

**Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie  
Wydział Prawa i Administracji**

**S**tudia  
**P**rawnoustrojowe

**16**



**Wydawnictwo  
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego  
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY  
Małgorzata Szwejkowska (redaktor naczelna)  
Robert Dziembowski (zastępca)  
Beata Kędzierska (sekretarz)

RADA NAUKOWA  
Bronisław Sitek, Stanisław Pikulski, Jarosław Dobkowski, Piotr Majer,  
Agnieszka Góra-Błaszczkowska, Sebastiano Tafaro, Egidijus Jarasiunas,  
Pavol Kubiček, Jaime Bonet

ADRES REDAKCJI  
Wydział Prawa i Administracji UWM  
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98  
tel. 89 524 64 31, fax 89 535 15 97

REDAKCJA NAUKOWA  
Dagmara Barańska  
Kamila Naumowicz

REDAKCJA WYDAWNICZA  
Elżbieta Pietraszkiewicz

PROJEKT OKŁADKI  
Maria Fafińska

Lista recenzentów zostanie zamieszczona  
w ostatnim numerze danego roku

**PL ISSN 1644-0412**

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2012

Wydawnictwo UWM  
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn  
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38  
[www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/](http://www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/)  
e-mail: [wydawca@uwm.edu.pl](mailto:wydawca@uwm.edu.pl)

---

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 23,4; ark. druk. 20  
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 411

## Spis treści

Słowo wstępne .....	5
<b>Zuzana Adameová</b> , <i>Public law agreements between private subjects in the Czech Republic and Slovakia (Umowy publicznoprawne pomiędzy prywatnymi podmiotami w Czechach i na Słowacji)</i> .....	7
<b>Ewa Bieniek</b> , <i>Legal consequences of emancipation by marriage (Prawne konsekwencje emancypacji przez małżeństwo)</i> .....	17
<b>Gabriela Halířová</b> , <i>Maternity leave and the related legal questions (Urlop macierzyński i kwestie prawne z tym związane)</i> .....	33
<b>Klára Hamuláková</b> , <i>The analysis of the models of judicial control of administrative bodies' acts in the Czech Republic (Analiza modeli kontroli sądowej aktów organów administracyjnych w Czechach)</i> .....	45
<b>Irina Izarova</b> , <i>About city planning law (O planowaniu przestrzennym)</i> .....	53
<b>Dušan Korgo</b> , <i>Súčasná trestnoprávna úprava boja s terorizmom v Slovenskej Republike (Current treatment in criminal law to combat terrorism in the Slovak Republic)</i> .....	61
<b>Ewa Kosior</b> , <i>Wpływ prowadzenia działalności gospodarczej przez małżonka na ekonomiczne podstawy funkcjonowania rodziny w prawie polskim (Impact of the economic activity of the spouse on the family functioning in Polish law)</i> .....	71
<b>Justyna Krzywkowska</b> , <i>Małżeństwo związkciem na całe życie (Marriage as a relationship for the whole life)</i> .....	87
<b>Dorota Lis-Staranowicz</b> , <i>Constitutionalisation of political changes in Poland during the years 1989–2011 (Konstytucjonalizacja zmian politycznych w Polsce w latach 1989–2011)</i> .....	99
<b>Nadezda Ljubojev</b> , <i>Child abuse within a family (Maltretowanie dzieci w rodzinie)</i> .....	117
<b>Lucia Madleňáková</b> , <i>Práva rodičů vs. práva dětí. Kam až sahá výhrada svědomí? (Parents rights vs. rights of children)</i> .....	129
<b>Stanislav Mráz</b> , <i>Možnosti obmedzenia ľudských práv v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu (The possibility of limiting human rights in the international fight against terrorism)</i> .....	139
<b>Kamila Naumowicz</b> , <i>Prawo pełnoletniego dziecka do utrzymania w praktyce sądów włoskich (Adult child's right to maintenance in the practice of Italian courts)</i> .....	155
<b>Polina Nesterenko</b> , <i>Comparative analysis of Ukrainian and European law on the foundations (Analiza porównawcza fundamentów prawa ukraińskiego i prawa europejskiego)</i> .....	165
<b>Katarzyna Piecha</b> , <i>Wolność prasy a rozpowszechnienie informacji o popełnieniu czynów niedozwolonych w świetle standardów ochrony praw człowieka (Freedom of the press and the dissemination of information about the commission of criminal act in the light of human rights standards)</i> .....	173

<b>Paweł Romaniuk</b> , <i>The right to social control administration as an inalienable human right (Prawo do społecznej kontroli administracji jako niezbywalne prawo człowieka)</i> .....	193
<b>Maciej Rzewuski</b> , <i>Notarial testament in Europe (Testament notarialny w Europie)</i> .....	205
<b>Tereza Skarková</b> , <i>Affirmative action in the United States versus positive action in the European Union – comparative analysis (Akcja afirmatywna w Stanach Zjednoczonych kontra pozytywne działania w Unii Europejskiej – analiza porównawcza)</i> .....	211
<b>Jacek Sobczak</b> , <b>Ksenia Kakareko</b> , <i>Prezydent w systemie politycznym Białorusi (President in the political system of Belarus)</i> .....	227
<b>Jarosław Szczechowicz</b> , <i>Consumer protection in the light of Directive 2008/122/EC of 14<sup>th</sup> January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts (Ochrona konsumenta w świetle dyrektywy 2008/122/EC z 14 stycznia 2009 roku w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowy produkt wakacyjny, umów odsprzedaży oraz wymiany)</i> .....	247
<b>Krystyna Szczechowicz</b> , <b>Bogna Orłowska-Zielińska</b> , <i>Chosen aspects of the protection of private communication in legal systems and the influence of the European Court of Human Rights jurisdiction on their formation by the application of procedural telephone interception (Wybrane aspekty ochrony prywatnej komunikacji w systemach prawnych, a także wpływ jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na ich powstawanie poprzez stosowanie podsłuchu telefonicznego)</i> .....	265
<b>Alicja Wojciechowska</b> , <i>Insurance mediation in the light of European law (Pośrednictwo ubezpieczeniowe w świetle prawa europejskiego)</i> .....	281
<b>Aryna Yuryna</b> , <i>The types of corporations in the legislation of the Ukraine, France, Germany and the USA – basic items (Rodzaje korporacji w ustawodawstwie Ukrainy, Francji, Niemiec i USA – podstawowe zagadnienia)</i> .....	291
<b>Monika A. Ziniewicz</b> , <i>Oplata adiacencka w Polsce i Niemczech (Adjacent fee in Poland and Germany)</i> .....	297

## Słowo wstępne

Czynność porównywania towarzyszy człowiekowi od momentu świadomego poznawania otaczającego go świata. Jest wynikiem nie tylko jego zdolności poznawczych, ale przede wszystkim konsekwencją istnienia różnorodnych form substancji (bytów) i przypadłości (cech). Poznanie to najczęściej ma charakter spontaniczny, przypadkowy, a w rezultacie nie prowadzi do konstruktywnych wniosków czy systematyzacji rzeczywistości. Tym bowiem zajmuje się nauka w różnych dziedzinach i obszarach problemowych. Można zatem mówić o metodzie porównawczej w naukach medycznych, przyrodniczych czy ekonomicznych. W naukach prawnych natomiast porównuje się systemy prawne, rodziny prawa, instytucje prawne, a także pojęcia i ich znaczenie. Ważne, by określić wcześniej cel porównywania.

W potocznym rozumieniu komparatystyka prawna kojarzy się z poszukiwaniem lepszych rozwiązań celem wdrożenia ich do rodzimego systemu prawnego. Tymczasem jej podstawową funkcją jest funkcja poznawcza, która pozwala na wychwycenie istniejących podobieństw i różnic bez konieczności szukania wspólnego mianownika. Metoda komparatystyki porównawczej nie ma bowiem prowadzić do stworzenia systemu prawa porównawczego. Takowe istnieje wyłącznie w obszarze prawa międzynarodowego. W badaniach komparatystycznych winno się dążyć do wychwycenia funkcji, jakie w danym systemie spełniają instytucje prawne, pojęcia prawne czy konkretne rozwiązania. Takie rozumienie badań komparatystycznych pozwala na lepsze funkcjonowanie w globalizującym się świecie zarówno jednostkom, jak i przedsiębiorcom.

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie przy współpracy wydziałów prawa ze Słowacji, w szczególności z Uniwersytetu M. Bela w Bańskiej Bystrzycy, oraz pod patronatem prof. Ch. v. Bara z Uniwersytetu w Osnabrück w 2011 r. rozpoczął organizację serii konferencji poświęconych badaniom komparatystycznym. Celem tego przedsięwzięcia jest stworzenie międzynarodowej grupy badaczy z Europy Środkowo-Wschodniej oraz wypracowanie przedmiotu i metod badawczych na następne lata. Udział w pierwszym takim spotkaniu zgłosiło ponad stu

prawników z pięciu państw: Polski, Słowacji, Czech, Niemiec i Ukrainy. Przyjęto dość szeroką formułę tematyczną, tak aby jak największa liczba naukowców mogła wziąć udział w konferencji. Usprawiedliwieniem dla takiego rozwiązania jest fakt, iż badania komparatystyczne w obszarze nauk prawnych w Europie Środkowo-Wschodniej należą do rzadkości. To właśnie na Wydziale Prawa i Administracji UWM w 2002 r. powstała pierwsza w Polsce Katedra Prawa Porównawczego.

Konferencja będzie organizowana corocznie z dużym udziałem młodych naukowców. Zakłada się, że większość publikacji w ramach tej grupy będzie ukazywać się w języku angielskim, co ułatwi komunikowanie się z ośrodkami i badaczami od dłuższego czasu zajmującymi się badaniami komparatystycznymi w Europie.

*Prof. zw. dr hab. Bronisław Sitek*

**Zuzana Adameová**

Department of Administrative Law

Palacky University in Olomouc

## **Public law agreements between private subjects in the Czech Republic and Slovakia**

### **Introduction**

Public Law Agreements are an unusual and modern form of activity in public administration. They do not belong to recently introduced legal instruments neither in the Czech Republic nor Slovakia. Public law agreements, in which one or all parties are not vested with a public authority, represent a tool that involves entities of administration in the procedure of achieving its goals. Furthermore, public law agreements are believed to increase efficiency and speed of administrative activities.

The aim of this paper is to draw attention to one particular type of public law agreements, public law agreements between private subjects and related issues<sup>1</sup>. Despite of their long existence, the interpretation of the relevant legislation in the Czech Administrative Procedure Code<sup>2</sup> and lack of practice of this administrative tool in general does not leave administrative legal theory and practice quite without question marks. Unlike in the Czech Republic Slovakia does not have any general legislation on public law agreements. Scarcity of special laws enabling public law contracts between private subjects does not provide much experience either.

Firstly, the paper deals with the definition of public law agreements between private subjects in legal theory, their position in classification of public law contracts. Before the paper further examines what the subject of the contract between private subjects governed by public law is, attention is paid to brief introduction of legislation in both countries. Although in both countries theory recognizes public law agreements between subjects as a mean of transfer of individual public rights and duties or agreement of

---

<sup>1</sup> Terms “administrative agreements”, or “contracts governed by the public law” are used. This linguistic issue is addressed below.

<sup>2</sup> Act no. 500/2004 Coll., the Administrative Procedure Code, as amended.

the parties on the manner of exercising their rights or duties, the commonly accepted general idea of non-transferability of public rights and duties appears to establish significant obstacles to their practical use. Finally paper addresses the ongoing puzzled discussion on the role of Section 162 of the Czech Administrative Procedure Code. In other words the unanswered question is whether conclusion of the public law agreement requires an explicit statutory authorization in special laws.

According to legal theory a public law contract is a bilateral or a multilateral legal act that constitutes, modifies or annuls a legal relationship in the sphere of public law<sup>3</sup>. In the beginning it should be noted that opinions on the name for this administrative tool are not unified. Although these agreements are referred to as public law agreements or contracts in the Czech Republic, the attribute “public” is construed either *sensu stricto*, i.e. corresponds to the objective scope of the Administrative Procedure Code, or *sensu lato*<sup>4</sup>. In Slovakia under the term public law contracts (agreements) literature includes agreements governed by the public law other than administrative or beyond the administrative law and reserves the term “administrative agreements” for those that are governed by norms of administrative law only<sup>5</sup>.

Legal theory and legislature are not unified on the issue of using terms “contract” or “agreement” for this administrative tool. In the Czech Republic legislature decided for the term “contract”, and it also prevails in literature. In Slovakia they are mostly referred to as administrative *agreements*.

In the past, however, the term “administrative agreements” was preferred over the term *contracts*. The argument for the term “agreements” is that parties’ autonomy is particularly weakened here. Parties of an administrative agreement do not have the same freedom and autonomy regarding its contents as parties of the private law contract. Requirement of legality that brings such limits is one of the key features of public law agreements.

Author decided to refer to them as “public law” since nowadays we are witnessing that new legal fields are being separated from the original branches of legal system, for instance environmental law has been recognized as a separate from the corpus of administrative law, and this particular legal area seems to offer a lot of options for contractual approaches to public administration. As far the linguistic issue is concerned, author does not insist exclusively on either of them. After all, either we use “contract” or “agreement”, the material concept and legal construction should prevail

---

<sup>3</sup> V. Sládeček, *Obecné správní právo*, 2009, p. 163.

<sup>4</sup> J. Vedral, *Správní řád: komentář*, 2006, p. 908.

<sup>5</sup> M. Vrabko, *Verejnoprávne dohody – formy èinnosti orgánov verejnej správy s právotvornými účinkami*, “Právny obzor” 2001, no. 84, pp. 134–143. See also R. Jakab, *Verejnoprávne zmluvy*, “Justičná revue” 2005, no. 57, pp. 1368–1380.

<sup>6</sup> J. Hoetzel, *Československé správní právo. Èást všeobecná*, 1937, p. 277.



and distinguish them from other forms of administrative activities. Where article refers to a particular legal provision, an identical language will be used.

Historical development of public law agreements in the Czech legal system has roots in the history of Austria-Hungary. It took decades before public law agreements became supported by the legal theory. One of the strongest opponents was Otto Mayer and his main argument against public law agreements was that private and public legal institutes should not be joined.

Hoetzel has recognized public law agreements as one form of administrative acts. He distinguished public law agreements between the state and a citizen, agreements between public law subjects and public law agreements between private subjects<sup>6</sup>. Staša divides public law contracts into public law contracts *sensu stricto*, i.e. contracts in which at least one party is a public authority and *sensu lato*, i.e. contracts concluded by parties that neither is a public authority. Vedral emphasizes importance of the public law contract's content. It is the decisive factor in the process of determining a public or private nature of the agreement<sup>7</sup>. Polčák adds another classification of public law agreements according to their nature. He distinguishes normative and individual public law contracts<sup>8</sup>. Vrabko submits a hybrid character of public law agreements, while they are regulated by norms of administrative law, and they constitute, amend or terminate rights or duties in the public sphere, but their very basis is contractual and thus of a private law nature<sup>9</sup>. Public law agreement is deemed an alternative to administrative acts issued by an administrative body, when it is required by law and such law does not stipulate otherwise<sup>10</sup>.

Public law agreement between parties is an administrative tool that enables parties that are not a public authority but natural or legal person of private law to make an agreement on the transfer or manner of execution of their rights or duties unless this is excluded by the nature of the manner or if a special law provides otherwise.

At the beginning we shall discuss the issue of public rights and duties and idea of their transferability while the general idea is that public rights and duties are non-transferable. Already Hoetzel admitted that their transfer is possible if, at least indirectly, laws stipulate so. The Czech Administrative Procedure Code allows transfer of right and duties or any agreement on their execution as long as such agreement does not contravene the law and public interest.

---

<sup>7</sup> J. Vedral, op. cit., p. 909.

<sup>8</sup> R. Polčák, *Normativita veřejnoprávních smluv*, "Veřejná správa" 2003, no. 14.

<sup>9</sup> M. Vrabko, op. cit., pp. 134–143.

<sup>10</sup> J. Slováček, L. Jemelka, *Veřejnoprávní smlouvy*, "Právní rozhledy" 2007, no. 15, pp. 394–402.

Public right and duties *ad rem* are generally transferred together with the transfer of the object to which they relate. Agreements on public rights and duties related to a specific object with simultaneous transfer of the object alone, require examination from case to case in order to evaluate whether it would not contravene the law or public interests. Transfers of public rights and duties *in personam* on the other hand may be well used in the area of limited natural resources for instance. Public right constituted by a decision may not be fully exercised by its bearer thus the person might be allowed to enable others use of it, as long as criteria set by law are met.

Although public law agreements are not new in Czech legal order, it was only in 2006 when new Administrative Procedure Code came into effect and brought the general and complex regulation of public law contract. On the other hand, in Slovakia such regulation has not been passed yet. That is the main difference between the two legislations. Before the “new” Administrative Procedure Code was passed, conclusion of a public law agreement required that a special law stipulated so *ad hoc*<sup>11</sup>. And furthermore, for such contracts there were no general provisions regarding contract modification, avoidance or termination, review of legality etc.

Act no. 500/2004 Coll., the Administrative Procedure Code, as amended, has been the first act to provide a coherent regulation of public law contracts in the Czech Republic. Although the provisions on public law contracts are of substantive nature, their inclusion in Administrative Procedure Code appears the most appropriate. First reason is that the Czech administrative law has no general substantive code or set of laws. Secondly, provisions governing public law contracts are closely connected with the provisions governing administrative procedure<sup>12</sup>.

Part Five of the Administrative Procedure Code, governing public law contracts, contains provisions on all types of contracts governed by public law. It classifies, however not expressly, public law contracts into co-ordinate and subordinate contracts and so called public law contracts of the third type, named contracts between the parties. Administrative Procedure Act requires all given types of contracts to comply with legislation and public interest. A coordinate contract is concluded between administrative bodies of equal or almost equal rank, while a subordinate contract is made by parties who stand in the position of a subordinate and a superior. It should also be noted that besides chapter five, provisions of part one and part two apply subsidiarily to the matter, in particular those regarding basic principles of activities of administrative bodies<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> J. Staša [in:] D. Hendrych et al., *Správní právo*, 2009, p. 159.

<sup>12</sup> J. Vedral, *op. cit.*, p. 159.

<sup>13</sup> Section 170 of the Administrative Procedure Code.

In overall the Administrative Procedure Code is inspired and based on the German Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Public law contracts are governed by ss. 54–62 VwVfG. Unlike in the Czech Republic, German administrative law considers contracts of the third type to be co-ordinate contracts, and thus recognizes only two types of contracts under public law.

Section 162 of the Administrative Procedure Code states that: “Those who would be participants under s. 27(1) whose proceedings are in progress under Part Two and those who are participants in such proceedings may enter into a public contract relating to the transfer or manner of execution of their rights or duties unless this is excluded by the nature of the matter or if a special law provides otherwise. Entering into such contract shall be subjected to the consent of the administrative body; the body shall consider the public contract and its content in order to establish whether or not it complies with legislation and the public interest”.

Sections 163 *et seq* regulate the procedure of contract conclusion and formal requirements. Administrative Procedure Code requires that public law contract is concluded in a written form. Despite constantly increasing influence of technology on various spheres of law, including public administration, it is questionable whether parties can or cannot contract electronically. Vedral<sup>14</sup> and Kolman<sup>15</sup> conclude that public law agreements currently cannot be concluded via electronic means of communication. We should agree with such interpretation since Section 170 Administrative Procedure Code excludes application of the Civil Code provisions that recognize electronic documents as equal with signed documents on a paper carrier provided that their content is recorded for the future use and their author could be identified with certainty, i.e. that, in order to be recognized as made in written form, signed with an electronic signature<sup>16</sup>. Perhaps for the purpose of public law agreements between parties Administrative Procedure Act could allow application of Civil Code provisions on validity of legal acts including the written form. Also it depends on the development of electronic communication and the use of electronic signature that is at least at the time being rather complicated and costly than effective. On the other hand, in Slovakia, where such general legislation has not been passed and provisions of the civil law apply subsidiarily, public law agreements may be concluded electronically.

Administrative Procedure Code stipulates that public law agreement shall be considered according to its content rather than its name. If any particular public law agreement evades law, like in the situation when such

---

<sup>14</sup> J. Vedral, *op. cit.*, p. 930.

<sup>15</sup> P. Kolman, *Vybrané aspekty veřejnoprávních smluv*, “Právní rádce” 2011, no. 19, pp. 21–26.

<sup>16</sup> J. Švestka, J. Spáčil, M. Škárová, M. Hulmák et al., *Občanský zákoník. Komentář*, 2009, p. 372.

contract cannot be made, it shall be cancelled as concluded unlawfully. A significant feature of public law agreements is their constitutive nature. According to Section 159 they constitute modify or terminate rights and duties in the sphere of public law.

Public law contracts according to the Czech Administrative Procedure shall not be contrary to the public interest. Neither Czech nor Slovak law contains definition of a public interest. Last requirement of the Section 162 is the condition that conclusion of the contract shall not be excluded by any special law or by the nature of matter.

In Slovakia, on the other hand, in Administrative Procedure Code there is lack of general regulation of all types of public law agreements and the situation is the same as it had been in the Czech Republic before 2006. Only law stipulates whether public law contract may be concluded. Contract conclusion, formal requirements, modifications, enforcement of obligations arising out of contracts, etc., that are not regulated by particular public law acts need to be found elsewhere. Unless that act stipulates otherwise, provisions of civil law shall apply. Special law may of course expressly refer to civil code or other acts of civil law.

As had already been outlined in the introduction, the role of the Section 162 of Czech Administrative Procedure Code in my opinion has not been definitely resolved in the legal theory yet. Two possible interpretations exist so far. First, conclusion of a public law agreement between private parties is conditioned by a special statutory authorization contained in a special law in addition to the Section 162 of the Administrative Procedure Code. Secondly, the Section 162 of Czech Administrative Procedure Code alone contains general statutory authorization that requires only the approval of the administrative body and compliance with law while further authorization is not required.

Author submits there is a particular uncertainty about its interpretation even though prevailing number of administrative theorists support the first way of interpretation.

Explanatory note to the Administrative Procedure Code does not contain a definite answer to this issue. It expressly insists on requirement by a special law in the case of subordinate contracts but as far as the contracts of the third type are concerned it repeats draft provisions, i.e. exclusion by the nature of matter or if special law provides otherwise. Fore mostly, in both countries we lack valuable practical experience that we could support such interpretation with. Secondly, even commentaries on Administrative Procedure Code primarily focus on the first two types (under the common Czech terminology) of public law agreements, so does the literature.

Vedral submits that even though Section 162 expressly does not condition contract conclusion by the express statutory authorization, in fact this

condition must be met, in particular with regard to rights and duties arising out of administrative decision<sup>17</sup>. According to Staša the authorization contained in Section 162 is probably general. Further he asks question whether this provision is a breakthrough and whether it establishes the competence of the administrative body to give consent with the public law agreement and finally concludes, although not definitely, that a special law is required. Arguments for both ways of interpretation are outlined below.

First, the wording of Section 162 does not explicitly stipulate that special authorization is required. On the other hand, public contracts whose subject-matter is the execution of the state administration may be entered into by subjects such as state, public corporations or other persons vested with powers in public administration, only if a special law provides so<sup>18</sup>. Moreover, subordinate contracts between an administrative body and a person who would otherwise be a participant in the proceedings may only be entered into if a special law provides so as well<sup>19</sup>. Was it the clear intention of the legislator to request a special statutory authorization for two types of the public law contracts and none for the last one in the general regulation contained in the Administrative Procedure Code?

Vedral argues that especially when the public rights and duties resulting from administrative decisions are concerned, the statutory authorization is required. Material legal effect of a decision disables disposal of rights and duties thereby established<sup>20</sup>. If a statute is required to overcome the legal effect of a decision, why could not it be the general law represented by the Section 162 of the Administrative Procedure Code?

As a sufficient means of control to undesired transfers and agreements execution on public rights and public duties the Administrative Procedure Code requires consent of administrative body. Such authority further examines whether content of the contract complies with legislation and the public interest. The main argument of supporters of the first interpretation is that even if a special law would not be necessary to allow transfer of the public rights and duties, Section 162 requires consent of an authority. While administrative bodies may only take a measure or issue a decision, administrative body would need a legal basis for consent issuance, i.e. a special law. The questions would thus be whether we may consider Section 162 be a special authorization for administrative bodies to give consent with a contract. Some say that conclusion of the agreement is not excluded without existence of a special law, but lack of competence would require a special law anyway. On the other hand, opponents argue that the competence would be

---

<sup>17</sup> J. Vedral, *op. cit.*, p. 924.

<sup>18</sup> Section 160 § 5 of the Administrative Procedure Code.

<sup>19</sup> Section 161 § 1 of the Administrative Procedure Code.

<sup>20</sup> J. Vedral, *op. cit.*, p. 924.

given to those authorities that are competent to issue a decision to both subject to a contract if administrative proceeding was to be held or authorities within whose material competence given contract falls. General rules to territorial competence may apply to determine which body shall give or not to give the consent. Technically speaking the transfer of a public right from one subject to another provided that a consent is given is exactly the same as cancellation of a right by one decision and creation of the right for another person.

In Slovakia where general legislation does not exist and thus discussion on existence of general statutory authorization lacks any ground, legal theory explains that a law must explicitly stipulate when administrative agreement can be concluded<sup>21</sup> and substantiate it by Article 2 of the Slovak Constitution<sup>22</sup>. In case when Slovak parliament decides to pass a general regulation on administrative agreements, the Czech experience may serve as a good example.

Both countries are by the nature of their legal systems very close to Germany. Even though the German Administrative Procedure Code served as a model for the Czech legislator, the inspiration has not been examined thoroughly. German administrative theorists require a statutory authorization by special laws for public law contracts between private subjects. The Czech legislator decided to follow a slightly amended path and introduced the wording of Section 162 without proper explanation or reference to experience of other legal systems with similar approach. As a result the Czech Republic lacks practice in this area and there is no case-law. There are a few special laws that enable parties to conclude an agreement under Section 162. Unfortunately, in general the potential of this particular contractual approach in public law sphere has been left unused.

## Streszczenie

### *Umowy publicznoprawne pomiędzy prywatnymi podmiotami w Czechach i na Słowacji*

Słowa kluczowe: prawo administracyjne, umowy, podmioty prywatne.

Celem tego artykułu jest zwrócenie uwagi na jeden konkretny rodzaj umów prawa publicznego – umowy prawa publicznego między podmiotami prywatnymi i zagadnienia pokrewne. Pomimo ich długiego istnienia, wykład-

<sup>21</sup> M. Vrabko, op. cit., pp. 134–143.

<sup>22</sup> Article 2 § 2 of the Act no. 460/1992 Coll., *Constitution of the Slovak Republic*, as amended, stipulates that state bodies may act solely on the basis of the Constitution, within its scope and their actions shall be governed by procedures laid down by a law.

nia odpowiednich przepisów w czeskim kodeksie postępowania administracyjnego rodzi wiele wątpliwości. Widoczny jest też brak praktyki w stosowaniu tego narzędzia. Inaczej niż w Czechach na Słowacji nie ma żadnych ogólnych przepisów dotyczących umów prawa publicznego. Nieliczne ustawy szczególne umożliwiające zawieranie umów publicznoprawnych przez podmioty prywatne skutkują brakiem wystarczającego doświadczenia.





**Ewa Bieniek**

Katedra Prawa Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Legal consequences of emancipation by marriage**

### **Subject scope**

Age is measurable and associates natural transformations occurring in a human being (namely: biological, intellectual, emotional as well as moral). The legislator regulates age limits which demarcate the right of individual subjects and respectively cause application of disparate rules. There do exist individual inconsistencies in the process of growing up which result from influences of genetic, social, economic and civilization factors effecting an individual<sup>1</sup>. Age limits supported by the legislator stem from a deluge of sociological research and historical experiences which despite their much “artificial” nature aim to provide law and order.

Age limit is enacted in Polish Civil Code by the legislator, (Law dated 23<sup>rd</sup> April 1964, Journal of Law 1964, no. 16, item 93 including following amendments, to be hereinafter referred to as PCC), establishing that majority shall be attributable to one upon reaching eighteen years of age (as stipulated in Article 10 of the aforementioned PCC). A major is a full-legal age adult<sup>2</sup>, therefore assumed to be independent and freely capable to decide for oneself and as such fully and completely liable for civil-law consequences of one’s own conduct and acting.

In compliance with the regulation defined in Polish Family and Guardianship Code Article 10 § 1 (Law dated 25<sup>th</sup> February 1964 – Family and Guardianship Code, Journal of Law 1964, no. 9, item 59 including following amendments, to be hereinafter referred to as Family and Guardianship Code) matrimony may be concluded by an individual upon reaching 18 years of age, hence becoming a major. Under extraordinary circumstances, age

<sup>1</sup> G. Rdzanek-Piwowar, *Nieletność i jej granice*, Warszawa 1993, pp. 115–136.

<sup>2</sup> Ruling dated 3.12.1993 by Supreme Administrative Court in the city of Poznań Ruling Registry no. SA/Po 1931/Pa (enacted until 31.12.2003) Quote: Term “adult” within the meaning of Article 43 of the Family and Guardianship Code bears the same meaning as the term “major” within the meaning Article 10 § 1 of the Civil Code. Supreme Administrative Court Ruling 1995/2/53.

capacity to conclude an act of matrimony needs not be unanimous in majority<sup>3</sup>. However, PCC regulations premise a likelihood of matrimony conclusion by a minor due to crucial causes and upon being granted court consent to do so only. In other Eastern and Central Europe countries the age of majority is also eighteen (only in Albania the legal age of majority is fourteen years<sup>4</sup>) with some exceptions when emancipation takes place. Generally the marriageable age is also 18, but under special circumstances some countries provide a possibility to contract a marriage by minors.

The debate concerning the issue of attaining majority in an extraordinary course of events is primarily focused on the complexity involved in an individual's civil-law liability range, causes and circumstances of granting court's consent to conclude matrimony, loss and maintenance of majority in case of matrimony annulations (nevertheless, the Legislator clearly stated in Article 10 § 2 of the aforementioned PCC what follows: "an individual shall not be denied majority on the grounds of matrimony annulations" and therefore shall face full civil-law liability resulting from conclusion of matrimony as it had been stipulated in Article 10 § 2 of the aforementioned PCC (whereby a minor irrespective of one's age has concluded a lawfully binding act of matrimony). All of the above issues had already been adequately addressed in subject-relevant literature.

On the grounds of the effective regulations in force, it may seem to be plausible to perform extensive deliberations on functionality and application of the terms such as majority and attaining 18 years of age. The study has been mainly presented according to Polish regulations.

### **Attaining majority under extraordinary course of events**

In Articles 10–15 of the Family and Guardianship Code, the Legislator among barriers constraining conclusion of matrimony act such as mental disease, bigamy and/or consanguinity, also indicates lack of majority as its negative evidence. *Ratio legis* of establishing an age limit entitling to conclude matrimony arises most of all due to particular necessity of the betrothed spouses to attain biological, physical and psychological, and moreover social maturity (the former forming a particular capacity to enter into matrimony). In other words, such maturity means an awareness of the consequences arising from entering into a formal and lasting wedlock with another individual as well as a capacity to make conscious and reasonable decisions regar-

---

<sup>3</sup> T. Smoczyński (ed.), *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, p. 148.

<sup>4</sup> National Laws, *Legislation of Interpol member states on sexual offences against children, Albania - Albanie - Albania (Tirana)*, available at <<http://www.interpol.int/Public/Children/SexualAbuse/NationalLaws/CsaAlbania.pdf>> (last visited 1.02.2011).

ding one's own vital affairs<sup>5</sup>. Simultaneously, the legislator failed to indicate top limit age of the betrothed spouses, hence allowing for full freedom in the aforementioned matter for the parties involved<sup>6</sup>. This particular stipulation allows to draw the following conclusion i.e. in the cases of incapacity by the elderly to perform conjugal obligations, the above bears no influence upon their matrimonial efficacy<sup>7</sup>.

An obligation to specify required minimum age for matrimony conclusion is imposed onto Polish Legislator in New York Convention on Consent to Marriage Article 2, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages from 1962 (Journal of Law 1965, no. 9, item 53).

Amendment made to Polish Family Law in 1998<sup>8</sup>, reduced male statutory matrimony age from 21 to 18 and therefore made it equal with female statutory matrimony age of 18, hence allowing both genders to enter into matrimony upon attaining the same age. Simultaneously, males were deprived of the possibility to seek court's consent to enter into matrimony before attaining statutory majority age of 18<sup>9</sup>. Such resolution is proved *inter alia* by the fact that it is a female who attains mental maturity to perform conjugal duties earlier whilst only a mature male may provide for the family<sup>10</sup>. The above remains in conformity with constitutional principle of equality as well as with European legislative framework<sup>11</sup>.

Attaining the capacity to conclude matrimony or in other words attaining statutory age of the betrothed spouses is subjected to variable establishment at different levels in particular legal systems. Statutory provisions are formed on the grounds of research and hypothesis and most of all they are founded upon a given community tradition. Nevertheless, in most European countries, individuals who have attained 18 years of age, have at the same time also acquired a capacity to conclude matrimony. Usually it is also plausible to enter into matrimony in the course of extraordinary events (ie upon being granted sufficient court or parental consent to do so, which shall be subjected to precise description on the case of Poland)<sup>12</sup>. Without

---

<sup>5</sup> E. Drozd, *Uzyskanie pełnoletności przez zawarcie małżeństwa*, „Nowe Prawo” 1969, no. 7–8, p. 1111.

<sup>6</sup> M. Lech-Chełmińska, W. Przybyła, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy – praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2006, p. 33.

<sup>7</sup> J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2003, p. 100.

<sup>8</sup> Family and Guardianship Code amended by Article 1 point 11 of the Act dated 24.07.1998 on amendment of Act of the Family and Guardianship Code, Civil Proceeding Code, Law on marital status files, Act on State relation with Catholic Church in Republic of Poland and other Acts (Journal of Law 1998, no. 117, item 757), amendments were implemented on 15.11.1998.

<sup>9</sup> J. Strzebińczyk, *op. cit.*, pp. 100–101.

<sup>10</sup> T. Smyczyński, *op. cit.*, p. 148.

<sup>11</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, p. 104.

<sup>12</sup> Synthesis Report, Final Report for the European Commission, DG JLS – Directorate-General for Justice, Freedom and Security on the project No JLS/2006/C4/004, 2008, *Facilitating Life Events, Part II*, available at <[http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study\\_ms\\_legislation\\_synthesis\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_ms_legislation_synthesis_report_en.pdf)> (last visited 20.05.2010).

some exceptions, in most Central and Easter Europe countries, the “special” marriageable age is equal for both sexes and it is sixteen, but the requirements for entering into such matrimony vary between countries. The data has been presented in table 1.

