tym co, odróżnia tytuły i znaki towarowe spośród siebie to cel ich istnienia. Tytuły utworów odnoszą się do dzieł będących efektem twórczej pracy autora, w ich przypadku ważniejsza jest treść tytułu korelująca z treścią dzieła niż podkreślanie źródła pochodzenia utworu w znaczeniu handlowym<sup>60</sup>. Natomiast znak towarowy, jest instrumentem gospodarki rynkowej, który służy zabezpieczeniu należytego funkcjonowania rynku i w swoim założeniu ma odróżniać towary lub usługi pochodzące od różnych przedsiębiorców<sup>61</sup>.

Prawo niemieckie stanowi ciekawe i niezwykle oryginalne rozwiązanie ochrony tytułów utworów na świecie. Umieszczenie tych oznaczeń w MarkenG – pomiędzy znakami towarowymi oraz typowymi oznaczeniami handlowymi – pozwala zauważyć, że tytuł utworu w porządku niemieckim odgrywa ważną rolę w obrocie gospodarczym. Jan Klink podkreślił, iż stworzenie osobnego prawa podmiotowego do ochrony tytułów utworów stanowi wyraz podkreślenia funkcji tytułu jako identyfikatora dzieła, a dodatkowe oparcie systemu ochrony na obowiązku użycia go w obrocie gospodarczym, skutkuje zbliżeniem tytułów utworów do klasycznych oznaczeń identyfikujących towary lub usługi<sup>62</sup>. Ochrona tego oznaczenia nie jest typową ochroną twór-

<sup>59</sup> *Ibidem*, s. 183.

<sup>60</sup> R. Ingerl, Ch. Rohnke, *Markengesetz...*, s. 94.

<sup>61</sup> Zob. J. Koczanowski, *Funkcje i ochrona prawna znaków towarowych*, ZNUJ PWiOWI, Kraków 1976, z. 8, s. 21 i nast.; M. Kępiński, *Zarys Prawa Własności Intelektualnej*, T. I – *Granice prawa autorskiego*, Warszawa 2010, s. 160; *Prawo własności przemysłowej: wzory przemysłowe, znaki towarowe, oznaczenia geograficzne, topografie układów scalonych*, Tom II, red. E. Nowińska, Kraków 2005, s. 49 i nast.; E. Waliszko, R. Golat, *Znaki towarowe*, Bydgoszcz–Warszawa 2006, s. 247–248; M. Załucki, *Znaków towarowych. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2009, s. 48–49.

<sup>62</sup> J. Klink, *Titles in Europe...*, s. 298–300. Podobnie: W.M. Borchard, *Trademarks...*, s. 33–34.



czości autora i łączącej go więzi z utworem, lecz koncentruje się na ochronie siły indywidualizacji (rozpoznawalności) tytułów w obrocie gospodarczym, dzięki czemu minimalizowane jest niebezpieczeństwo pomyłki wśród ich odbiorców<sup>63</sup>.

System niemiecki zapewniając szerszy zakres ochrony tytułów, aniżeli ma to miejsce we Francji, czy Wielkiej Brytanii, nie jest jednak pozbawiony istotnych wad. Brak spójności w interpretacji wielu postanowień MarkenG, brak jednolitej praktyki dokonywania ogłoszeń o rezerwacji tytułu, czy zakończeniu używania tytułu sprawia, że rozwiązanie takie nie mogłoby być przyjęte na gruncie prawa polskiego. Dodatkowo na niekorzyść przejścia tej koncepcji do polskiego porządku prawnego przemawia brak obowiązującej tradycji ochrony oznaczeń indywidualizujących utwory, jako samodzielnych oznaczeń funkcjonujących niezależnie od utworu.

#### STRESZCZENIE

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki ochrony tytułu utworu w prawie niemieckim, gdzie tytuł chroniony jest prawem *sui generis*, przewidzianym w ustawie o Znakach Towarowych z dnia 25 października 1994 r. – Markengesetz. Przedmiotem rozważań jest omówienie tzw. Titelschutz – tj. ochrony prawa do tytułu, którego celem jest ochrona właściciela tytułu przed używaniem przez osoby trzecie tytułu podobnego lub identycznego jeśli mogłoby to wprowadzić konsumentów w błąd lub naruszyć zdolność indywidualizacji tytułu. W obszarze tego zagadnienia zostały omówione kwestie rozpoczęcia oraz zakończenia ochrony, w tym zagadnienie podmiotu pierwotnie uprawnionego do tytułu dzieła oraz ogłoszenie informacji o tytule – tzw. *Titelschutzanzeige*, a także niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd oraz zasada pierwszeństwa w używaniu tytułu. Dodatkowo w artykule zostały zaprezentowane aspekty ochrony tytułu utworu w ramach tzw. Markenschutz, tj. ochrony tytułu prawem do znaku towarowego, w ramach którego chroniona jest zdolność odróżniania ze względu na pochodzenie.

<sup>63</sup> P. Baronikians, *Der Schutz...*, s. 90–92.

## SUMMARY

**The title of the work as the subject of legal protection  
under German Trademark Law – Markengesetz**

The subject matter of this article is concentrating on the presentation of protecting a title of the work in the assessment of the German Trademark Law – *Markengesetz*. Under German legal system, the title “as such” can be protected as traditional commercial name, according to the special *sui generis* right, which can be called as the right to the title. Thereafter in the study there can be found the presentation of the title’s protection within the scope of the *Titelschutz*, therein the entitled of the title, the title’s promulgation in extraordinary journals – so called *Titelschutzanzeigen*, likelihood of confusion between titles and termination of legal protection. Additionally, the title “as such” can perform the function of trademark if it is registered in the Patent Office. In accordance with that, in the article there is also presented some aspects of trademark protection – *Markenschutz*.

LIDIA ZACHARKO,  
BARBARA WARTENBERG-KEMPKA

## Wyznaczenie przez sąd opiekuńczy przedstawiciela dla osoby nieobecnej w postępowaniu administracyjnym

### I. Cel instytucji

Strona postępowania administracyjnego ma prawo do właściwej reprezentacji, w ramach której mieści się także korzystanie z instytucji zastępcy procesowego<sup>1</sup>. Prawo do reprezentacji uznaje się za jedną z podstawowych zasad postępowania administracyjnego w świetle standardów europejskich<sup>2</sup>. Podkreśla się, że instytucja zastępstwa procesowego ma istotne znaczenie z punktu widzenia ochronnej funkcji prawa w postępowaniu administracyjnym<sup>3</sup>. W literaturze zauważa się również, że instytucja zastępstwa procesowego stanowi ważny składnik konstytucyjnego prawa strony do procesu wywodzonego z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Jego istota polega na przyznaniu jednostce prawa do obrony interesu prawnego w unormowanym przepisami procesowymi postępowaniu. W jego ramach mieści się w szczególności prawo do czynnego udziału strony w postępowaniu administracyjnym<sup>4</sup>. Wynika z powyższego, że jednym z podstawowych obowiązków organu prowadzącego postępowanie administracyjne jest zapewnienie

---

<sup>1</sup> G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 329.

<sup>2</sup> Z. Kmiecniak, *Postępowanie administracyjne w świetle standardów europejskich*, Warszawa 1997, s. 104.

<sup>3</sup> M. Borucka-Arctowa, *Spoleczne funkcje prawa formułowane w doktrynie, ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Spoleczne poglądy na funkcje prawa*, Wrocław 1982, s. 15–19.