Table 1

Marriageable age			
Country	Age for marriage	Age require for matrimony in the course of extraordinary events	Other requirements for matrimony in the course of extraordinary events
Poland	18	16 (only females)	for important reasons, a family court may allow a woman who has attained 16 years of age to marry
Czech Republic	18	16	in accordance with the social purpose of marriage, for important reasons, the court may permit to marry
Slovakia	18	16	a minor who wants to enter into marriage is entitled to lodge a motion with a court that shall decide; the court shall hear the person that wants to enter into marriage and hear the person the marriage shall be entered into with
Hungary	18	16	the preliminary approval of the guardianship authorities (and only in well-founded cases)
Lithuania	18	15 or less	on request of a person, the court permission; In case of pregnancy the marriage age could be below 15 years
Latvia	18	16	the consent of the parents and authorities provided that the marriage is contracted with a person who has attained majority
Estonia	18	15	written consent of parents or a guardian. If there is no consent, a court may grant the right to marry if the marriage is in the interests of the minor
Belarus	18	no data	no data
Ukraine	18 (males) 17 (females)	14	court permission
Slovenia	18	no data	good grounds and decision of the Centre for Social Work
Croatia	18	16	a court licence. with the additional requirements according to minor (mentally and physically mature); the parents social welfare service opinion is heard
Bosnia and Herzegovina	18	16	important reasons and a court permission
Serbia	18	16	important reasons and a court permission
Montenegro	no data	no data	no data
Macedonia	no data	no data	no data
Albania	18 (male) 16 (female)	no data	no data
Bulgaria	18	16	important reasons and a court permission
Romania	18 (males) 16 (females)	15 (only females)	only solid reasons; the approval can be given by the Local Council/the council of the Bucharest municipality, depending on the place where the woman resides and only based on an endorsement gave by the official doctor

Source <<http://www.right-to-education.org/node/272>> (last visited 2.02.2011)

The marital status of population in EU has been presented by European Union Commission Report. As a general trend very few people between 15–19 get married<sup>13</sup>. It is worth to wonder why in this document (and many other statistics studies) the population has been joined in groups 15–19, 20–24, and 25–29 (when marriageable age is usually 18). As it is shown in table 1, in almost every Central and Eastern European countries it is possible to enter into matrimony in the course of extraordinary events before 18. The statistics studies showing how often such marriages are concluded could be very interesting. It will relate the necessity to regulate this matter and induce the legislator to consider if it is a dead letter or not. Unfortunately it is not a subject to compare the conditions to enter into matrimony in the course of extraordinary events before 18.

The Polish Family and Guardianship Code does provide for extraordinary circumstances whereby an individual, having not attained 18 years of age yet, may be conditionally consented to enter into matrimony. In compliance to Article 10 of the Family and Guardianship Code, the Domestic Affairs Tribunal due to extraordinary course of events, may consent to conclude an act of matrimony by a female who has attained 16 years of age whilst the concurring circumstances clearly indicate that the aforementioned shall serve the best interest of the newly established family. The consequence of entering into matrimony under extraordinary course of events is equivalent to majority attainment by the female (Article 10 § 2 of the PCC) which shall in turn also result in acquiring complete civil-law liability for one's actions and deeds. A similar resolution, when marriage shall result in emancipation so in acquiring complete civil-law liability for one's actions and deeds, has been adopted by the Legislators in Czech and Slovak Republic<sup>14</sup>, and Hungary<sup>15</sup> alike. Interesting example is Ukraine, where the marriageable age for women is 17 years and for men – 18 years, while the age limit to conclude matrimony upon court consent has been established at 14 years of age (a court may grant him or her the right to marry if it is found than such

---

<sup>13</sup> Commission of the European Countries, *EU Youth Report*, available at <[http://ec.europa.eu/youth/news/doc/new\\_strategy/youth\\_report\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/youth/news/doc/new_strategy/youth_report_final.pdf)> (last visited 1.02.2011).

<sup>14</sup> Civil Code of Czech and Slovak Republic 40/1964 Zb. § 8 (1) A full capacity of an individual to acquire rights and assume duties on the basis of the own legal acts (capacity to legal acts) shall arise at the moment of his or her majority. (2) The majority shall be acquired by achieving the age of eighteen years. Before achieving this age, the majority can be acquired only by entering into a marriage. The majority acquired in this way can not be lost even if the marriage becomes extinct or if it is declared invalid by a court.

<sup>15</sup> Act IV of 1959 On the Civil Code of the Republic of Hungary, Part two, *Section 12*: Persons who have not yet reached the age of eighteen years shall be deemed minors, unless they are married. Marriage shall not constitute adulthood if the marriage has been annulled by a court owing to the absence of the guardian's permission, which is necessary because of the lack of competency or minority, [online] <<http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/legis.htm>>, last visited 20.05.2010.

a marriage satisfies his or her interests<sup>16</sup>) but the consequences to be born by such an act are alike. What is peculiar and ought to be emphasized is the fact that the Ukrainian Civil Code states that any individual who has a child (regardless of age and gender) shall be eligible to conclude matrimony (therefore holds a capacity to enter into matrimony) and as a result one shall be assumed to have attained majority<sup>17</sup>.

Considering the impact of matrimony conclusion on legal circumstances of the minor, the legislators in different countries provide for variable consequences<sup>18</sup>. In Belarus legislature stipulates that conclusion of matrimony by the minor shall not result in attaining majority, yet shall only lead to attainment of complete civil-law liability for one's deeds and actions<sup>19</sup>. Another stand on this issue is for example presented by French or Belgium legislature, whereby conclusion of matrimony quarantines emancipation (disambiguation), however the minor still attains quasi "restrained" liability<sup>20</sup>.

Significant reasons indicated by judicature, forming circumstances in which a minor female in Poland, in compliance with Article 10 of the Family and Guardianship Code, may conclude an unalluable act of matrimony include the following: giving birth to a child of betrothed spouses, pregnancy, long-lasting factual relationship (which shall arise much controversy)<sup>21</sup>. It is therefore plausible to advance a thesis, that in most cases such a matrimony is concluded under "duress" or in other terms under an obligation caused for example by pregnancy<sup>22</sup>. Such a matrimony is hence an ostensible solution only due to the fact that in many instances spouses are not able to function solely by themselves, particularly for financial and/or organizational reasons (i.e. lack of work, own accommodation ect.), therefore they continue to remain dependant upon their parents.

Among the motives causing a minor to conclude matrimony there is no mention of snobbism which does occur in reality (i.e. entering into matrimony with individuals of famous and recognizable names), willingness to better

<sup>16</sup> Art. 23 of Family Code of Ukraine, As amended by the Law # 407-IV (407-15) of 26.12.2002, VVR, 2003, # 7, p. 70.

<sup>17</sup> Art. 23 § 4 point 1 and 2 of Ukrainian Civil Code from 16.01.2003 with subsequent amendments.

<sup>18</sup> E. Drozd, op. cit., p. 1110.

<sup>19</sup> Article 20 Civil Code of the Republic of Belarus, 7 Dec. 1998, no. 218-Z (Amended as od 28.12.2009).

<sup>20</sup> Civil Code, ordonnance no. 2004-164, 20.02.2004; art. 476, 481, 488 available at <[http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/code\\_civil\\_textA.htm#CHAPTER%20I%20-%20GENE](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm#CHAPTER%20I%20-%20GENE)> (last visited 30.04.2010).

<sup>21</sup> K. Piasecki et al., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 2009, p. 83-84.

<sup>22</sup> D. Kowalczyk, *Wybrane aspekty funkcjonowania małżeństw zawartych za zgodą sądu, Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego*, [in:] B. Czech (ed.), *Materials from all-Polish Scientific Conference organized in 21 and 22 of Sept. 1995*, Katowice 1997, p. 532.

oneself (i.e. in order to be granted a preferential credit rating) and/or with a view of acquiring naturalization (as may be the case for foreign citizens). Even if the aforementioned circumstances form the reason for the willingness to conclude act of matrimony in the case of the minors, the Domestic Affairs Tribunal shall not consent to such conclusions.

The court's consent shall not be granted upon the existence of extraordinary circumstances only. The Domestic Affairs Tribunal assesses separately each case on the basis as to whether or not the circumstances of matrimony conclusion remain in the best interest of the newly established family.

The legislator fails to define in the Family and Guardianship Code the concept of "family", yet every time an invariably different meaning gets applied depending upon what the results are to be attained<sup>23</sup>. In colloquial terms, a "family" refers to a community comprising of individuals who are bounded together by the ties of consanguinity, adoption, affinity and/or matrimony<sup>24</sup>. This term is applicable to the individuals belonging to a particular household, i.e. married spouses<sup>25</sup> since matrimony conclusion and/or spouses rising children. The doctrine fails to remain in conformity with the qualification of individuals remaining in factual relationships. Within the meaning of the Family and Guardianship Code, a common-law marriage fails to constitute a family<sup>26</sup>, whereas it is evident from the analysis of the European Court of Human Rights rulings that a "family live" category may also refer to the individuals who do remain in factual relationship together<sup>27</sup>.

Family forms a basic social unit, a natural and irreplaceable human environment which bears an enormous influence onto its existence and development, hence neither its various surrogate forms shall fully satisfy individual needs nor compensate its lack entirely. In consequence, an objective scope of many sciences such as sociology, psychology, pedagogy, theology as well as law is primarily concerned with the institution of family and a magnitude and deluge of its aspects.

Family foundation is formed by the act of matrimony concluded in the form defined in the Law namely (Article 1 of the Family and Guardianship Code). In compliance to the Article 18 of The Constitution of The Republic of Poland dated 2<sup>nd</sup> April 1997 (Journal of Law 1997, no. 78, item 483 including further amendments), it is stated that matrimony forms a formal relationship between a male and a female. The consequences of matrimony conclusion include both rights and obligations for each of the parties involved therein, hence it may be claimed, refraining from detailed examination of

---

<sup>23</sup> T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2005, p. 148.

<sup>24</sup> M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, p. 18.

<sup>25</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., p. 23.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

the contents, that conclusion of matrimony ought to be a result of a thoughtful and conscious decision made by each of the parties<sup>28</sup>. Domestic Affairs Tribunal assessment whether or not conclusion of matrimony by the minor female remains in the best interest of the newly established family ought to be considered on the grounds of individual reasons concerning biological, psychological as well as social maturity, features of one's personality required in marriage and even educational background and/or vocational training which in effect may bare significant influence on possessing indispensable resources to maintain oneself and one's family alike<sup>29</sup>. Moreover, Domestic Affairs Tribunal while filing an assessment on proper functioning of the future family also ought to make sufficient considerations for the following aspects: personal and cognitive details about the betrothed female, attitude of the betrothed spouses towards each other, attitude of the parents of the betrothed spouses towards future family, expected material and housing conditions following matrimony conclusion<sup>30</sup>.

In practice courts rarely refuse to consent to early matrimony conclusions<sup>31</sup>. According to the information gained from The Marriage Registry Office in the city of Olsztyn, minor females very often concluded matrimony upon receiving court's consent in the 1990's. The Ministry of Justice statistics, presented in D. Kowalczyk paper, also indicate such similarities<sup>32</sup>. Currently, such an occurrence is a rare "phenomenon" (in The Marriage Registry Office in the city of Olsztyn, there were only 2 such marriages recorded in year 2009 alone). It may be a subject of much debate as to whether or not conducted research by P. Szukalski on adulterine child birth in Poland is an affirmation of the information presented above. The author states that between 1985 and 2005 there was an increasing trend in adulterine child birth noted amongst the minor mothers and this very trend has continued to intensify being currently 2,5 to 3 fold higher by comparison to the national average<sup>33</sup>. Research results prove an increase in the number of the minor mothers but above all they also confirm that matrimony conclusion for an important reason such as pregnancy is a rare occurrence in this particular age group.

Conclusion of matrimony prior to attainment of statutory majority age bears little fruit and at the same time fails to provide for extraordinary

<sup>27</sup> J. Strzebińczyk, op. cit., p. 27; M. Andrzejewski, op. cit., pp. 17–18.

<sup>28</sup> H. Chwyć, *Zawarcie małżeństwa w prawie polskim. Poradnik dla kierowników urzędu stanu cywilnego*, Lublin 1998.

<sup>29</sup> M. Lech-Chełmińska, W. Przybyła, op. cit., p. 33.

<sup>30</sup> H. Haak, *Zawarcie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1999, p. 112.

<sup>31</sup> J. Strzebińczyk, op. cit., p. 101.

<sup>32</sup> D. Kowalczyk, op. cit., p. 532.

<sup>33</sup> P. Szukalski, *Urodzenia pozamałżeńskie w Polsce w XX i XXI wieku*, „Wiadomości Statystyczne GUS” 2010, no. 2.



authorizations and/or privileges, whereas circumstances of the conclusion do not yield much hope for relation durability. The reasons for the observed downward tendency of matrimony conclusion upon the court's consent include changes within family model, increase in consciousness and prioritisation (first comes an investment in oneself – namely in education, well-paid profession, and only then comes the family). Public opinion neither exerts pressure to conclude matrimony as a result of pregnancy nor is a female with an illegitimate child subjected to a public condemnation and/or rejection. An increase in the age of the newlyweds has been notably observed. In Poland at the outset the 1990's over a half of males and almost 1 of females concluding matrimony failed to attain the age of 25. Whereas nowadays the number of individuals in the age group of 25–29 concluding matrimony constitutes approximately 44% of the entire population (whilst in 1990 – this statistic amounted to 14% only)<sup>34</sup>. The same is in other European countries (according to Commission of the European Communities Report the average age to enter into a first marriage is 27,3 years)<sup>35</sup>.

### Majority versus capacity to civil-law liability

Within the meaning of the PCC, a major is an individual who has attained eighteen years of age (Article 10 of the aforementioned PCC) and an individual who has not attained eighteen years of age but has concluded matrimony upon the consent of the Domestic Affairs Tribunal (Article 10 § 2 of the aforementioned PCC). The Legislator stipulates that upon attainment of majority, one shall attain a capacity to civil liability alike (Article 11 of the aforementioned PCC).

The concept of attainment of such a liability has not been defined unambiguously within statutory provisions of the law. According to the provisions of the PCC three scopes of the aforementioned capacity are plausible namely, complete, restrained and null. The legislator by means of the age criterion, clearly determined “threshold levels” of the capacity<sup>36</sup> establishing that the individuals devoid of such capacity are persons who have not attained 13 years of age and those individuals who are completely incapacitated (Article 12 of the PCC), however the minors who have attained 13 years of age and

---

<sup>34</sup> Materials from Central Statistical Office of Poland press conference in 28.01.2010, *Notatka informacyjna: Podstawowe informacje o rozwoju geograficznym Polski w latach 2000–2009*, available at <[http://www.stat.gov.pl/gus/5840\\_3091\\_PLK\\_HTML.htm](http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3091_PLK_HTML.htm)> (last visited 4.05.2010).

<sup>35</sup> Commission of the European Countries, *EU Youth Report*, available at <[http://ec.europa.eu/youth/news/doc/new\\_strategy/youth\\_report\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/youth/news/doc/new_strategy/youth_report_final.pdf)> (last visited 1.02.2011).

<sup>36</sup> M. Watrakiewicz, *Wiek a zdolność do czynności prawnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, no. 2, p. 528.

those individuals who are partly incapacitated (Article 15 of the PCC) hold restrained capacity. Therefore, attaining one's majority shall not warrantee holding complete capacity (since a major individual may be subjected to incapacitation).

Majority attained through the process of reaching statutory majority age of 18 years, is not a *sine qua non* condition allowing for the attainment of the capacity to civil liability. This is clarified in the quoted Article 10 § 2 of the PCC. The main consequence of matrimony conclusion under extraordinary course of events by a minor female means attainment of the aforementioned capacity.

It is generally approved that holding complete capacity enables one to acquire and form individual rights and to assume defined obligations<sup>37</sup>. The complete capacity scope comprises the performance of all legally permitted acts and deeds including inter alia contract conclusions in current and every day life business such as food product or cosmetics purchases as well as contracts bearing unfrivolous consequences associated with financial obligations as a rule. A major individual who holds complete capacity is a person who acts sensibly within the scope of the consequences of the performed factual deeds and actions all bearing legally binding consequences upon one<sup>38</sup>.

Considerations regarding constrained and null capacity were purposefully omitted, since these issues do not form objective subject of the study herein.

### **A minor female's legal circumstances prior to the attainment of the statutory majority age of 18 years**

Pregnancy and/or a long-lasting factual relationship, even though they frequently form the reasons for, they are still not obligatory factors to conclude matrimony. What then makes one to take a decision to marry (or not)? What are the consequences of making such a decision?

A minor female until attaining majority (by the process of attainment of the statutory majority age of 18 years or by concluding matrimony) continues to remain under parental authority (Article 92 of the Family and Guardianship Code). Such a woman holds a restrained capacity to undertake legal acts and deeds, therefore she is not entitled parental authority towards her child, and what is more – an administrator to the unborn child shall be appointed (Article 182 of the aforementioned Family and Guardianship

---

<sup>37</sup> E. Gniewek et al., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, pp. 37–43, 130–133; M. Watrakiewicz, op. cit., p. 503.

<sup>38</sup> Ruling dated 3.12.1993 by Supreme Administrative Court....

Code) as well as a protector for the born one (Article 94 of the aforementioned Family and Guardianship Code). (It is most commonly a parent of the minor female who acts as an administrator or a protector to a child<sup>39</sup>). Since, as it had been stated above, the result of concluding matrimony by a 16-years-old female means attainment of the majority and acquisition of complete capacity to undertake legal acts and deeds, her parents' statutory guardian status ceases<sup>40</sup>, while a minor mother assumes the right to a complete parental authority towards her child.

A female who holds a constrained capacity to undertake legal deeds and acts, shall seek the consent of her statutory guardian to perform such deeds and acts which exceed current daily life business matters. Therefore, without the consent of the statutory guardians, a minor female may not submit a motion for any allowance (such as 'child benefit'). Generally such a resolution causes the statutory guardian of a minor female to assign the benefit not for the purpose of layette yet other purposes such as alcohol<sup>41</sup>. A minor mother will not receive any aid from the state. As Labour Ministry admits – "The system of family welfare does not provide any extraordinary kinds of benefits for minor mothers and their progeny"<sup>42</sup>.

The meaning of civil majority goes beyond the problem of the capacity to perform legal acts and deeds, what is clearly stated in Article 114 of the aforementioned Family and Guardianship Code (whereby a minor person may be subjected to adoption for one's own best interest), Article 70 of the aforementioned Family and Guardianship Code (whereby a child after attaining majority may bring an action for denial of paternity of his mother's husband, but no later than within three years after having attained majority), Article 81 of the aforementioned Family and Guardianship Code (whereby after attaining majority, but no later than three years after having attained it, a child may demand to establish ineffectiveness of the recognizing fatherhood, if a holder is not one's father), or Article 173 of the aforementioned PCC (whereby if the owner of real estate, against whom acquisitive prescription has been filed, shall be a minor, the acquisitive prescription may not be completed earlier than two years after the property owner attains such majority)<sup>43</sup>.

The consequence of matrimony conclusion by a minor female on the grounds of the courts consent means treating her accordingly to the attained capacity to perform legally binding acts and deeds on equal terms to the

<sup>39</sup> T. Sokołowski, *Sytuacja prawna małoletniej matki przed urodzeniem dziecka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, no. 3(6).

<sup>40</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, p. 334.

<sup>41</sup> A. Monkos, *Nastolatki rodzq, ich rodzice placq*, „Dziennik Gazeta Prawna”, A11, 27.04.2010, p. 81.

<sup>42</sup> *Ibidem*, A11.

<sup>43</sup> E. Drozd, *op. cit.*, p. 1109.

majors (i.e. by the virtue of Article 944 of the aforementioned PCC such a person is eligible to make a will<sup>44</sup>). There is no equality between a legal position of a person who attains majority under extraordinary course of events through the process of matrimony conclusion and a person who attains such majority through the attainment of statutory majority age of 18 years. There do exist special regulations which treat the above-mentioned persons in a different manner from attainment of statutory majority age of 18, depending upon the possibility of particular behaviours or acting.

In support of the above-mentioned thesis, the following ought to be considered:

1. Formed in Article 10 of the Family and Guardianship Code, the age barrier, consisting of prohibition to enter into matrimony by a person who has not attained 18 years of age. A female who attains majority by concluding matrimony, maintains it even if marriage has ceased and/or has been annulled (Article 10 § 2 of the Family and Guardianship Code), but before attaining 18 years of age she may not enter into next matrimony without the consent of the Domestic Affairs Tribunal<sup>45</sup>.

2. Article 5 of the Act dated 16<sup>th</sup> July 1998 Electoral law to commune council, district councils and provincial councils (Journal of Law 2003, no. 159, item 1547), states that voting right (i.e. an active voting right) to a particular council is held by every Polish citizen, who at least on the voting day attained 18 years of age and permanently resides in the council's activity area.

3. Article 2 of the Act dated 27<sup>th</sup> June 1997 on Political Parties (Journal of Law 2001, no. 79, item 857) – a member of political party shall be a citizen of Republic of Poland who has attained 18 years of age.

4. Article 15 of the Act dated 7<sup>th</sup> September 1991 on Education System (Journal of Law 2004, no. 79, item 2572) states that education shall be compulsory upon attaining 18 years of age.

5. Article 15 of the Act dated 26<sup>th</sup> October 1982 on Upbringing in sobriety and alcohol counteraction (Journal of Law 2007, no. 70, item 473) directly forbids selling and serving alcohol beverages to those who have not attained 18 years of age, however in the second point of this article the legislator states the following: in an instance of being in doubt as to whether or not the buyer is major, alcohol beverages seller or server is allowed to request to be presented a document confirming one's majority – this article may be questionable as to what the legislator means by the notion of majority.

6. Article 6 of the Act dated 9<sup>th</sup> November 1995 on Health protection against the consequences of using tobacco and tobacco related products

---

<sup>44</sup> E. Gniewek (ed.), *op. cit.*, p. 1518.

<sup>45</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, p. 103.

(Journal of Law 1996, no. 10, item 55) it is forbidden to sell tobacco products to persons who have not attained 18 years of age; the supplement to this note is point 1a of Article 6, which states that in case of having doubts as to whether or not the buyer is a major the seller is allowed to request to be presented a document confirming majority (therefore a female who has not attained 18 years of age yet has attained majority through the conclusion of matrimony, is not eligible to purchase tobacco or tobacco related products).

7. Article 2 of the Act dated 27<sup>th</sup> September 1990 on Election of the President of the Republic of Poland (Journal of Law 2000, no. 47, item 544) stipulates that an active participation in general election depends upon attainment of 18 years of age at least upon the day of voting.

8. The statutory provisions dated 20<sup>th</sup> June 1997 on Road Traffic Law (Journal of Law 2005, no. 108, item 908) in Article 87, 90 and 96 stipulate eligibility to drive vehicles upon attainment of statutory age (i.e. required statutory age for eligibility to obtain driving license of the categories such as A, B, B+, C, C+E, C1 or C1 + E is actually 18 years of age).

9. In conformity to the provisions of Article 36 item 2 of the Act dated 10<sup>th</sup> April 1974 on Population Records and National Identification, an identity card issued to a person who has not attained 18 years of age, shall remain valid for the duration of 5 years since its date of issue (however in relation to the remainder of the population an identity card shall remain valid for the duration of 10 years).

10. On the grounds of Article 3 of the Act dated 14<sup>th</sup> March 2003 on National Referendum (Journal of Law 2003, no. 57, item 507) a right to participate in referendum shall be granted to the citizen of Poland if upon the date of voting one has attained 18 years of age.

11. The limit of attaining 18 years of age is also set by the Employment Code (Act dated 26<sup>th</sup> June 1974, Journal of Law 1998, no. 21, item 94) in Article 22 § 2. An employee may be a person who has attained 18 years of age. On the grounds of the stipulations defined in the 9<sup>th</sup> section, an employee may be also a person who has not attained 18 years of age, Article 197 § 1. A juvenile employee is obliged to continue education upon attainment of statutory majority age of 18 years.

12. On the grounds of the Article 8 § 2 of the Penal Code (Act date 6<sup>th</sup> June 1997, Journal of Law 1997, No 90, item 557) during court proceedings a plaintiff who has not attained 18 years of age shall be eligible to a defender.

Regulation quoted above prove that a female who in the course of extraordinary event through conclusion of the matrimony attains majority, on the grounds of some legal regulations due to not having attained statutory maturity age will be treated differently than a major eighteen-year-old. Taking into consideration numerous legal acts binding in Poland, it is not possible to enumerate all such situations.

## Conclusions

As a matter of principle it seems to be matterless whether or not attainment of maturity has been caused by the attainment of statutory majority age of 18 years or as a direct consequence of matrimony conclusion. The regulations do not treat both of these methods of attaining maturity variably<sup>46</sup>. In these areas where the legislator uses the term “major” or “maturity” or stipulates the application of law upon attainment of complete capacity to perform legal acts and deeds, the legislator refers the same to a person who has attained 18 years of age and to a minor who has attained majority in the course of extraordinary events.

The legislator does not differentiate between the concept of majority attained in one way or the other yet adequately disperses both subject groups on the grounds of particular legal acts and attainment of statutory majority age of 18 years. It must be stated that a female who attains majority through conclusion of matrimony is not treated on equal terms with a major eighteen-year-old. This introduces certain inconsistency as a result.

Age restriction as well as stipulation of majority upon attainment of 18 years of age is a purposeful act by the legislator. Similarly, setting age limits for performing duties of a member of parliament (attainment of 21 years of age), a senator (attainment of 30 years of age), president (attainment of 35 years of age) is caused by the need to acquire widely understood life experience by these individuals. The prohibition to perform certain activities on the grounds of attainment of certain age (most commonly the age of 18 years) is attributable to generally accepted patterns and views regarding biological and emotional maturity of a human being. In certain circumstance, i.e. consumption of alcoholic beverages and/or tobacco products, a variable treatment of a female, who has attained majority in the course of extraordinary event through conclusion of matrimony upon the consent of Domestic Affairs Tribunal from a major eighteen-year-old is a matter of necessity.

Similar considerations shall be presented according to other Central and Eastern Europe countries, but in this stage it is simply impossible. The Author should know the details and many special acts from nations legislature, what because of lack of translations will need years of studies.

Taking into consideration all of the above, a view may be shared that the significance of regulation of majority attainment in the course of extraordinary events through conclusion of testimony upon the consent of Domestic Affairs Tribunal is strictly theoretical in nature. The consequences stipulated in the PCC (i.e. majority, complete capacity to perform legal acts and deeds) are subjected to restrictions in statutory provisions and moreover contemporary minors rarely enter into matrimony in practise.

---

<sup>46</sup> Sentence from 13.05.1977 Supreme Court, SN, IIICRN326/77, OSNC 1978/2/35.

## **Streszczenie**

### ***Prawne konsekwencje emancypacji przez małżeństwo***

Słowa kluczowe: emancypacja, dorosłość, pełnoletność, wiek, małżeństwo.

Wiek jest obiektywną cechą każdego człowieka. Ustawodawca może określić limity wiekowe, które przyznają różne prawa dla osób fizycznych i spowodować, iż będą one zgodne z różnymi zasadami. Np. art. 10 k.c. określa, że pełnoletność jest osiągnięta w wieku 18 lat. Polski ustawodawca przewidział jednak szczególną sytuację kobiety, która osiągnęła wiek 16 lat i wchodzi w związek małżeński za zgodą sądu, stając się w efekcie pełnoletnia przed 18 rokiem życia.

Niniejszy artykuł opisuje motywacje i powody uzyskania pełnoletności w ten sposób. Omawia też konsekwencje prawne w porównaniu z rozwiązaniami stosowanymi w innych krajach. Autorka zastanawia się, czy osoba, która osiąga pełnoletność w wieku 16 lat, ma takie same prawa i obowiązki jak 18-latek. Na zakończenie stwierdza, że regulacja pozwalająca na osiągnięcie pełnoletności poprzez specjalny proces małżeństwa za zgodą sądu jest czysto teoretyczna ze względu na szczegółowe ograniczenia, które sprawiają, że wiele praw uzależnionych jest od osiągnięcia wieku 18 lat.





**Gabriela Halířová**

Faculty of Law

Palacky University in Olomouc

## **Maternity leave and the related legal questions\***

### **Introduction**

Pregnancy, childbirth and motherhood are important social events that require intensive help of the society to a woman. This help is provided in various forms. Besides the necessary health care (prenatal and postnatal care, medical care directly related to childbirth), the help in employed women consists in their release from the fulfilment of occupational duties, and in the provision of material security during this period.

The time off, during which a woman is excused from work for these reasons, is called maternity leave. As one of the significant personal obstacles to work on the employee's part, it is embodied in the provision of Section 195 ff. Act no. 262/2006 Coll., Labour Code, as subsequently amended (hereinafter referred to as "Labour Code"). Maternity leave is a traditional legal institute, which was provided for by the previous Labour Code<sup>1</sup> practically in the same form. It is not a matter of dispute anywhere in the world whether it is appropriate or purposeful to provide a leave from work to an employed woman in connection with childbirth. On the contrary, the minimum duration of protection in this period is embodied in a number of international treaties and documents dealing with the protection of human rights, social rights or directly of the individuals looking after children, and which are binding for modern democratic countries.

---

\* This article was published with financial support from the GA ĀR within the grant project called "Harmonization of work and family roles of employees caring for children in the Czech republic: comparison with selected foreign legal regulations" no. P408/11/1349.

<sup>1</sup> Act no. 65/1965 Coll., Labour Code. Maternity leave as a personal obstacle to work (Section 127) was also embodied in Chapter 7 within the special working conditions for women (Section 149 ff.). However, this classification was completely contrary to the system because this is not a working condition that enables a woman to perform work but, on the contrary, it is an obstacle to work due to which she cannot perform work.

Maternity leave provides the most efficient and maximum protection to women in connection with childbirth. Its specificity consists in the fact that it is bound to a certain, exactly defined period in a woman's life, i.e. it is not provided throughout a pregnancy but only during the last weeks before childbirth, during the period of childbirth and immediately after that (puerperium) as well as during the first weeks of life of the newborn, during which the mother is irreplaceable for the child. Therefore, at this time, which places much physical, physical, social, and economic demands on the mother, it is necessary for her to be released from any occupational duties and tasks (she is often not even capable of full work performance) in order to protect her own health and the health of the child.

### **Maternity leave in Labour Code**

An employee is entitled to a maternity leave in relation to the delivery and care for a newborn child in the standard duration of 28 weeks. In the event of a multiple delivery, the duration of maternity leave is more convenient, i.e. it is prolonged to 37 weeks. The strain put on such a female employee is greater, especially economically but also psychically; therefore, she needs better protection in the form of a longer leave from work.

The law also lays down the exact time period to commence maternity leave – usually, an employee commences it from the beginning of the sixth week before the presumed delivery date, yet no sooner than the start of the eighth week before such date. The decisive moment is the delivery date determined by the woman's attending physician on the basis of a medical examination. It is completely up to the decision of the woman which day<sup>2</sup> within the above mentioned period for the commencement of maternity leave she chooses and indicates as the commencement date in the prescribed form, which is issued by the attending physician and which also serves as the application for the provision of material security during maternal leave – maternity pay.

The law does not lay down any obligation for a woman to inform her employer about her pregnancy and to notify him/her of the commencement of maternity leave. Our Labour Code or the implementing regulations do not expressly provide for this matter. The aforesaid implies that the other party of the contractual relation, i.e. the employer, is not sufficiently protected either, and may face an unpleasant and uncertain situation in relation to

---

<sup>2</sup> It is possible to choose any day of the week (holidays as well) because the duration of maternity leave is counted in weeks as seven consecutive calendar days, not as the ordinary calendar week (Monday-Sunday).

late notification of pregnancy, which may have an impact on e.g. the organization of work of the employer during maternity leave, the employer cannot arrange for an admission of a new employee for the temporary vacancy well in advance, or in the event of giving notice to the female employee<sup>3</sup>, etc.

In Australia, for example, it is required that a woman inform her employer about being pregnant and about taking a maternity leave at least 10 weeks in advance. In Austria, a woman has to inform her employer about being pregnant and about the probable delivery date immediately after she learns about it herself. Also, she has to inform the employer about the beginning of her maternity leave immediately. In Ireland and Great Britain, a stringent procedure must be followed when communicating such information; otherwise a woman could lose her claims in the event of a lawsuit<sup>4</sup>.

Out of the fixed duration of statutory maternity leave, six weeks are usually meant for the period before delivery, and the rest, i.e. 22 weeks, for the period after childbirth. This division is a result of double protection provided to women. A woman is entitled to health protection, i.e. necessary protection for her and the unborn child during the last weeks before the birth and during the first weeks after that (a biological factor is present here), and social protection, i.e. protection with respect to the child, who needs the care of its mother during the first months of its life.

Of course, this division should be considered as rather relative (it depends on the will of an employee when she commences maternity leave and when the birth occurs) but a certain established practice is concluded from the fact how the duration of maternity leave provided to women who are not biological mothers of a child they take care of is approached. A woman is entitled to maternity leave in the duration of 22 weeks from the moment of taking over the care of a child<sup>5</sup>.

If a woman commences her maternity leave earlier than six weeks before the presumed delivery, or if delivery occurs later than presumed, the

---

<sup>3</sup> The employer intends to terminate employment with a female employee by notice, e.g. for dissatisfactory working results, violation of occupational duties, for organization reasons. However, during pregnancy, a female employee is within the so-called protection period, where an express ban of dismissal is valid. This holds true even if the employer did not know about the pregnancy. It suffices that the pregnancy actually existed at the time of the notice (see Section 53 and Section 54 LC). In some types of dismissal, there is a so-called preclusive period, during which it is possible to terminate employment. Under the prov. of Section 58 Subsection 1 Labour Code, in the event of violation of an obligation arising from the legal regulations related to performed work or for a reason for which it is possible to terminate employment immediately, the employer can give notice to an employee or to terminate employment with an employee within two months from the day he/she learned about the reason for notice or immediate termination of employment, yet no later than one year from the day the reason for notice or immediate termination of employment occurred.

<sup>4</sup> *Ochrana mateřství ve sviti*, "Sociální politika" 1998, no. 7–8, p. 17.

<sup>5</sup> Similarly – maternity leave in men (children's fathers, mothers' husbands) who take over the care of a child.

remaining period after childbirth is shortened by such period so that the total duration reaches the maximum of 28 or 37 weeks, as the case may be.

However, there are cases that a female employee cannot use up all six weeks of maternity leave before childbirth because the delivery occurred earlier than her physician determined, or due to premature birth. Such situations are relatively common since it is difficult to determine exactly when a child is born – it is a physiological event that depends on many factors that cannot be influenced by volition<sup>6</sup>. Therefore, a woman must not be disadvantaged under these circumstances, and she will be provided with the maternity leave in the full standard duration, even if all of this time falls on the period after childbirth (a woman does not manage to commence maternity leave before delivery due to a premature birth).

A different situation occurs if a woman does not manage to use up the six weeks before the presumed childbirth due to other causes, which are subjective; the woman decides to continue to work and commence maternity leave later – she commences her maternity leave to her own detriment<sup>7</sup>. This circumstance is reflected in the shortening of the total maternity leave – the woman will only be entitled to a maximum of 22 weeks after childbirth. This period cannot be extended by the time that the woman did not use up before delivery<sup>8</sup>. This recourse demonstrates the fact that it is both in the interest of pregnant employees (especially carrying the baby to term) and in the interest of the health of the unborn child that women commence maternity leave in time, refrain from work, and do not unnecessarily endanger their pregnancy and health, and the mission of motherhood. We will come back to this issue later herein when considering whether taking maternity leave is a woman's duty.

### **Maternity leave in women who have taken over the care of a child**

Under Section 197 Labour Code, the claim to maternity leave is also ensured to a female employee who has not given birth to a child, i.e. is not

---

<sup>6</sup> Unless it is a planned Caesarean section delivery, especially due to health reasons on the part of the mother or the child.

<sup>7</sup> J. Polášek, M. Kalenská, J. Koloušek, *Žena v pracovním poměru*, Prague: Práce 1967, p. 83.

<sup>8</sup> Until 1 July 1987 it was possible for a woman to use up less than four weeks of maternity leave before childbirth for other reasons than premature birth, only on the basis of an express written permission of the physician stating that with regard to her good health status and good working conditions she can continue to work. This permission had to be issued in advance. Until the entry into force of the amendment to Labour Code no. 52/1987 Coll., which changes and amends some of the provisions of the Labour Code, which cancelled this option, the commencement of maternity leave was laid down within the period of eight and four weeks before the determined date of delivery – maternity leave took 26 weeks.

the child's biological mother, but has taken over the care of a child on the basis of the decision of the relevant authority or a child whose mother has died – to substitute mother care.

A decision of the relevant authority on resigning a child to the care substituting mother care is needed in such situations where the child's mother has not died but abandoned the child or stopped taking care of it for other reasons. This concerns the decision of a court or an authority of social and legal protection of children defined in the provision of Section 7 Subsection 11 Act no. 117/1995 Coll., on State Social Support, as subsequently amended<sup>9</sup>.

In the event of taking over the care of a child whose mother has died, no decision of the relevant authority is required. In case of doubt, a confirmation of an authority of social and legal protection of children can be requested that the given female employee actually takes care of the child<sup>10</sup>. Mainly, this concerns the situations where the care of the child is taken over by the sister or mother of a deceased female employee, i.e. the aunt or grandmother of the orphan child.

The duration of maternity leave in such women is six weeks shorter, which corresponds to the leave that female employees usually take before childbirth in relation to advanced pregnancy, therefore there is no reason to preserve this period for women who have not given birth to the child. The leave in such cases is provided for the period of care for a newborn child or a child taken over to care because these women do not require any health protection (they have not given birth) but only social protection – necessary care for a child.

The day of taking over the child is the crucial moment for the commencement of maternity leave. The duration is determined for 22 weeks. If a female employee takes over two or more children, she is entitled to a leave of 31 weeks. However, the maternity leave can only be provided until this child reaches the maximum age of one year. The maternity leave is meant to secure proper care of a newborn child during the first months of its life, and it cannot be provided if a woman takes over the care of a child older than one year, or if she does not use up all of her maternity leave as of the child's first birthday.

---

<sup>9</sup> A court decision on placing a child in the care of another natural person than its parents (usually a child's relative) under Section 45 Act no. 94/1963, on Family, as subsequently amended, an OSPOD decision on the so-called pre-adoption care (Section 69 Family Act), a court decision on placing a child into foster care under Section 45a through Section 45d FA, preliminary measures of child care under Section 45 FA and Section 76a Civil Procedure Code.

<sup>10</sup> L. Kalinová, K. Karásková, *Nemocenské pojištění zaměstnanců a osob samostatně výdělečně činných*, Prague: Codex 1996, p. 114.

## Commencement of maternity leave – right or duty?

With respect to the changing social and economic climate, it is interesting to consider the question whether a pregnant woman is obliged to commence maternity leave. Over the past twenty years, women have started holding higher working positions, performing leading and managerial functions in the management of both state and private companies, and maternity may have a considerable effect on their occupation. The commencement of maternity leave often means a significant impact on the financial situation of a family as well as the interruption of qualification growth, decrease in professional knowledge and experience as well as in the maintenance of working potential.

The current legislation and the legal obligations ensuing from international treaties declare the right of a woman for special care during pregnancy and protection within labour relations. This right must be respected, protected, and nobody may infringe it or take it away from a woman. The provision of Section 195 Subsection 1 states: “In relation to the birth and care of a newborn child, a female employee is entitled to maternity leave...”, and Subsection 2 states: “A female employee usually commences maternity leave from the beginning of the sixth week before the presumed date of childbirth...”. The wording of the provision thus unequivocally lays down that a female employee is entitled to commence maternity leave and when she can do so at the earliest.

For our purposes, we have to distinguish two basic situations:

- 1) a female employee intends to take maternity leave but delays its commencement or gets back to work before using up the complete leave, or
- 2) a female employee decides not to make use of her right to maternity leave at all.

In the first case above, the maternity leave is shortened by the time the female employee commenced it later than the fixed term, i.e. the beginning of the sixth week before the presumed date of delivery. If she decides to return to work before using up the complete leave of 28 weeks, possibly shortened by the unused period before childbirth, it is necessary to take into account the clause stated in Section 195 Subsection 5 Labour Code: “Maternity leave in relation to childbirth must not be shorter than 14 weeks and must not be terminated or interrupted before the expiry of the period of six months from childbirth”<sup>11</sup>. This minimum duration of maternity leave is to be interpreted not only as the necessary protection of employed women in

---

<sup>11</sup> Also, it applies in the event that a child is born dead or dies after the birth, the mother abandons the child or the child stays, due to health reasons, at an infant home or another health care facility.

relation to childbirth and puerperium<sup>12</sup> but also as the absolute and general ban to perform any work whatsoever.

It is questionable whether this ban to perform work during the puerperium, along with the minimum duration of maternity leave, can be applied to those female employees who decide not to make use of their right to this time off work. If the Labour Code provides protection from the performance of work to the women who have given birth, it is necessary, in our opinion, to apply it to the women who do not commence maternity leave (do not notify their employer of the obstacle to work, do not submit to the employer the prescribed form in proof of this obstacle, used as the application for maternity benefits) but e.g. commence convalescent leave. Thus, it makes not difference to an employer whether an employee commences her maternity leave or not. During the period of six weeks after childbirth, the employer must not assign any work to a female employee, within the total uninterrupted duration of at least 14 weeks of release from occupational obligation.

As implied above, we believe that it is not contrary to statutory provisions if a pregnant employee stays at work before the presumed date of delivery even if the period of six weeks until the determined date of delivery has expired, and the employer assigns work to her in accordance with the employment contract, if such work does not endanger her health and corresponds to her health status and capabilities during pregnancy<sup>13</sup>. Of course, such cases will not occur frequently since the absolute majority of women commence maternity leave within the defined period; however, there are professions where the performance of work immediately before childbirth does not have to form an obstacle. Also, until recently (see note no. 6) it was possible to perform work during such period if the woman's physician approved this. However, it is crucial that the female employee intends to use up the time off work in relation to childbirth in the future (convalescent leave, time off without wage compensation). We understand the moment of childbirth, in compliance with the cited provision of Section 195 Subsection 2 Labour Code, as the latest possible day of commencement of this leave from work.

However, it should not be ignored that during advanced pregnancy, i.e. immediately before delivery, the employee exposes herself, at her own discretion and decision, to an increased health hazard both to herself and the

---

<sup>12</sup> Puerperium is the period in which a woman – birth mother recovers from the delivery and its consequences, various injuries related to childbirth heal, etc. Therefore, she needs to be protected at this stage of life more than after its lapse. A stringent principle applies saying that maternity leave and the related provision of maternity benefits cannot be interrupted or terminated during this period for any reason whatsoever.

<sup>13</sup> Compare J. Jakubka, P. Hloušková, E. Hofmannová, Z. Schmied, Z. Šubertová, L. Tomandlová, L. Trylč, *Zákoník práce prováděcí nařízení vlády a další související předpisy s komentářem*, Olomouc: ANAG 2007, p. 275.

unborn child, even though she must be aware of the possible consequences and risks for herself and the child related to the performance of work during advanced pregnancy. Therefore, the crucial factor will not only be the difficulty of work to be performed but also reasonable consideration of a woman as to whether she manages to perform her work with regard to her health status. Thus, each case needs to be approached individually.

In this regard, let me raise quite a “daring” question as to what would happen if damage to the woman’s health or to the foetus or a job-related injury occurs, and the relation of such damage and the performance of work during pregnancy is proved when the woman was already supposed to take maternity leave? Why could not the employer in this case be fully or partially released from the liability to damage?<sup>14</sup>

Similarly, in the event that a woman decides to terminate her maternity leave prematurely and return to work before the expiry of the total period of maternity leave, the employer is not allowed to reject her and refer her to the time she has used up this leave completely. Moreover, this is related to another question as to whether such action causes certain operational and organizational problems to the employer if he/she does not expect the action of the employee and assumes that she will use up the total period of maternity leave she is entitled to. This is why there should be willingness on both parts (especially on the part of the employee) to negotiate and inform the other contractual party in advance of one’s future intentions. This will prevent certain difficulties related to premature return to work.

It is completely irrelevant to consider the right to take maternity leave in relation to taking over the care of a child to substitute mother care as there exists no minimum protection period of maternity leave for these women. This is only provided for the purpose of health protection of women in relation to childbirth. Therefore, the exercise of the right to maternity leave when a woman takes over the care of a child is her free choice.

### **Protective function of maternity leave**

The particular manifestations of the protective function of maternity leave can be found in the following legal institutes:

---

<sup>14</sup> Comp. the provision of Section 367 Subsection 2b) Labour Code. Under this provision, an employer is partially released from the liability to a job-related injury if it is proven that the employer has incurred a damage because an employee had acted contrary to the common way of conduct, so it is obvious that although he/she did not violate any statutory or other provisions or instructions to ensure occupational safety and health protection, he/she acted carelessly, although he/she, with regard to his/her qualification, must have been aware of the fact that he/she can inflict damage to his/her health. Common unwariness and acting ensuing from occupational risk cannot be considered as a careless action.



- leave from work (Section 191 Labour Code),
- dismissal ban (Section 53 in rel. to Section 54 Labour Code),
- ban of immediate termination of employment (Section 55 Subsection 2 Labour Code),
- return from maternity leave (Section 47 Labour Code),
- material security during maternity leave<sup>15</sup>.

These areas reflect the EC Directive on the equal treatment for men and women, and the EC directive on parental leave<sup>16</sup> because the protective function also applies to men who take parental leave, which has the same duration as the maternity leave a woman is entitled to take (28 or 37 weeks), beginning with the birth of the child.

Further, we will only deal briefly with the leave from work and the return from maternity leave because the other aspects of women protection are beyond the scope of this text.

## **Leave from work**

Maternity leave is a time off work that every employer must provide to an employee in relation to her advance pregnancy, childbirth and care of the newborn child. It is a legal claim of every such woman to a leave from work without being obliged to apply for the provision of maternity leave separately or fulfil further conditions, it is sufficient to prove the existence of the obstacle to work.

The employee only informs the employer about the commencement of maternity leave usually by indicating this date in a prescribed form, which is used to exercise the claim to material security during this leave (maternity pay), and which is issued by the woman's attending physician, determining the presumed date of childbirth. Of course, different forms of notification or earlier notification of pregnancy are not excluded – such action is welcome and beneficial, it reflects the correct and good relations between the employee and the employer, and brings legal safeguard to the sphere of employment.

Under Section 191 Labour Code, an employer is obliged to excuse the absence of a female employee from work during maternity leave because this constitutes one of the statutory provided, significant personal obstacles to work on the employee's part.

---

<sup>15</sup> During maternity leave women are provided maternity benefits from the social security system, under the conditions laid down in Section 32 ff. Act no. 187/2006 Coll., on Sickness Insurance, as subsequently amended.

<sup>16</sup> EC Directive no. 76/207/EC, on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Directive no. 96/34/EC, on parental leave.

The method of notification of the commencement of maternity leave is not formally provided for and it is not determined when a woman is obliged to inform her employer of this fact at the latest. In the Czech Republic, pregnant women have more rights and automatic protection regardless of the moment their employer learns about their pregnancy, which is different in other countries.

## **Return from maternity leave**

As regards the legal safeguard of employees, the obligation of the employer related to the return of an employee to work after the extinction of one of the defined obstacles due to which the employee could not objectively perform work and was excused from work is very important. This obligation of an employer also applies to the situation when a woman returns to work after the end of maternity leave.

In accordance with the provision of Section 47 Labour Code, an employer is obliged to place an employee returning to work after the end of maternity leave to her previous job and workplace. This provision represents an advantage for the employees who take maternity leave as opposed to those who also take parental leave<sup>17</sup> because the law guarantees them their previous job at the previous workplace. If this is not possible because the previous job or workplace were cancelled, the employer will place them in accordance with the employment contract.

## **Conclusion**

The fixed duration of maternity leave in our country is in compliance with the European Social Charter<sup>18</sup> and Convention no. 103 on Maternity Protection<sup>19</sup>. The minimum duration of time off work for the purpose of health protection of a woman at the time of childbirth, immediately before it and during the puerperium is fixed for 12 weeks.

---

<sup>17</sup> If a female employee returns to work after the end of parental leave (max. until the age of three of the child), the employer is obliged to assign work to her in accordance with employment contract, i.e. also at another workplace and other work than before childbirth, yet only within the sort of work and at the place of work performance stipulated in the employment contract (Section 38 Subsection 1a) Labour Code).

<sup>18</sup> Notification no. 14/2000 Coll., on European Social Charter.

<sup>19</sup> A convention of the International Labour Organization. However, it has not been ratified by the Czech Republic so far, and therefore, it is not part of our legal system. This convention provides the minimum duration of maternity leave – always in the duration of at least 12 weeks. Virtually, in all European countries, including the Czech Republic, the duration is longer at present.

The duration of maternity leave differs from country to country – it depends on many factors, especially the demographic (development of population), historical and economic ones, and on the traditions of the given country. The Czech Republic and a few other countries (e.g. Slovakia and Sweden) hold worldwide primacy in the extent of maternity leave. Over the years, maternity leave has been prolonged several times in our country but it has always by far exceeded the general standard in the duration and intensity of protection.

Along with the fact that the legislation provides for longer maternity in the event of multiple childbirth, it can be stated that employed women in our country are provided with a high level of protection during advanced pregnancy and maternity. Nevertheless, we can find certain aspects for improvement and alteration.

In case a woman does not exercise her statutory right to maternity leave (takes e.g. convalescence leave at the time of childbirth), there should be a special ban to perform any work within six weeks after childbirth. The provision of Section 195 Subsection 5 Labour Code only covers this issue in relation to maternity leave, and some employers or employees might interpret it as if it did not apply to them.

As has been indicated above, the lawmakers should lay down the periods to be adhered to by an employee with respect to her employer when exercising her right to take maternity leave, when notifying him/her of her pregnancy, of the date of commencement of maternity leave and end of this leave. E.g. in the event of premature return to work during maternity leave, the woman would have to notify the employer of this fact one month in advance, the information of her pregnancy would have to be provided before the completion of the 1<sup>st</sup> trimester, etc.

## Streszczenie

### *Urlop macierzyński i kwestie prawne z tym związane*

Słowa kluczowe: urlop macierzyński, ciąża, prawo pracy, prawa kobiet.

Urlop macierzyński jest tradycyjną instytucją ochrony kobiet pracujących w okresie ciąży, porodu i opieki nad nowo narodzonym dzieckiem. W odpowiedzi na zmiany społeczne (równouprawnienie płci, emancypację kobiet, rosnącą rolę ojca) regulacje wspólnotowe pozwalają również pracownikowi płci męskiej w pełni osobiście uczestniczyć w opiece nad dzieckiem od momentu jego narodzin do określonego wieku. Czas trwania urlopu macierzyńskiego w Republice Czeskiej wynosi 28 tygodni (w przypadku wieloracz-

ków 37 tygodni). Opiekujący się dzieckiem mają prawo do czasu wolnego w wymiarze 22 (31) tygodni.

Autorka artykułu zastanawia się, czy rozpoczęcie urlopu macierzyńskiego jest prawem, czy też obowiązkiem pracownika. Rozpatruje też możliwe konsekwencje prawne tychże regulacji. Pracodawca jest zobowiązany pozwolić pracownikowi na opuszczenie pracy. Zakazane jest zwolnienie kobiety w trakcie ciąży lub urlopu macierzyńskiego (z wyjątkiem przyczyn organizacyjnych) oraz natychmiastowe zakończenie zatrudnienia w tym okresie. Po powrocie z urlopu macierzyńskiego pracownik ma prawo do wykonywania tej samej pracy. Pracodawca jest zobowiązany przypisać mu te same zadania na tym samym stanowisku. Ta regulacja prawna jest korzystniejsza dla pracowników przebywających na urlopie macierzyńskim niż tych na urlopie rodzicielskim (aż do ukończenia 3 roku przez dziecko) – w przypadku urlopu macierzyńskiego prawo gwarantuje pracownikowi przywrócenie do pracy na tym samym stanowisku. Podczas urlopu macierzyńskiego kobiety korzystają z zabezpieczenia społecznego w postaci dodatków macierzyńskich.

**Klára Hamuláková**

Department of Civil and Labour Law  
Palacky University in Olomouc

## **The analysis of the models of judicial control of administrative bodies' acts in the Czech Republic**

### **The Right to Judicial Protection**

The right to judicial protection and fair trial belongs to fundamental human rights and as such it is guaranteed on the state constitutional level as well as on international level. Without securing the right to judicial protection the other fundamental human rights would lose sense, redress would be unenforceable in case of violation and sooner or later it would be nothing but “dead imperatives” for desired behavior. Thus the right to judicial protection does not only include certain catalogue of procedural laws which must be secured for the legal persons in the course of the judicial proceedings, but also the specific fundamental right to access to court. The court must then hear the case justly, publicly and within a reasonable time limit.

The right to judicial and other legal protection in the Czech Republic arises from the Article no. 36 of Charter of fundamental rights and basic freedoms, the judicial control of administrative bodies' acts is concretely regulated in paragraph 2 of this article that states: Unless a law provides otherwise, a person who claims that her rights were curtailed by a decision of a public administrative authority may turn to a court for review of the legality of that decision. However, judicial review of decisions affecting the fundamental rights and basic freedoms listed in this Charter may not be removed from the jurisdiction of courts. “On the international level, it is article 6 of the European Convention on Human Rights that regulates the right to a fair trial and is specified by the case-law of the European Court of Human Rights”.

## **The legal regulation of judicial control of administrative bodies' acts in the Czech Republic**

The current, two-part, system of the judicial control of the administrative bodies reassumed to the legal regulation valid in the times of so-called „First Republic”, which was (together with the jurisprudence of the Supreme administrative court) of an extremely high-quality. After the Second World War and during the period of totality regime, the judicial control of the administrative bodies' acts, especially the part of the administrative justice, slowly declined and finally ceased completely. In these days there was nobody competent to control the proceedings and the decisions of the administrative bodies in public law matters. Obviously, this situation was untenable after the Velvet revolution in 1989 and it was the reason for the enactment of a “new” Chapter Five (called Administrative justice) of the Civil Procedure Code (Act no. 99/1963 Coll.) by the Act no. 519/1991 Coll. The provisions of this Chapter regulated proceedings concerning cases which were decided by an administrative body in both cases, when they concerned private law matters and public law matters. Nevertheless, this regulation had a lot of deficiencies, which were criticized not only by the Constitutional court but also were apparently contrary to the provisions of the European Convention on Human Rights.

The Constitutional Court, influenced by this criticism solved the situation by complete annulment of Chapter Five of the Civil Procedure Code (judgment no. 276/2001 Coll.). Although the Constitutional Court judgement was very important there were also some deficiencies. The Constitutional Court annulled by its judgement the whole Chapter Five of the Civil Procedure Code. It did not contain only unconstitutional provisions, however they were annulled as well. Therefore this attitude of the Constitutional court was obviously contrary to the spirit of the role of the Constitutional court in the society.

The main reasons of the Constitutional court judgement nullifying the existing legal regulation of the control of the administrative bodies' acts was the discordance with the obligations arising from the provisions of the European Convention on Human Rights, in concrete from its article 6 regulating the right to a fair trial (due process) and also the discordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights. To the other deficiencies, which were criticised by the Constitutional court, belonged primary the non-existence of the Supreme Administrative Court, which was guaranteed by the Constitution of the Czech Republic. This court shall ensure the unification of the jurisprudence in the field of the judicial control of the administrative bodies' acts in public law matters. Secondary it were also the absence of the legal regulation concerning the protection against illegal procedure or illegal intervention of the administrative authority, which do not have the character of the decision and the absence of legal regulation concerning the protection from inactiveness of the administrative authority.

In this way the Constitutional court solved the situation of a lot of deficiencies in the legal regulation of the control of the administrative bodies' acts that were contrary to our constitutional system but also contrary to provisions of the European Convention on Human Rights and after the nullification of the whole Chapter Five of the Civil Procedure Code and as a consequence the lawmakers were forced to prepare intensively new legal regulation. The judgment entered into force on the 1<sup>st</sup> of January 2003.

For economic as well as legal reasons the model of dual judicial control of administrative bodies' acts was eventually found as optimal. The new legal regulation of the control of the administrative bodies' acts is now based on the same principles as the regulation in the period of the First Republic. The decisions of the administrative bodies in public law matters are reviewed by administrative courts (according to Administrative Procedure Code, Act no. 150/2002 Coll.) and the decisions of the administrative bodies in private law matters (e.g. the rights in rem registrations in the Land Register) are reviewed by the civil courts, according to Chapter Five of the Civil Procedure Code (Act no. 99/1963 Coll.).

Legal Regulation of Judicial Control of Administrative Bodies' Acts in the Czech Republic from the Viewpoint of Article 6 of the European Convention on Human Rights

Hearing and ruling in cases concerning civil rights, obligations or justification of any criminal charge in so called full jurisdiction is one of the fundamental guarantees of the right to a fair trial. Even though the requirement for decision-making in full jurisdiction is not explicitly stated in the article 6 of the European Convention on Human Rights it results from a wide case-law of the European Court of Human Rights<sup>1</sup>. Although the judicature of this court is in many respects different, it is possible to infer that in order to meet this requirement it is enough if the court carrying out the control of administrative bodies' decisions is authorized to judge the problem complexly, from the factual as well as legal viewpoint and in this respect it can also carry out evidence. However, double instance proceeding<sup>2</sup> is not required and in the matters of civil rights and obligations the possibility to change the decision is not required either. The cassation system of

<sup>1</sup> According to the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Albert and Le Compte* (*Albert and Le Compte v. Belgium* of 10.10.1983. Complaint 7299/75 and 7496/76) it is sufficient if the decision of the administrative body can subsequently be subjected to control conducted by independent and impartial tribunal with full jurisdiction.

<sup>2</sup> Even though the double instance proceeding does not belong to the fundamental elements of the right to a fair trial and is guaranteed by art. 6 sec. 1 of the European Convention on Human Rights and art. 2 sec. 1 of the Protocol no. 7 of the European Convention only in the criminal proceedings, it is obviously desirable if not essential in order to secure proper judicial protection. See F. Matscher, *The right to a fair trial in the case-law of the organs of the European Convention on Human Rights*, [in:] *The right to a fair trial*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, p. 18.

control is sufficient if the judgment of the court is binding on the administrative body to which the case was returned<sup>3</sup>.

However, this level of protection is only required in the matters of civil rights and obligations and justification of any criminal charge, but not in other cases. At the same time it is necessary to point out that the meaning of the expression civil rights and obligations does not overlap with the meaning of the expression private rights, or in other words with the power of civil courts defined in § 7 sec. 1 and 2 of the Czech Civil Procedure Code. The civil rights and obligations are interpreted by the case-law of the European Court for Human Rights in a broader context, including even those matters which according to our law belong to the category of public affairs.

For this reason certain cases which are considered under the case-law of the European Court of Human Rights as a part of civil rights and obligations and about which the administrative bodies previously decided, are subject to the control of civil courts according to the chapter five of the Civil Procedure Code and the rest of these cases along with other public matters are subject to review by the administrative justice. Thus, full jurisdiction must be provided even by the administrative courts in these matters.

This requirement is fully satisfied in private law cases as the parties to the proceedings are provided with even higher level of protection than is required. If the court, according to sec. 5 of the Civil Procedure Code, reaches a conclusion that the decision of the administrative body was not appropriate, the court will solve the specific case by delivering its own judgment. This judgment shall replace the decision of the administrative body to that extent which fits the importance of the judgment. With respect to the reasonable application of the provision of the first to fourth chapters of the Civil Procedure Code the proceeding concerning cases which were decided by a different body (proceeding according to the chapter five of the Civil Procedure code) is a two-level proceeding. Thus the parties to the administrative proceeding, the subject of which was a private law issue, can seek judicial protection they would have received in case the issue had been covered by the power of civil courts if it was not primarily vested in the power of administrative bodies<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> See e.g. judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Zumtobel v. Austria* of 21.09.1993, Complaint 12235/86.

<sup>4</sup> As M. Mazanec states mere compliance with the requirement of full jurisdiction for hearing the case by Administrative Court would in fact be a step backwards, meaning that a litigant would be “unlucky” to have his private case entrusted under the jurisdiction of administrative body. He would lose the benefit of being heard by the civil court and he could “only” benefit from full jurisdiction before the Administrative Court, i.e. a certain minimum of guarantees of justice resulting from international legal obligations of the state but not from full and elaborate “standard” civil court procedure. M. Mazanec, *Rozhodování soukromoprávních věcí správními orgány (Decision-making by administrative bodies in private law matters)*, “Právní rozhledy” 2003, no. 11, pp. 55–57.



However, the above mentioned can have negative consequences as in the future the administrative body obviously is not bound by the decision of the civil court and thus the decisions of courts do not necessarily have to be unified with the decisions of the administrative bodies when they deal with the same issues. As E. Wagnerová states in her dissenting opinion on the judgment of the Constitutional Court Pl. ÚS 26/08, the administrative bodies can on the contrary repeat their mistakes without the cases being returned to them and without any pressure being made on them to accept the opinions delivered by the administrative court in case it was the administrative court which made the decision. On top of that if the administrative bodies insist on their way of legal assessment of certain repeated circumstances or on their interpretation of law and if it is necessary to repeatedly repair their wrong decisions through general (civil) court decisions it is again obvious that the legal regulation itself contributes to predictable prolonging of the proceeding. The parties are endangered by this structural deficiency in this legal regulation as their fundamental right is violated, taking into account the lengthiness of the whole proceeding even though from the formal point of view there are two proceedings – administrative and a court proceeding (before a civil court)<sup>5</sup>.

As far as the legal regulation of administrative justice is concerned, the original intention of the reform took into account the fact that the decisions of administrative bodies upon civil rights and obligations or criminal charges will be subject to review in full jurisdiction and rulings of administrative bodies to which the art. 6 sec. 1 of the European Convention on Human Rights does not apply will be reviewed only for their legality. The Administrative Procedure Code finally inclined to the unified concept of evidence. Article 77 sec. 1 of the first clause of the Administrative Procedure Code stated that within the framework of evidence the court can repeat or complete evidence used by the administrative body. After initial difficulties concerning interpretation of this article the Supreme Administrative Court held a clear and stable view saying that § 77 sec. 2 first clause of the Administrative Procedure Code is a factual transposition of the requirement for so-called “full jurisdiction” as an attribute of the right to a fair trial. When making a decision the court must not be limited in factual matters only by the evidence found by the administrative body and not even by the extent of the used evidence, nor their content and assessment of their seriousness, legality and veracity. Thus the court shall individually and independently assess the correctness of factual findings done by the administrative body and if it comes across factual or procedural legal deficiencies it can react

---

<sup>5</sup> The judgment of Constitutional Court of 7.04.2009. Pl. ÚS 26/08 (Collection of Judgments and Rulings of the Constitutional Court, vol. 53, judgment no. 82).

either by imposing on the administrative body the duty to remove, replace or complete the deficiencies, or it may do so itself. However, the evidence carried out by the court must aim exclusively at acknowledging the facts of the case during the process of decision-making of the administrative body<sup>6</sup>.

The proceeding before the administrative court is based on cassation remedial system, i.e. it is only entitled to cancel the challenged decision and return the case back to administrative body for further proceeding. The administrative body is in the further proceeding bound by the legal opinion delivered by the court at reversal of the judgment. At the same time the administrative body must also include among the other grounds for a new decision the other evidence collected by the administrative court (§ 78 Administrative Procedure Code). The Administrative Procedure Code does not regulate any regular remedial measure, thus the proceeding is a one instance proceeding.

However the administrative judicial proceeding concerning an action against the decision, by which the administrative body imposed a penalty for an administrative delict is different. In case the court does not reverse this decision, but still the punishment was apparently inadequate, the court can refrain from it or it can diminish it within the limits of the law if such a decision can be made on the base of the facts of the case which served as the grounds for the decision of the administrative body and which was possibly completed by the court's own evidence (§ 78 sec. 2 of Administrative Procedure Code). Such legal regulation meets the higher requirements required by the case-law of the European Court of Human Rights in the matters of criminal charge but only in the area of decision making about an imposed punishment<sup>7</sup>.

Based on the facts mentioned above we can sum up that even though the administrative courts do not provide such a developed legal protection for the civil rights and obligations as it is in the case of proceedings according to the fifth chapter of the Civil Procedure Code, the current state is still satisfactory. Moreover the contemporary system managed to avoid expected problems with distinguishing of civil rights and obligations and other matters in the administrative judicial proceedings.

However on the other hand the parallel system of the legal regulation of judicial control of the public administrative bodies, based on the dualism of the law brings about a similar problem, which is solved by special senate, established by the Act no. 131/2002 Coll. However, the number of cases solved by this institution is decreasing with respect to the significance and binding nature of its rulings and thus the current state is getting stabilized.

---

<sup>6</sup> The judgment of Supreme Administrative Court of 28.03.2007, 1 As 32/2006-99. Also the judgment of Supreme Administrative Court of 31.05.2007, 7 Afs 100/2006-103 or the judgment of Supreme Administrative Court of 22.05.2009, 2 Afs 35/2009-91.

<sup>7</sup> See e.g. the judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Gradinger v. Austria* of 23.10.1995, Complaint 15963/90.

Taking into account the current legal state it can be surprising that certain cases that belong to the category of civil rights and obligations are being solved by the civil courts, others by administrative courts, while in both of these two areas of justice that we have mentioned different level of protection is provided. Under these circumstances the possibility to provide judicial protection by civil courts to all matters connected with civil rights is probably worth considering. With respect to the case-law of the European Court of Human Rights, which interprets this concept extensively, the civil courts would in such a case find themselves in a role when they would provide protection in a large extent even in cases which under our concept belong to the category of public law and thus the powers of the civil courts would be boosted. It is again necessary to point out the fact that the protection provided by the administrative courts even in the matters of civil rights and obligations is sufficient according to the case-law of the European Courts of Human Rights.

## **Conclusions**

Based on the above mentioned facts it is obvious that all models of legal regulation of judicial protection of administrative bodies' acts have to cope with certain problems and deficiencies. The basic requirement is that they should be able to comply with the conditions set by the article 6 of the European Convention on Human Rights, mainly the requirement of the so-called full jurisdiction. Thus if we do not take into account the concrete problems resulting mainly from the legal regulation of judicial control of the public administration bodies' acts in private law cases which deserves overall reenactment, it is possible to state that the current model of the judicial control of the public administration bodies' acts is completely satisfactory, both from the procedural as well as organizational view.

## **Streszczenie**

### ***Analiza modeli kontroli sądowej aktów organów administracyjnych w Czechach***

Słowa kluczowe: kontrola sądowa, organy administracyjne, sprawy prywatne i publiczne.

Głównym tematem artykułu jest sądowa kontrola organów administracyjnych w Republice Czeskiej. Prawo do sądowej ochrony prawnej i innej wynika w tym kraju z art. 36 Karty praw podstawowych i podstawowych wolności (ustawy nr 2/1993 Coll.). Jeżeli organ administracji decyduje o kwe-

stiach, które w ramach systemu prawnego należą do spraw z zakresu prawa prywatnego, to decyzja, zgodnie z rozdziałem V Kodeksu postępowania cywilnego (ustawy nr 99/1963 Coll.), jest opiniowana przez sąd cywilny. Natomiast jeśli organ administracyjny rozstrzyga o kwestiach, które należą do prawa publicznego lub gdy organ administracyjny jest nieaktywny (nawet jeśli bezczynność dotyczy zagadnień z zakresu prawa prywatnego), decyzja ta, zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego (ustawa nr 150/2002 Coll.), jest opiniowana lub sytuacja ta może być rozwiązana przez sądy administracyjne. Kontrolę sądową aktów organów administracji można zatem zaliczyć zarówno do kompetencji sądów cywilnych, jak i sądów administracyjnych. Autorka artykułu koncentruje się głównie na zgodności regulacji prawnej kontroli sądowej aktów organów administracyjnych w Czechach z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

**Irina Izarova**

Department of Civil and Labour Law

The Vadym Hetman Kyiv National Economic University

**About city planning law**

City planning is certainly a special sphere of human activity, characterized by striking features. In our opinion, it should be noted on the ratio of private and public interests in the implementation of urban development. Within the city planning upon the condition of public interest existence may be neglected private interests, in particular, may be held ransom and withdrawal of lands that are privately owned. But one-sided view on this problem is superficial, since many examples can illustrate how private interests prevail over the public, particularly in building new bridges in Kiev, the expansion of transport units, etc. Herewith extremely important weight has the definition of that common goal and ways for its achievement it in the process of urban development, a crucial supplement to which may become a new city planning brunch of law.

Admittedly, legal rules have necessary and decisive impact on participants of social relations, providing their sustainable and effective movement. Singling out the set of legal rules governing relations in city planning from other areas of law will help to organize them and identify promising areas of development. Consequently, town planning law will be one of the complex areas of law witch subject consists of legal rules other fields – civil, land, administrative and so on.

It is absolutely necessary to recognize the formation of a single codified act in urban planning – Urban Planning Code of Ukraine the draft of which was adopted as a basis June 30, 2010, as this will give a stable foundation for the operation and further development of relevant rules of law, strengthen regulation of these relations.

City planning law is characterized by a particular subject of legal regulation, under which we can understand social relations that occur in city planning at the forecasting, planning and organization design and construction of settlements.

As a method of legal regulation, it should be noted that in city planning are applied imperative and dispositive methods which features and ratio to

relations in urban planning is a main feature that is peculiar for this branch of law, because they limit property rights in order to ensure effective implementation of city planning.