<sup>4</sup> B. Adamiak, *Państwo prawa a koncepcja legitymacji procesowej strony w postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Administracja publiczna w państwie prawa, Księga jubileuszowa dla profesora Jana Jędrośki*, Wrocław 1999, s. 9.

możliwości dokonywania czynności procesowych osobom, które nie mogą samodzielnie działać np. z powodu nieobecności. Nieobecność strony postępowania administracyjnego może być zatem jedną z przyczyn ustanowienia dla niej przedstawiciela ustawowego.

Na zasadzie art. 34 § 1 kpa organ administracji publicznej wystąpi do sądu z wnioskiem o wyznaczenie przedstawiciela dla osoby nieobecnej, o ile przedstawiciel nie został już wyznaczony. W przypadku zaś konieczności podjęcia czynności nie cierpiącej zwłoki organ administracji publicznej wyznacza dla osoby nieobecnej przedstawiciela uprawnionego do działania w postępowaniu do czasu wyznaczenia dla niej przedstawiciela przez sąd. W pierwotnym tekście kodeksu postępowania administracyjnego art. 31 § 1, regulujący tę kwestię i będący odpowiednikiem obecnego art. 34 § 1, wskazywał na możliwość wystąpienia przez organ administracji do sądu z takim wnioskiem. W piśmiennictwie przyjmowano jednak, że mimo to nie chodzi o działanie zależne od uznania administracyjnego, lecz o uprawnienie, z którego organ administracji ma obowiązek skorzystać. Dokonana w 1980 r. nowelizacja kodeksu postępowania administracyjnego nadała temu przepisowi kategoryczne brzmienie, usuwając tym samym wątpliwości dotyczące tego, że organ administracji ma obowiązek skierować do sądu taki wniosek. Tak więc w sytuacji nieobecności strony postępowania, obowiązkiem organu jest zagwarantowanie stronie właściwej reprezentacji w osobie zastępcy procesowego poprzez wystąpienie do sądu z wnioskiem o ustanowienie przedstawiciela ustawowego, bądź też w przypadku konieczności podjęcia czynności nie cierpiącej zwłoki poprzez wyznaczenie przedstawiciela mocą aktu organu prowadzącego postępowanie do czasu wyznaczenia dla niej przedstawiciela przez sąd.

Obowiązek ten ciąży na organie niezależnie od tego, czy postępowanie wszczynane jest na wniosek, czy też z urzędu.

Podkreśla się, że brak zastępcy procesowego w sytuacjach wskazanych w art. 34 k.p.a. prowadzi do naruszenia jednej z podstawowych reguł postępowania administracyjnego jaką jest prawo do procesu, której istotny składnik stanowi prawo do właściwej reprezentacji. Ze względu na pozbawienie strony możliwości korzystania z zastępstwa nie może ona bowiem wykonywać przysługujących jej uprawnień procesowych. Natomiast czynności procesowe organu podejmowane wobec takiej strony są bezskuteczne. Trudno zatem uznać za prawidłowy stosunek materialnoprawny ukształtowany w wyniku decyzji wydanej w takim postępowaniu<sup>5</sup>. W literaturze i judykaturze uznaje się, że stosunek taki został ukształtowany z rażącym naruszeniem prawa, co stanowi podstawę nieważności decyzji w trybie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A. Matan, Komentarz do art. 34 k.p.a. [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, LEX, 2010.

<sup>6</sup> A. Matan, *Komentarz...*, op. cit., wyrok NSA z dnia 9 grudnia 1993 r. (SA/Lu 688/93, niepubl.).

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że celem instytucji ustanowienia przedstawiciela dla osoby nieobecnej jest zabezpieczenie interesów takiej osoby w postępowaniu administracyjnym, jak również umożliwienie prowadzenia postępowania administracyjnego z udziałem osoby, której miejsce pobytu nie jest znane.

## II. Pojęcie „nieobecności osoby”

W literaturze przedmiotu zagadnienie pojęcia „nieobecności osoby” budzi liczne kontrowersje. Problemy dotyczą m.in. odpowiedzi na kilka podstawowych pytań:

- czy pojęcie nieobecnego odnosi się tylko do strony, czy też innych uczestników postępowania,
- czy odnosi się ono tylko do osób fizycznych, czy też do innych stron postępowania,
- czy małoletni może być nieobecny,
- czy strona, która w toku postępowania wyjeżdża za granicę, jest nieobecna.

W języku potocznym „nieobecny” to ktoś nie znajdujący się w danym miejscu<sup>7</sup>. Należy podkreślić, iż nieobecność w świetle art. 34 Kodeksu postępowania administracyjnego ma inny charakter niż pojęcie nieobecności adresata w momencie doręczenia pism (art. 43 k.p.a.), która ma charakter incydentalny.

Pojęcie nieobecności teoretycy odnoszą do sytuacji, w której osoba będąca stroną w sprawie opuściła miejsce stałego zamieszkania w rozumieniu przepisu art. 25 Kodeksu cywilnego i nie jest znane jej miejsce pobytu<sup>8</sup>. Znacznie szerzej przyjmuje pojęcie nieobecności Emanuel Iserzon. Przez osobę nieobecną rozumie taką osobę, która z powodu nieobecności w miejscu, w którym czynności procesowe powinny być dokonane, nie jest w stanie tych czynności podejmować albo podejmowanie tych czynności przez nią napotyka znaczne trudności, a mimo to nie ustanowiła pełnomocnika. Taką sytuację stwarza nieobecność w kraju jak i za granicą. Zdaniem Iserzona dotyczy to osób których miejsce zamieszkania nie jest znane, jeśli nawet znane jest miejsce jej pobytu, ale pobyt ten ma charakter chwilowy, albo osoba, której miejsce zamieszkania nie jest znane, ale która faktycznie przez czas dłuższy w swoim miejscu zamieszkania nie przebywa i nie jest znane miejsce dłuższego pobytu – jest osobą nieobecną<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Mały słownik języka polskiego...*, s. 499.

<sup>8</sup> B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 237.

<sup>9</sup> E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania...*, s. 113.

Z kolei według Andrzeja Wróbla, pojęcie nieobecności strony, odnosi to sytuacji, jeżeli strona nie znajduje się w miejscu ustalonym na podstawie art. 21 k.p.a. Zatem strona byłaby nieobecna, w rozumieniu art. 34 k.p.a., także wtedy, gdy właściwość organu administracji publicznej w braku miejsca zamieszkania w kraju zostanie ustalona według miejsca pobytu strony, a jeżeli strona nie ma w kraju miejsca zamieszkania lub pobytu, według ostatniego jej zamieszkania lub pobytu. Dotyczy to także sytuacji w której właściwość organu administracji ustalono na podstawie art. 21 par. 2 k.p.a.<sup>10</sup>

Reasumując ten punkt rozważań należy skonstatować, iż pojęcie osoby nieobecnej w rozumieniu art. 34 k.p.a. należy odnieść nie tylko do sytuacji, w której osoba będąca stroną w sprawie opuściła miejsce stałego zamieszkania w rozumieniu art. 25 k.c., ale i miejsce pobytu jest jej nieznanne, a także gdy miała miejsce zamieszkania lub pobytu traktowane jako ostatnie w rozumieniu art. 21 par. 1 pkt. 3 k.p.a.<sup>11</sup>.