Adoption of the principles of urban planning rights helps to define its guiding principles, which embodied the basic ideas of its functioning, as well as directions for future development. The basic principles of urban planning, of course, should be accept the principles of preservation and enrichment of the architectural and historical heritage of our nation, ensuring the normal efficient development of settlements under consideration the interests of all residents, and ensure the priority of environmental safety and others.

In summary, we would like to note that the allocation of urban area of law in the domestic system of law is an important step that will lead to the revival of fundamental research in this branch on which base is appropriate to make a comprehensive law reform in city planning. City planning law, taking into account the above mentioned, can be defined as separate branch of law, which is a set of legal rules governing relations in the city planning to create and maintain a full environment of human livelihoods, to coordination of state, public and private interests in planning and building of settlements.

Recently in the scientific community has been discussed the formation of a new field of law – the city planning law. Nearly ten years ago, a great architect, academician I.M. Smolyar raised questions about the necessity of formation of complex institution that would keep uniform rules of law that govern relations in city planning and in his monograph he allocated for the first time object, method and structure of the new urban field of law<sup>1</sup>. After that began the active discussion about the need and feasibility of the formation of this new field of urban law. And we would like to join it.

Questions about the origin of city planning law were researched by such scholars as I.M. Smolyar, O.P. Anisimov, N.G. Ushkova, S.O. Kuznetsova and others whose works became the base for our research, the basis became general theoretical works of S.S. Alekseev, A.B. Vengerov and V.S. Nerseyanets.

During the research we want above all to find out the necessity and possibility of selection of urban law as a separate branch of law in Ukraine, as well as define the subject and its method of regulation and other reasons to select a specific field of law.

The question of the necessity and feasibility of a separation of a new field of law in the legal system of Ukraine is very important and requires rigorous attention of academics. O.P. Anisimov pertinently notes that when we separate the field of law we should think about the features aspects of life, which has a clearly defined qualitative specificity and social importance

---

<sup>1</sup> I.M. Smolyar, *City planning law. The theoretical foundations*, 2000, p. 10.

and a large number of legal norms that do not fit into any of the traditional branches of law<sup>2</sup>. Urban planning, of course, is such area of human activity, which is characterized by striking features.

But, above all, in our opinion, it should be noted about the relationship between private and public interests in the implementation of urban development, particularly under the Act of Ukraine “About Fundamentals of Urban Development” are defined order and grounds for exclusion of lands identified for future development of settlements, construction of concrete places, objects<sup>3</sup>. Thus, by the implementation of urban development private interests may be neglected if there are public interests, in particular, may be held ransom and confiscation of property that is privately owned. Unilateral view on this issue is wrong, since many examples can illustrate how private interests prevail over the public, particularly in building of new bridges in Kiev, the expansion of transport units, etc. But society should be ensured in availability of the possibilities to solve urban problems through private property and the feasibility and need for its removal and in case of achieving the opposite effect should arise a question about the misuse and abuse of powers of relevant bodies, which should be responsible. At this crucial importance has determination of common goal and ways of its achievement in the process of urban development, a crucial supplement to which we can become a new urban field of law.

We should also determine that legal rules are necessary and they have a decisive impact on participants of social relations providing sustainable and effective movement. Therefore, the definition set of legal rules that govern the field of similar relations became the basis for the formation of separate branches of law. Singling out the set of legal rules that govern relations in city planning from other fields of law will allow organizing them and identifying promising areas of development, to justify the use of certain methods and define the basic governing principles of its functioning. Consequently, city planning law will be one of the complex fields of law<sup>4</sup> which meaning includes legal rules of other fields – civil, land, administrative, etc. whereby is realized the regulation of urban development.

Certainly, during discussions about the feasibility of the formation of urban field of law may arise a question about selection of the architectural law<sup>5</sup>. Despite attempts to define the architecture law, we need to point out that urban activities are only part of the architectural and the term “archi-

---

<sup>2</sup> A. Anisimov, N. Ushkova, *City planning law – as a separate branch of Russian law*, 2008, p. 2106.

<sup>3</sup> Act of Ukraine “About Fundamentals of Urban Development” 16.11.1992, Відомості Верховної Ради України 1992, no. 52, p. 683.

<sup>4</sup> A. Vengerov, *Theory of State and Law*, 2000. pp. 232–233.

<sup>5</sup> A. Belomesiasev, *The legal framework of architecture*, 2006, p. 16.

ecture” includes not only the activities but also art, the latest of which does not require legal regulation, that is why is necessary to determine the basic relationships that form the subject of urban planning field of the law – area of city planning. Admittedly, the need for the formation of a separate branch of law is not to resolve all more or less similar social relations, but to regulate effectively those similar relations, which regulation requires a goal of their implementation. The activity in city planning is a specific activity, which combines the interests of society and every private person and is realized between defined parties and regulated by the huge number of chaotic rules of law, that predetermines necessity to select a new field of law – city planning law.

Necessary to acknowledge as essential the formation of a single codified act in city planning – Urban Planning Code of Ukraine, the draft of which was adopted as a basis June 30, 2010<sup>6</sup>, because it will give a stable foundation for the functioning of the applicable rules of law, strengthen a legal regulation of these relations and ensure sustainable development of new field of law.

Established clauses of theory of law suggest that the reasons for selecting a specific field of law are subject and method of legal regulation. O.P. Anisimov determines absolutely all reasons for the separation of urban field of the law: a large and clearly expressed specific activity, methods, principles and sources, the existence of institutions that form the system, and specific concepts and categories of urban law as optional features<sup>7</sup>. We fully agree with the approach, but focus our attention on more traditional grounds for the separation of a field of law: a subject and method of legal regulation, as well as the grounds as guiding principles of operation and development.

The subject of legal regulation is defined as social relations which require a legal regulation and are characterized by following features including their directivity, stability and certainty, importance, and the possibility of a control. These signs of social relations allow selecting of uniform set of legal rules to certain branches of law. City planning law is characterized by a particular subject of legal regulation, under which you can imagine relations that appear in city planning and between designated parties. City planning is a specific type of activity that mediates the relationship in forecasting the development of settlements and territories, planning, construction and other use of territories, projection, construction of objects of city planning, construction of other facilities, reconstruction of historical towns while preserving the traditional character of the environment, restoration

---

<sup>6</sup> Available at <<http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2376-17>>.

<sup>7</sup> A. Anisimov, N. Ushkova, op. cit., p. 2112.



and rehabilitation of cultural heritage objects, creation of engineering and transport infrastructure (Article 1 of the Law of Ukraine “About Principles of Urban Development”). The draft Urban Planning Code of Ukraine contains more detailed list of relations that relate to urban planning: creation of the documents for urban planning, setting mode of development and other use of land areas identified for future urban development needs, the organization of planning, construction and other use of areas and certain lands, choice of allocation of urban construction, identification of land for urban needs, preparation of conclusions apropos the applications (petitions) from natural or legal persons about their intention of building land or a territory, developing and maintaining an inventory of urban settlements; state control of planning, development and other use of territories, establishing responsibility for violation of legislation during the planning, construction and other use of territories, implementation of international cooperation in urban development, setting and application of the licensing of construction activity.

Clearly, the listed activities have unique importance in society and require rigorous attention of public authorities, academics and community. All of the above mentioned relationships can be divided into several groups, including their direction of action: first – a relationship of forecasting, planning and organization of urban planning, and secondly its relationship connected with the design and construction of settlements. Thus it is possible to identify the legal relationships that are the subject of city planning law.

Thus, we can identify the subject field of urban law - public matters that arise in city planning relatively the forecasting, planning and organization design and construction of settlements.

These relations occur only between designated parties, herewith the crucial fact is that those subjects are the original basis for defining relations in city planning. According to Art. 4 of the Law of Ukraine “About Principles of Urban Development” the subjects of urban planning are authorities, local governments, natural and legal persons. These are bodies that execute the state regulation of urban development – the Verkhovna Rada of Ukraine, Cabinet of Ministers of Ukraine, Verkhovna Rada and the Council of Ministers of AR Crimea, local state administrations, local governments and special authorities on urban development and architecture, operating exclusively within the powers defined by section 2 of the Law of Ukraine “About Principles of Urban Development”.

On the method of legal regulation as one of the reasons for the selection of the separate field of law, it should be noted that the regulation of urban development are inherent several methods used only for regulation of relations in this area.

Overall, by the regulation of social relations are commonly used imperative and dispositive methods, witch correlation and features of the applica-

tion to relations in urban planning are specific methods that are inherent in urban field of law.

Among the special techniques of regulation, which are inherent exclusively town-planning law and relations that it conforms we should note the following: choice, removal and providing of lands for urban development needs identified by urban planning documentation, setting mode of use and building of lands, which provides future urban activities; providing of urban conditions and limitations on building of lands; stopping of building, conducted in violation of urban planning and individual objects in the cases stipulated by law, and can harm the environment and others.

Specific of regulatory properties of this field is that most of inherent methods limit property rights to ensure the effective implementation of urban development.

At this crucial importance have the guiding principles or grounds which methods within are being used. So, the next reason for the selection of city planning law in the domestic legal system is the presence of specific principles of urban planning.

Adoption of the principles of urban law helps to define its guiding grounds, which embodied the basic ideas of its functioning, as well as directions for future development. These principles of law can provide an ability to regulate relations arising in the field of urban development efficient and equally including private and public interests. It must be recognized that the field of urban planning is so specific, there are private and public interests, which determine the specific purpose of urban planning as an essential task.

The principles of law include urban and general legal principles, as well as those which inherent in this industry exclusively. The latter can be identified among the main fields of city planning, and basic requirements according to Art. 2 and 5 of the Law of Ukraine “About Principles of Urban Development”, in particular, the principles of preservation and enrichment of natural and cultural heritage in urban development; historical continuity, that is to incorporate and preserve the positive achievements of the historical development; having a legitimate goal of developing of planning object and facilities of its achievement; complexity – synergies between all components of development (functioning) of urban planning objects and consideration of perspectives; providing priority to environmental safety requirements during the planning and development of territories and other.

Principles of law are the borders, which should form an integral system of legal rules to ensure appropriate and effective regulation of public relations. What should be recognized as the fundamental principles of urban planning? Clearly, principles of preservation and enrichment of the architectural and historical heritage of our people, that is one of the main tasks of each next generation, but along with should be recognized the fundamental

principles of urban planning and ensure the normal development of efficient settlements under consideration the interests of all residents, and to ensure a priority of environmental safety. These questions can only be updated within this article, recognizing the principles as necessary grounds for the separation of the field of city planning law, but their further detailed investigation represents a huge scientific interest.

Must surely be accepted the principles of urban law as its governing defining ideas that separate this field of law from all others, determine the direction of development and functioning of its provisions. The questions about city planning principles of law are important and promising, and a need to consolidate their regulation in the current legislation – undoubted.

In summary, we would like to note that the separation of complex urban field of law in the domestic system of law is an important step that will lead to the revival of fundamental researches in this area for which it would be reasonable to reform reformation of urban planning law. City planning law, taking into account the above mentioned, can be defined as a complex field of law, which is a set of legal rules governing relations in the field of urban planning to create and maintain a full-fledged human environment, the coordination of state, public and private interests in planning and building of populated territories.

It should be recognized that the allocation of a separate branch of urban planning law will give significant impetus to the development of legal researches and improvement of current legislation in urban planning and architecture.

## **Streszczenie**

### ***O planowaniu przestrzennym***

W środowisku naukowym ostatnio dużo się mówi o nowej dziedzinie prawa – prawie planowania miasta. Chcielibyśmy dołączyć do takich uczonych, jak I.M. Smolyar, O.P. Anisimov, N.G. Ushkova, A. Bielomesiasev i uzasadnić celowość tworzenia takiego prawa na Ukrainie. W trakcie badań chcemy przede wszystkim nagłośnić możliwość wyboru urbanistyki jako odrębnej gałęzi prawa, a także określić przedmiot, sposób jego regulacji prawnych i podstawowe zasady alokacji.



**Dušan Korgo**

Katedra verejného práva

Univerzity Mateja Bela

## **Súčasná trestnoprávna úprava boja s terorizmom v Slovenskej Republike**

V posledných desaťročiach 20. storočia sa narušil systém medzinárodných vzťahov, ktorého stabilita spočívala na rovnováhe moci medzi štátmi. Koniec „studenej vojny“ a globalizácia priniesli nárast nielen počtu, ale aj moci nových aktérov, ktorých aktivity sa vymykajú kontrole štátu a významne ovplyvňujú politický vývoj a bezpečnostné prostredie: terorizmus, médiá, nadnárodné korporácie, revolučné hnutia, organizovaný zločin, mimovládne organizácie. Globalizácia zároveň znamená rozvoj sietí v planetárnom rozmere. Komunikačná a počítačová technika, finančné toky a medzinárodná doprava znásobujú akčné prostriedky a potenciálne ciele terorizmu. Siet' je základným organizačným princípom medzinárodných zločineckých skupín. Otvorenie hraníc a búranie bariér slobodnému pohybu osôb a kapitálu v globalizovanom svete vedie k vzájomnej závislosti. Príkladom sú nelegálni prisťahovalci, ktorí sa po prekročení vonkajších hraníc Schengenu rozplynú v 450-miliónovej mase európskych občanov. Existencia liberálnych daňových rajov založených na bankovom tajomstve uľahčuje páchanie finančnej kriminality a predstavuje jeden z pilierov financovania terorizmu. Globálny dosah audiovizuálnych médií zaisťuje teroristom potrebnú publicitu. Nerovnováhy v deľbe svetového bohatstva, chudoba, hlad, totalita alebo naopak rozpad štátnych inštitúcií v tretích krajinách, rozširujú priepať medzi bohatým Severom a chudobným Juhom.

Slovenská republika sa stotožňuje s úsilím boja proti terorizmu na úrovni EÚ. Využíva kľúčové dokumenty ako Európska protiteroristická stratégia, nadväzujúci Akčný plán EÚ pre boj proti terorizmu, Stratégiu boja proti radikalizácii a náboru, európsky Akčný plán pre boj proti radikalizácii a náboru a ďalšie. Slovenská republika taktiež pozorne sleduje a podieľa sa na plnení záväzkov vyplývajúcich z tzv. Tamperského programu (1999–2004), Haagskeho programu (2004–2009) a Štokholmského programu (2009–2014), ktorých cieľom je zintenzívnenie spolupráce v oblasti vnútra a spravodlivosti

na celoeurópskej úrovni. Ich spoločným cieľom je vytvorenie spoločnej príst'ahovaleckej a azylovej politiky spolu s prevenciou terorizmu. Európska komisia pravidelne vyhodnocuje stav implementácie jednotlivých odporúčaní, uvádzaných v jednotlivých programoch<sup>1</sup>.

Rekodifikovaný trestný zákon č. 300/2005 Z.z, účinný od 1.1.2005, definoval v § 419, že terorizmu sa dopustí ten, „kto v úmysle vážne zastrašiť obyvateľstvo, vážne destabilizovať alebo zničiť ústavné, politické, hospodárske alebo spoločenské zriadenie štátu alebo usporiadanie medzinárodnej organizácie, alebo donútiť vládu štátu alebo medzinárodnú organizáciu, aby niečo konala alebo sa zdržala konania, hrozí spáchaním alebo spácha zločin ohrozujúci život, zdravie ľudí, ich osobnú slobodu alebo majetok alebo neoprávnenne vyrobí, získa, vlastní, drží, prepravuje, dodáva alebo inak používa výbušné, jadrové, biologické alebo chemické zbrane, alebo uskutočňuje nedovolený výskum a vývoj takých zbraní alebo zbraní zakázaných zákonom alebo medzinárodnou zmluvou“.

Financovanie terorizmu v tejto skutkovej podstate nebolo výslovne ustanovené ako možnosť páchania tejto trestnej činnosti, ale mohlo byť trestané iba podľa všeobecného ustanovenia o príprave na, o pomoci k trestnému činu terorizmu. Závazok výslovne zaviesť úpravu do osobitnej časti Trestného zákona vznikol až po dôkladnej analýze nedostatočnosti všeobecných ustanovení o príprave trestného činu. Odporúčanie na výslovné zakotvenie trestnosti financovania terorizmu je zakotvené v odporúčaní Výboru Rady Európy pre pranie špinavých peňazí v tretej hodnotiacej správe o SR o plnení odporúčaní FATF. Navrhuje sa rozšíriť výpočet spôsobov prípravy trestného činu ako všeobecnej formy trestnej činnosti aj o zámerné plánovanie trestného činu. Takáto úprava je predmetom Rezolúcie Bezpečnostnej Rady OSN č. 1373 (2001), ktorá v súlade s kapitolou VII Charty OSN rozhodla v bode 2 písm. e), že všetky štáty zabezpečia, aby osoby, ktoré sa zúčastňujú na financovaní, plánovaní alebo páchaní teroristických trestných činov alebo na podporovaní teroristických trestných činov boli postavené pred súd a popri ostatných opatreniach zabezpečia, aby vnútroštátna legislatíva a ostatné právne predpisy kvalifikovali takéto teroristické činy ako závažné trestné činy, a aby príslušné tresty primerane zohľadňovali závažnosť týchto teroristických činov“.

Terorizmus je jedným z najt'azších zločinov uvedených v Trestnom zákone. Zavedenie tohto ustanovenia do Trestného zákona bolo vyvolané potrebou zintenzívnenia boja proti terorizmu, pričom bolo nevyhnutné využiť najprísnejšie tresty. Vychádzalo sa pritom z návrhu rámcového rozhodnutia Rady o boji proti terorizmu zo 7. decembra 2001. Rámcové rozhodnutie Rady o boji proti terorizmu z 13. júna 2002 sa opiera o konštatovanie,

<sup>1</sup> Návrh Národného akčného plánu boja proti terorizmu na roky 2011–2015.

že Európska únia je založená na univerzálnych hodnotách ľudskej dôstojnosti, slobody, rovnosti a solidarity, rešpektovania ľudských práv a základných slobôd. Je založená na princípoch demokracie a zákonnosti, teda na princípoch, ktoré sú spoločné pre členské štáty, a práve terorizmus predstavuje jedno z najzávažnejších porušení týchto princíпов.

Dňa 3.decembra 2009 bola Národnou radou SR prijatá novela Trestného zákona, s účinnosťou od 1.1.2010, a ktorej hlavným bodom bola rozsiahla úprava § 419, ktorý má nový názov „Terorizmus a niektoré formy účasti na terorizme“.

§ 419: (1) Kto

a) v úmysle vážne zastrašiť obyvateľstvo, vážne destabilizovať alebo zničiť ústavné, politické, hospodárske alebo spoločenské zriadenie štátu alebo usporiadanie medzinárodnej organizácie, alebo donútiť vládu štátu alebo medzinárodnú organizáciu, aby niečo konala alebo sa zdržala konania, hrozí spáchaním alebo spácha zločin ohrozujúci život, zdravie ľudí, ich osobnú slobodu alebo majetok alebo neoprávnene vyrobí, získa, vlastní, drží, prepravuje, dodáva alebo inak používa výbušniny, jadrové, biologické alebo chemické zbrane, alebo uskutočňuje nedovolený výskum a vývoj takých zbraní alebo zbraní zakázaných zákonom alebo medzinárodnou zmluvou;

b) v úmysle spôsobiť smrť alebo vážnu ujmu na zdraví alebo značnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí drží rádioaktívny materiál alebo má alebo vyrobí jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu, ktoré môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí,

c) v úmysle spôsobiť smrť alebo vážnu ujmu na zdraví alebo značnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí alebo donútiť fyzickú osobu alebo právnickú osobu, medzinárodnú organizáciu alebo štát konať alebo zdržať sa konania používa rádioaktívny materiál alebo jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu, ktoré môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí, alebo používa alebo poškodzuje jadrový reaktor vrátane reaktorov nainštalovaných na plavidlách, vozidlách, lietadlách alebo kozmických objektoch využívaný ako zdroj energie na poháňanie takých plavidiel, vozidiel, lietadiel alebo kozmických objektov, alebo na iné účely, alebo prevádzku alebo dopravné zariadenie používané na výrobu, skladovanie, spracovanie alebo prepravu rádioaktívneho materiálu spôsobom, ktorý uvoľňuje alebo môže uvoľniť rádioaktívny materiál, alebo takým konaním hrozí za okolností, ktoré naznačujú vierohodnosť hrozby, alebo

d) požaduje rádioaktívny materiál, jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu, ktoré

môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí, alebo jadrový reaktor vrátane reaktorov nainštalovaných na plavidlách, vozidlách, lietadlách alebo kozmických objektoch využívaný ako zdroj energie na poháňanie takých plavidiel, vozidiel, lietadiel alebo kozmických objektov, alebo na iné účely, alebo prevádzku alebo dopravné zariadenie používané na výrobu, skladovanie, spracovanie alebo prepravu rádioaktívneho materiálu, s použitím hrozby za okolností, ktoré naznačujú vierohodnosť hrozby alebo použitia sily, potrestá sa odňatím slobody na dvadsať rokov až dvadsaťpäť rokov alebo trestom odňatia slobody na doživotie.

(2) Rovnako ako v odseku 1 sa potrestá, kto

a) zhromažďuje alebo poskytuje finančné alebo iné prostriedky sám alebo prostredníctvom inej osoby, čo aj len čiastočne na účely ich použitia alebo umožnenia ich použitia na spáchanie činu uvedeného v odseku 1,

b) poskytuje znalosti metód alebo techník na výrobu alebo použitie výbušnín, jadrových, biologických alebo chemických zbraní alebo iných podobne škodlivých alebo nebezpečných látok na účely spáchania činu uvedeného v odseku 1 alebo sa o také poskytnutie pokúsi alebo má na ňom účasť,

c) verejne podnecuje na spáchanie trestného činu uvedeného v odseku 1 spôsobom obhajujúcim alebo ospravedlňujúcim spáchanie takého činu pre prípad jeho spáchania a spôsobí tak nebezpečenstvo jeho spáchania, alebo má na ňom účasť,

d) požiada iného, aby spáchal alebo mal účasť na spáchaní činu uvedeného v odseku 1, alebo sa o také požiadanie pokúsi alebo má na ňom účasť, alebo

e) plánuje spáchanie činu uvedeného v odseku 1 v úmysle spáchať alebo umožniť jeho spáchanie.

(3) Trestom odňatia slobody na doživotie sa páchatel' potrestá, ak spácha čin uvedený v odseku 1

a) a spôsobí ním ťažkú ujmu na zdraví viacerým osobám alebo smrť viacerých osôb,

b) na chránenej osobe,

c) voči ozbrojeným silám alebo ozbrojeným zborom,

d) ako člen nebezpečného zoskupenia, alebo

e) za krízovej situácie.

(4) Kto spácha čin uvedený v odseku 2 písm. a) a tým umožní použitie ním zhromaždených alebo poskytnutých finančných alebo iných prostriedkov na spáchanie alebo pokus.

Novoupravená skutková podstata trestného činu „Terorizmus a niektoré formy účasti na terorizme“ má v súčasnosti štyri odseky, v ktorých sú



naformulované jednotlivé subjektívne a objektívne náležitosti tohto trestného činu. V odseku 1 a 2 ide o základné skutkové podstaty, v odsekoch 3 a 4 ide o kvalifikované skutkové podstaty.

Vzhľadom na to, že sa zmenil názov tohto trestného činu došlo k viacerým zmenám i vo všeobecnej časti TZ a to takým spôsobom, že v ustanoveniach TZ, v ktorých sa vyskytoval pojem terorizmus sa za slovo „terorizmu“ vkladajú slová „a niektorých foriem účasti na terorizme“.

Objektom terorizmu je ústavné, politické, hospodárske, spoločenské zriadenie štátu, riadna činnosť vlády a iných štátnych orgánov ako i medzinárodných organizácií, pokojný život obyvateľstva, ale aj zdravie a životy, osobná sloboda ľudí a ich majetok a životné prostredie. Ďalším objektom je slobodná beznátlaková činnosť fyzických aj právnických osôb ako aj štátu.

Terorizmus je úmyselný trestný čin, pričom „úmyslom“ (cieľom) páchatelja je vykonať niektoré z uvedených konaní s cieľom vážne zastrašiť obyvateľstvo, vážne destabilizovať alebo zničiť uvedené objekty alebo donútiť vládu štátu, medzinárodnú organizáciu, ako aj fyzické a právnické osoby aby niečo konali alebo sa zdržali určitého konania. Ďalším cieľom môže byť úmysel spôsobiť smrť alebo vážnu ujmu na zdraví alebo značnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí. Páchatelom môže byť každá trestne zodpovedná osoba, t.j. človek ktorý dovŕšil 14 rok svojho veku a je príčetný<sup>2</sup>.

Konanie páchatelja je špecifikované v jednotlivých odsekoch § 419, a to:

**Podľa odseku 1, písm. a) páchatel'**

hrozí spáchaním alebo spácha zločin ohrozujúci život, zdravie ľudí, ich osobnú slobodu alebo majetok alebo neoprávnene vyrobí, získa, vlastní, drží, prepravuje, dodáva alebo inak používa výbušniny, jadrové, biologické alebo chemické zbrane, alebo uskutočňuje nedovolený výskum a vývoj takých zbraní alebo zbraní zakázaných zákonom alebo medzinárodnou zmluvou, v úmysle vážne zastrašiť obyvateľstvo, vážne destabilizovať alebo zničiť ústavné, politické, hospodárske alebo spoločenské zriadenie štátu alebo usporiadanie medzinárodnej organizácie, alebo donútiť vládu štátu alebo medzinárodnú organizáciu, aby niečo konala alebo sa zdržala konania.

Zločinom ohrozujúcim životy, zdravie, ich osobnú slobodu ľudí alebo majetok sú v podstate všetky trestné činy charakterizované podľa zákona ako zločiny a nachádzajúce sa najmä v prvej, druhej, štvrtej, šiestej a siedmej hlave Trestného zákona. („Trestné činy proti životu a zdraviu, trestné činy proti slobode a ľudskej dôstojnosti, trestné činy proti majetku, trestné činy všeobecne nebezpečné a trestné činy proti republike“.)

Podľa tejto skutkovej podstaty je dokonaným činom „nielen skutočné spáchanie“ uvedených zločinov, „ale aj vyhrážanie“ sa nimi, pričom pre trestnosť činu nie je rozhodujúce, či bol páchatel' ochotný alebo schopný vyhrážky

<sup>2</sup> J. Ivor a kol., *Trestné právo hmotné, všeobecná časť*, „Jura edition“ 2010, s. 132.

splniť. Samotný akt vyhrážky je v tomto prípade považovaný za dokonaný trestný čin. Pojmy neoprávnene vyrobí, získa, vlastní, drží, prepravuje, dodáva alebo inak používa všeobecne známe pojmy, ktorých rozborom sa nebudeme zaoberať.

„O výbušné, jadrové, biologické alebo chemické zbrane“ ide vtedy, ak tieto zbrane sú medzinárodným vojnovým právom zaradené medzi zakázané zbrane alebo medzi zbrane s obmedzeným použitím. Medzi dohovory, ktoré obmedzujú alebo zakazujú určité druhy zbraní, patria napríklad:

- Petrohradská deklarácia z roku 1868 o zákaze používať vo vojne výbušné náboje s hmotnosťou menšou ako 400 g (tzv. zákaz používať dum-dum strely).
- Ženevský protokol z roku 1925 o zákaze využívať vo vojne dusivé, otravné alebo iné plyny a bakteriologické prostriedky.
- Dohovor o zákaze vývoja, výroby a hromadenia zásob bakteriologických (biologických) a toxínových zbraní a o ich zničení z roku 1972 (Londýn, Moskva, Washington).
- Parížsky dohovor z roku 1993 o zákaze vývoja, výroby a hromadenia a použitia chemických zbraní a o ich zničení.
- Dohovor o zákaze vojenského alebo akéhokoľvek iného nepriateľského použitia prostriedkov meniacich životné prostredie.

Zariadením rozptyľujúcim rádioaktívny materiál, alebo vyžarujúce radiáciu sa rozumie rôzne technické zariadenia, ktoré môžu rádioaktívne materiály napr. výbuchom rozptýliť do ovzdušia alebo vodných zdrojov. Ide o tzv. špinavé bomby.

#### **Podľa odseku 1, písm. b) páchatel'**

drží „rádioaktívny materiál“ alebo má alebo vyrobí „jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu“, ktoré môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí „a to už v úmysle spôsobiť smrť alebo vážnu ujmu na zdraví alebo značnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí“.

V tomto prípade ide o skutočnú držbu (osoba má ich vo svojej faktickej moci) uvedených materiálov alebo zariadení, bez rozdielu či si ich páchatel' vyrobil sám alebo inak zadovážil, rozhodujúce je, že tak robí už s konkrétnym úmyslom spôsobiť uvedené následky. Nie je rozhodujúce, či páchatel' mal oprávnenie narábať s takýmito prostriedkami alebo to robil bez oprávnenia.

#### **Podľa odseku 1, písm. c) páchatel'**

používa „rádioaktívny materiál alebo jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu“, ktoré môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí, alebo používa alebo poškodzuje „jadrový reaktor vrátane reaktorov“

nainštalovaných na plavidlách, vozidlách, lietadlách alebo kozmických objektoch využívaný ako zdroj energie na poháňanie takých plavidiel, vozidiel, lietadiel alebo kozmických objektov, alebo na iné účely, alebo prevádzku alebo dopravné zariadenie používané na výrobu, skladovanie, spracovanie alebo prepravu rádioaktívneho materiálu spôsobom, ktorý uvoľňuje alebo môže uvoľniť rádioaktívny materiál, alebo takým konaním hrozí za okolností, ktoré naznačujú vierohodnosť hrozby v úmysle spôsobiť smrť alebo vážnu ujmu na zdraví alebo značnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí alebo donútiť fyzickú osobu alebo právnickú osobu, medzinárodnú organizáciu alebo štát konať alebo zdržať sa konania.

V tomto prípade ide o už skutočné „použitie“ uvedených materiálov alebo zariadení s úmyslom spôsobiť uvedené následky. Nie je rozhodujúce, či páchatel mal oprávnenie narábať s takýmito prostriedkami alebo to robil bez oprávnenia. Špeciálnym spôsobom spáchanie tohto trestného činu je v uvedenom úmysle použitie alebo poškodenie „vymenovaných druhov jadrových reaktorov“. Vyhrážanie sa, že uvedené prostriedky budú použité s uvedeným cieľom je považované za dokonaný trestný čin v prípade, ak sú vyhrážky uskutočnené takým spôsobom, že vzbudzujú dôvodnú obavu, že ku konaniu skutočne dôjde. Nie je pritom rozhodujúce, či páchatel mal skutočnú možnosť ich použitia.

#### **Podľa odseku 1, písm. d) páchatel'**

požaduje „rádioaktívny materiál, jadrové výbušné zariadenie alebo zariadenie rozptyľujúce rádioaktívny materiál alebo vyžarujúce radiáciu“, ktoré môže v dôsledku svojich rádiologických vlastností spôsobiť smrť, vážnu ujmu na zdraví alebo závažnú škodu na majetku alebo na životnom prostredí, „alebo jadrový reaktor vrátane reaktorov“ nainštalovaných na plavidlách, vozidlách, lietadlách alebo kozmických objektoch využívaný ako zdroj energie na poháňanie takých plavidiel, vozidiel, lietadiel alebo kozmických objektov, alebo na iné účely, alebo prevádzku alebo dopravné zariadenie používané na výrobu, skladovanie, spracovanie alebo prepravu rádioaktívneho materiálu, s použitím hrozby za okolností, ktoré naznačujú vierohodnosť hrozby alebo použitia sily.

Podľa tejto skutkovej podstaty, ako dokonaný čin, je trestná už príprava na trestný čin formou požadovania, čo inak znamená, že si ňou vlastne páchatel iba pripravuje priaznivé podmienky na neskôr zamýšľaný teroristický útok.

V odseku 2 § 419 sú uvedené ďalšie základné skutkové podstaty tohto trestného činu. S rovnakými trestnými sadzbami ako v odseku 1.

#### **Podľa odseku 2, písm. a) páchatel'**

zhromažďuje alebo poskytuje „finančné alebo iné prostriedky“ sám alebo prostredníctvom inej osoby, „čo aj len čiastočne na účely ich použitia alebo umožnenia“ ich použitia na spáchanie činu uvedeného v odseku 1.

Finančnými prostriedkami sú všetky prostriedky určené na platby (najmä určitá platná mena), ktorými je možné vo sfére financií uhrádzať pohľadávky. Inými prostriedkami sa napr. rozumejú rôzne vecné prostriedky ako sú zbrane, výbušniny, miestnosti na schádzanie sa alebo na výrobu rôznych zariadení a výbušných systémov, ubytovacie priestory a pod.

Pri zhromažďovaní uvedených prostriedkov nie je dôležitý spôsob (napr. výzva k darovaniu, robenie zbierky), ale cieľ takéhoto zhromažďovania. Taktiež u poskytnutia nie je dôležitý spôsob (prevod z účtu na účet, alebo priamo fyzické odovzdanie prostriedkov).

#### **Podľa odseku 2, písm. b) páchatel'**

poskytuje znalosti „metód alebo techník na výrobu alebo použitie“ výbušnín, jadrových, biologických alebo chemických zbraní alebo iných podobne škodlivých alebo nebezpečných látok na účely spáchania činu uvedeného v odseku 1 (terorizmu) alebo sa o také poskytnutie pokúsi alebo má na ňom účasť.

Znalosťami sa rozumejú odborné vedomosti získané najmä štúdiom, praxou alebo i inak. Ich poskytovanie je trestné, iba ak sú poskytnuté na účely spáchania činu terorizmu. Podľa tejto skutkovej podstaty sa uvedenými konaniami páchatel' dopustí dokonaného trestného činu a nie jeho pokusu, alebo niektorého spôsobu účastníctva. Ak páchatel' organizuje poskytnutie určených znalostí inými osobami, iného na takúto činnosť navedie, objedná si takúto činnosť alebo pri poskytovaní znalosti pomáha, vo všetkých prípadoch ide o naplnenie dokonaného trestného činu.

#### **Podľa odseku 2, písm. c) páchatel'**

verejne podnecuje na spáchanie trestného činu terorizmu „spôsobom obhajujúcim alebo ospravedlňujúcim spáchanie“ takého činu pre prípad jeho spáchania a spôsobí tak nebezpečenstvo jeho spáchania, alebo má na ňom účasť.

Verejnú podnecovanie na spáchanie trestného činu terorizmu, je týmto ustanovením zákona vyňaté z trestného činu Podnecovanie uvedeného v § 337 z dôvodov *lex specialis*<sup>3</sup>.

#### **Podľa odseku 2, písm. d) páchatel'**

požiada iného, aby spáchal alebo mal účasť na spáchaní činu uvedeného v odseku 1 „alebo sa o také požiadanie pokúsi“ alebo má na ňom účasť.

Ide o dokonanie tohto trestného činu formou návodu, alebo objednania, pričom sa všeobecné ustanovenia o účastníctve nemôžu použiť, pretože zákon ich v tomto prípade považuje za dokonajú formu trestného činu. Za dokonaný čin sa dokonca považuje aj prípad pokusu o takúto formu účastníctva.

#### **Podľa odseku 2, písm. e) páchatel'**

plánuje spáchanie činu uvedeného v odseku 1 v úmysle spáchať alebo umožniť jeho spáchanie.

<sup>3</sup> Trestný zákon č. 300/2005 Z. z.

V tomto prípade ide vlastne o vývojové štádium trestného činu – príprava na zločin, formou organizátorstva, pričom k dokonaniu činu alebo k jeho pokusu skutočne nemusí dôjsť. Aj v tomto prípade ide o dokonaný trestný čin, napriek tomu, že k činu nedošlo.

Podľa Dôvodovej správy k tejto novele TZ boli uvedené trestnoprávne konania do § 419 ods. 2 zavedené „na základe záväzku podľa čl. 5, 6, 7 a 9 Dohovoru Rady Európy o predchádzaní terorizmu z 16. mája 2005, ktorý je platný pre Slovenskú republiku od 1. júna 2007 a zakotvuje trestnosť verejného podnecovania na páchanie trestného činu terorizmu „spôsobom obhajujúcim alebo ospravedlňujúcim trestný čin terorizmu so spôsobením nebezpečenstva jeho spáchania“, poskytovanie know-how na výrobu zbraní a výbušnín, ako aj nebezpečných a škodlivých látok na účel spáchania trestného činu terorizmu, požiadanie iného o spáchanie trestného činu terorizmu alebo o účasť na ňom, pokusu alebo účasti na týchto formách okrem pokusu o verejné podnecovanie, čo je vyjadrené v skutkovej podstate ako trestnosť pokusu alebo účasti na poskytovaní *know-how* na výrobu zbraní alebo iných vecí a látok, na objednávke spáchania alebo účasti na trestnom čine terorizmu a trestnosť účasti na verejnom podnecovaní v zákone stanoveným spôsobom. Zahrnutie vývojového štádia pokusu do skutkovej podstaty je odôvodnené potrebou vytvoriť z neho tzv. podporný trestný čin v zmysle čl. 9 tohto dohovoru okrem verejného podnecovania na jeho spáchanie. Zakotvenie účasti na takomto trestnom čine je odôvodnené tým, že dohovor vyžaduje trestnosť riadenia, zosnovania, podpory a všeobecne účasti na týchto formách terorizmu, a to v zmysle čl. 9 tohto dohovoru ako podporného trestného činu“.

Okolnosťami podmieňujúcimi použitie vyššej trestnej sadzby uvedené v odseku 3 sú: „spôsobenie ťažkej ujmy na zdraví viacerým osobám alebo smrť viacerých osôb, spáchanie činu na chránenej osobe, voči ozbrojeným silám alebo ozbrojeným zborom, alebo spáchanie činu členom nebezpečného zoskupenia, alebo za krízovej situácie“

Ďalšia kvalifikovaná skutková podstata, zavedená do zákona uvedenou novelou, v odseku 4 stanovuje, že prísnejšie trestný je ten, „kto spácha čin uvedený v odseku 2 písm. a) a tým umožní použitie“ ním zhromaždených alebo poskytnutých finančných alebo iných prostriedkov na spáchanie alebo pokus činu vedeného v odseku 1, „alebo ich takým spôsobom sám použije alebo ak spácha čin uvedený v odseku 2 písm. d) a tým umožní spáchanie alebo pokus činu uvedeného v odseku 1“.

Pri použití kvalifikácie podľa odsekov 3 alebo 4 zákon v sankcii uvádza absolútne určitý trest, a to doživotie.

## Summary

### ***Current treatment in criminal law to combat terrorism in the Slovak Republic***

Keywords: terrorism, terrorism, intimidation of the population, constitutional, political, economic or social structures of law.

The article provides a survey on individual features of the body of the offence set forth in Section 419 named “Terrorism and certain forms of participation in terrorism” of a currently effective Criminal Act and interpretation of certain terminology the section contains. Also, the article points out certain problems that may arise in the course of application of the above body of offence in practice.

**Ewa Kosior**

Zakład Prawa Handlowego

Uniwersytet w Białymstoku

## **Wpływ prowadzenia działalności gospodarczej przez małżonka na ekonomiczne podstawy funkcjonowania rodziny w prawie polskim**

### **Wprowadzenie**

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. w art. 20–22 proklamuje swobodę działalności gospodarczej oraz poszanowanie własności prywatnej jako zasady ustroju gospodarczego państwa opartego na społecznej gospodarce rynkowej. Gospodarka ta funkcjonuje dzięki zaangażowaniu jednostek, które – czy to indywidualnie, czy też grupowo – prowadzą działalność gospodarczą w formach prawnie przewidzianych. Gospodarka rynkowa daje szerokie możliwości osiągania korzyści finansowych. Zysk czy też dochód wynikający z prowadzonej działalności służyć może różnym celom. Z reguły w znacznej mierze będzie on stanowił zaplecze finansowe do dalszego rozwoju tej działalności, ale również zaspokajania osobistych potrzeb podmiotów wykonujących taką działalność. Działalność gospodarcza oraz konsekwencje jej wykonywania mają zatem znaczenie nie tylko dla jednostek biorących udział w obrocie gospodarczym, ale i dla ich rodzin. Małżonkowie – niezależnie od panującego między nimi ustroju majątkowego – zobowiązani są przyczynić się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli, co oznacza, że zobowiązani są przeznaczać swoje wynagrodzenie za pracę, czy też korzyści wynikające z innej działalności zarobkowej, w tym działalności gospodarczej albo dochody ze swych majątków na rzecz ekonomicznego zabezpieczenia rodziny.

Prowadzenie działalności gospodarczej może rodzić problemy natury prawnej zarówno z punktu widzenia osoby prowadzącej działalność gospodarczą, jak i ze strony małżonka niezaangażowanego w tę działalność. Z jednej strony rozważyć należy, czy przepisy regulujące małżeńskie ustroje majątkowe – w szczególności ustrój wspólności ustawowej – dają małżonkowi wystarczającą swobodę funkcjonowania w obrocie gospodarczym. Z drugiej

strony omówienia wymaga kwestia ochrony współmałżonka osoby wykonującej działalność gospodarczą, gdyż to małżeństwo tworzy instytucjonalne podwaliny funkcjonowania rodziny.

Małżonek może wykonywać działalność gospodarczą jako osoba fizyczna, tzn. jako przedsiębiorca indywidualny w oparciu o własne (czy też wspólne) przedsiębiorstwo czy też wspólnik spółki cywilnej; może on również – będąc wspólnikiem spółki handlowej – wykonywać działalność prowadzącą do osiągnięcia celu gospodarczego. W takim przypadku podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą jest powołana w tym celu spółka handlowa, zaś jej uczestnicy: wspólnicy-inwestorzy w spółce kapitałowej lub wspólnicy w spółce osobowej prawa handlowego będą prowadzącymi działalność gospodarczą jedynie pośrednio, a więc w znaczeniu ekonomicznym, a nie w sensie prawnym.

Wpływ działalności gospodarczej na ekonomiczne funkcjonowanie rodziny należy odnieść do charakteru relacji majątkowych łączących małżonków. Przez pojęcie małżeńskiego ustroju majątkowego rozumiemy zespół zasad określających wzajemne pozycje małżonków z punktu widzenia różnych mas majątkowych oraz kwestie związane z odpowiedzialnością za zobowiązania<sup>1</sup>. Podstawą prowadzonych tu rozważań jest ustrój wspólności ustawowej, czyli ustrój narzucony przez samego ustawodawcę, który – o ile nie zachodzą sytuacje wyłączające jego powstanie – będzie ustrojem właściwym dla większości małżeństw (art. 31 § 1 k.r.o.).

W zakresie ustroju ustawowej wspólności majątkowej funkcjonują trzy majątki: majątek wspólny i majątki osobiste małżonków. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 31 k.r.o., majątek wspólny małżonków stanowią przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania majątkowej wspólności ustawowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich. Do majątku wspólnego należą w szczególności: pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków, dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków, czy też środki zgromadzone na rachunku otwartym lub pracowniczym funduszu emerytalnym każdego z małżonków. W skład majątku wspólnego nie wchodzi pasywa, chociaż odpowiedzialność za nie może obciążać także majątek wspólny<sup>2</sup>. Co do zasady o przynależności składnika do majątku wspólnego decydować będzie fakt nabycia go w czasie trwania wspólności. Nie ma przy tym znaczenia, czy składnik ten został nabyty w drodze czynności prawnej (w tym dokonanej przez jednego z małżonków), czynności faktycznej (np. nabycie własności rzeczy ruchomej w drodze zawłaszczenia art. 180–181 k.c.), czy też innej czynności, z którą ustawa łączy skutek w postaci nabycia prawa (np. nabycie

<sup>1</sup> E. Gniewek (red.), *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2005, s. 655. A. Dyoniak twierdzi, że odpowiedzialność jest zjawiskiem wtórnym w stosunku do samego ustroju. Zob. idem, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Wrocław 1985, s. 14.

<sup>2</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie ustroje majątkowe*, Warszawa 2008, s. 30.



własności w drodze zasiedzenia – art. 172 i 174 k.c.). Drugim elementem pozwalającym na określenie, czy dany przedmiot lub prawo stanowi składnik majątku wspólnego, jest pochodzenie środków na jego nabycie. Jeżeli składnik został nabyty za środki pochodzące z majątku osobistego, to na zasadzie surogacji również do tego majątku będzie należał (*vide*: art. 33 k.r.o.).

### **Przynależność dochodów z działalności gospodarczej oraz dochodów z przedsiębiorstwa do majątku małżonków**

Zgodnie z art. 31 § 1 k.r.o., do majątku wspólnego małżonków wchodzi pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków. Jednak, co ważne, wierzytelności z tego tytułu z mocy art. 33 pkt 7 k.r.o. wchodzi do majątku osobistego małżonka. Dochodem z innej działalności zarobkowej są należności (przede wszystkim pieniężne) uzyskiwane przez małżonka w wyniku innej aktywności niż wykonywanie pracy<sup>3</sup>. Pod pojęciem dochodu rozumie się dochód netto<sup>4</sup>. Oznacza to, iż przychody z działalności gospodarczej nie są składnikiem majątku wspólnego do momentu ustalenia i pokrycia kosztów związanych z ich uzyskaniem. Do tego czasu stanowią one składnik majątku osobistego małżonka-przedsiębiorcy.

Trzeba tu podkreślić, że w skład majątku wspólnego wchodzi tylko takie wierzytelności obejmujące dochód z innej działalności zarobkowej, które zostały pobrane. Wierzytelności (zarówno wymagalne, jak i niewymagalne) związane z prowadzoną działalnością, które nie zostały pobrane, będą wchodzić do majątku osobistego (art. 33 pkt 7 k.r.o.). Kiedy wierzytelność zostaje zrealizowana (pobrana, wypłacona) staje się składnikiem majątku wspólnego<sup>5</sup>.

Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku dochodów (pożytków) z majątku wspólnego lub osobistego. Wierzytelności o te dochody stanowią składnik majątku wspólnego, a zatem przysługują obojgu małżonkom, np. wierzytelność o zapłatę czynszu z tytułu wydzierżawienia przedsiębiorstwa (ewentualnie jego składnika – nieruchomości, maszyny) wchodzącego w skład majątku osobistego<sup>6</sup>. Zaliczenie tych dochodów do majątku wspólnego nie jest uzależnione od okoliczności ich pobrania, a kompetencje do reali-

<sup>3</sup> Ibidem, s. 31.

<sup>4</sup> A. Stępień-Sporek, *Działalność gospodarcza z udziałem małżonków*, Warszawa 2009, s. 313. Autorka wskazuje, że przyjmuje się tę koncepcję, biorąc pod uwagę wymogi gospodarki rynkowej oraz odrębną działalność gospodarczą małżonków, przy czym takie rozumienie pojęcia dochodu nie jest do końca zgodne z zamiarem ustawodawcy w świetle art. 45 k.r.o.

<sup>5</sup> Uchwała SN z 24 lipca 1997 r., III CZP 26/97, OSNC 1998, nr 1, poz. 3. Zob. też B. Bieniek, A. Bieranowski, J. Ignaczewski, *Małżeńskie prawo majątkowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 65.

<sup>6</sup> A. Stępień, *Przedsiębiorstwo jako składnik majątków małżonków*, „Monitor Polski” 2007, nr 7, s. 386–387.

zacji tych wierzytelności mają oboje małżonkowie<sup>7</sup> (art. 31 ust. 2 k.r.o. pkt 2, *a contrario* do art. 31 ust. 2 pkt k.r.o.).

Pojęcia dochodu nie należy mylić z pojęciem przyrostu<sup>8</sup>. Zasadniczą konsekwencją określenia, czy mamy do czynienia z dochodem, czy też z przyrostem, jest zaliczenie danej wartości do majątku wspólnego lub też osobistego. Dochód z majątku osobistego wchodzi do majątku wspólnego, zaś wartość przyrostu składnika majątku osobistego już nie. Przyjęcie odmiennej wykładni nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa i prowadziłoby do znacznych perturbacji przy rozliczeniach majątkowych między byłymi małżonkami<sup>9</sup>. Przykładowo, jeśli w skład majątku osobistego wchodzi przedsiębiorstwo, którego wartość w ciągu kilku lat wzrosła o kilkadziesiąt tysięcy złotych, to zysk, jaki w tym czasie przedsiębiorstwo wypracowało, wchodzi do majątku wspólnego, zaś przyrost, np. wzrost wartości nieruchomości wchodzącej w skład przedsiębiorstwa, do niego nie wchodzi<sup>10</sup>.

### **Zarząd majątkiem wspólnym a prowadzenie działalności gospodarczej przez małżonka pozostającego we wspólności ustawowej – zagadnienia ogólne**

Obok kwestii przynależności zysku czy też dochodu do majątku małżonków, niezmiernie ważne jest określenie zasad zarządu majątkiem wspólnym małżonków, szczególnie jeżeli w jego skład wchodzi przedsiębiorstwo. Wykonywanie zarządu obejmuje czynności prawne, czynności faktyczne oraz czynności dokonywane przed sądami lub organami (czynności procesowe). Zgodnie z art. 36 § 2 zd. 2 k.r.o., zarząd majątkiem wspólnym małżonków to ogół czynności, które bezpośrednio dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego. Zarząd majątkiem wspólnym małżonków ogranicza się zatem do czynności odnoszących się bezpośrednio do przedmiotów majątkowych należących do tego majątku (lub mających stanowić jego składnik), nie wyłączając zobowiązań. Według tego ujęcia do czynności zarządu majątkiem wspólnym nie należy zaciąganie zobowiązań niedotyczących określonego składnika majątku wspólnego (np. poręczenie). Dokonywanie takich czynności, jak zaciąganie pożyczek niezwiązanych funkcjonalnie czy teleologicznie z majątkiem wspólnym, nie podlega reżimowi zarządu majątkiem wspólnym (art. 36–40 k.r.o.).

<sup>7</sup> T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2008, s. 70.

<sup>8</sup> Przyrost wartości składnika majątku osobistego jest odwrotnością sytuacji, w której dochodzi do obniżenia wartości tego składnika i choć oba te zjawiska występują równie często, pierwsze z nich nie przysparza majątku wspólnego, a drugie go nie uszczupla.

<sup>9</sup> Uchwała SN z dnia 21 września 1979 r., niepubl.

<sup>10</sup> G. Jędrejek, P. Pogonowski, *Działalność gospodarcza małżonków*, Warszawa 2002, s. 82–83.

Każdy z małżonków ma prawo do samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym (art. 36 § 2 k.r.o.). Wykonywanie zarządu przez małżonka nie jest uzależnione od tego, czy ten małżonek był stroną czynności prawnej prowadzącej do nabycia składnika majątkowego, którego czynność dotyczy<sup>11</sup>. Powyższy przepis nie uchybia obowiązkowi współdziałania w zarządzie majątkiem wspólnym. Podejmując czynność zarządu, małżonek powinien liczyć się z wolą swego współmałżonka, która może zostać wyrażona wprost lub w sposób dorozumiany<sup>12</sup>. Zasada samodzielnego wykonywania zarządu oznacza bowiem jedynie możliwość dokonywania czynności zarządu we własnym imieniu w charakterze strony czynności, przez co nie należy rozumieć wykonywania zarządu bez jakiegokolwiek udziału współmałżonka<sup>13</sup>.

Przepisy o zarządzie majątkiem wspólnym małżonków mają charakter przepisów *iuris cogentis* w tym sensie, że ustanowione nimi zasady nie mogą zostać zmienione ani przez małżonków, ani przez osoby trzecie. Nie oznacza to, że małżonkowie nie mają żadnej swobody w ułożeniu między sobą zasad sprawowania zarządu. Nie mogą jednak wyłączyć dwóch ustawowo przewidzianych uprawnień. Po pierwsze, nie mogą wyłączyć uprawnienia małżonka do samodzielnego zarządzania przedmiotami majątkowymi służącymi temu małżonkowi do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej (art. 36 § 3 k.r.o.). Po drugie, nie mogą uchylić obowiązku uzyskania zgody współmałżonka na czynności, dla których zgoda ta jest obligatoryjna (art. 37 § 1 k.r.o.).

Jak wspomniałam, małżonkowie nie mogą wyłączyć uprawnienia jednego z nich do samodzielnego zarządzania przedmiotami majątkowymi służącymi temu małżonkowi do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej (art. 36 § 3 k.r.o.). Prawo współmałżonka (nieprowadzącego działalności gospodarczej) do zarządzania tego typu przedmiotami zostało ograniczone jedynie do niezbędnych bieżących czynności i to w razie przemijającej przeszkody w sprawowaniu zarządu przez drugiego współmałżonka. Powinny to być jedynie czynności niezbędne do utrzymania ciągłości działalności gospodarczej, uniknięcia strat i zachowania tego majątku<sup>14</sup>. Wyłączone jest zatem w zasadzie nie tylko wykonywanie czynności, do których wymagana jest obligatoryjna zgoda współmałżonka (art. 37 § 1 k.r.o.), ale i innych czynności powodujących istotne obciążenie przedsiębiorstwa. Zakres omawianych czynności drugiego małżonka zależy również od stopnia jego znajomości spraw przedsiębiorstwa. W związku z powyższym w razie działania nieuprawnionego małżonka czynność przez niego dokonana będzie bezskuteczna, chyba że zastosowanie znajdą przepisy chroniące dobrą wiarę kontrahenta.

<sup>11</sup> A. Stępień-Sporek, op. cit., s. 387 i cyt. tam literatura, przypis 7.

<sup>12</sup> M. Sychowicz, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 198.

<sup>13</sup> P. Wójcik, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Monitor Prawniczy 2006, nr 1, s. 32.

<sup>14</sup> J. Ignaczewski, *Małżeńskie ustroje majątkowe*, Warszawa 2008, s. 84.

Jedną z czynności zarządu majątkiem wspólnym, o której wypada wspomnieć w tym miejscu, jest decyzja co do wyboru rodzaju działalności prowadzonej w oparciu o wspólne przedsiębiorstwo. Chociaż sama w sobie nie dotyczy ona konkretnego składnika majątku, to jednak jest istotna z punktu widzenia interesów rodziny, a zatem w sytuacji braku porozumienia małżonków może zostać rozstrzygnięta przez sąd (art. 24 k.r.o.). Oznacza to, iż jeżeli małżonek nie wyraża zgody na prowadzenie działalności gospodarczej przez drugiego z małżonków, jej formę czy też zakres, wówczas możliwa jest ingerencja sądu; decyzja ta nie ma bowiem charakteru osobistego, a odnosi skutki przede wszystkim w sferze materialnej małżonków<sup>15</sup>.

### Obligatoryjna zgoda współmałżonka

Do kategorii czynności zarządu, które wymagają obligatoryjnie zgody współmałżonka, a wiążą się z prowadzeniem działalności gospodarczej, należą w szczególności zbycie, obciążenie, odpłatne nabycie lub wdzierżawienie przedsiębiorstwa (art. 37 ust. 1 k.r.o.)<sup>16</sup>. Oczywiście chodzi tu o takie przedsiębiorstwo, które stanowi majątek wspólny małżonków czy też jest nabywane w zamian za składniki pochodzące z majątku wspólnego.

Zgody małżonka wymaga zbycie lub nabycie przedsiębiorstwa na podstawie jednostkowej czynności prawnej (art. 37 § 1 pkt 3 k.r.o.). Nie dotyczy to sukcesywnego zbywania czy nabywania składników przedsiębiorstwa<sup>17</sup>. Wtedy uzyskanie zgody będzie zależało od przedmiotu danej czynności, a więc zgoda ta będzie wymagana np. na nabycie określonej nieruchomości wchodzącej w skład przedsiębiorstwa (art. 37 ust. 1 pkt 1). Co prawda, możliwość sukcesywnego zbywania lub nabywania przedsiębiorstwa stwarza możliwość obejścia przepisów o zarządzie majątkiem wspólnym (uzyskania zgody małżonka), jednak w tym przypadku współmałżonek może skorzystać z instytucji sprzeciwu (art. 361 k.r.o.)<sup>18</sup>. Z drugiej strony zgoda małżonka na wiele

<sup>15</sup> A. Stępień-Sporek, op. cit., s. 311–312.

<sup>16</sup> J. Ignaczewski, op. cit., s. 86 wskazuje, iż „czynności prowadzące do zbycia, obciążenia i odpłatnego nabycia przedsiębiorstwa to nie tylko czynności o charakterze rozporządzającym, względnie zobowiązująco-rozporządzającym, które bezpośrednio prowadzą do powołanych skutków. Są to również czynności zobowiązujące do przeniesienia lub obciążenia praw, a także umowa przedwstępna, w szczególności, gdy czyni zadość formie umowy przyrzeczonej (ta bowiem pozwala dochodzić zawarcia umowy ostatecznej – art. 390 k.c.)”.

<sup>17</sup> Inaczej: A. Stępień-Sporek (op. cit., s. 394, przypis 33), która nakazuje stosować regułę wynikającą z art. 37 ust. 1 k.r.o. również do czynności zbywania poszczególnych składników przedsiębiorstwa, podnosząc jednocześnie iż prawo skorzystania z instytucji sprzeciwu niedostatecznie chroni drugiego z małżonków, jako że jego skuteczność zależy od tego, czy osoba trzecia mogła zapoznać się z nim przed dokonaniem czynności.

<sup>18</sup> Instytucja sprzeciwu nie chroni małżonka w dostateczny sposób, bowiem może być użyta jedynie w przypadku czynności zamierzonej oraz nie znajduje zastosowania tam, gdzie działa zasada ochrony osób trzecich (art. 361 k.r.o.). Zob. J. Ignaczewski, op. cit., s. 89.

czynności prowadzących do jednego celu, jakim jest np. zbycie przedsiębiorstwa, może być wyrażona jednorazowo (np. gdy chodzi o sprzedaż przedsiębiorstwa, to małżonek nie musi prosić o pozwolenie najpierw na złożenie oferty, potem na zawarcie umowy przedwstępnej, wreszcie przenoszącej własność). Jeżeli chodzi o obciążenie przedsiębiorstwa, to czynnością wymagającą zgody małżonka jest obciążenie go ograniczonym prawem rzeczowym oraz jego wydzierżawienie. Zgody drugiego małżonka nie będzie wymagać obciążenie przedsiębiorstwa prawem obligacyjnym, np. oddanie w leasing rzeczy ruchomych wchodzących w skład przedsiębiorstwa (maszyn czy samochodów), w tym także rzeczy złożonych, stanowiących ciąg technologiczny<sup>19</sup>.

Zgoda współmałżonka może być wyrażona w dowolny sposób, jednak w razie zastrzeżenia formy dla danej czynności prawnej powinna być wyrażona w tej szczególnej formie (art. 37 k.r.o. w zw. z art. 63 § 2 k.c.), np. zbycie lub wydzierżawienie przedsiębiorstwa albo ustanowienie na nim użytkownia powinno być dokonane w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi (art. 751 § 1 k.c.), a jeżeli w jego skład wchodzi nieruchomości, czynność powinna być dokonana w formie notarialnej (art. 158 k.c.).

Małżonek, który nie bierze udziału w dokonywaniu czynności prawnej i który jedynie wyraża zgodę, nie jest – co do zasady – stroną umowy. Wyjątkiem są sytuacje, kiedy małżonek zawiera ją nie tylko w swoim imieniu, ale również w imieniu i na rzecz współmałżonka. Wówczas oboje małżonkowie są stronami umowy<sup>20</sup>. Brak zgody współmałżonka na dokonanie czynności skutkuje wadliwością określaną jako bezskuteczność zawieszona, czyli niepewność co do ważności zawartej umowy. Stan niepewności trwa tak długo, jak długo nie zostaje przejawiona wola małżonka, którego zgoda jest wymagana lub do czasu upływu terminu na jej potwierdzenie (zob. art. 37 § 3 k.r.o.). W razie wyrażenia zgody przez współmałżonka umowa staje się ważna od chwili jej zawarcia (*ex tunc*, art. 63 § 1 k.c.). Jeśli natomiast małżonek odmówi jej potwierdzenia czy też nie wyrazi zgody, umowa staje się bezwzględnie nieważna od chwili zawarcia (*ex tunc*, art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 37 § 1 k.r.o.).

## Ingerencja sądu w zarząd majątkiem wspólnym

Nie zawsze między małżonkami panuje zgoda co do sposobu inwestowania wspólnie zgromadzonych środków, zwłaszcza w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej. Kodeks rodzinny wprowadza zasadę, iż małżonek może sprzeciwić się czynności zarządu majątkiem wspólnym zamierzonej przez drugiego małżonka, jednakże nie może to dotyczyć czynności podejmowanej w ramach działalności zarobkowej (art. 361 k.r.o.).

<sup>19</sup> P. Wójcik, op. cit., s. 30.

<sup>20</sup> J. Ignaczewski, op. cit., s. 86.

Sprzeciw stanowi mechanizm, który powinien przeciwdziałać nadużyciom swobody w samodzielnym zarządzaniu majątkiem wspólnym małżonków. Jednakże w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej mógłby on stanowić zbyt dużą barierę dla sprawnego funkcjonowania przedsiębiorstwa, jak też wprowadziłyby niepewność obrotu cywilnoprawnego. Pozytywnie zatem ocenia się fakt wykluczenia – czy też ograniczenia – możliwości jego zgłoszenia odnośnie do czynności podejmowanych w ramach działalności zarobkowej<sup>21</sup>. Małżonek nieprowadzący działalności może skutecznie sprzeciwić się jedynie takiej czynności podejmowanej w ramach działalności zarobkowej, która dla swej ważności wymaga jego zgody z mocy ustawy (art. 37 § 1 k.r.o.)<sup>22</sup>. Jeżeli taka czynność jest uzasadniona dobrem rodziny albo jeżeli porozumienie ze sprzeciwiającym się małżonkiem napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, sąd może wyjątkowo zezwolić drugiemu małżonkowi na dokonanie czynności bez jego zgody (art. 39 k.r.o.).

Zgoda może być udzielona tylko w wyjątkowych sytuacjach, ponieważ kryterium „dobra rodziny” stoi wyżej od kryterium „interesu”. W takiej sytuacji chodzi bowiem o ochronę najważniejszych aspektów życia rodziny, a nie dokonanie czynności zyskowej, lecz nieuzasadnionej dobrem rodzin. Przykładem może być sytuacja, w której małżonek zamierza zainwestować większość wspólnych oszczędności w rozbudowę przedsiębiorstwa, a współmałżonek nie zgadza się na to, woląc zrezygnować ze spodziewanego zysku i przeznaczyć pieniądze na zaspokojenie potrzeb rodziny. W takiej sytuacji dobro rodziny nie przemawia za udzieleniem zgody przez sąd<sup>23</sup>.

Najszerszą ingerencją sądu w zarząd majątkiem wspólnym jest odebranie prawa jego wykonywania (art. 40 k.r.o.), co wiąże się najczęściej z rażąco nieudolnością lub lekkomyślnością małżonka w wykonywaniu zarządu (głównie niegospodarność, skrajny egoizm, rozrzutność). Pozbawienie prawa samodzielnego zarządu odnosi się również do przedmiotów służących do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej. Co więcej, w pewnych stanach faktycznych może wręcz istnieć potrzeba odebrania małżonkowi jedynie uprawnień do samodzielnego zarządu przedmiotami majątkowymi służącymi mu do prowadzenia działalności zarobkowej, co będzie równoznaczne z automatycznym powstaniem uprawnienia do zarządu tymi przedmiotami po stronie drugiego małżonka<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> T. Smyczyński, *Reforma małżeńskiego prawa majątkowego*, „Monitor Polski” 2004, nr 9, s. 830.

<sup>22</sup> P. Wójcik, op. cit., s. 33.

<sup>23</sup> T. Sokołowski, op. cit., s. 79.

<sup>24</sup> P. Wójcik, op. cit., s. 32. Inaczej J. Zrałek, który twierdzi, że w przypadku opisanych przedmiotów małżonek nie traci uprawnień do zarządu, pomimo pozbawienia go prawa zarządu majątkiem wspólnym. Zob. idem, *Odpowiedzialność małżonków za zobowiązania po nowelizacji przepisów o ustawowej wspólności majątkowej*, „Rejent” 2005, nr 9, s. 355.

Odebranie prawa zarządu nie jest równoznaczne z odebraniem uprawnienia do wyrażania sprzeciwu na czynności zarządu. Sąd może jednak pozbawić małżonka również tego uprawnienia. Wówczas dokonywanie takich czynności będzie każdorazowo wymagało zezwolenia sądu.

## **Odpowiedzialność za zobowiązania związane z prowadzeniem wspólnego przedsiębiorstwa**

Dla prowadzenia działalności gospodarczej przez jednego z małżonków istotne znaczenie mają zasady ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte przez tego małżonka. Przy ustalaniu zasad odpowiedzialności za zobowiązania wobec osób trzecich należy odnieść się nie tylko do regulacji prawa rodzinnego, ale i prawa cywilnego.

Jeżeli zobowiązanie dotyczące wspólnego przedsiębiorstwa zostało zaciągnięte przez oboje małżonków, to wówczas znajdują zastosowanie ogólne zasady zawarte w kodeksie cywilnym dotyczące zaciągania zobowiązań przez kilka osób (art. 366 i nast. k.c.). Z punktu widzenia wierzyciela jest to sytuacja najkorzystniejsza. Każdy z małżonków zaciąga zobowiązanie, za które odpowiada swoim majątkiem osobistym, a także majątkiem wspólnym. Nie ma jednocześnie znaczenia, czy dla rozszerzenia odpowiedzialności przepisy prawa rodzinnego wymagają zgody fakultatywnej, czy obligatoryjnej (art. 37 § 1 k.r.o.)<sup>25</sup>.

Jeżeli jednak zobowiązanie zostało zaciągnięte przez jednego z małżonków, zastosowanie znajdują regulacje prawa rodzinnego. Zgodnie z art. 41 § 1 k.r.o., jeżeli małżonek zaciągnął zobowiązanie za zgodą drugiego małżonka, wierzyciel może żądać zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków. W takiej sytuacji może on wszcząć egzekucję zarówno z majątku osobistego dłużnika, jak i z majątku wspólnego małżonków. Nie oznacza to, że małżonek, który nie zaciągnął zobowiązania, staje się dłużnikiem, gdyż o tym, kto jest dłużnikiem, decyduje zdarzenie prawne będące źródłem zobowiązania, a nie treść art. 41 § 1 k.r.o.<sup>26</sup> Małżonek, który nie był stroną czynności prawnej, odpowiada (za swoją zgodą) jedynie za cudzy dług<sup>27</sup>. Sięgnięcie wierzyciela po majątek wspólny jest uzasadnione tym, że w ustroju wspólności majątkowej zakres majątku wspólnego małżonków jest stosunkowo duży, co w efekcie mogłoby prowadzić do braku realnego zaspokojenia przez wierzyciela, a zatem nieodpowiedzialności majątkiem wspólnym<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> T. Smoczyński, *Reforma...*, s. 831.

<sup>26</sup> M. Pyziak-Szafnicka, *Glosa do uchwały SN z 24 października 2003 r., III CZP 72/03*, OSP 2004, nr 9, poz. 116.

<sup>27</sup> A. Stępień, *Glosa do wyroku SN z dnia 9 sierpnia 2005 r., IV CK 79/05*, OSP 2007, nr 7–8, s. 85.

<sup>28</sup> A. Dyoniak, *Majątkowe praw małżeńskie wybranych państw europejskich na tle prawa polskiego*, Warszawa 1992, s. 66.

Zgodę, o której mowa w art. 41 k.r.o., należy traktować jako jednostkową, tzn. dotyczącą pojedynczej czynności zamierzonej przez małżonka, a nie kompleksową – na pewien ciąg powtarzających się czynności, np. na prowadzenie działalności gospodarczej. Prowadzenie przedsiębiorstwa za aprobatą drugiego małżonka wcale nie oznacza, że małżonek ten wyraża zgodę na zobowiązania zaciągnięte w związku z tą działalnością. Tak rozumiana (kompleksowa) zgoda mogłaby w istocie pozbawiać małżonka nieprowadzącego przedsiębiorstwa realnego wpływu na zakres, w jakim mogą się zaspokoić wierzyciele ze składników majątku wspólnego. Akceptacja faktu prowadzenia działalności gospodarczej przez współmałżonka oraz czerpanie z niej korzyści przez całą rodzinę nie wystarczy, by wierzyciel mógł szukać zaspokojenia w całym majątku wspólnym<sup>29</sup> (w szczególności chodzi tu etap postępowania egzekucyjnego – art. 7871 k.p.c.).

Jeżeli natomiast wierzytelność powstała przed powstaniem wspólności, dotyczy majątku osobistego jednego z małżonków, zobowiązanie nie wynika z czynności prawnej (np. z czynu niedozwolonego, bezpodstawnego wzbogacenia, zobowiązań prawnorodzinnych), jak też gdy małżonek zaciągnął zobowiązanie bez zgody współmałżonka, to odpowiada on swoim majątkiem osobistym oraz enumeratywnie wymienionymi składnikami majątku wspólnego. Są to: wynagrodzenie za pracę, dochody uzyskane z działalności zarobkowej, korzyści uzyskane z praw autorskich i praw pokrewnych, z praw własności przemysłowej oraz z innych praw twórcy (zgodnie z art. 41 § 2 i 3 k.r.o.)<sup>30</sup>.