Przechodząc do omówienia problemów szczegółowych należy skonstatować, iż art. 34 par. 1 jest zamieszczony w rozdziale 6 k.p.a. pt. „strona”, zatem celem tej instytucji jest zapewnienie właściwej reprezentacji strony w postępowaniu administracyjnym.

Powstaje w tym momencie pytanie, czy obejmuje ono również nieobecnego lub niezdolnego do czynności prawnych przedstawiciela ustawowego oraz pełnomocnika strony. W odniesieniu do przedstawiciela ustawowego odpowiedź jest pozytywna. Nieobecność lub niezdolność do czynności prawnych przedstawiciela ustawowego należy traktować tak, jak nieobecność lub niezdolność do czynności prawnych strony. Dziecko może być uznane za nieobecne w kraju, jeżeli jego rodzice są nieobecni w rozumieniu tego przepisu. Z kolei pełnomocnictwo opiera się na umocowaniu strony, a więc nie ma przeszkód, by to ona sama podejmowała czynności w postępowaniu lub wyznaczyła innego pełnomocnika.

Większość autorów komentarzy do k.p.a. wiąże nieobecność jedynie z osobami fizycznymi<sup>12</sup>. Odmienny pogląd reprezentuje Z. Janowicz, zdaniem którego powołany przepis odnosi się również do stron niebędących osobami fizycznymi: „Inne podmioty będące stronami w postępowaniu mogą nie mieć, choćby czasowo, siedziby w kraju, która jest odpowiednikiem miejsca zamieszkania osób fizycznych”<sup>13</sup>. Podobny pogląd wyraża A. Wróbel podkreślając, iż osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej mogą być nieobecne z rozumieniu art. 34 § 1, skoro przepis art. 21 § 1 pkt 3 przewiduje ustalenie właściwości organu administracji publicznej we-

<sup>10</sup> M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Zakamycze 2002, s. 303.

<sup>11</sup> G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, op. cit.

<sup>12</sup> E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks...*, s. 113; B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 239.

<sup>13</sup> Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 131.

dług miejsca ostatniej siedziby strony w kraju, jeżeli strona nie ma w kraju siedziby<sup>14</sup>.

Wydaje się, iż w rozumieniu art. 34 k.p.a. osoba nieobecna to nie tylko osoba fizyczna, ale także osoby prawne lub jednostki organizacyjna posiadająca interes prawny lub obowiązek w postępowaniu administracyjnym. Zgodnie z tezami wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 czerwca 2011<sup>15</sup> „przepis art. 34 k.p.a. może mieć zastosowanie także w odniesieniu do podmiotów niebędących osobami fizycznymi, bowiem może mieć miejsce sytuacja, że osoba prawna mająca cały czas zdolność do czynności prawnych nie może prowadzić swoich spraw z braku statutowych lub ustawowych organów. W takim przypadku dla realizacji zasady czynnego udziału strony w postępowaniu zasadne jest zastosowanie wykładni celowościowej art. 34 § 1 k.p.a.”.

Jeśli chodzi o postępowanie prowadzone z urzędu, to zauważmy, że w zasadzie nieobecność może pojawić się w momencie jego wszczęcia, natomiast nie w trakcie postępowania. Jeżeli organ nawiązał kontakt ze stroną (np. strona przybyła na rozprawę administracyjną, odebrała osobiście pismo organu, złożyła wniosek dowodowy itp.) to ciąży na niej obowiązek powiadomienia organu o każdej zmianie adresu, zaś doręczenie pod dotychczasowym adresem (o ile nie wykona tego obowiązku) ma skutek prawny (art. 41 k.p.a.). Zatem taka strona nie może być również nieobecna w rozumieniu przepisów k.p.a.

Powstaje zagadnienie, jak powinien postąpić organ prowadzący postępowanie, jeśli strona w trakcie postępowania wyjeżdża za granicę i nie ustanawia pełnomocnika. Czy też zachodzi stan nieobecności? W orzecznictwie sądowym za „nieobecną” uznano osobę, która w trakcie postępowania wyjechała za granicę, wycofała pełnomocnictwo radcy prawnemu, nie ustanowiła nowego pełnomocnika i nie podała adresu dla doręczeń w kraju<sup>16</sup>. Powyższa teza Naczelnego Sądu Administracyjnego nie jest w pełni aktualna, z uwagi na fakt zmiany regulacji prawnej w zakresie doręczeń pism osobom przebywającym za granicą. I tak: stosownie do treści art. 40 par. 4 i 5 k.p.a. strona zamieszkała za granicą lub mająca siedzibę za granicę, jeżeli nie ustanowiła pełnomocnika do prowadzenia sprawy zamieszkałego w kraju jest obowiązana wskazać w kraju pełnomocnika do doręczeń. W razie nie wskazania pełnomocnika do doręczeń przeznaczone dla tej strony pisma pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia. Strony należy o tym pouczyć przy pierwszym doręczeniu. Strona powinna być również pouczona o możliwości złożenia odpowiedzi na pismo wszczynające postępowanie i wyjaśnić na piśmie oraz o tym kto może być ustanowiony pełnomocnikiem. Problem usta-

<sup>14</sup> M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks...*, s. 303.

<sup>15</sup> OSK 1170/10 LEX nr 1082577.

<sup>16</sup> Wyrok NSA z dnia 27 czerwca 1997 r., SA/Gd 2734/95, niepubl.

nowienia przedstawiciela dla osoby nieobecnej przebywającej za granicą, która wycofała pełnomocnictwo i nie podała adresu zamieszkania czy pobytu, jest częsty ostatnio w praktyce administracyjnej w związku z prowadzeniem postępowań dot. nieważności decyzji administracyjnych wydanych z naruszeniem przepisów o właściwości w związku z koordynacją w zakresie świadczeń rodzinnych; a dalsza implikacja to wszczęcie postępowań dotyczących nienależnie pobranych świadczeń rodzinnych. Zatem osoba przebywająca za granicą nie jest zainteresowana współpracą z organami administracji publicznej w tym zakresie.

Nie budzi wątpliwości fakt, że ustanowienie kurateli na zasadzie art. 184 k.r.o. wchodzi w grę tylko wtedy, gdy wprawdzie określona osoba jest nieobecna, jednakże istnieje prawdopodobieństwo, że pozostaje przy życiu. Jeśli bowiem prawdopodobieństwo to zostaje wykluczone i ustalony zostanie fakt zgonu tej osoby, wówczas kuratela traci podstawę faktyczną i prawną.

### III. Zakres działania przedstawiciela

Ustalając zakres działania przedstawiciela ustanowionego przez sąd, należy przede wszystkim określić jaki jest charakter przedmiotowego przedstawicielstwa. W literaturze podkreśla się, że przepis art. 34 § 1 nie może być traktowany jako samodzielna podstawa materialnoprawna do ustanowienia przedstawiciela przez sąd, zawiera jedynie upoważnienie dla organu administracji do złożenia wniosku w takiej sprawie, a sąd podejmuje orzeczenie na podstawie norm prawa cywilnego<sup>17</sup>. Wątpliwości jakie istniały w tej kwestii rozstrzygnął SN w uchwale z dnia 9 lutego 1989 r., rozpatrując zagadnienie prawne wynikłe na tle wniosku organu administracji o wyznaczenie przedstawiciela dla nieobecnego. Uznał, iż wyznaczenie przez sąd przedstawiciela dla nieobecnej strony postępowania administracyjnego zgłoszony na podstawie art. 34 § 1 k.p.a. następuje na podstawie art. 184 k.r.o. Uzasadniając swe stanowisko podniósł, iż artykuł 34 § 1 k.p.a. potrzebę wyznaczenia przedstawiciela odnosi do statusu osoby, z którym właściwy przepis prawa materialnego wiąże określoną postać przedstawicielstwa ustawowego. Podkreślono, że przepis art. 184 k.r.o. z natury ogólnej, ma na uwadze ustanowienie kuratora dla każdej osoby, która z powodu nieobecności nie może prowadzić swoich spraw, a nie ma pełnomocnika, m.in. dla osób nieobecnych przez to, że ich miejsce pobytu nie jest znane. Sprawy prowadzone przez takie osoby mogą się również wiązać z postępowaniem administracyjnym. Kurator wyznaczony przez sąd na podstawie art. 184 § 1 k.r.o. do zastępowania strony w postępowaniu administracyjnym nie jest kuratorem prawa materialnego,

<sup>17</sup> A. Matan, *Komentarz...*, op. cit.



pod którą to nazwą rozumie się zwykle kuratora wyznaczonego dla ochrony praw reprezentowanej osoby, nie polegającej jedynie na zastępowaniu jej w konkretnym procesie (postępowaniu) przy czynnościach tego postępowania. Jest on kuratorem w danym postępowaniu, podobnie jak kurator procesowy z art. 143 k.p.c. O charakterze kuratora bowiem decyduje cel ustanowienia, nie zaś jego podstawa prawna<sup>18</sup>. Powyższy pogląd podzielany jest w orzecznictwie sądów administracyjnych<sup>19</sup>, jak również jest poglądem przeważającym w doktrynie prawa administracyjnego. Podkreśla się, że na gruncie prawa cywilnego kurator ustanowiony na podstawie art. 184 k.r.o. jest kuratorem prawa materialnego, natomiast w omawianej sytuacji, przedstawiciel ustanowiony na wniosek organu prowadzącego postępowanie jest kuratorem prawa procesowego. W konsekwencji tego będzie on uprawniony jedynie do podejmowania czynności procesowych w imieniu i ze skutkami prawnymi dla nieobecnego. Z tego względu uznaje się, iż przedstawiciel (kurator) wyznaczony na wniosek organu, nie powinien podejmować czynności pozaprocesowych oraz procesowych mających skutek materialnoprawny.<sup>20</sup> W przedmiotowej kwestii prezentowany jest również odmienny pogląd, zgodnie z którym związanie art. 34 k.p.a. wprost z art. 184 k.r.o. oznacza, że przedstawiciel wyznaczony w tym trybie ma zawsze charakter materialny. W świetle powyższego uznaje się, że przedstawiciel taki nie może być traktowany tylko jako przedstawiciel wyłącznie procesowy, jest bowiem swoistym rzecznikiem interesu osoby nieobecnej, jej quasi-pełnomocnikiem, jak również „narzędziem” postępowania<sup>21</sup>. W konsekwencji uznano, że obowiązkiem sądu, który powołał przedstawiciela jest kontrola przebiegu prowadzonych z jego udziałem czynności i ocena, czy zadania przedstawiciela zostały wykonane<sup>22</sup>. Z powyższym poglądem trudno się zgodzić. Jak już wcześniej ustalono omawiana instytucja ustanowienia przedstawiciela dla nieobecnego określona w art. 34 k.p.a. dotyczy strony, a więc każdego, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie. Wynika z powyższego, że określony w art. 34 k.p.a. obowiązek organu wystąpienia do sądu o wyznaczenie przedstawiciela (kuratora) dla osoby nieobecnej ma zapewnić jej reprezentację w toku prowadzonego postępowania administracyjnego. Trudno w tej sytuacji uznać, że wspomniana norma daje organowi podstawę prawną do żądania ustanowienia przez sąd przedstawiciela prawa materialnego, który

<sup>18</sup> Uchwała SN z dnia 9 lutego 1989 r., III CZP 117/88, OSN 1990, nr 1, poz. 11.

<sup>19</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 listopada 2006 r. I SA /Wa 1370/06, LEX nr 320779, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (do 2003.12.31) w Warszawie z dnia 5 marca 1998 r., IV SA 1106/96.

<sup>20</sup> A. Matan, *Komentarz...*, op. cit.

<sup>21</sup> K. Politowicz, *Kurator dla osoby nieobecnej w postępowaniu administracyjnym na tle innych postępowań. Ogólne przesłanki stosowania kurateli. Kurator jako instytucja prawa cywilnego*, Casus 2011 r., s. 48.

<sup>22</sup> K. Politowicz, tamże, s. 44.

upoważniony jest do podejmowania czynności pozaprosesowych, nawet przy ustaleniu, że sąd ustanawia przedstawiciela na podstawie art. 184 k.r. i op. Jak już wcześniej wskazano o charakterze kuratora decyduje cel jego ustanowienia, nie zaś jego podstawa prawna. Należy nadto mieć na uwadze, że mamy do czynienia z szczególnym charakterem przedstawicielstwa, ustanowionego bez wiedzy i woli strony oraz z wyjątkiem do ogólnych zasad reprezentowania strony w procesie i jako taki wyjątek ten może być interpretowany rozszerzająco<sup>23</sup>. Przyjęcie koncepcji, że przedstawiciel powołany przez sąd na wniosek organu, złożony w trybie art. 34 k.p.a. jest uprawniony do podejmowania w imieniu nieobecnej również czynności pozaprosesowych powodowałoby naruszenie praw tej osoby, albowiem czynności te podejmowane byłyby bez właściwego umocowania. Powyższa teza nie wyklucza oczywiście możliwości ustanowienia kuratora dla nieobecnej i upoważnienia go w trybie art. 184 k.r. i op. do podejmowania czynności pozaprosesowych, tyle że kurator taki nie będzie już kuratorem ustanowionym w ramach omawianej instytucji.

Konkludując należy stwierdzić, że przedstawiciel (kurator) dla osoby nieobecnej (nieznanej z miejsca pobytu) jest przedstawicielem o charakterze wyłącznie procesowym, ustanawianym w ramach i na czas toczącego się postępowania administracyjnego, jest bezwzględnie związany tylko z tym postępowaniem i nie nabywa kompetencji materialnych wynikających z k.r.o. Przedstawiciel procesowy nie jest zatem uprawniony do podejmowania w imieniu nieobecnej żadnych czynności o charakterze pozaprosesowym jak również czynności procesowych o charakterze materialnoprawnym. Przedstawiciel ma obowiązek podejmowania wszelkich czynności procesowych niezbędnych do zapewnienia obrony praw osoby, którą reprezentuje. W ramach powyższego uprawniony jest do składania oświadczeń woli w imieniu reprezentowanej osoby, ale tylko oświadczeń mających charakter procesowy<sup>24</sup>. W związku z tym, że ugoda administracyjna ma charakter dwoisty, zawiera bowiem elementy procesowe i materialnoprawne, należy uznać, że zawarcie ugody przez przedstawiciela nieobecnej przekracza zakres ochrony osoby reprezentowanej. Jako kolejny przykład przekroczenia uprawnień przedstawiciela ustanowionego w trybie art. 34 k.p.a. w judykaturze prawa administracyjnego wskazuje się złożenie przez niego oświadczenia woli o popieraniu lub sprzeciwianiu się wnioskowi o zwrot wywłaszczonej nieruchomości<sup>25</sup>.