W sytuacji, gdy przedsiębiorstwo stanowi wyłączną własność jednego z małżonków, nie istnieje możliwość rozciągnięcia odpowiedzialności na całość majątku wspólnego, jako że wierzytelność dotyczy wtedy majątku osobistego małżonka. Podobnie poddaje się w wątpliwość możliwość wyrażenia zgody przez małżonka (a zatem rozciągnięcia odpowiedzialności na majątek wspólny) w odniesieniu do wierzytelności niewynikających z czynności prawnych. Wskazuje się, że w takiej sytuacji nie ma nawet możliwości wyrażenia zgody, ponieważ zgoda z art. 41 k.r.o. może dotyczyć tylko czynności prawnej, a nie innego zdarzenia. Istnienie zgody nie może zmienić zakresu składników majątku określonych w art. 41 § 2 i 3 k.r.o. Oczywiście małżonkowie mogą podjąć decyzję o zaspokojeniu wierzyciela w szerszym zakresie, a więc przy użyciu środków pochodzących z majątku wspólnego. W tym przypadku należy jednak liczyć się z koniecznością dokonania wzajemnych rozliczeń między małżonkami<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> M. Łączkowska, *Prowadzenie przedsiębiorstwa należącego do majątku wspólnego małżonków w świetle nowych przepisów k.r.o.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 4, s. 10; A. Stępień-Sporek, op. cit., s. 442; zob. również: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 168.

<sup>30</sup> Ograniczenia odpowiedzialności majątkowej małżonka, przewidziane w art. 41 k.r.o., nie znajdują zastosowania w postępowaniu upadłościowym ze względu na szczególną regulację prawa upadłościowego i naprawczego.

<sup>31</sup> Za: A. Stępień-Sporek, op. cit., s. 426 i cyt. tam literatura.



W świetle prowadzenia działalności gospodarczej przez współmałżonka najistotniejsze znaczenia ma kwestia odpowiedzialności za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Małżonek ponosi odpowiedzialność nie tylko wyżej opisanymi składnikami majątkowymi, ale i przedmiotami majątkowymi wchodzącymi w skład przedsiębiorstwa stanowiącego składnik majątku wspólnego. Jest to konsekwencja zasady samodzielności zarządu przedmiotami majątkowymi stanowiącymi składnik majątku wspólnego, które służą do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności gospodarczej<sup>32</sup>. Odpowiedzialność składnikami przedsiębiorstwa powstaje nie tylko w zakresie zobowiązań wynikających z samodzielnych czynności prawnych małżonka, ale i w zakresie zobowiązań niewynikających z czynności prawnych. Chodzi zatem o wszystkie zobowiązania dotyczące przedsiębiorstwa, w tym także takie, których źródłem są zdarzenia niebędące czynnościami prawnymi (np. zobowiązanie z art. 435 k.c.). Zauważyć należy, że w razie dochodzenia należności wierzyciel może się zaspokoić ze składników określonych w art. 41 § 2 k.r.o., ale nie może poszukiwać zaspokojenia w przedmiotach majątkowych, które zostały nabyte w zamian za to wynagrodzenie, dochody i korzyści, co może być skutecznym środkiem obrony przed przymusową egzekucją<sup>33</sup>.

Chociaż norma ta ma w zasadzie charakter bezwzględnie obowiązujący, to dopuszcza się w literaturze możliwość zawarcia umowy między małżonkiem i wierzycielem, która w konkretnej sytuacji ograniczy odpowiedzialność dłużnika. Ograniczenie może sprowadzić się do ryzykowania jedynie majątkiem osobistym dłużnika albo też tylko niektórymi przedmiotami należącymi do majątku wspólnego (np. ruchomościami wchodzącymi w skład wspólnego przedsiębiorstwa małżonków). Nie można jednak rozciągnąć odpowiedzialności za dług jednego z małżonków, w tym związany z prowadzeniem wspólnego przedsiębiorstwa, na cały majątek wspólny bez zgody drugiego z małżonków (art. 41 § 1 k.r.o.)<sup>34</sup>.

### **Działalność gospodarcza jako „ważny powód” uwzględnienia powództwa o ustanowienie rozdzielności majątkowej na wniosek małżonka (art. 52 k.r.o.)**

Zgodnie z art. 52 § 1 k.r.o., z ważnych powodów każdy z małżonków może żądać ustanowienia przez sąd rozdzielności majątkowej. Uprawnienie to jest niezależne od łączącego małżonków ustroju majątkowego, w szczegól-

<sup>32</sup> Ibidem, s. 423.

<sup>33</sup> Zob. szerzej: M. Łączkowska, op. cit., s. 10.

<sup>34</sup> T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 11: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 482.

ności nie ogranicza się do wspólności ustawowej. Dopuszczalność żądania przez każdego z małżonków ustanowienia przez sąd rozdzielności majątkowej wynika z założenia, że trudności w ułożeniu przez małżonków stosunków majątkowych nie zawsze powodują rozkład pożycia małżeńskiego mogący uzasadniać orzeczenie rozwodu lub separacji i że przy innym ukształtowaniu tych stosunków małżeństwo może nadal funkcjonować. Żądanie jednego z małżonków ustanowienia przez sąd rozdzielności majątkowej wchodzi w grę, gdy małżonkowie nie wyrażają zgodnej woli ustanowienia takiej rozdzielności w drodze umowy (art. 47 k.r.o.).

Ustawa nie definiuje pojęcia „ważne powody”. W doktrynie przez ważne powody dające podstawę do ustanowienia przez sąd rozdzielności majątkowej zwykło się rozumieć wytworzenie się takiej sytuacji, która w konkretnych okolicznościach faktycznych powoduje, że dalsze trwanie wspólności majątkowej między małżonkami pociąga za sobą naruszenie lub poważne zagrożenie interesu majątkowego jednego z małżonków, z reguły także dobra rodziny<sup>35</sup>. Ważnych powodów nie stanowią okoliczności niezawinione przez małżonka bądź niezależne od jego woli, np. długotrwała choroba. Przykłady ważnych powodów to sytuacje powstałe na skutek zachowania się jednego z małżonków – mowa tu o trwonieniu majątku wspólnego w efekcie rażącej niegospodarności, uchylaniu się od pomnażania i utrzymywania substancji majątku wspólnego albo też zatrzymaniu tego majątku wyłącznie dla siebie i niedopuszczeniu współmałżonka do korzystania z niego, uniemożliwianiu zarządu majątkiem wspólnym, jak też utrudnianiu prowadzenia działalności gospodarczej, czy innych – zwłaszcza długotrwałych – konfliktach małżonków w przedmiocie zarządu wspólnym przedsiębiorstwem<sup>36</sup>.

Chociaż samo prowadzenie działalności gospodarczej nie może być przesłanką zastosowania art. 52 k.r.o., to jednak jest możliwe w przypadku zaistnienia innych jeszcze okoliczności. Dla prawidłowego zastosowania przez sąd art. 52 § 1 k.r.o. istotne jest w szczególności ustalenie, że w wyniku działalności gospodarczej jednego z małżonków dochodzi do realnego zagrożenia podstawy materialnej rodziny, bez możliwości zaradzenia takiemu stanowi rzeczy przez drugiego małżonka. Chodzi tu o takie działania małżonka, które mają charakter nieracjonalny<sup>37</sup>. W innym przypadku skutki prowadzenia działalności gospodarczej powinny obciążać oboje małżonków, zwłaszcza gdy prowadzenie przez jednego małżonka działalności gospodarczej było aprobebowane przez współmałżonka (zob. art. 24 k.r.o.)<sup>38</sup>. Uwadze nie powinno umy-

<sup>35</sup> M. Sychowicz, op. cit., s. 214.

<sup>36</sup> Za: A. Stępień-Sporek, op. cit., s. 528–529, zob. również przypis 244.

<sup>37</sup> Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1995 r., III CRN 2/95, LexPolonica nr 320662.

<sup>38</sup> Zob. szerzej: wyrok SN z dnia 15 listopada 1995 r., I CRN 170/95, OSNC 1996, nr 3, poz. 45.

kać, iż rodzina korzystająca z dochodów związanych z działalnością gospodarczą jednego z małżonków powinna ponosić również ujemne skutki, gdyż dług zaciągnięty na działalność gospodarczą jest długiem zaciągniętym w interesie rodziny, a niepowodzenia w działalności gospodarczej nie mogą obciążyć jedynie małżonka ją prowadzącego<sup>39</sup>. Jednakże, gdy prowadzenie działalności gospodarczej zostało podjęte bez porozumienia ze współmałżonkiem lub wbrew jego woli, może być uznane za ważny powód ustanowienia rozdzielności majątkowej przez sąd<sup>40</sup>. W innym przypadku upatrywanie w samej możliwości powstania w przyszłości długów związanych z działalnością gospodarczą nie może stanowić podstawy orzeczenia zgodnie z żądaniem małżonka (a zatem nie stanowi „ważnego powodu”)<sup>41</sup>.

Przy ocenie zasadności żądania ustanowienia rozdzielności należy zawsze badać, czy nie dojdzie do pokrzywdzenia wierzyciela któregoś z małżonków<sup>42</sup>. Oznacza to obowiązek wnikliwego przyjrzenia się motywom wystąpienia z żądaniem zniesienia wspólności i rozważenia, czy w konkretnym wypadku wytoczenie powództwa z takim żądaniem nie służy obejściu przepisów o odpowiedzialności za długi majątkiem wspólnym i nie zmierza w istocie do pokrzywdzenia wierzycieli<sup>43</sup>. Przepis art. 52 k.r.o. nie ma zatem zastosowania w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy wynika, że oboje małżonkowie zgodnie dążą do ustanowienia rozdzielności w celu utrudnienia wierzycielowi zaspokojenia jego roszczenia<sup>44</sup>. Regulacja instytucji orzeczenia rozdzielności majątkowej przewiduje możliwość orzeczenia jej z datą wsteczną, co może być szczególnie niekorzystne właśnie w odniesieniu do osób trzecich (wierzycieli). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego<sup>45</sup>, w takiej sytuacji sąd powinien zbadać rodzaj i rozmiar prowadzonej działalności gospodarczej, okoliczności i przyczyny zaciągnięcia zobowiązań wobec osób trzecich oraz ustalić, czy ta działalność prowadzi do powiększenia majątku wspólnego<sup>46</sup>. W następstwie ustanowienia rozdzielności majątkowej wierzyciel może utracić możliwość poszukiwania zaspokojenia wierzytelności ze znacznej części majątku wspólnego, jeżeli dłużnikiem jest tylko jeden z małżonków, a zobowiązanie zostało zaciągnięte za zgodą współmałżonka (art. 41 § 1 k.r.o.).

<sup>39</sup> Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 1995 r., III CRN 2/95, LexPolonica nr 320662.

<sup>40</sup> Wyrok SN z dnia 27 lutego 1995 r., III CRN 7/95, niepubl.

<sup>41</sup> Wyrok SN z dnia 15 listopada 1995 r., I CRN 170/95, OSNC 1996, nr 3, poz. 45.

<sup>42</sup> Wyrok SN z dnia 24 maja 1994 r., I CRN 50/94, OSNC 1994, nr 12, poz. 246, z głosem aprobującym L. Steckiego, OSP 1995, nr 4, poz. 95; wyrok SN z dnia 24 maja 1994 r., I CRN 61/94, z głosem krytycznym A. Dyoniaaka, OSP 1995, nr 4, poz. 96.

<sup>43</sup> Wyrok SN z dnia 6 grudnia 1995 r., I CRN 215/95, niepubl.

<sup>44</sup> Wyrok SN z dnia 12 października 1995 r., I CRN 161/95, niepubl.

<sup>45</sup> Wyrok SN 24 października 1995 r., I CRN 130/95, niepubl., przytaczam za: G. Jędrejek, [w:] G. Jędrejek, P. Pogonowski, *Działalność gospodarcza małżonków*, Warszawa 2002, s. 139.

<sup>46</sup> Jedynie na podstawie art. 125 ust. 2 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze po ogłoszeniu upadłości nie można ustanowić rozdzielności majątkowej z datą wcześniejszą w stosunku do daty ogłoszenia upadłości.

W odniesieniu do pozostałych zobowiązań (art. 41 § 2 i 3 k.r.o.) takie ryzyko nie zachodzi, skoro ustanowienie rozdzielności majątkowej nie pomniejsza zakresu i kierunków ewentualnej egzekucji. W tym ostatnim wypadku wierzyciel po uwzględnieniu żądania ustanowienia rozdzielności majątkowej (choćby z datą wsteczną) będzie dalej uprawniony do poszukiwania zaspokojenia należności z majątku osobistego dłużnika, jego wynagrodzenia za pracę, dochodów uzyskanych przez niego z działalności zarobkowej, jak również z korzyści uzyskanych z jego praw, o których mowa w art. 33 pkt 9 k.r.o.<sup>47</sup>

## Podsumowanie

W Polsce podstawowe znaczenie ma nadal ustrój wspólności ustawowej. Prowadzeniu działalności gospodarczej nieczęsto towarzyszy zawieranie małżeńskich umów majątkowych. Co więcej, niekiedy uznaje się, że ustrój ten utrudnia podejmowanie jakiegokolwiek aktywności gospodarczej. Z pewnością zasady regulujące ponoszenie odpowiedzialności za zobowiązania małżonków nie stanowią przeszkody dla uczestnictwa w obrocie gospodarczym, ponieważ – co do zasady – małżonek, który zaciągnął zobowiązanie bez zgody współmałżonka odpowiada całym swoim majątkiem osobistym oraz składnikami majątku wspólnego, które pojawiły się w tym majątku z jego inicjatywy. Nawiązywanie stosunków gospodarczych z osobami pozostającymi w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej i występującymi w obrocie gospodarczym jako przedsiębiorcy indywidualni nie stanowi bariery z punktu widzenia osób trzecich. Co więcej, może być tym korzystniejsze, im szersza jest wiedza tych podmiotów relacjach majątkowych małżonków. W stosunkach zobowiązaniowych wiele zależy od aktywności ewentualnych wierzycieli w zakresie obejmującym uzyskanie zgody współmałżonka, a tym samym rozszerzenie odpowiedzialności na majątek wspólny. Należy mieć także na uwadze, że na gruncie wspólności majątkowej może wyniknąć wiele sporów dotyczących m.in. kwestii zarządu majątkiem wspólnym. W tym aspekcie niekiedy poddaje się w wątpliwość uregulowanie wzajemnych relacji majątkowych między małżonkami na zasadzie wspólności.

<sup>47</sup> B. Bieniek, A. Bieranowski, J. Ignaczewski, op. cit., s. 208.

## Summary

### ***Impact of the economic activity of the spouse on the family functioning in Polish law***

Keywords: economic activity, risks, protection of the family, marriage.

The purpose of this article is to discuss legal issues related to conducting business, both from the standpoint of the person involved but also from the point of view of the spouse – not involved in this activity. On the one hand should be considered whether the provisions in the matter of the matrimonial property regimes – in particular the statutory joint system – provide reasonable flexibility in the business activity of a spouse. On the other hand, there is a need to discuss the issue of the protection of a spouse of a person performing an economic activity, because the institution of marriage creates the institutional foundations for the functioning of the family.



**Justyna Krzywkowska**

Katedra Prawa Kanonicznego i Wyznaniowego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Małżeństwo związkiem na całe życie**

Każda społeczność otacza instytucję małżeństwa szczególną troską, bowiem zależy jej na stabilności zawartych związków małżeńskich. Doświadczenie życiowe wskazuje jednak, że część rodzin rozpada się. Każde rozejście się małżonków jest nie tylko ich osobistą, egzystencjalną tragedią, lecz stanowi również niepokojące zjawisko społeczne. Przedmiotem poniższych rozważań jest troska o rodzinę ze strony Kościoła i państwa, która wyraża się przede wszystkim w kształtowaniu odpowiedniego ustawodawstwa, które byłoby rękojmią trwałości małżeństwa.

### **Nierozerwalność małżeństwa w prawie kanonicznym**

Sakrament małżeństwa jako trwały związek mężczyzny i kobiety ochrzczonych w Chrystusie jest bogactwem zarówno dla samych małżonków, jak i dla społeczeństwa oraz Kościoła. Wiąże się on z procesem wzrastania i jest znakiem nadziei dla tych, którzy pragną umocnić swoją miłość, aby była trwała i wierna z pomocą Boga, który błogosławi ich związkowi. Ta rzeczywistość promieniuje dobrem także na wszystkie inne pary małżeńskie<sup>1</sup>. Sakramentalnym znakiem małżeństwa jest osobowy, wolny akt, przez który małżonkowie wzajemnie się sobie oddają i przyjmują<sup>2</sup>. Zgoda małżeń-

<sup>1</sup> W dniach 22–25 stycznia 1997 r. odbyło się w Watykanie XIII Zgromadzenie Plenarne Papieskiej Rady ds. Rodziny poświęcone problematyce duszpasterstwa osób rozwiedzionych żyjących w nowych związkach. Zob. *Zalecenia XIII Zgromadzenia Plenarnego Papieskiej Rady ds. Rodziny*, „Warmińskie Wiadomości Archidiecezjalne” 1997, nr 31, s. 20. Por. C. Bartnik, *Sakrament małżeństwa*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1990, nr 2, s. 101–106.

<sup>2</sup> Concilium Vaticanum II, *Constitutio pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis „Gaudium et spes”*, 7.12.1965, „Acta Apostolicae Sedis”(dalej: AAS) 1966, t. 58, s. 1025–1115. Tekst polski: *Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym „Gaudium et spes”* (dalej: GS), [w:] Sobór Watykański II, *Konstytucje. Dekrety. Deklaracje*, Poznań 1967, s. 537–620. Por. H. Stawniak, *Ku jedności doktrynalnej sakramentalności małżeństwa*, „Prawo Kanoniczne” 1990, nr 33(3–4), s. 132–134.

ska znajduje spełnienie w tym, że małżonkowie stają się jednym ciałem<sup>3</sup>, co rozciąga się na wszystkie dziedziny życia. Poprzez słowa zgody małżeńskiej, którymi nowożeńcy darują się sobie wzajemnie, zostają włączeni w szczególny sposób w przymierze Boga z ludźmi. To sam Bóg ich łączy (Mk 10,7) tak, że odtąd należą nierozzerwalnie do siebie w obliczu Boga, samych siebie i wspólnoty ludzkiej.

Małżeństwo kanoniczne jest związkiem nierozzerwalnym, obowiązującym aż do śmierci jednego z małżonków. Nierozzerwalność obok jedności stanowi istotny przymiot małżeństwa, który pochodzi od samego Chrystusa<sup>4</sup> i polega na tym, że ważne powstały węzeł małżeński nie może być rozwiązany. Nierozzerwalność wyklucza możliwość zawierania małżeństwa na określony czas oraz możliwość rozwodu. Wyróżnia się nierozzerwalność wewnętrzną, tj. niemożliwość rozwiązania każdego węzła małżeńskiego powagą tych, którzy zdecydowali aktem woli o jego powstaniu, jak też nierozzerwalność zewnętrzną, czyli niemożliwość rozwiązania małżeństwa ważne zawartego i dopełnionego między ochrzczonymi przez jakąkolwiek władzę ludzką<sup>5</sup>. Sakramentalny związek małżeński został zawarty ważne, gdy zachowano wymogi prawa kanonicznego dotyczące wolności od przeszkód małżeńskich<sup>6</sup>, zgody małżeńskiej<sup>7</sup> oraz formy zawarcia małżeństwa<sup>8</sup>. Zgodnie z zasadą nierozzerwalności objawioną przez Chrystusa i formalnie określoną na Soborze Trydenckim, zarówno doktrynie, jak i ustawodawstwu Kościoła obce są pojęcia rozwodu i unieważnienia małżeństwa – znane w prawodawstwie świeckim. Prawo kanoniczne przyjmuje natomiast możliwość nieważnego zawarcia

<sup>3</sup> *Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu w przekładzie z języków oryginalnych*, wyd. 5, Poznań 2000 (w szczególności Rdz 2,24). Por. W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska (kanony 1095–1107)*, Gdańsk 1991, s. 14–15.

<sup>4</sup> Jezus Chrystus uroczyście proklamował zasadę: „Co Bóg złączył, niech człowiek nie rozdziela” (Mt 19,6; Łk 16,18). Por. *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, 25.01.1983, [w:] AAS 1983, t. 75 II, s. 1–317. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu: *Kodeks Prawa Kanonicznego* (dalej: KPK 1983), Poznań 1984, kan. 1056. Por. także J. Krzywda, *Refleksje na temat zasad i prawd życia rodzinnego*, „Ius Matrimoniale” 1997, nr 2(8), s. 114.

<sup>5</sup> KPK 1983, kan. 1141. Por. E. Sztarfrowski, *Chrześcijańskie małżeństwo*, Warszawa 1985, s. 14–18; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. 3: *Prawo małżeńskie*, Olsztyn 1996, s. 32–33; H. Stawniak, *Jedność i nierozzerwalność małżeństwa*, „Prawo Kanoniczne” 1991, nr 34(1–2), s. 103–120.

<sup>6</sup> KPK 1983, kan. 1083–1094.

<sup>7</sup> KPK 1983, kan. 1095–1107.

<sup>8</sup> KPK 1983, kan. 1108–1123.

<sup>9</sup> Trzecia część księgi VII KPK poświęcona jest m.in. sprawom o orzeczenie nieważności małżeństwa. W ogłoszonej 25 stycznia 2005 r. Instrukcji procesowej *Dignitas connubii* zawarte są m.in. przepisy chroniące z jednej strony trwałość rodziny, a z drugiej wychodzące naprzeciw osobom żyjącym w nieważnie zawartych związkach i ułatwiające im zbadanie ich sytuacji prawnej, a w sytuacjach prawnie uzasadnionych zezwalające na stwierdzenie nieobowiązywalności ich małżeństwa. Szerzej: Pontificium Consilium de Legum Textibus, *Dignitas connubii. Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractantibus causis nullitatis matrimonii*, 25.01.2005, Città del Vaticano 2005.



małżeństwa<sup>9</sup>. Możliwość ta staje się faktem wówczas, gdy miała wprowadzić miejsce liturgiczna celebrowanie małżeństwa i wszystko wskazuje na to, że zostało ono rzeczywiście zawarte, lecz z powodu pominięcia jakiegoś wymogu prawa przepisanego do ważności związek małżeński *de facto* nie został zawarty<sup>10</sup>.

Kościół zawsze głosił naukę o nierozzerwalności małżeństwa, narażając się na ataki i wyśmiewanie<sup>11</sup>. Podstawę chrześcijańskiego pojmowania małżeństwa stanowi sam porządek stworzenia. Miłość między mężczyzną a kobietą jest obrazem bezwarunkowej i ostatecznej miłości, którą Bóg obdarza każdego człowieka<sup>12</sup>. W Starym Testamencie więź między mężczyzną a kobietą staje się znakiem przymierza łączącego Boga z ludźmi<sup>13</sup>. Dekalog, prawo Boże dane wybranemu ludowi, zawiera VI i IX przykazanie, które stoją na straży godności i świętości małżeńskiego związku. Nauka o nierozzerwalności małżeństwa nie jest trudnym do zachowania prawem czysto zewnętrznym, lecz stanowi wyraz Nowego Przymierza, wyraz nowej, danej przez łaskę możliwości urzeczywistnienia najgłębszego porządku stworzenia i zbawienia, życia w miłości i wierności<sup>14</sup>. Upodabniając się do Chrystusa, który wydał się na ofiarę z miłości do swojego Kościoła<sup>15</sup>, małżonkowie dzień po dniu przybliżają się do ideału miłości, do nierozzerwalnej jedności we wszystkim. Kościół jest głęboko przekonany, że małżeństwo nie bierze swego początku z inwencji ludzkiej, lecz jest wymogiem natury człowieka dla jego dobra<sup>16</sup>. Instytucja małżeństwa w swoich istotnych elementach, do których należy nierozzerwalność, stanowi wewnętrzny wymóg przymierza miłości małżeńskiej, które potwierdza się publicznie jako jedyne i łączące<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> L. Gerosa, *Prawo Kościoła*, t. 12, przekł. J. Pękalski, Poznań 1999, s. 290–291; W. Góralski, *Kanoniczne prawo małżeńskie*, Warszawa 2000, s. 170–171.

<sup>11</sup> B. Sitek, *Nierozwiązywalność małżeństwa w nauczaniu Ojców Kościoła*, „Prawo Kanoniczne” 1990, 33(3–4), s. 147–160.

<sup>12</sup> Rdz 1,31. Joannes Paulus II, *Adhortatio apostolica de familiae christianae muneribus in mundo huius temporis „Familiaris consortio”*, 22.11.1981, AAS 1982, t. 74, s. 81–191. Tekst polski: *Adhortacja apostolska o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym „Familiaris consortio”* (dalej: FC), [w:] *Adhortacje apostolskie Ojca Świętego Jana Pawła II*, t. I, Kraków 1996, kan. 11. Zob. też A. Pastwa, *Przymierze miłości małżeńskiej*, „Ius Matrimoniale” 2003, nr 8(14), s. 5–21; R. Sztuchmiller, *Znaczenie prawne miłości małżeńskiej*, „Prawo Kanoniczne” 1995, 38(3–4), s. 87–117.

<sup>13</sup> Oz 1,3; Iz 54; Jr 2,3; Ez 16.

<sup>14</sup> Kol 3,18–19; 1P 3,1–7; 1Tm 2,8–15; Tt 2,1–6; FC 13.

<sup>15</sup> Ef 5,25. J. Żukowicz (red.), *Rodzina w nauczaniu Jana Pawła II*, Kraków 1990, s. 65; J. Wysocki, *Rytuał rodzinny. Aby rodzina była bardziej Kościołem*, Olsztyn 1985, s. 272.

<sup>16</sup> S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, Warszawa 1956, s. 49–50; Z. Grocholewski, *Sakrament małżeństwa: fundament teologiczny prawodawstwa kościelnego*, „Prawo Kanoniczne” 1997, nr 40(1–2), s. 177.

<sup>17</sup> FC 11; S. Kosowicz, *Ewolucja pojęcia celu małżeństwa*, „Prawo Kanoniczne” 1998, nr 31(3–4), s. 131–140; B. W. Zubert, *Wiedza konieczna o heteroseksualności i trwałości małżeństwa w nauce prawa kanonicznego i jurysprudencji (1517–1917)*, Lublin 1985, s. 9.

Miłość małżeńska pozostaje obca wszelkiemu cudzołóstwu, jest miłością trwałą i wierną, obejmującą całą osobę jako dar bezinteresowny do końca życia, mimo trudności i przeszkód<sup>18</sup>.

Przymierze małżeńskie jest związkiem osobowym, w który dwie różne osoby angażują się szczerze i całkowicie. Zaangażowanie to dochodzi do głosu przede wszystkim w wyrażeniu zgody, która ma nie tylko charakter zewnętrzny, czysto deklaracyjny, ale również wewnętrzny, aktywnie uczestniczy w niej umysł i wola, podstawowe władze duchowe człowieka. Osobowy wymiar przymierza małżeńskiego umożliwia nawiązywanie, rozwijanie i doskonalenie relacji interpersonalnych<sup>19</sup>. Przymierze małżeńskie rodzi zobowiązanie moralne, wymaga liczenia się ze słowami przysięgi, wymaga praktykowania miłości i wierności, okazywania szacunku współmałżonkowi i postępowania zasługującego na szacunek. Życie w przymierzu małżeńskim opiera się na wzajemnym zaufaniu, a podstawą zaufania są dobrodziejstwa doświadczone już w okresie poprzedzającym zawarcie ślubu i pomnażane z dnia na dzień w małżeństwie. Małżeństwo jest wspólnotą życia i miłości<sup>20</sup>. Ono rodzi zobowiązania i daje szereg uprawnień. Nie ograniczają się one do współżycia seksualnego, ale mają związek z całą wspólnotą życia.

Nierozzerwalność jest wpisana w istotę małżeństwa i odnosi się do wszystkich zawierających małżeństwo w każdym miejscu i czasie. Podstawowym obowiązkiem Kościoła jest potwierdzanie nauki o nierozzerwalności małżeństwa<sup>21</sup>. Tym, którzy w dzisiejszych czasach uważają za trudne lub niemożliwe wiązanie się z jedną osobą na całe życie i tym, którzy mają poglądy wypaczone przez kulturę odrzucającą nierozzerwalność małżeństwa i wręcz ośmieszającą zobowiązanie małżonków do wierności, należy na nowo przypomnieć radosne orędzie o bezwzględnie wiążącej mocy miłości małżeńskiej, która w Jezusie Chrystusie znajduje swój fundament i swoją siłę<sup>22</sup>. Zakorzeniona w osobowym i całkowitym obdarowaniu się małżonków i wymagana dla dobra dzieci nierozzerwalność małżeństwa znajduje swoją ostateczną prawdę w zamyśle Bożym wyrażonym w objawieniu: Bóg chce nierozzerwal-

<sup>18</sup> GS 49. *List Prefekta Kongregacji Nauki Wiary do biskupów Kościoła Katolickiego o współdziałaniu mężczyzny i kobiety w Kościele i świecie*, 31.05.2004, „Warمیńskie Wiadomości Archidiecezjalne” 2004, nr 24, s. 6.

<sup>19</sup> GS 48; KPK 1983, kan. 1055 § 1. Por. R. Sztuchmiller, *Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jego recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983*, Lublin 1993, s. 195–206.

<sup>20</sup> Por. K. Lehman, *Małżeństwo decyzją życia*, przekł. B. W. Zubert, Katowice 1993, s. 7–9; A. Pastwa, *Personalistyczna wizja małżeńska: idealizm czy realizm?*, „Ius Matrimoniale” 2004, nr 9(15), s. 7–15.

<sup>21</sup> Kongregacja Nauki Wiary, *List o nierozzerwalności małżeństwa „Haec sacra congregatio”*, 11.04.1973, [w:] *Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999, s. 43–44.

<sup>22</sup> J. Krzywda, *Dlaczego nierozzerwalność węzła małżeńskiego*, „Ius Matrimoniale” 2003, nr 8(14), s. 23–24; A. Wielowieyski, *Przed nami małżeństwo*, Kraków 1972, s. 24.

ności małżeństwa i daje ją jako owoc, jako znak i wymóg miłości absolutnie wiernej, którą On darzy człowieka i którą Chrystus Pan żywi dla swego Kościoła.

W sakramencie małżeństwa Chrystus daje małżonkom siłę, aby mogli dzielić pełną i ostateczną miłość Chrystusa, nowe i wieczne Przymierze, które stało się Ciałem. Dar sakramentu jest jednocześnie powołaniem i przykazaniem dla małżonków chrześcijańskich, aby pozostali sobie wierni na zawsze ponad wszelkie próby i trudności. Dawanie świadectwa bezcennej wartości nierozzerwalności małżeńskiej jest jednym z najcenniejszych i najpilniejszych zadań małżonków chrześcijańskich<sup>23</sup>. W sakramencie małżeństwa Bóg działa przez łaskę nie tylko w duszy człowieka, ale wkracza w tę więź, jaka się wytwarza przez miłość między kobietą a mężczyzną. Bóg przez sakrament małżeństwa wchodzi w ich rzeczywistość, by uświęcić ich samych i to, co będą robili. Dzięki temu to, co było dotąd tylko ludzkie i zwyczajne, staje się nadprzyrodzone i święte<sup>24</sup>. Nierozzerwalności domaga się natura przymierza małżeńskiego. Przez sakrament małżeństwa dochodzi między małżonkami do przymierza. Fundamentem tej trwałej wspólnoty osób jest nieodwołalny dar samego siebie, jakiego udzielają sobie małżonkowie<sup>25</sup>. Konsekwencją tego przymierza jest trwała przynależność wzajemna do siebie, która nie oznacza oddania siebie na własność drugiemu człowiekowi, bo wtedy sprowadziłoby się go do rangi przedmiotu, ale daje ona pewne ściśle określone prawa w stosunku do tej osoby. To sakramentalne przymierze małżeńskie sprawia, że małżonkowie nie tylko wzajemnie się sobie oddają, ale przyjmują i podejmują na całe życie zobowiązanie miłości wiernej, nieodwołalnej i wyłącznej<sup>26</sup>. Nierozzerwalność jest potrzebna dla dobra samych małżonków, gdyż jest gwarantem i zabezpieczeniem przed porzuceniem i pozostawieniem współmałżonka w sytuacji bez wyjścia, gdy przyjdzie choroba, starość, próby życiowe. Myśl o nierozzerwalności daje małżonkom poczucie bezpieczeństwa co do swojej przyszłości, a ponadto zapobiega wykroczeniom i jest pomocą w dotrzymaniu wierności małżeńskiej.

Nierozzerwalność daje małżeństwu rękojmię stabilizacji życiowej. Świadomość, że nie ma odwrotu, skłania małżonków od samego początku do nieustannych wysiłków, by życie układać w miłości, wzajemnej pomocy i zgodzie. Nie ma powrotu, dlatego nie można żyć w ustawicznej kłótni, należy dążyć do rozwiązywania konfliktów i usuwania własnych wad. To zmusza do

---

<sup>23</sup> W. Gasidło, *Z zagadnień etyki małżeńskiej i rodzinnej*, Kraków 1990, s. 66–70; K. Starczewska, K. Godorowski, J. Godlewski, *Dzień powszedni ich dwojga*, Warszawa 1979, s. 14; H. Stawniak, *Wspólnotowy charakter małżeństwa w świetle nowego Kodeksu Prawa Kanonicznego*, „Prawo Kanoniczne” 1988, nr 31(3–4), s. 123–125.

<sup>24</sup> W. Góralski, *Sakrament małżeństwa w Katechizmie Kościoła Katolickiego*, „Ius Matrimoniale” 1996, nr 1(6-7), s. 119–127.

<sup>25</sup> J. Laskowski, *Małżeństwo chrześcijańskie w świecie kanonu 1055*, „Prawo Kanoniczne” 1991, nr 34(3–4), s. 135–141.

liczenia się z drugim człowiekiem, ustępowania, przebaczenia, zaczynania od nowa. Nerozerwalność małżeńska jest także potrzebna i konieczna dla dobra dzieci<sup>27</sup>. Dzieci najbardziej potrzebują trwałego związku swoich rodziców i są one najbardziej poszkodowane na skutek ich rozejścia się. Dzięki nerozerwalności łatwiej jest podjąć decyzję poczęcia dziecka. Dziecko od samego początku potrzebuje miłości, ciepła, życzliwości i poczucia bezpieczeństwa oraz wzorów postępowania. Dziecko pozbawione na skutek rozwodu któregoś z rodziców, zwłaszcza matki, odbiera swą sytuację jako ogromną krzywdę, która na całe życie pozostawia głębokie ślady w jego psychice.

Miłość samych małżonków doznaje także wielkiego zranienia i zniekształcenia na skutek rozerwania się tych więzów, które w dniu ślubu przeżywane były jako nerozerwalne i absolutnie trwałe. Rozwód jest zawsze szokiem dla prawdziwej miłości i trwałym rozczarowaniem, sięgającym głębin całej osobowości człowieka<sup>28</sup>. Nerozerwalność jest potrzebna i konieczna ze względu na dobro narodu. Społeczeństwo potrzebuje zdrowych moralnie, psychicznie, fizycznie nowych członków, aby mogło normalnie funkcjonować i osiągnąć wyznaczone mu cele. Rozbite rodziny osłabiają społeczeństwo, które traci w ten sposób ludzi zdolnych do przetrzymania trudnych sytuacji, a powiększa grono psychicznie okaleczonych i rozgoryczonych.