Kurator powinien przede wszystkim postarać się o ustalenie miejsca pobytu osoby nieobecnej i zawiadomić ją o sprawie (art. 184 § 1 i 2 k.r.o.).

<sup>23</sup> A. Matan, *Komentarz...*, op. cit.

<sup>24</sup> Wyrok SN z dnia 17 października 2007 r. II CSK 261/07, OSP 2012/6/62.

<sup>25</sup> Wyrok NSA z dnia 5 marca 1998 r. IV SA 1106/96, wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 listopada 2006 r., I SA/Wa 1370/06, LEX nr 320779.

Ustanowienie czasowe przedstawiciela powinno mieścić się w ramach toczącego się postępowania określonego momentem jego wszczęcia i zakończenia. W literaturze pojawiła się wątpliwość, czy mandat takiego przedstawiciela rozciąga się poza dane, zakończone, choćby decyzją nieostateczną postępowanie<sup>26</sup>, a w szczególności, czy przedstawiciel ten jest uprawniony do wniesienia środka zaskarżenia od decyzji i czy jest uprawniony do reprezentowania interesów nieobecnego w postępowaniu odwoławczym. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie należy rozwiązywać mając na uwadze cel omawianej instytucji. Nie można bowiem uznać, że zachodzi rzeczywista ochrona praw nieobecnego w sytuacji, gdy jego przedstawiciel nie ma możliwości zaskarżania zapadających w toku postępowania rozstrzygnięć, ani też reprezentacji nieobecnego przed organem odwoławczym. Przez zakończenie postępowania należy zatem rozumieć moment nabycia cechy ostateczności przez decyzję administracyjną wydaną w wyniku tego postępowania. Wypada zatem postulować, aby sądy opiekuńcze formułując treść orzeczenia o ustanowieniu przedstawiciela dla nieobecnego nie pozostawiały wątpliwości, co do tego, że jest on ustanowiony do reprezentacji interesów nieobecnego na wszystkich etapach postępowania administracyjnego. W literaturze pojawiają się również głosy, czy nie przyjąć tezy dalej idącej i dopuścić możliwość podejmowania przez takiego przedstawiciela czynności możliwych w danej sprawie administracyjnej jak np. wniesienie skargi do sądu administracyjnego czy złożenie wniosku o wszczęcie postępowania nadzwyczajnego<sup>27</sup>.

Nie budzi wątpliwości fakt, że ustanowienie kurateli na zasadzie art. 184 k.r.o. ma miejsce tylko wtedy, gdy wprawdzie określona osoba jest nieobecna, jednakże istnieje prawdopodobieństwo, że pozostaje przy życiu. Gdyby w toku postępowania administracyjnego prowadzonego z udziałem przedstawiciela dla nieobecnego okazało się, że „nieobecna strona” nie żyła już w momencie wszczęcia postępowania, brak jest podstaw do kontynuowania postępowania i skierowania decyzji do osoby zmarłej. Śmierć osoby skutkuje bowiem niedopuszczalnością wszczęcia i prowadzenia postępowania administracyjnego oraz wydania wobec niej decyzji<sup>28</sup>. W doktrynie postępowania administracyjnego podnosi się, że wszczęcie postępowania wobec osoby zmarłej powoduje nieistnienie postępowania, albowiem nie można mówić o postępowaniu, jeżeli nie ma podmiotu, o którego prawach, czy obowiązkach organ orzeka<sup>29</sup>.

W tej sytuacji szczególne wątpliwości może nasuwać sytuacja kuratora osoby nieobecnej, gdy okaże się, że osoba ta zmarła w toku prowadzonego postę-

<sup>26</sup> K. Politowicz, tamże, s. 46.

<sup>27</sup> A. Matan, Komentarz do art. 34 k.p.a. [w:] G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, LEX, 2010.

<sup>28</sup> G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 325.

<sup>29</sup> B. Adamiak, *Zagadnienie decyzji nie istniejących w postępowaniu administracyjnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis Nr 1022, Prawo CLXVIII, Wrocław 1990, s. 11.

powania administracyjnego. Orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że śmierć osoby nieobecnej nie powoduje ustania kurateli dopóty, dopóki nie ujawnią się spadkobiercy tej osoby<sup>30</sup>. W postępowaniu administracyjnym skutek procesowy śmierci strony nie ma jednak jednolitego charakteru. Wynika to ze zróżnicowanego rodzaju spraw rozpatrywanych i rozstrzyganych w określonym postępowaniu. Podstawowe kryterium decydujące o skutku procesowym śmierci strony to dziedziczny bądź niedziedziczny charakter praw i obowiązków, których sprawa dotyczy. W pierwszym przypadku postępowanie administracyjne podlega zawieszeniu, a w drugim umorzeniu<sup>31</sup>. W literaturze materialnego prawa administracyjnego podkreśla się, że publiczne prawa i obowiązki pozostają trwale związane z osobą, dla której zostały ustanowione, są więc w zasadzie nieprzenoszalne i gasną razem ze śmiercią<sup>32</sup>. Wynika z powyższego, że do rzadkich wypadków w postępowaniu administracyjnym będą należały te, kiedy będą podstawy do kontynuowania postępowania ze spadkobiercami dotychczasowej strony. Niezależnie od powyższego, mając na względzie czysto procesowy charakter omawianej formy przedstawicielstwa należy uznać, że gdy strona umiera, to automatycznie przedstawicielstwo wygasa z uwagi na utratę podstawy faktycznej i prawnej.

## STRESZCZENIE

Celem instytucji ustanowienia przedstawiciela dla osoby nieobecnej jest zabezpieczenie interesów takiej osoby w postępowaniu administracyjnym, jak również umożliwienie prowadzenia postępowania administracyjnego z udziałem osoby, której miejsce pobytu nie jest znane. W literaturze przedmiotu zagadnienie pojęcia „nieobecności osoby” budzi liczne kontrowersje.

Przedstawiciel (kurator) dla osoby nieobecnej (nieznanej z miejsca pobytu) jest przedstawicielem o charakterze wyłącznie procesowym, ustanawianym w ramach i na czas toczącego się postępowania administracyjnego, jest bezwzględnie związany tylko z tym postępowaniem i nie nabywa kompetencji materialnych wynikających z k.r.o.

Ustanowienie czasowe przedstawiciela powinno mieścić się w ramach toczącego się postępowania określonego momentem jego wszczęcia

<sup>30</sup> *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, S. Kalus. Komentarz red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 1111, orz. SN z 18 czerwca 1948 r., Wa.C 112/48, PN 1948, nr 11–12, s. 542.

<sup>31</sup> G. Łaszczyca, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 594.

<sup>32</sup> S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1947, s. 135.

i zakończenia. Mając na względzie czysto procesowy charakter omawianej formy przedstawicielstwa należy uznać, że gdy strona umiera, to automatycznie przedstawicielstwo wygasa z uwagi na utratę podstawy faktycznej i prawnej.

#### SUMMARY

### **Appointing a representative of an absent person in an administrative proceeding by a family court**

The aim of the procedure of appointing a representative of an absent person is to secure their interests during an administrative proceeding as well as being able to lead an administrative proceeding with the participation of a person whose place of residence is unknown. In reference books the notion of “an absent person” is very controversial. A representative (custodian) of an absent person (whose place of residence is unknown) becomes a representative only in terms of legal proceedings, appointed within and for the time of the instituted administrative proceedings and is unquestionably related only to a particular trial and does not acquire any material competence resulting from the family code.

Such a temporary appointment of a representative should be specified within the ongoing trial, indicated from the very start to the very end. Taking into account the character of the representation only for the purpose of a trial, one has to assume that if a party dies, the representation automatically expires as there is no real and legal basis for its existence.

**II.**

**RECENZJE**

---

---



MICHAŁ KANIA

RECENZJA

***Koncepcja norm programowych  
z perspektywy teorii prawa.***

**Lesław Grzonka,**

**Wydawnictwo IURIS, Poznań 2012, s. 206**

Książka Lesława Grzonki pt.: *Koncepcja norm programowych z perspektywy teorii prawa* stanowi pierwsze w nauce polskiej monograficzne opracowanie problematyki norm programowych i już z tego powodu zasługuje na szczególną uwagę przedstawicieli nauk prawnych. Do tej pory przedmiotowe zagadnienie w rodzimej literaturze omawiane było bądź w formie artykułów, bądź też podrozdziałów większych pozycji. Wśród opracowań artykułowych zasadnicze znaczenie posiada opracowanie Tomasza Gilberta-Studnickiego oraz Andrzeja Grabowskiego pt.: *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*<sup>1</sup> oraz Pawła Sarneckiego pt.: *Normy programowe w Konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] *Sześć lat Konstytucji RP. Doświadczenia i inspiracje*<sup>2</sup>. Problematyka norm programowych doczekała się szerszego omówienia w literaturze obcej. Zasadnicze

---

<sup>1</sup> T. Gilbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzciński, Warszawa 1997, s. 97; P. Sarnecki, *Normy programowe w Konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] *Sześć lat Konstytucji RP. Doświadczenia i inspiracje*, red. A. Szmyt, L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 252 i nast.

<sup>2</sup> P. Sarnecki, *Normy programowe w Konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, [w:] *Sześć lat Konstytucji RP. Doświadczenia i inspiracje*, red. A. Szmyt, L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 252.



pozycje stanowią tutaj opracowania Roberta Alexego pt. *Theorie der Grundrechte*<sup>3</sup> oraz prace Manuela Atienzy i Juana Ruiza Manero<sup>4</sup>.

Normy programowe to normy nakazujące realizację (lub dążenie do osiągnięcia) pewnego celu<sup>5</sup>. Cel ten określany jest przez normodawcę, a nie adresata normy. Norma programowa nie wskazuje zatem, jak należy się zachować po to, aby zrealizować pewien cel, lecz przepisuje, jaki cel winien zostać zrealizowany. Cel jest przy tym odnoszony do pewnego stanu rzeczy, który jest przedmiotem dążenia adresata normy. Osiągnięcie określonego celu, czy też dążenie do jego osiągnięcia podlegać będzie ocenie z punktu widzenia realizacji określonego zadania publicznego. Zadanie, które stawiane jest adresatowi normy stanowi zachowanie zmierzające do osiągnięcia określonego celu. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakiego rodzaju zachowania normy te nakazują lub zakazują, wymaga dokonania złożonych operacji argumentacyjnych, których przesłanki sięgają poza tekst prawny i wymagają odwołania się do wiedzy empirycznej. Punktem wyjścia takiej argumentacji jest stanowiąca składnik akceptowanej koncepcji źródeł prawa reguła inferencyjna, która może przybrać następujące brzmienie: jeżeli nakazane jest zrealizowanie (lub dążenie do osiągnięcia) celu C, to nakazane jest podjęcie takich działań D, które są środkami realizacji celu C. Podstawowy schemat wnioskowania prowadzącego do udzielenia odpowiedzi na pytanie, jakie zachowania są nakazane przez przedmiotowe normatywne można przedstawić następująco:

(P1): podmiotowi P nakazana jest realizacja (dążenie do osiągnięcia) celu C,

(P2): zachowanie Z podmiotu P jest środkiem do realizacji celu C,

(W): podmiotowi P nakazane jest zachowanie Z.

Przesłanka P2, że zachowanie się Z podmiotu P jest środkiem do realizacji celu C, jest stwierdzeniem zachodzenia relacji teleologicznej pomiędzy zachowaniem Z jako środkiem a celem C. Niemożliwym jest jednocześnie ustalenie, jakie zachowania się są nakazane lub zakazane przez wypowiedzi

<sup>3</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985; R. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie – Beiheft 1* 1979; R. Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*. *Archiv für Recht- und Sozialphilosophie – Beiheft 25* 1985; R. Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, [w:] *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, red. B. Schilcher, P. Koller, B.Ch. Frank, Wien 2000, s. 31–52; R. Alexy, *On balancing and subsumption. A structural comparison*, *Ratio Juris* 16 z 2003, s. 433–499.

<sup>4</sup> M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho (Teoría de los enunciados jurídicos)*, Barcelona 1996. Szerzej patrz także: M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Permisos y Principios. Sobre los enunciados que expresan libertades constitucionales*, [w:] *Challenges to law at the end of the 20th century*, (17th IVR World Congress Bologna 17–21 June 1995), vol. II, Plenary and Parallel Sessions. Bologna 1995, s. 38–45; M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Rules and principles revisited*, *Associations* 4 2000, s. 147–156.

<sup>5</sup> T. Gilbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w Konstytucji*, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzcíński. Warszawa 1997, s. 97 i nast.

stanowiące zrąb norm programowych bez odwołania się do elementów wykraczających poza tekst prawny, a w szczególności bez odwołania się do wiedzy o relacjach przyczynowych. Wiedza ta ma charakter empiryczny, jej źródłem nie jest więc *fiat* prawodawcy, lecz poznanie otaczającej człowieka rzeczywistości.

Bez wątpienia problematyka norm programowych wymaga pogłębionej analizy. Normy te stosowane są bowiem co raz powszechniej. Głównym powodem takiego stanu rzeczy jest przekonanie ustawodawcy o tym, iż adresat normy zna wiele uwarunkowań swojej sytuacji i w rezultacie jak stwierdza Lesław Grzonka jest w stanie dobrać adekwatne środki do osiągnięcia celu. Analiza prowadzona jest głównie z punktu widzenia teorii prawa. Problemy poruszane przez autora posiadają jednak kluczowy niejednokrotnie wpływ na sposób rozwiązywania wielu zagadnień na gruncie szczegółowych nauk prawnych. Chodzi w tym przypadku głównie o prawo publiczne, znacznie rzadziej o prawo prywatne.

Podstawowym celem autora stało się zbudowanie koncepcji norm programowych, w tym udzielenie odpowiedzi m.in. na pytanie czy normy tego rodzaju stanowią odrębny rodzaj (typ) norm prawnych? Jaki jest wpływ norm programowych na procesy stanowienia i stosowania prawa? Jakie są korzyści zagrożenia związane z normami programowymi?