W wielu krajach rozwody stały się prawdziwą plagą społeczną<sup>29</sup>. Dane statystyczne wskazują na nieustanny wzrost liczby związków rozbitych, także wśród osób złączonych sakramentem małżeństwa. Przyczyną tego zjawiska jest praktyczny brak zainteresowania ze strony państwa trwałością małżeństwa i rodziny, permissywne prawodawstwo dotyczące rozwodów, negatywny wpływ środków przekazu oraz niedostateczna formacja chrześcijańska wiernych. Te problemy są źródłem cierpienia współczesnych ludzi, a zwłaszcza tych, którym nie udaje się realizować swojej wizji małżeńskiej miłości<sup>30</sup>.

Kościół ceni, wspomaga i zachęca te małżeństwa, które mimo napotykaných trudności zachowują małżeńską wierność. Należy podnieść wartość świadectwa wierności tych, którzy choć opuszczeni przez współmałżonka, dzięki mocy wiary i nadziei chrześcijańskiej nie wstępują w nowy związek<sup>31</sup>. Od początku spotykał się Kościół z bolesnym faktem, że i w małżeństwie chrześcijan może dojść do rozłamu. Są sytuacje, w których wszystkie rozsąd-

---

<sup>26</sup> W. Góralski, *Wspólnota całego życia*, Częstochowa 1995, s. 9–11; S. Sławiński, *Ślubujecie miłość...*, Warszawa 1994, s. 18–19.

<sup>27</sup> W. Rachalska, *O miłości i rodzinie*, Warszawa 1973, s. 69–72.

<sup>28</sup> J. Krajczyński, *Nerozerwalność małżeństwa w doktrynie i ustawodawstwie Kościoła*, „*Ius Matrimoniale*” 2004, nr 9(15), s. 47–85; R. Sztymiler, *Obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1999, s. 225–226.

<sup>29</sup> GS 47.

<sup>30</sup> FC 46; J. Gręźlikowski, *Wokół problemu związków niesakramentalnych*, „*Homo Dei*” 2000, nr 70(1), s. 38–57.

<sup>31</sup> FC 20.

ne próby uratowania wspólnego życia małżonków okazują się daremne. Jako środek ostateczny pozostaje wtedy dopuszczona przez Kościół separacja<sup>32</sup>. Wspólnota Kościoła musi okazać małżonkom separowanym pomoc, by mogli dochować wierności także w tej trudnej sytuacji, w jakiej się znajdują<sup>33</sup>.

Wielu z tych, którzy decydują się na rozwód, zawiera następny nowy związek bez ślubu kościelnego. Wspólnota kościelna winna okazywać tym ludziom zatroskaną miłość, aby nie czuli się wyłączeni z Kościoła, skoro jako ochrzczeni mogą i powinni uczestniczyć w jego życiu. Mogą słuchać słowa Bożego, uczęszczać na Mszę św., wytrwale się modlić, współdziałać w akcjach dobroczynnych i na rzecz sprawiedliwości<sup>34</sup>. Niemniej Kościół katolicki, dochowując wierności słowu Chrystusa, trwa niezmiennie przy tym, że nowy związek cywilny, jeśli poprzednie małżeństwo było ważne i dopóki pierwszy współmałżonek żyje, nie może być traktowany jako małżeństwo sakramentalne. Rozwiedzeni żyjący w nowym związku cywilnym żyją obiektywnie w sprzeczności z prawem Bożym, a zatem nie mogą być dopuszczeni do Komunii Świętej<sup>35</sup> tak długo, jak długo traktują swój związek jako pełną wspólnotę małżeńską. Kościół nie może pozostać obojętny wobec faktu, że takich przypadków jest coraz więcej, nie może też poddać się obyczajowości, która jest wytworem mentalności podważającej wartość małżeństwa jako jedynej i nierozzerwalnej więzi, nie może aprobować tego wszystkiego, co godzi w samą istotę małżeństwa<sup>36</sup>. Kościół nie ogranicza się przy tym do wskazywania błędów, ale zgodnie z niezmienną doktryną swego Magisterium, pragnie wykorzystać wszelkie środki, aby lokalne wspólnoty mogły wspomóc osoby żyjące w takich związkach<sup>37</sup>. Pierwszym znakiem miłości Kościoła jest to, że nie pomija on milczeniem tak niepokojącej sytuacji<sup>38</sup>. Zawsze jednak naczelną troską duszpasterską musi być to, by w żaden sposób nie wprowadzać wiernych w błąd lub powodować wśród nich zamęt u co do nauki i praktyki Kościoła w odniesieniu do nierozzerwalności małżeństwa<sup>39</sup>.

Często stwierdza się, że niepowodzenie poprzedniego małżeństwa może obudzić potrzebę zwrócenia się do Boga z prośbą o miłosierdzie i zbawienie.

<sup>32</sup> KPK 1983, kan. 1151–1155 oraz 1692–1696.

<sup>33</sup> FC 83.

<sup>34</sup> FC 84: „Niech Kościół modli się za nich, niech im dodaje odwagi, niech okaże się miłosierną matką, podtrzymując ich w wierze i nadziei”.

<sup>35</sup> *List Prefekta Kongregacji Nauki Wiary do biskupów Kościoła katolickiego na temat przyjmowania Komunii Świętej przez wiernych rozwiedzionych żyjących w nowych związkach*, 14.09.1994, [w:] *Posoborowe dokumenty Kościoła Katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 2, Kraków 1999, s. 109–115.

<sup>36</sup> Art. 6 Karty Praw Rodziny z 1983 r., [w:] *ibidem*, s. 247.

<sup>37</sup> FC 83. J. Gręźlikowski, *Duszpasterz wobec podejrzenia o nieważności małżeństwa*, „Homo Dei” 2004, nr 74(3), s. 11–25.

<sup>38</sup> FC 84.

<sup>39</sup> Papieska Rada ds. Rodziny, *Duszpasterstwo osób rozwiedzionych żyjących w nowych związkach. Zalecania*, 25.01.1997, [w:] *Posoborowe dokumenty Kościoła...*, s. 433–438; P. Saläun, *Żyjący w separacji, rozwiedzeni. Odnaleźć nadzieję*, przekł. M. Plecińska, Poznań 1997, s. 125–128.

Konieczne jest, aby osoby żyjące w nowych związkach dążyły przede wszystkim do uregulowania swojej sytuacji w łonie widzialnej wspólnoty kościelnej oraz by przynaglone pragnieniem odpowiedzi na miłość Bożą weszły na drogę prowadzącą do przezwyciężenia wszelkiego nieładu<sup>40</sup>. Należy zachęcać osoby rozwiedzione żyjące w nowych związkach, aby uznały, że ich sytuacja jest niesprawiedliwa i oznacza trwanie w grzechu oraz by prosiły Boga o łaskę prawdziwego nawrócenia.

### **Trwałość małżeństwa w prawie polskim**

Przepisy obowiązującego w Polsce prawa dotyczącego małżeństwa i rodziny zawarte są tak w normach wydanych bezpośrednio przez władze polskie, jak i w normach prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez polski parlament. Utrzymanie trwałości związku małżeńskiego jest przedmiotem zainteresowania państwa, zwłaszcza gdy małżonkowie mają małoletnie dzieci. W małżeństwie bowiem istnieją największe szanse prawidłowego wychowania dzieci, rozwijania ich uzdolnień, kształtowania osobowości i przygotowania nowego pokolenia do pracy dla dobra społeczeństwa. Rozwód jest niewątpliwie zjawiskiem uniemożliwiającym prawidłowe funkcjonowanie podstawowej komórki społecznej, jaką jest rodzina<sup>41</sup>. Współczesna pedagogika stoi na stanowisku, że nic dziecku nie zastąpi w pełni normalnej rodziny, w której trud wychowania podejmują oboje rodzice. Przykład rozwodzających się rodziców nie sprzyja wyrabianiu u nieletnich właściwych pojęć o istocie małżeństwa i rodziny, a to z kolei wpływa na ogólną dewaluację instytucji małżeństwa.

Trwałość małżeństwa zależy przede wszystkim od postawy samych małżonków<sup>42</sup>, jednak ustawodawstwo szczegółowe może osiągnięciu tego celu mniej lub bardziej pomagać. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z kwietnia 1997 r.<sup>43</sup>, jak również kodeks rodzinny i opiekuńczy<sup>44</sup> nie zawierają jednak stwierdzeń, że istotnym przymiotem małżeństwa jest jego trwałość<sup>45</sup>. Orzecznictwo sądowe i polska doktryna prawa zaliczają zasadę trwałości małżeństwa i założonej przez ten związek rodziny do podstawowych zasad

<sup>40</sup> H. Stawniak, *Trwałość i nierozzerwalność małżeństwa a oczekiwane postawy od osób występujących w sprawach rozwodowych*, „Ius Matrimoniale” 2004, nr 9(15), s. 25–33.

<sup>41</sup> Por. C. Czapów, *Rodzina a wychowanie*, Warszawa 1968; H. Misiewicz, *Rola rodziny w kształtowaniu postaw*, Warszawa 1986; M. Tyszkowa, *Rozwój dziecka w rodzinie i poza rodziną*, Poznań 1985.

<sup>42</sup> J. Krajczyński, *Postanowienie o wystąpieniu o rozwód cywilny a pozytywna intencja zerwania węzła małżeńskiego*, „Ius Matrimoniale” 2000, nr 5(11), s. 123–135.

<sup>43</sup> Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>44</sup> Dz.U. z 1964 r. nr 9, poz. 59 z późn. zm. (dalej: k.r.io.).

<sup>45</sup> Por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne*, [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 11, Warszawa 2009, s. 54.

polskiego prawa rodzinnego. Na obowiązywanie tej zasady w polskim systemie prawa wskazują przepisy Konstytucji, szczególnie art. 18, który poddaje ochronie i opiece Rzeczypospolitej Polskiej małżeństwo, rodzinę, macierzyństwo i rodzicielstwo, art. 48 powierzający rodzicom wychowanie dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, a także art. 71, który na państwo nakłada obowiązek uwzględniania w swojej polityce społecznej i gospodarczej dobra rodziny, a przede wszystkim okazywania pomocy rodzinom wielodzietnym, znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej<sup>46</sup>. Żadne ustawy ani instytucje państwowe nie mogą stanowić niczego, co mogłoby szkodzić dobru małżeństwa czy trwaniu rodziny.

Jest oczywiste, że rodzina rozpadłaby się, gdyby zabrakło w niej obojga rodziców. Rodzice mogą sprostać swoim obowiązkom wychowawczym tylko wtedy, gdy będą pozostawali w trwałym związku małżeńskim<sup>47</sup>. Polski kodeks rodzinny i opiekuńczy wprawdzie dopuszcza możliwość uzyskania rozwodu, nie rezygnuje jednak z ujemnej oceny społecznej zjawiska rozbicia rodziny. W orzecznictwie sadowym podkreśla się, że rozwód jest złem koniecznym, wprowadzonym w celu eliminacji innego zła, jakim jest utrzymywanie formalnego węzła małżeńskiego, gdy małżeństwo faktycznie nie istnieje. Uznaje się bowiem, że martwe związki małżeńskie mogą być społecznie szkodliwe. Mogą hamować ponowne ułożenie życia rodzinnego, mieć ujemne skutki wychowawcze, ograniczać uprawnienia, wolności jednostki, prawo do szczęścia osobistego<sup>48</sup>.

Należy podkreślić, że na forum państwowym w Polsce skutki wywiera tylko małżeństwo cywilne. Nie zmienia tego faktu wprowadzenie z dniem 15 listopada 1998 r. w życie postanowień Konkordatu odnośnie do zawierania małżeństw<sup>49</sup>. Unormowania te dotyczą jedynie samego zawierania małżeństwa – *matrimonium in fieri*, tj. samej umowy małżeńskiej, nie zaś małżeństwa *in facto esse*, tzn. trwałego związku małżeńskiego, jego istnienia. Doktryna uznaje, że zawarcie małżeństwa kościelnego prowadzi do równoczesnego zawarcia małżeństwa cywilnego, a to drugie powstaje na skutek złożonego zdarzenia prawnego – oświadczenia woli nupturientów wyrażonego w formie

<sup>46</sup> T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 39-40.

<sup>47</sup> W. Formański, M. Barciszewski, W. Barciszewska, *Ochrona kobiety i rodziny w polskim prawie. Zagadnienia wybrane*, Pelplin 1988, s. 32-39.

<sup>48</sup> J. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 43.

<sup>49</sup> Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską podpisany dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. z 1998 r., nr 51, poz. 318). W Konkordacie znalazł się zapis, w myśl którego małżeństwo kanoniczne wywiera od chwili zawarcia również takie skutki, jakie pociąga za sobą zawarcie małżeństwa w prawie polskim – pod trzema następującymi warunkami: 1) między nupturientami nie istnieją przeszkody wynikające z prawa polskiego; 2) nupturienti złożą przy zawieraniu małżeństwa zgodne oświadczenie woli dotyczące uzyskania wspomnianych skutków; 3) fakt zawarcia małżeństwa został wpisany do akt stanu cywilnego w określonym terminie (art. 10).

i zgodnie z wymogami prawa kościelnego oraz sporządzenia aktu małżeństwa w Urzędzie Stanu Cywilnego<sup>50</sup>. O stosunku do małżeństwa świadczy specjalne traktowanie tej instytucji jako w zasadzie jedynej formy związku między kobietą i mężczyzną, wywołującej szczególne skutki prawne. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i doktryna prawa wykluczają stosowanie analogicznych unormowań dotyczących małżeństwa w odniesieniu do konkubinatów. Uważa się, że konkubinaty społecznie i moralnie ma charakter naganny. Takie traktowanie konkubinatu wyraźnie odróżnia go od małżeństwa<sup>51</sup>. Małżeństwo jest instytucją wyjątkową, gdyż małżonkowie nie mogą go zawrzeć sami, tzn. bez udziału kompetentnego przedstawiciela zorganizowanej prawnie społeczności, do której należą, nie mogą go też sami rozwiązać, jak to jest możliwe przy innych kontraktach.

W kodeksie postępowania cywilnego<sup>52</sup> sformułowano wyraźnie zasadę trwałości małżeństwa. W art. 436 § 1 podkreśla się bowiem „społeczne znaczenie trwałości małżeństwa”. Jednak liczba małżeństw rozbitych zdaje się nie potwierdzać obowiązywania tej zasady w polskim prawie rodzinnym, jak również w prawie rozwodowym. Nie zmienia to faktu, że istnieje szereg norm, które ustanowiono, aby małżeństwo było instytucją trwałą. Intencja ta przyświeca szczególnie miesięcznemu okresowi oczekiwania na zawarcie małżeństwa (art. 4 k.r.io.), przesłankom unieważnienia zawartego małżeństwa zmierzającym do tego, by zawierały związek małżeński osoby dojrzałe (art. 10-16 k.r.io.). Ujęcie praw i obowiązków małżonków (art. 23 k.r.io.)<sup>53</sup> też może być rozpatrywane pod kątem ich znaczenia dla trwałości małżeństwa. Prawa i obowiązki osobiste to wspólne pożycie, wzajemna pomoc i wierność oraz współdziałanie dla dobra założonej rodziny. Solidne wypełnianie wymienionych obowiązków przyczynia się do trwałości związku małżeńskiego. Temu samemu celowi służy ustawowa wspólnota majątkowa małżonków (art. 31 k.r.io.) oraz przepisy o obowiązku alimentacyjnym między małżonkami (art. 60–61 k.r.io.). Do środków materialnych, przeciwstawiających się pochopnemu rozwiązywaniu małżeństw należy przede wszystkim system przesłanek dopuszczalności rozwodu (art. 56 k.r.io.)<sup>54</sup>. Do środków natury procesowej, których celem jest zapobieganie rozwodom, zaliczyć można

<sup>50</sup> Art. 1 § 2 i art. 8 § 1–3 k.r.io.; rozdz. 6 ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2004 r., nr 161, poz. 1988 z późn. zm.).

<sup>51</sup> J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1996, s. 144–146; B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 263–379.

<sup>52</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

<sup>53</sup> W porównaniu z kan. 1055 § 1 KPK 1983 brak jest w k.r.io. mowy o dzieciach. Motywowane jest to tym, że małżeństwo może być bezdzietne. Por. K. Piasecki, *Równouprawnienie małżonków*, [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 20–22.

<sup>54</sup> Por. R. Krajewski, *Podstawy prawa rodzinnego*, Warszawa 2003, s. 66–68.



w szczególności posiedzenie pojednawcze, mediację i zawieszenie postępowania w przypadku, gdy sąd nabierze przekonania, iż istnieją widoki na utrzymanie pożycia małżeńskiego (art. 436, 440 k.r.io.) lub gdy powód nie stawi się bez usprawiedliwienia na pierwsze posiedzenie sądowe (art. 428 k.r.io.)<sup>55</sup>. Trwałości małżeństwa wynikającej z polskiego prawa rodzinnego nie należy utożsamiać z kanoniczną zasadą nierozwiązalności węzła małżeńskiego<sup>56</sup>.

## Podsumowanie

Małżeństwo, dzięki któremu konstytuuje się rodzina – podstawowa komórka życia społecznego, stanowi instytucję otoczoną szczególną troską zarówno Kościoła, jak i państwa. Podczas gdy dla państwa małżeństwo jest trwałym i legalnym związkiem mężczyzny i kobiety powstałym z ich woli w celu wspólnego pożycia, realizacji dobra małżonków, dobra założonej rodziny i jej celów społecznych, dla ustawodawcy kościelnego małżeństwo jest dozogoną wspólnotą całego życia mężczyzny i kobiety, skierowaną z natury swojej ku dobru małżonków oraz ku zrodzeniu i wychowaniu potomstwa, podniesioną przez Chrystusa – pomiędzy ochrzczonej – do godności sakramentu. Chociaż prawo kanoniczne i polskie wywodzą się z tego samego źródła rzymsko-chrześcijańskiego, to różnią się koncepcją małżeństwa i jego trwałości. Prawo kanoniczne uznaje i chroni nie tylko trwałość, lecz także nierozzerwalność małżeństwa. Prawo polskie zaś uznaje i chroni tylko trwałość małżeństwa. Różnice w podejściu do trwałości małżeństwa ujawniają się tak w normach dotyczących przygotowania do małżeństwa i jego zawierania, jak też w normach dotyczących małżeństw zawartych i określających trudność rozwiązania małżeństwa, stwierdzenia jego nieistnienia lub nieważności<sup>57</sup>.

## Summary

### *Marriage as a relationship for the whole life*

Keywords: marriage, stability, indissolubility of marriage, divorce.

Every society treat marriage as an institution with a special care. It is important for them to keep this kind of relationship stable. But life experience says that not all marriages last forever. Some of them break up. Every

<sup>55</sup> Por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 215–217.

<sup>56</sup> M. Grudziński, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 257–258.

<sup>57</sup> R. Andrzejczuk, *Prawa człowieka a ochrona małżeństwa i rodziny w świetle prawa kanonicznego i świeckiego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2008, nr 18(2), s. 101–111.

separation between legally married people is not only their own personal and existential tragedy, it is also a distressing social phenomenon.

The Church legal proceedings related to stating the invalidity of any marriage differ from the divorce cases in a considerable way. Dissimilarity of these both legal proceedings involves the names, the reasons and the effects. First of all, in the civil divorce proceedings the marriage is dissolved because of the firm and thorough break-up of the relationship and the lack of any will to become reconciled. On the other hand, in the Church proceedings the aim is to prove that the marriage bond has never existed. Therefore, the truth of the matter, that is the indissolubility of the marriage, is preserved. The catholic marriage keeps its firm value. In that case, although the results of both proceedings are very similar and the two parties to a lawsuit are free, the assumptions, the process and the matter in contestation are quite different. In the Church there have never been any divorce. The civil court of law legalizes the divorce cases. But this matter involves the civil wedding, not the sacrament of matrimony. The fact is that after the civil divorce catholic spouses are still married in relation to God and the Church.

To sum up, the subject of the matter in this article is the great care for every marriage, all families from the Church side and the state one. It is connected with introducing the suitable legislation, which would be the warranty of the stability of the marriage.

**Dorota Lis-Staranowicz**  
Katedra Prawa Konstytucyjnego  
Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Constitutionalisation of political changes in Poland during the years 1989–2011**

### **Reconstructure of a Polish constitutional system during the years 1989–1992**

The year 1989 was distinctive for a political transformation in Poland and other countries of Eastern and Central Europe. It was in this year that the first free elections were conducted in Poland and the Berlin wall collapsed in Germany. These events started a long way to the democratization of a political life in post-communist countries. The process of democratization manifested itself, among others, in the rejection of foundations of socialist constitutions.

### **Foundations of the Constitution of the Polish People's Republic of 22 July 1952**

By breaking with a Polish governmental tradition the Constitution of the Polish People's Republic of 22 July 1952<sup>1</sup> created a system of a socialist state that could be transformed into a communist one. It was based on principles which today may sound strange e.g. the worker-peasant union, the sovereignty of the working people of towns and villages, the Sejm supremacy, the unity of state power, state ownership of production resources as well as on the principle of a leading role of the communist party. The communist constitution guaranteed citizens a wide range of freedoms, yet this regulation had a completely pretentious character. A legal status of a citizen was determined by an ordinary statute and exercising rights and freedoms was

---

<sup>1</sup> Journal of Laws no. 33, item 232.

totally licensed. Modelled on Western countries socialist constitutionalism in Poland was endowed with the Constitutional Tribunal. It should be stressed that this organ started its activity in 1986, that is three years before the change of a political system in Poland. It was the only such organ in countries of Eastern bloc. Its judgements on unconstitutionality of a statute were not final and had to be approved by the Sejm which was a representative of the communist party.

A characteristic feature of all countries of a people's democracy was a complete lack of freedom of speech and free elections. These two freedoms constitute a *sine qua non* of a democratic system; however, the term "people's democracy" did not comprise them. A *sine qua non* of a democratic system was, on the other hand, a pre-publication censorship of press, radio plays, TV programmes and books, even those addressed to children. Instead of multiplicity and equality of political parties a people's democracy offered candidates' competitiveness within one political option i.e. a socialist-communist option. Other political options were forbidden while a freedom of speech was severely punished. So formed a political and social system did not correspond with needs and aspirations of the majority of society that supported the independence movement.

### **The Polish Round Table of 1989 and April Amendment of the Constitution**

The independence movement in the form of postulates of the first independent trade unions required something more than the rationalization of a socialist system. At the beginning of 1989 Poland was hit by a wave of strikes which arose from dissatisfaction with a social and economic situation<sup>2</sup>. A more and more widespread economic crisis and low salaries brought about the discontentment of the working people. The communist government was aware that only radical economic reforms would prevent Poland from going bankrupt. This led to the decision about starting talks with the opposition. It was resolved that the opposition would be allowed to take part in governing and in this way it would be rendered responsible for the condition of the state. The result of the talks between the opposition and the communist government was so-called the Round Table Talks which lasted from 6 February 1989 to 5 April 1989. The communist government treated the Round Table as an introduction to building Solidarity into a political system of the Polish People's Republic (Polska Rzeczpospolita Ludowa

---

<sup>2</sup> See generally A. Dudek, *Reglamentowa rewolucja. Rozkład dyktatury komunistycznej w Polsce*, Kraków 2004.

– PRL) without disturbing a leading position of the Polish United Workers' Party (Polska Zjednoczona Partia Robotnicza – PZPR).

The main achievement of the Round Table negotiations was a decision about the legalization of Independent Self-governing Trade Union "Solidarity". Furthermore, the second chamber of the parliament and the office of the president of the Republic of Poland were to be reactivated. Contract elections to the Sejm were arranged – 65% of seats (299 seats) were reserved for the PZPR, ZSL and SD (60%) and for Catholic organizations: PAX, UChS and PZKS (5%) while independent candidates were to fight for 35% seats left (161 seats) in free elections. Elections to the Senate were assumed to be free. It was decided that the office of the President of the PRL would be formed. Solidarity was to be given access to the media in the form of their own 30-minute programme on TVP channel once a week and an hour of air time in the Polish Radio station. Other provisions included a postulate of registering a Solidarity weekly and the introduction of a principle of trade union pluralism in working places. It was also decided that the system of common courts of law would be reformed.

Provisions of the Round Table required the amendment of the Constitution of the Polish People's Republic. On 7 April 1989 the communist Sejm passed the amendment of the basic law<sup>3</sup>. In this case the Sejm acted as a voting machine because its role was limited to ratifying political settlements during the Round Table talks<sup>4</sup>. April amendment did not bring major changes in a political system, they were rather of a symbolic nature. First and foremost, Poland was still a people's democracy with a leading position of the communist party and based on the principle of the unity of state authority. The principle of the sovereignty of the working people of towns and villages as well as the worker-peasant union were also preserved. Nevertheless, organs typical of Polish constitutional tradition suppressed after appropriating the state by the people's government were reinstated. April amendment reintroduced the Senate that is the other chamber of the parliament and the office of the president which had been replaced by the Council of State in 1952.

The Senate consisting of 100 members was not equal to the Sejm because the principle of the Sejm supremacy still existed. Senators were elected in universal, direct, secret and majority voting. Each voivodeship elected two senators except for the Małopolskie and a metropolitan voivodeship in which three senators were chosen. The Senate and Sejm formed the National Assembly which elected the President of the Polish People's Republic.

---

<sup>3</sup> Act amending the PRL Constitution dated 7 April 1989 (Journal of Laws no. 19, item 101).

<sup>4</sup> See W. Sokolewicz, *Kwietniowa zmiana Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1989, no. 6, pp. 5–6.

The President of the PRL was an executive authority which acted as a head of the state and had wide prerogatives. First of all, he could initiate legislation, sign statutes, ask the Constitutional Tribunal to rule a statute unconstitutional, veto, dissolve the Sejm and Senate, take part in forming the government, summon the government meeting to discuss important matters and chair such meetings, execute political responsibility of the Council of Ministers, supervise national assemblies and the public prosecutor's office, issue regulations and orders. What can prove numerous rights of the president is the provision which enabled him to dissolve the Sejm in case of passing a statute or a resolution which would made the president unable to exercise his constitutional rights. Official acts were countersigned; however, in practice this institution was not used. The PRL President was a guard of a socialist character of the country. His constitutional and statutory rights made him an active centre of deciding and executing the state's policy. Taking into account the fact that the first president of the Polish People's Republic was General Wojciech Jaruzelski, it should be concluded that full democratization under his supervision was impossible.

Moreover, April amendment of the PRL constitution guaranteed independent judges and courts. It was an important provision for an awakening Polish democracy. The communist regime used judges to fight the opposition. A strengthened status of a judge was inherent in the principles of a democratic state. Independent courts and judges were safeguarded by the National Justice Council.

On the one hand, provisions of April amendment did not break with a communist nature of the state. Its limited scope fitted in the spirit of the 1952 Constitution. The amendment was a legal expression of a "political contract" concluded between part of a democratic opposition and the communists. On the other hand, it triggered off a process of constitutional transformation. It was a first step towards the democratization of a constitutional order in Poland<sup>5</sup>.

### **Free elections of 4 June and December Amendment of the Constitution of the Polish People's Republic**

The first free elections in the post-war history took place on 4 June 1989 and brought a landslide victory to the opposition. In the first round out of 161 seats eligible in the Sejm the Solidarity camp won 160, while in the Senate it took 92 seats out of 100 available. The government coalition had

---

<sup>5</sup> See A. Szmyt, *Dokonywanie zmian przepisów konstytucyjnych*, [in:] M. Zubik (ed.), *Dwa-dzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, Warszawa 2010, pp. 124 et seq.

only 3 out of 299 seats. The attendance amounted to 62%. Due to the fact that not all the seats in the Sejm were filled, it was necessary to hold the second round, in which the opposition took yet another missing seat in the Sejm and 7 seats in the Senate. This time the attendance was only 25%. On 23 June deputies and senators elected from Solidarity lists formed Citizens' Parliamentary Club. Tadeusz Mazowiecki, an opposition activist, became the head of the government.

The victory of the opposition in the elections of June 1989 led to a further radicalization of political climate and resulted in yet another amendment to the PRL Constitution dated 29 December 1989 called December Amendment. This amendment was a revision of the constitution which changed its major principles. December amendment of the 1952 Constitution put Poland on the way towards a gradual and slow democratization of political life<sup>6</sup>.

December revision rejected the notion of a socialist state and society replacing it with the notion of the state and civil society<sup>7</sup>. Its provisions determined the directions of the restructure of the state. The principle of the sovereignty of the working people of towns and villages was replaced by the principle of the sovereignty of the nation, whereas political pluralism replaced a leading role of the PZPR. Private ownership forced state ownership of production resources out. Citizens' business activity was allowed, which guaranteed economic freedom. Nonetheless, the most significant achievement of December 1989 was the adoption of the principle of a democratic state ruled by law. The democratic character of a state ruled by law corresponded with such guarantees as freedom of the formation of political parties and trade unions. Public authorities were obliged to act according to law and on its basis. Further, the constitution guaranteed the participation of local and professional governments in governing the country. December amendment to the constitution did not include in its scope a catalogue of constitutional rights and freedoms so important in a democratic state. Instead, it contained many provisions of a symbolic nature which were to prove that the socialist system had been gone. Firstly, the introduction to the constitution was removed. Secondly, the Polish People's Republic was renamed the Republic of Poland. Finally, a former national coat of arms with an image of a crowned white eagle was reinstated.

December amendment changed a political system only fragmentarily. Provisions of the communist constitution of 1952 set in the previous period

---

<sup>6</sup> Journal of Laws no. 75, item 444.

<sup>7</sup> December Amendment of 1989 was not a final change of the 1952 Constitution. On 8 March 1990 the Sejm passed an act amending the Constitution of the Republic of Poland (Journal of Laws no. 16, item 94) reintroducing local governments in Poland. The next amendment, which changed the procedure of electing the President of Poland, took place on 27 September 1990 (Journal of Laws no. 67, item 397).

were still in force. These deficiencies of the constitutional order were to be remedied by judicial decisions of the Constitutional Tribunal. First, the constitution derived from the principle of a democratic state ruled by law other principles characteristic of a democratic state and so far not expressed in the Polish Constitution. It served as a normative justification for, among other things, the principle of separation of powers, a right to a fair trial, the principle of a citizen's trust to the state and law, *lex retro non agit*, principles of a good legislation. Furthermore, December Amendment started the process of reinterpretation of the constitution<sup>8</sup>.

Second, the Constitutional Tribunal reinterpreted existing constitutional concepts. As a result of political changes, a new meaning was given to constitutional provisions from 1952. A good example of an incriminated phenomenon is a principle of universality of elections. Its meaning established in the era of real socialism had to be rejected totally. Socialist elections designed to be competitive within only one political option became free and turned to be a competition of many political options. Therefore, with no formal change of principles of election law these principles changed "substantively", which undoubtedly proves the reinterpretation of the constitution. New political principles introduced in December 1989 had an impact on the meaning of other provisions of the 1952 Constitution and on the way they were understood. Judicial interpretation of "existing notions" headed towards their democratization created by a new political situation and new constitutional principles. According to a former judge of the Constitutional Tribunal Leszek Garlicki, the reinterpretation of constitutional provisions of 1952 "was based on the absorption of axiological bases of Western democratic constitutionalism" and "regulations of international law, especially in human rights"<sup>9</sup>. In this process the Constitutional Tribunal set its axiological limits of the reinterpretation of the constitution<sup>10</sup>.

### **Lost constitutional moment and the Little Constitution of 1992**

A postulate of passing a new democratic constitution accompanied the political transformation in Poland from the very beginning. Pro-democracy feelings among the Polish society and its rejection of communism constituted a sufficient reason to start the work on a new supreme statute. A need for

---

<sup>8</sup> See L. Garlicki, *Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji*, [in:] M. Zubik (ed.), *Dwadzieścia lat transformacji...*, p. 94 et seq.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 97.



its amendment met nation's expectations and we experienced a so-called constitutional moment within the years 1989–1992.

Legal doctrine defines a constitutional moment as a period during which the nation rejects an existing constitutional consensus and changes its attitude towards certain constitutional regulations. The constitutional moment is complex and takes the form of a multi-stage process consisting of the following elements: first, signaling a need for political changes, most often articulated by political elites. Second, it contains a proposal of changes and a public debate in which citizens may participate. Third, the final stage involves a codification of changes which have been accepted by the society. Constitutional amendments which take place during the constitutional moment are essential and fundamental. Other constitutional amendments do not possess such characteristics because they have not been introduced in this exceptional period<sup>11</sup>.

The Contract Sejm elected in the elections of 4 June 1989 created a Constitutional Commission in order to draft a democratic constitution. In addition, the Senate started to work on its own draft of a supreme statute and established its Constitutional Commission. Members of the Commission promised that the work on the text of the constitution would be intensive because free Poland required a free constitution. It was assumed that the constitution would be passed on 3 May 1991 that is on the two-hundredth anniversary of the Constitution of 3 May 1791. The rough draft of the constitution was prepared by the Constitutional Commission in October 1990, but the final version was accepted by the Commission only in August 1991. The constitution was not passed despite fast work on it. It was suggested that a new constitution should be passed by a new Sejm and Senate elected in really free elections. The Contract Sejm, as stated in legal doctrine, did not have a full political legitimacy. It did not reflect the will of the nation but only a political consensus between communists and part of the opposition. As such it had neither political nor moral authority to pass a democratic constitution<sup>12</sup>.

Constitutional work in the Contract Sejm was interrupted due to the shortening of the term. A full free elections to the Sejm and Senate took place on 27 October 1991 and created a democratically legitimate parliament able to pass a democratic constitution of the Republic of Poland. During the first term of the Sejm and second term of the Senate simultaneous work on the Little Constitution<sup>13</sup> and on a new constitution of the Republic of Poland began.

---

<sup>11</sup> B. Ackerman, *We the People*. Foundations, 1993, p. 287 et seq.

<sup>12</sup> See A. Szmyt, [in:] M. Zubik (ed.), *Dwadzieścia lat transformacji...*, p. 140 et seq.

The constitution regulating relations between legislative and executive powers and the local governments, commonly known as the Little Constitution was passed on 17 October 1992 and was an effect of a three-year political transformation. The constitution was assumed to regulate a political system during a transition period and be in force until a new constitution was passed. Solutions adopted by the constitution resulted from experience associated with functioning of the state in new political conditions. First and foremost, it consolidated a democratic direction of changes in Poland. Moreover, it introduced a principle of separation of powers, *incompatibilitas*, a free deputy's mandate, and rejected the principle of the Sejm supremacy. Relations between an executive power and the Parliament suited a parliamentary government whose manifestation was the participation of the Sejm in the formation of the Council of Ministers, political responsibility of the government and countersigning legislative acts of the president<sup>14</sup>.