Recenzowana książka składa się z siedmiu rozdziałów. W rozdziale pierwszym autor wskazuje na konstrukcję pojęcia normy programowej na tle aktualnego dorobku teorii prawa. Rozdział ten posiada charakter sprawozdawczy. Jego celem jest zaś uporządkowanie aparatury pojęciowej. Autor wychodząc z ujęcia pozytywistycznego stwierdza, iż norma programowa traktowana powinna być jako norma prawna będąca wytworem prawodawcy. W rozdziale drugim omówiony została problematyka rekonstrukcji i budowy normy programowej. W szczególności analizie poddane zostało zagadnienie tego czy do norm programowych można odnieść teorię norm sprzężonych? Autor wskazuje na złożoność zagadnienia. Z jednej strony bowiem skoro normy programowe wskazują cele do zrealizowania to można założyć, że mają one charakter norm sankcjonowanych, Z drugiej jednak strony powstaje problem z oceną nieprawidłowości zachowania adresata skoro to on sam wyznacza sobie powinno zachowanie. Rozdział trzeci poświęcony został próbie dokonania systematyki norm programowych. Autor wyróżnił w tym zakresie rodzaje norm programowych ze względu na sposób określenia celu, ze względu na określenie środków realizacji celu, ze względu na adresata oraz ze względu na moc prawną. W rozdziale czwartym i rozdziale piątym przedstawiona została rola norm programowych w tworzeniu i stosowaniu prawa, przede wszystkim w celu ukazania różnych cech i funkcji tego typu norm. W rozdziale szóstym, szczególnie istotnym z punktu widzenia szczegółowych nauk prawnych przedstawione zostały normy programowe w wybranych porządkach prawnych w tym m.in. w prawie konstytucyjnym, administracyjnym,

prawie pracy oraz prawie gospodarczym. Rozdział siódmy zawiera omówienie funkcji norm programowych, w tym integracyjnej, legitymującej, innowacyjnej, gwarancyjnej i interpretacyjnej.

Warto zwrócić uwagę, iż w 2012 roku ukazała się obok książki Lesława Grzonki monografia Marzeny Kordeli pt. *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*<sup>6</sup>. Obie prace w znacznym stopniu powodują zbliżenie rodzimej teorii prawa do nurtu przedstawianego obecnie w europejskiej teorii prawa i powinny stać się również przedmiotem zainteresowania przedstawicieli szczegółowych nauk prawnych.

Książka Lesława Grzonki zasługuje na bardzo wysoką ocenę. Należy docenić walory poznawcze pracy, jak również wskazówki co do dalszej analizy struktury oraz roli norm programowych na gruncie szczegółowych dyscyplin prawniczych. Praca napisana jest językiem jasnym i precyzyjnym, zrozumiałym nie tylko dla wąskiego grona specjalistów. Ze wszech miar pożądanym staje się zapoznanie z powyższą pozycją przedstawicieli nauk związanych, bądź wywodzących się z prawa administracyjnego.

---

<sup>6</sup> M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.

LIDIA ZACHARKO

RECENZJA

**Komentarz do ustawy  
z dnia 19 grudnia 2008r. o partnerstwie  
publiczno-privatnym  
autorów Katarzyny Płonki-Bielenin  
i Tomasza Molla,  
wyd. DIFIN 2012 r.**

Recenzowana pozycja stanowi komentarz do ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-privatnym. Składa się z introduction, wstępu, z siedmiu rozdziałów oraz tekstu ustawy.

Pierwszy rozdział *Przepisy ogólne* – obejmuje komentarz do art. 1–3 ustawy o partnerstwie publiczno-privatnym. W ramach tego rozdziału określono zakres regulacji ustawowej oraz przedmiot partnerstwa publiczno-privatnego. Autorzy przedstawili ewolucję podstaw prawnych kształtowania się instytucji partnerstwa publiczno-privatnego. Wskazano, iż jest jedną z możliwych form współdziałania organu administracji publicznej i podmiotu prywatnego opartego na umowie cywilnoprawnej jest instytucja partnerstwa publiczno-privatnego. Przedstawiono ciekawą analizę podstawowych pojęć takich jak: podmiot publiczny, partner prywatny, składnik majątkowy, przedsięwzięcie oraz wkład własny. Szczególne znaczenie dla realizacji partnerstwa publiczno-privatnego ma określenie stron umowy o partnerstwie publiczno-privatnym.

*Wybór partnera prywatnego* – stanowi wnikliwą analizę art. 4–6 komentowanej ustawy. Zakres jego obejmuje omówienie procedury wyboru partnera prywatnego dla realizacji partnerstwa m.in. w kontekście przepisów ustawy

o koncesji na roboty budowlane i usługi, która stanowi jedną z podstawowych regulacji prawnych w oparciu o którą dokonuje się wyboru partnera prywatnego dla realizacji partnerstwa.

Nadto wskazano także przesłanki na podstawie których wybór partnera prywatnego ma się odbywać w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Szczegółową analizą objęto tryb dialogu konkurencyjnego, jako jednego najkorzystniejszych trybów wyboru partnera prywatnego na podstawie PZP.

Kluczową kwestią podjętą w komentarzu jest analiza prawna *Umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz realizacja partnerstwa publiczno-prywatnego*. Podjęta została próba rozstrzygnięcia spornej w doktrynie kwestii dotyczącej klasyfikowania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jako umowy nazwanej czy nienazwanej. Na podstawie dokonanej wykładni i argumentacji wykazano, iż umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym jest klasyfikowana jako umowa nienazwana, dwustronnie zobowiązująca, odpłatna i konsensualna.

W dalszej części rozważań podjęto kwestię kontroli partnera prywatnego, która należy do obowiązków podmiotu publicznego oraz zasady wyboru partnera prywatnego, w sytuacji rozwiązania umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, jeżeli przedsięwzięcie ma być nadal realizowane w tej formule. Wyjaśniono zasady przekazania składników majątkowych po zakończeniu realizacji przedsięwzięcia. Składnik majątkowy po zakończeniu czasu trwania umowy, który był wykorzystany do realizacji przedsięwzięcia zostaje co do zasady przekazany przez partnera prywatnego lub spółkę, o której mowa w art. 14 ust. 1 ustawy na rzecz podmiotu publicznego. Istnieje jednak możliwość przekazania składnika majątkowego na rzecz innego podmiotu pod warunkiem, iż strony przewidziały taką możliwość w umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na analizę Autorów dotyczącą możliwości zmiany treści umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Generalnie wskazano, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w odniesieniu do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego, chyba że podmiot publiczny przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o partnerstwie lub w dokumentacji postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego oraz określił warunki takiej zmiany.

Przedmiotem treści rozdziału czwartego *Partnerstwo publiczno-prywatne w formie spółki* – stanowi komentarz do art. 14–16 powoływanej ustawy. Autorzy dokonali oceny możliwości realizacji przedsięwzięcia w formie spółki celowej. Wykazali, iż zgodnie z przepisem art. 14 ust. 1 ustawy stworzona została możliwość wprowadzenia do umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym fakultatywnego postanowienia wskazującego, iż w celu realizacji przedsięwzięcia podmiot publiczny i partner prywatny mogą zawiązać spół-

kę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną. Zatem w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego dopuszczalne jest wyłącznie zawiązywanie wskazanych enumeratywnie typów spółek handlowych. Niedopuszczalne jest natomiast utworzenie spółki cywilnej w celu realizacji partnerstwa. Na uwagę zasługuje przedstawienie charakterystyki poszczególnych rodzajów spółek handlowych, które mogą być zawiązane dla realizacji partnerstwa.

W końcowej części rozważań omówiono zasady zbycia nieruchomości i przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 551 ustawy Kodeks cywilny, które wymagają, jak zostało wskazane zgody wszystkich współników albo akcjonariuszy spółki z uwzględnieniem zasady prawa pierwokupu akcji lub udziałów partnera prywatnego.

*Przepisy z zakresu finansów publicznych* – stanowią komentarz art. 17–18 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Autorzy w sposób interesujący zaprezentowali wykładnię przepisów w zakresie zaciągania w danym roku przez organy administracji rządowej zobowiązań finansowych z tytułu umów o partnerstwie publiczno-prywatnym. Z kolei analiza prawna ustawy zawarta w rozdziałach VI i VII – ma charakter techniczno-porządkujący.

Konkludując stwierdzam, iż recenzowany komentarz Autorstwa Katarzyny Płonki-Bielenin i Tomasza Molla stanowi interesujące studium poznawcze. Należy przychylić się do zasadniczych tez Autorów. Podkreślenia wymaga dobry poziom warsztatowy pracy. Autorzy wykorzystali w niezbędnym zakresie literaturę przedmiotu.



**III.**

**SPRAWOZDANIE**

---

---





MICHAŁ KANIA

**Sprawozdanie**  
**z Konferencji Międzynarodowej:**  
***PPP rzeczywistość czy fikcja?***  
**Kraków, 29 listopada 2012 r.**

W dniu 29 listopada 2012 roku odbyła się w Urzędzie Miasta Kraków międzynarodowa konferencja poświęcona problematyce partnerstwa publiczno-prywatnego. Konferencja objęta została patronatem prezydenta miasta Krakowa prof. dr hab. Jacka Majchrowskiego.

Potrzeba zorganizowania Konferencji wynikała zdaniem Organizatorów z faktu, iż obecnie partnerstwo publiczno-prywatne stanowi co raz częściej wykorzystywaną metodę realizacji zadań publicznych. Przewiduje się, iż wskazana tendencja będzie posiadała w Polsce charakter rozwojowy. W szczególności podmioty zaliczane do sektora jednostek samorządu terytorialnego powinny wykazywać zainteresowanie możliwością wykorzystywania partnerstwa publiczno-prywatnego w praktyce. Powyższe uzasadnione jest faktem zarówno potrzeby większego zaangażowania kapitału prywatnego, jak również wykorzystywaniem walorów, jakie związane są z realizacją zadań publicznych przez sektor prywatny. Z polskiej perspektywy szczególnie ważkim staje się możliwość wymiany doświadczeń przy realizacji przedsięwzięć w oparciu o instytucję partnerstwa publiczno-prywatnego z przedstawicielami innych krajów stosujących wskazaną metodę.

Liderami wśród krajów Unii Europejskiej stosującymi z sukcesami współpracę sektorów publicznego i prywatnego są: Wielka Brytania i Francja. Z tego powodu do udziału w Konferencji zaproszono przedstawicieli obu krajów.

W Wielkiej Brytanii zamknięto ponad 700 projektów opartych o instytucję partnerstwa. Ich pełna lista dostępna jest pod adresem internetowym [www.partnershipsuk.org.uk/database](http://www.partnershipsuk.org.uk/database). W 2010 roku projekty partnerstwa publiczno-prywatnego stanowiły ok. 15% wszystkich inwestycji publicznych, co daje łączną kwotę 60 mld euro (3,64% PKB). W Wielkiej Brytanii w formule

partnerstwa powstały nowe: szkoły – ponad 800 w ciągu dziesięciu lat, szpitale – ponad 44 od 1997 r., drogi, linie kolejowe, odcinki londyńskiego metra, a także wiele budynków rządowych, m.in. Ambasada Brytyjska w Berlinie czy Ministerstwo Skarbu Państwa w Londynie.

Podobnie wysoki poziom realizacji projektów opartych na partnerstwie publiczno-prywatnym notuje się we Francji. W 2011 roku wśród 84 projektów realizowanych w krajach Unii Europejskiej, opartych o partnerstwo publiczno-prywatne, których wartość przekracza 10 mln Euro pięć pierwszych miejsc zajmują projekty francuskie. Zalicza się do nich m.in. budowę i eksploatację autostrady Tours – Bordeaux – wartość 5,4 bln. Euro, budowę i eksploatację kwatery głównej Ministerstwa Obrony Narodowej – wartość 1,5 bln. Euro, budowę oraz eksploatację autostrady Bretagne – Pays de la Loire – wartość 1,2 bln.

Konferencja podzielona została przez organizatorów na cztery części. W części pierwszej wskazane zostały dotychczasowe osiągnięcia Krakowa w realizacji przedsięwzięć w oparciu o partnerstwo publiczno-prywatne. Warto zwrócić uwagę w tym zakresie na dwa aspekty. Po pierwsze: Kraków zajmuje pozycję lidera wśród polskich miast wykorzystujących w praktyce partnerstwo z sektorem prywatnym. Realizuje się tu dziesięć projektów obejmujących m.in. budowę mieszkań komunalnych, parkingów miejskich, czy też międzynarodowe centrum obsługi inwestora. Po drugie: Kraków jako nieliczne miasto w Polsce utworzyło specjalną jednostkę w strukturze Urzędu Miasta, która dedykowana jest *stricte* projektom związanym z partnerstwem publiczno-prywatnym. Urzędnicy ratusza stanowią wyszkolony zespół, który doskonale zna specyfikę i rolę administracji publicznej wpisującą się w model tzw. nowego zarządzania publicznego (*New Public Management*).

W części drugiej przedstawiciele francuskiej rządowej agencji *Mission d'appui aux partenariats public-privé* wskazali na tendencje rozwojowe partnerstwa publiczno-prywatnego we Francji, rządowe instrumenty wsparcia oraz najnowsze przykłady inwestycji.

Część trzecia konferencji poświęcona została realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego w Wielkiej Brytanii. Przedstawiciel Ministerstwa Skarbu Wielkiej Brytanii wskazał na doświadczenia brytyjskie w realizacji projektów partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce, jak również instrumenty wsparcia rządowego dla projektów partnerstwa.

Część czwarta zawierała wystąpienia dotyczące licznych przeszkód w realizacji projektów w Polsce. Do głównych zaliczono: brak wsparcia instytucjonalnego dla projektów partnerstwa w strukturach jednostek samorządu terytorialnego, bariery mentalne oraz złą atmosferę wokół styku sektora finansów publicznych i kapitału prywatnego, jak również chwiejność dotychczasowych rozwiązań ustawodawczych. Wskazano również na rolę administracji rządowej w promowaniu i właściwym wykorzystywaniu partnerstwa publiczno-prywatnego w praktyce.

---

Całość rozważań podsumowana została w dyskusji panelowej z udziałem ekspertów. Wskazano na konieczność dalszych dyskusji poświęconych fenomenowi partnerstwa. Sektor publiczny jest bowiem na nie niejako „skazany”. Niewątpliwie konferencja, jaka odbyła się w Krakowie stanowiła cenne studium węzłowych problemów związanych ze stosowaniem partnerstwa publiczno-prywatnego w praktyce.

Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH

Zeszyty Naukowe  
Wydziału Zarządzania GWSH



**GÓRNOŚLĄSKA WYŻSZA SZKOŁA HANDLOWA**  
**im. Wojciecha Korfańtego**

40-659 Katowice, ul. Harcerzy Września Nr 3  
tel. (48 32) 35 70 500, fax (48 32) 202 61 06,  
[www.gwsh.pl](http://www.gwsh.pl)