Article 77 of the Little Constitution revoked the Constitution of 22 July 1952 maintaining in force some of its provisions. The maintained provisions of Chapter 1, 4, 7, 8, 9, 10 and 11 constituted 60% of the revoked 1952 Constitution. Such a legislative operation was symbolic; it showed the rejection of the previous socialist regime as well as socialist values of the state and society. On the other hand, the preserved provisions were in force not because the communist party wanted so but because of the will of a democratically elected parliament and became an expression of the Polish nation's attempts to have a democratic state. Chosen in free elections the Sejm and Senate confirmed a democratic legitimacy of maintained provisions depriving them of the odium of a previous political system<sup>15</sup>.

Among the maintained Chapters of the 1952 Constitution there were provisions concerning individual rights and freedoms. It meant that in a democratic state ruled by law a status of an individual was determined by a socialist constitutional legislator. It should be stated parenthetically that in the 1950s and 1960s people believed that the 1952 Constitution as well as individual rights and freedoms it defined were not normative but resulted from gained experience constituting a sort of political profit and loss account.

---

<sup>13</sup> In the Contract Sejm they realised a need to pass the Little Constitution which would regulate a political, social and economic system of the state temporarily. This need resulted from the fact that a constitutional compromise was difficult to reach whereas a social and political reality differed much from what the amended constitution of 22 July 1952 stated. What was needed was a constitution which would regulate a lot of new problems related to the way state authorities acted in a new political reality. Consequently, on 5 October 1991 the Council of Ministers submitted a draft of a constitution – so-called Little Constitution. The Sejm rejected the draft of the Little Constitution during a constitutional debate.

<sup>14</sup> M. Kallas, *Mała Konstytucja w praktyce ustrojowej RP*, „Przegląd Sejmowy” 1993, no. 2, pp. 25–40.

<sup>15</sup> See L. Garlicki, *Komentarz do art. 77 Małej Konstytucji*, [in:] *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1995, pp. 1–5.

Rights and freedoms were enjoyed to the extent defined by an ordinary law-maker. Such an approach to rights and freedoms should be rejected in a democratic state, whereas maintained provisions should be interpreted according to values of such a state. Therefore, an important role was played by the Constitutional Tribunal whose activity was focused on reinforcing a legal status of a human being. It gave rights and freedoms approved in 1952 a new meaning concurrent with ongoing processes of democratization of a political, social and economic life. It reinterpreted them referring to the experience of European courts including the European Court of Human Rights. In this case an interesting phenomenon could be observed: while the identity of the contents was maintained, its meaning changed. Hence, it can be stated that a substantive change of provisions of the constitution in line with the expectations of the Polish society took place.

The society still waited for a new constitution which could determine a political system of the state and completely break with a socialist past. To fulfill this postulate an act on the procedure of drawing up and adopting the Constitution of the Republic of Poland was passed on 23 April 1992. Pursuant to its provisions the Constitutional Commission of the National Assembly (the combined chambers of the parliament) was appointed. The Commission received 7 drafts of the constitution and had 9 meetings; however, no draft was a subject of the debate during the National Assembly. In May 1993 President Lech Wałęsa dissolved a politically divided parliament. The decision of the head of the state interrupted the work on a supreme statute. In this way the constitutional moment was lost.

### **The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 and a changing political context of its application**

It was after eight years of a political transformation<sup>16</sup> that a new constitution was passed for the Polish nation. On 2 April 1997 the National Assembly adopted a supreme statute by a vast majority of votes. 451 members of the National Assembly voted in favour of the constitution, 40 against it while 6 abstained. President Aleksander Kwaśniewski called a national referendum to be held on 25 May 1997. About 42% of those eligible to vote took part in universal voting and only 53% of those who voted approved of the constitution. It can be noticed that the attendance was not high if we take into account its importance for Poland and its nation. This situation resulted from the fact that a Polish constitutional legislator did not make

---

<sup>16</sup> See M. Kruk, *Transformacja polskiego porządku konstytucyjnego w latach 1989–1997*, [in:] W. Sokolewicz (ed.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Warszawa 1998, p. 57 et seq.

use of the constitutional moment at the beginning of the political transformation. The Polish society was no longer so involved in a formal change of the system, but it longed for a real change of the character of the state.

The Constitution of 2 April 1997 came into force in January 1998. In this way the process of a constitutional transformation came to an end. The adopted constitution was based on the experience of countries in Western Europe and took into account a Polish constitutional tradition and our experience of the period of political transformation. It sealed the devotion of Poland to democracy and the state ruled by law. Yet, the most important was the fact that the constitution determined again a legal status of an individual giving him a wide range of rights and freedoms as well as instruments of their protection. It confirmed a native and inalienable character of dignity of a man which was a source of rights and freedoms. It was preceded by a preamble which expressed values essential for the Polish nation such as human dignity, justice, beauty, welfare, solidarity. All in all, the Constitution of 2 April 1997 broke off political ties of the Republic of Poland with socialist constitutionalism.

### **Poland's membership of the European Union as a factor influencing the contents of the constitution**

Despite the fact that the Constitution of 2 April 1997 was passed not a long time ago, it is in force in new political conditions which result from our membership of the European Union. Fifteen years after the first free elections Polish nation, in compliance with democratic procedures, expressed their support for membership of the European Community. In 2004 the Treaty of Accession was signed and the same year Polish citizens elected members to the European Parliament. The accession to the European Union did influence the constitution which underwent so-called Europeanisation<sup>17</sup>. This phenomenon can in short be described as the influence of legal regulations of the European Union on the contents of the constitution. The process of Europeanisation may take the form of a formal, but also as a substantive amendment to the Constitution.

It should be explained that the Polish Constitution of 1997 came into force when Poland tried to become a member of NATO and the European Communities and yet it does not know such concepts as NATO, the Europe-

---

<sup>17</sup> More in: K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa polskiego organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007; J. Galster, D. Lis-Staranowicz, *O zjawisku europeizacji polskiego prawa konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2010, no. 2, p. 29 et seq.; M. Dobrowolski, D. Lis-Staranowicz, *Podstawowe zasady ustroju RP w europejskich orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 2007, no. 1, p. 9 et seq.

an Communities or the European Union. Nevertheless, authors of the Constitution of the Republic of Poland regulated a procedure of ratifying an international agreement on the basis of which the Republic of Poland may delegate to an international organization or international institution the competence of organs of state authority in relation to certain matters (Article 90). Additionally, it regulated a place of European law in the hierarchy of sources of law stating in Article 91.2 that an international agreement ratified upon prior consent granted by statute shall have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes.

The first and only amendment to the Constitution of the Republic of Poland which results from our membership to the EU is an amendment to Article 55 which forbade an extradition of a Polish citizen and as such it made impossible for Poland to execute a framework decision that introduced the European Arrest Warrant. The problem of implementing the EU decision by a Polish legislation was widely analyzed by legal doctrine which was not unanimous as to the constitutionality of the European Arrest Warrant (hereinafter referred to as EAW). A constitutional regulation which tried to meet the needs of a mutual European policy in judicial matters became a subject of a decision of the Constitutional Tribunal.

In the decision of 27 April 2005 the Constitutional Tribunal considered a legal question about the adherence to the RP Constitution of national means implementing the framework decision of the Council of the EU of 13 June 2002 on the European arrest warrant<sup>18</sup>. The Constitutional Tribunal decided that an institution of the European arrest warrant defined in the Polish Code of Criminal Procedure did not comply with Article 55.1 of the Constitution of the Republic of Poland. The Tribunal postponed the date of nullifying the provision of the Code by 18 months claiming that “in a situation when nullification of the provision said to be unconstitutional could lead to the breach of international obligations of the Republic of Poland, the institution of prolonging its application becomes important in the terms of international obligations of the state”. On 8 September 2006 the Sejm amended Article 55 of the Constitution which now reads: “Extradition of a Polish citizen may be granted upon a request made by a foreign state or an international judicial body if such a possibility stems from an international treaty ratified by Poland or a statute implementing a legal instrument enacted by an international organisation of which the Republic of Poland is a member, provided that the act covered by a request for extradition: was committed outside the territory of the Republic of Poland, and constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland or would have

---

<sup>18</sup> Z.U.2005/4A/42.

constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland if it had been committed within the territory of the Republic of Poland, both at the time of its commitment and at the time of the making of a request”.

Europeanisation of the Constitution the Republic of Poland may take the form of its reinterpretation. The Constitutional Tribunal does not reject an amendment to the contents of a constitutional rule by a so-called pro-European interpretation. Such a measure was used in case of Article 62 of the said Constitution. Article 62 states that if, no later than on the day of vote, he has attained 18 years of age, Polish citizen shall have the right to participate in a referendum and the right to vote...<sup>19</sup>. In case no. K 18/04 the applicant demanded that Article 19.1 of the treaty establishing the European Community stating that every citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a national shall have the right to vote and to stand as a candidate at municipal elections in the Member State in which he resides, under the same conditions as nationals of that State, be declared unconstitutional. The applicant observed that the community regulation breached Article 62 of the said Constitution because due to the ratification of the treaty of accession individual rights were unlawfully extended to individuals who are not Polish citizens, but are citizens of the European Union. In the opinion of the Constitutional Tribunal Article 62 of the Constitution does not give Polish citizens an exclusive right to elect or to be elected. It does not prohibit EU citizens permanently residing in Poland from exercising these rights<sup>20</sup>.

Poland's membership to the EU also influences constitutional principles. It is due to the fact that delegating to the European Union the competence of authorities of the Republic of Poland resulted in some of the functions which used to be reserved for the state being taken over by an foreign entity. Law made by this entity is in force within the territory of the Republic of Poland and has a right of priority in relation to a statute passed by a national parliament. The Union and its authorities are not subject to the nation's superior authority and do not bear responsibility to the Polish sovereign. Before, all the state's tasks used to be performed by its authorities. Now the legislative power has lost a large part of its competence whereas the status of the Council of Ministers has been strengthened because it is in charge of European policy, formulates its directions and presents it in the sitting of the Council of the European Union. In addition, it makes legislative and political

---

<sup>19</sup> In legal doctrine a necessity of an amendment to this provision and the extension of rights to elect and to be elected to a local government to a citizen of the European Union has been raised.

<sup>20</sup> In this case the Constitutional Tribunal did not declare the questioned regulation unconstitutional. Yet, it did not decide that it was in compliance with the Constitution. In other words, it adopted a Solomonic solution stating that Article 62 of the Constitution is an unsuitable model of an assessment of a questioned regulation.

decisions on the European forum<sup>21</sup>. This competence shift between the Parliament and the Council of Ministers is a fact which shows the Europeanisation of the Polish government system. Such a situation has made the meaning of even the principle of the nation's sovereignty and of the division of powers change due to Poland's membership to the EU<sup>22</sup>. Constitutional doctrine in Poland makes efforts to redefine these principles taking into account the new context. It observes that Poland's membership to the European Union also requires a new approach to major political solutions. The meaning of constitutional principles has to take into consideration a changing political reality.

### **Drafts of acts amending the Constitution of the Republic of Poland**

What is emphasized in legal doctrine is a necessity of an amendment to the constitution in the form which would contain the regulation of the relation of the Republic of Poland with the European Union, a new definition of

---

<sup>21</sup> The problem of the president participating in EU politics has been a subject of the dispute between the President and the Council of Ministers. The dispute concerned a question of which of the state authorities (the President or the Council of Ministers) is entitled to represent the Republic of Poland during sittings of the European Council in order to present the state's standpoints there. The constitutional regulations concerning foreign policy constituted a basis for the deliberations of the Constitutional Tribunal. The Tribunal did not notice that apart from domestic and foreign policies there is also EU policy which differs from these two classic forms of governmental activities. Therefore, the settlement of this dispute on the basis of the constitution to which the European Union is an alien institution could not bring an expected result. The Tribunal based its decision on the order of cooperation between the Council of Ministers and the Prime Minister, and the President. Moreover, in the opinion of the Constitutional Tribunal the president as Poland's highest representative may, pursuant to Article 126.1 of the Constitution, take a decision about his participation in a particular sitting of the European Council if in his opinion it is necessary to execute his duties defined in Article 126.2 of the Constitution. Notwithstanding this, according to Article 146.1, 146.2 and 146.4.9 of the Constitution the Council of Ministers determines a standpoint of the Republic of Poland for a sitting of the European Council, while the Prime Minister represents the Council of Ministers during a sitting of the European Council and presents the approved standpoint. In matters related to the execution of his tasks defined in Article 126.2 of the Constitution the President has a right to express his opinion concerning the standpoint adopted by the Council of Ministers. See a decision of the Constitutional Tribunal of 20 May 2009, case number Kpt 02/08.

<sup>22</sup> This problem has also been noticed by the Constitutional Tribunal. In its opinion the development of the European Union in many cases requires a new approach to legal issues and institutions which, in many years' tradition (sometimes even many centuries' tradition), have been established, enriched by judicial decisions and doctrine, and which have become deeply rooted in the consciousness of generations of lawyers. The need to redefine some existing and so far unchanged institutions and concepts has arisen. Its source is an European integration which may sometimes bring a conflict between a usual interpretation of constitutional regulations and a need for an effective reaction on the forum of the European Union which would be in compliance with constitutional principles. See a decision of the Constitutional Tribunal of 11 May 2005, case number K 18/04.

the essence of sovereignty of a Polish state. In addition, there is also a need to define the competence of public authorities in relation to European issues in particular the participation of organs representing the nation in determining and executing EU policy. Postulates of legal doctrine to regulate problems concerning Poland's membership of the European Union have been reflected in drafts of an act amending the Constitution.

Two drafts which address the above-mentioned issues were submitted to the Sejm during its the sixth term. They plan to add additional chapter Xa entitled "The Republic of Poland's Membership of the European Union" or "Delegation of Competence to an International Organization or an International Organ" to the Constitution of 2 April 1997. These two drafts refer to such issues as a procedure of ratifying agreements of accession, ratifying agreements changing the EU, Poland's secession from the European Union or competences of state authorities in EU issues.

The draft of the President of the Republic of Poland, Bronisław Komorowski<sup>23</sup>, addresses the largest number of issues related the Poland's membership of the European Union. First, it looks to the future and prepares the Polish constitution for joining the eurozone. Second, it regulates the right to elect and the right to be elected to the European Parliament and gives EU citizens a right to participate in local elections. Third, it regulates a procedure of passing statutes which implement EU laws.

Nevertheless, the most important proposal submitted by the President is Article 227a of the draft which states that the Republic of Poland is a member of the European Union which respects sovereignty and national identity of its member states, observes principles of subsidiarity, democracy, a state ruled by law, respect for inborn and inalienable human dignity, freedom and equality as well as ensures the protection of human freedoms and rights comparable to the protection of such freedom and rights in the constitution. According to the draftsman this provision is to define axiological foundations of Poland's membership of the European Union. A justification of the draft reveals that this provision fulfills three functions. The first one is that it constitutes a constitutional basis for our membership of the EU. The second defines the objectives of Polish EU policy. Polish EU policy has to reflect the values mentioned in Article 227a. The last function of the drafted provision is that it has to determine a "meaning" and "quality" of our membership of the EU. As long as the EU is an organization which respects the values mentioned in Article 227a of the draft, Poland may be its member. Otherwise, the state authorities will have to secede from the European Union in order to alleviate the condition of non-compliance with the Constitution of the Republic of Poland. Poland does not have a constitutional

---

<sup>23</sup> The Sejm printed matter no. 3598 of 12.11.2010.



obligation, as the justification of the draft states, to exercise EU law which is contrary to the values protected by the analyzed provision.

The presidential draft of the act amending the constitution regulates powers of state authorities in respect of EU issues. It delegates all EU policy to be dealt with by the Council of Ministers whereas the participation of the nation's representative organs that is the Sejm, the Senate and the President is little. Article 227h of the draft states that the Council of Minister conducts Polish EU policy whereas the Sejm and Senate have competences given to national parliaments in treaties being the European Union's base in the scope and forms defined in these treaties. The President is only an organ cooperating with the Prime Minister and a minister in charge of EU policy on the basis determined in the act (Article 227h.3 in relation to Article 227h.4).

The problem of Poland's membership of the European Union is viewed differently in a draft submitted to the Sejm by a group of deputies. First and foremost, Poland may not be a member of the European Union if the system or activities of the Union cannot be reconciled with exercising constitutional principles and objectives of the Republic of Poland. Poland may not be a member of the Union if it closes the way to secession. The decision about Poland's accession to the European Union requires an approval expressed in an statute passed in an ordinary procedure (Article 227b.2). An ordinary procedure is a statute passed in the Sejm and the Senate by a simple majority of votes. In the opinion of the draftsman such a majority is required to secure the state against a political minority blocking the majority of the nation which wants to secede from the European Union.

The parliamentary draft regulates mutual relations between the Council of Ministers, the President and Parliament in EU matters quite differently. First, it ensures a bigger influence of organs elected by the nation on EU politics. Thus, the Sejm expresses its approval of appointing a person to be in charge of a certain function in the EU. Second, according to the draft, the statute is to define rules of cooperation between the Council of Ministers and the Sejm and Senate in matters related to Poland's membership of an international organization to which the Republic of Poland has delegated competence of the state authorities in some matters. Third, the statute has to define matters in relation to which a decision about Poland's standpoint concerning a draft of an act of an international organization is made, on the request of the Council of Ministers, by the President of the Republic of Poland upon the approval expressed in the act, as well as types of matters in relation to which such a decision is taken by the Council of Ministers upon the approval of the Sejm, or the Sejm and the Senate. A failure to take a decision following this procedure will result in a representative of the Republic of Poland supporting a rejection of the draft of an act in a given issue.

The Sejm's Constitutional Commission of the current term (the sixth term) has been working on the amendment to the Constitution of the Republic of Poland which will regulate EU problems. It appears that upcoming elections to Parliament will interrupt the work on a "European amendment" to the Polish Constitution. A new parliament will have to face these problems and pass a European chapter. It would be unthinkable for a member state of the EU to have the constitution to which the European Union is a completely alien institution.

## Conclusions

To summarise, it should be stated that firstly, political changes influence the contents of constitution to a large extent. Secondly, political changes may lead to an amendment to the constitution, passing a new constitution or the reinterpretation of constitutional provisions. Thirdly, the process of the reinterpretation of Polish constitutions within the years 1989–1997 was guided by values of democratic constitutionalism and standard human rights determined by judicial decisions of the European Court of Human Rights. Fourthly, the process of the reinterpretation of the Polish Constitution of 2 April 1997 is a consequence of Poland's membership of the European Union. A changing political context has influenced substantially the way in which constitutional provisions are applied and interpreted. Fifthly, Poland's membership of the EU raises a need of an amendment to the Constitution of 2 April 1997.

## Streszczenie

### *Konstytucjonalizacja zmian politycznych w Polsce w latach 1989–2011*

Słowa kluczowe: Konstytucja, Okrągły Stół, nowelizacja.

Mówi się, że Konstytucja stanowi rodzaj umowy społecznej między elitami rządzącymi a rządzonymi, określa granice władzy państwowej i zabezpiecza podstawowe prawa człowieka. Umowa ta jest również manifestem politycznym – wyraża wolę narodu, a wola ta jest przedmiotem suwerennej władzy. Konstytucja gwarantuje prawa i wolności obywateli, jak również zapewnia instrumenty realizacji tych praw.

Konstytucja może zawierać tzw. przepisy niezmiennie, wyłączone z procesu zmian w celu zapewnienia jej stałości, jednak nie jest odporna na przemiany polityczne i społeczne w państwie. To właśnie te zmiany przyczyniają

się do jej nowelizacji. Może się zdarzyć, że poprawki do Konstytucji uchwalone przez odpowiednie organy nie nadążają za tempem zmian politycznych. Wówczas zachodzi niezgodność pomiędzy rzeczywistym system rządów a systemu konstytucyjnym.

W niniejszym artykule mam zamiar odpowiedzieć na pytanie, jak zmiany polityczne w okresie transformacji politycznej wpłynęły na zawartość polskiej Konstytucji. Skupię się na dwóch zjawiskach istotnych dla systemu Rzeczypospolitej Polskiej – demokratyzacji życia politycznego i uczestnictwie Polski w Unii Europejskiej. Niektóre omówione w tej pracy aspekty nie mają charakteru aksjologicznego, ale diagnostyczny.



**Nadezda Ljubojev**

Faculty of Legal and Business Study

Technical Faculty "Mihajlo Pupin"

## **Child abuse within a family**

### **Introduction**

It is the discouraging fact that children are victims of abuse and neglect within the family, however, many boys and girls on all continents, in all countries of the world, at every economical level and in all ethnic groups, have survived these types of family pathology. Even today, lives of many children are filled with one of the three types of the abuse: physical, emotional or sexual, and as well with neglect. Unfortunately, children experience the abuse at home, sometimes even since their birth.

Many people suffer because of the suffered abuse and neglect in their childhood and if that traumatic experience is not identified and cured, emotional and behavioral consequences can be permanent. It is traumatic to grown-ups when they are exposed to abuse and mistreatment, it can only be imagined how it is to a child who is living in such a situation and who is suffering, before the emotional development, every day's abuse and neglect. This is pointed out because the subject of our interest and protection is far more vulnerable and helpless compared to the grown up victims to all forms of the abuse, and consequently to that, the consequences of these actions are far-reaching and difficult to correct, if possible.

The occurrence of child abuse and neglect in the family therefore represents a clear example of violation and endangers his rights.

### **The conception of the child abuse**

The child abuse within the family (in all appearing forms: physical, sexual and emotional), as well as the neglecting, is the hardest form of the family violation and violation at all, taking into the consideration the psychophysical characteristics of victims, emotional linkage, relation of trust and dependence and parental obligation of growing up and upbringing the

children. The family is, as American psychiatrist and psychoanalyst Nathan W. Ackerman points out “the basis of the age and experience, fulfillment or failure”. It is “the base of sickness and health”<sup>1</sup>. However, by the psychologist Erich Fromm the family itself is determined by the society structure, so it is often just the carrier of the social and cultural requirements to the child<sup>2</sup>.

The child cannot protect himself in the family, because it is very *vulnerable*, considering the dependant position in the family and that the parents have the power over the child. The child needs the parent’s love what is the basic human need.

The younger the child, the more dependent from parents he is, because just after the birth and in the first years of his life, the child cannot survive without the tenderness and care. The child will be endangered without the home and parents who are taking care and providing the basic needs. That is why parents have special responsibility to protect the child. In other words, the younger the child, the greater the parent’s duty is to protect him. The greater the need for the protection is, the greater is the possibility to be abused<sup>3</sup>.

In Serbia, the exact amount of child abuse and neglect within the family is unknown, due to a difficulty to determine it, because these forms of family pathology are difficult to discover, and those discovered should be proved. Such a situation is caused by the circumstance that child abuse and neglect is done in the closed family environment, which hides different forms endangering and wounding of physical and mental child’s health. Not harmonized definitions of abuse and neglect influence the different judgment of the amount of these occurrences, because of different definitions of the authors. In addition, it is impossible to talk with, with high reliability, about the real amount and quantity of these occurrences, because, in Serbia, the unique system of following and gathering the data is not formed. However, there is a lot of basis for the hypothesis about a high amount and quantity of these occurrences in all countries.

---

<sup>1</sup> N.W. Ackerman, *The Psychodynamics of the Family Life – Diagnostic and Treatment of Family Relationships*, 1958, p. 37.

<sup>2</sup> E. Fromm, *Autoritet i porodica*, 1986, p. 15; idem, *Autoritat und Familie. Sozialpsychologischer Teil in Studien Über Autoritat und Familie*, Forschungsberichte aus dem Institut für Sozialforschung. Librairie Felix Acan, Paris 1936.

<sup>3</sup> *E.g.* Children, at the age of four or younger, are most vulnerable because they are unable to defend themselves or ask for help. The data gained in the 32 U.S.A. states, indicated that 81% of the children, who died of injury from abuse and neglect, were less than four years old, 11.5% were from four to seven years old, 4.1% were eight to eleven years old and 3.4% were twelve to seventeen years old. *Child abuse*, [in:] *Encyclopedia of Educational Psychology*, 2007, available at: <[http://www.sage-ereference.com/educationalpsychology/Article\\_n38.html](http://www.sage-ereference.com/educationalpsychology/Article_n38.html)> (last visited Dec. 2008).

The National Incidence Study of Child Abuse and Neglect (NIS) was mandated by the U.S. Congress to document and report on the incidence of child abuse and neglect. The reports, done NIS-3 by Andrea Sedlack and Diane Broadhurst, covered a seven-year period and reported an increase in child abuse from previous years. It is considered that 1.5 million U.S. children were abused or neglected during this period. Unfortunately, these data show that the physical abuse is almost doubled and sexual abuse more than doubled. The recent statistics available from the National Child Abuse and Neglect Data System (NCANDS) estimated 872 000 victims of child abuse in the year 2004; 1490 of these were child fatalities (death of a child caused by the injury from abuse or neglect); approximately 60% were victims of neglect, 19% suffered physical abuse, and 10% suffered sexual abuse<sup>4</sup>.

There are different approaches and understandings to the concept of child abuse due to the different definitions of this phenomenon. The most numerous definitions of abuse<sup>5</sup> in the literature, are the Anglo-American, where this problem is completely worked out.

In psychological literature, Mavis Klein, the representative of the Transactional Analysis (TA), points out: "The child abuse is the evil used by powerful people towards the powerless, because of the need to defend their disordered"<sup>6</sup>.

In Serbian social theory, there are some narrower and broader definitions of abuse. In the theory, there is a broader definition which under the term "child abuse" means the child "whose normal growth and development is impossible and endangered"<sup>7</sup>.

The criminal law theory underlines that the abuse is when significant degree of physical and psychological harm is caused to the others, regardless of whether the abuser was performing the insensitive, merciless, inhuman or brutal harm and whether the behavior of the abuser was in the limits of the allowed right for a punishment and it was motivated for the educational

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> The child abuse is a typical case of violence in the family, and represents the psychophysical violence over the child. Lexical determination of the term abuse is connected to the synonyms: mistreat, tyranny, evil, bad inhuman act towards someone, treat badly, in: "Rečnik srpskohrvatskog književnog i narodnog jezika", Srpska akademija nauke i umetnosti (SANU) 1971, no. 8.

<sup>6</sup> M. Klein, *Okay Parentin: Psychological Handbook for Parents*, 1991.

<sup>7</sup> By some authors, the terms abuse and neglect are similar terms which mean "harmful and non-adequate" relation to the children, they are treated as objects, not as subjects of the relation, where the abuse means "bad and inhuman active relation of the individual, group or institution and global societies towards the children...". M. Milosavljević, *Nasilje nad decom*, 1998, p. 37.

purpose. The abuse is, in principle, “the objective expression of certain psychological relation and attitude to the child”<sup>8</sup>.

Every state in the U.S. has a legal definition for child abuse and neglect based on the federal definitions cited in the Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act of 1973 (CAPTA, 42 U.S.C.A.) and as amended by the Keeping Children and Families Safe Act of 2003. Child abuse is defined as any act on the part of a parent, caregiver, or other individual that results in physical and/or psychological injury, or that can present a risk of serious harm to a child under the age of 18. Such acts include sexual abuse and sexual exploitation, and failure to act to protect the child if the abuse is witnessed<sup>9</sup>. In the expert American practice, by the standards of the administrative agencies and professional organizations which are enrolled in the protection of abused children, the higher level of the definitions’ concretization is achieved. The higher level of the definitions’ concretization is done with the formation of the exact criteria for their recognition of these occurrences and taking protective measures<sup>10</sup>.

Almost all mentioned definitions of abuse, narrower and broader, social and family law ones, have their scientific value and necessity. The acceptance of critics surely would not bring to universally accepted one, a unique definition. That is why the decision was made, based on existing knowledge, to determine the juristic concept of the abuse taking into the consideration, in our opinion, essential elements for the definition.

The occurrence of child abuse within the family is the most distinct example of violation and endangering the child’s rights. The author would like to point out that the abuse exists when the parent, using the physical strength or superior position, malevolent treat the child, and with that endangers his life, health, physical and emotional development.

In the definition, it is pointed out, the subjective relation of the abuser towards the action of the abuse, so that the abuse is defined as the intention to cause the suffer, not taking into account the motive. It is considered that it is necessary to point out that in the case of mistreat it is meant that there is *the intention* of causing the suffer to the child.

In general, that means that parent’s malevolent acts are *repeated*. However, it can be meant that child abuse is just one act of the parent, which is so dangerous for the child and it cannot be allowed to be repeated (the intention of murder, raping, hard body injury).

---

<sup>8</sup> F. Hirjan, M. Singer, *Maloljetnici u krivicnom pravu*, 1978, p. 270.

<sup>9</sup> *Child abuse*, [in]: *Encyclopedia of Educational Psychology*...

<sup>10</sup> See D. Brieland, J. Lemmon, *Social Work and the Law*, St. Paul, Minn.; See also D.J. Besharov, *Towards Better Research on Child Abuse and Neglect. Making Deficitional Issues an Explicit Methodological Concern*, “Child Abuse & Neglect” 1981, no. 5, pp. 383–391.



## About the abuse

The discouraging fact is the realization that today in all countries in the world there are parents who are in different ways abusing the children and who are sometimes even causing the child's death<sup>11</sup>.

Abused are children of all races, from all economic levels and all ethnic groups. In the family only one child can be the victim of the parent's abuse, although sometimes all the children within the multitudinous family can be abused. The parent that abuses the child do not represent the homogenous group. They differ in the way of education and level of intelligence, and are found in all races, economic levels and ethnic groups. Child abuse within families is ubiquitous, and was found in every social class, ethnic and cultural group pointed by Henry C. Kempe followed by Finkelhor and Denny.

By our research done in Novi Sad (The Republic of Serbia) at the Social welfare centre, all cases of abuse and neglect that happened from 1998 until 2003, were analyzed in the form of interviews with experts and by reviewing documentation. In the evidence at the Centre for social welfare of the city Novi Sad there were 74 abused and neglected children. In the mentioned period, the 43 were girls or 50% and 31 boys or 41.9% from all abused and neglected children. The investigation showed that recorded cases were only within the family and that the mother is mostly the abuser 50%, then the cases where the father was the abuser 30%. Mother, stepfather and elder brother have abused one child in one recorded case 10%, while the uncle has abused, as well, one child, the girl 10%. That means that abusers in lower number of cases are elder brother, uncle, stepfather and other members of the family. As well, in lower number of abuse cases several persons were involved in the child abuse<sup>12</sup>.

The experts in Serbia are warning that the parents who are abusing their children stress out the importance of family values in public<sup>13</sup>. The fact is that the abuse is more often appearing in the families that are known by criminal activities, prostitution, alcoholism or other forms, the exterior noticeable forms of the family deviation. However, the abuse exists in the, by the appearance, "happy" families and that makes it difficult to discover the abuse. Because of that, it would be wrong to consider the child abuse charac-

---

<sup>11</sup> E. g. "In the United States, between 800.000 and 1 million children are identified as abused or neglect each year as a result of reports to child protection agencies. Between three and five children die from fatal maltreatment each day, and homicide by parents is a leading cause of trauma-related death for children under 4 years of age". *Child abuse*, [in:] *Encyclopedia of Educational Psychology*...

<sup>12</sup> N. Ljubojev, *Zastita deteta od zlostavljanja i zanemarivanja*, 2008, pp. 225, 244.

<sup>13</sup> N. Kapor-Stanulović, *Psihologija roditeljstva*, 1985, p. 42.

teristic only for the alcoholic population and other edge groups, although their primary noticeable deviation is transparent, so the notice of this disturbance is easier: child abuse<sup>14</sup>.

Child abuse is a heterogeneous phenomenon which produces complex and negative consequences and is influenced by various conditional factors.

With the abuse, the psychophysical child development is harmed, the body injuries are caused or the emotional and behavior consequences (depression, anxiety). Such damage to the child's health caused is most probably lifelong<sup>15</sup>.

With that, with the actions of abuse not only that the physical, but the mental health of the child is harmed and endangered. The consequences of abuse are: weak self-respect, confidence in oneself and others, lowered capability for making contacts and the problems with learning, low threshold of tolerance, expressed aggressiveness, over expressed use of primitive defense mechanism (such as rejecting, projection), neurotic disorders etc.<sup>16</sup> Often expression of open forms of self-destructive behavior such as attempts to suicide, threats and various forms of self-harming, but also the aggressive and destructive behavioral expression at home and in the school.

Most of the abused children express huge problems in adaptation in the school. Their limited attention, often hyperactivity and cognitive impairment results in bad learning results. These children sometimes do not attend regular classes. Their aggressiveness, and in the older age, delicts make problems in the contact with the children of the same age<sup>17</sup>. In fact, abused children form basic identification with their aggressive parents.

Psychologists warn that many people that were abused in their childhood continue the negative tradition and abuse their own children<sup>18</sup>. In this way the transgeneration conductivity of abuse is expressed.

<sup>14</sup> See generally L.H. Pelton (ed.), *The Social Context of Child Abuse and Neglect*, 1981.

<sup>15</sup> N. W. Ackerman, *Treating the Troubled Family*, 1966, p. 306.

<sup>16</sup> See generally B.J. Cling (ed.), *Sexualized Violence against Women and Children: A Psychology and Law Perspective*, 1994.

<sup>17</sup> The investigation Typology of the family and persons of the underage delinquents, by Goran Knezevic gave an important information about the majority families of the underage sinners where they were recruited. Most of them are from the family type – cold and abandoned who were characterized with the absence of intimacy, understanding, the presence of the conflicts, inconsistency and ambivalence. Adolescent who have been physically abused are more likely to be involved in smoking, drinking, delinquency, and suicide attempts. See E. Deykin et al., *A Pilot Study of the Exposure to Child Abuse or Neglect on Adolescent Suicidal Behavior*, "American Journal of Psychiatrist" 1985, no. 142 pp. 1299–1303.

<sup>18</sup> Psychological studies confirm that the transgeneration transmission of the abuse exists in the family. In other words, the transmission in the family exists, through the generations, the form of the abused parent. But, that does not mean that *a priori* "the violence gives birth to the violence", because that would be too simple but that "the violence can born the violence" and that "the abused children can become parents abusers". A. Lacic, *Zlostavljanje dece transgeneracijska transmisija nasilja u porodici*, [in:] *Primarne funkcije porodice i poremećaji u ponasanju mladih*, 1996, p. 235.

## Phenomenon forms of abuse

The abuse is manifested through the phenomenon forms of physical, sexual and emotional abuse. In the theory, it is generally accepted that these are occurring forms of abuse.

It is considered that the sexual and physical abuse is *always* connected with emotional abuse, while the emotional child abuse can be expressed as a separate entity<sup>19</sup>.

Child abuse was brought to public and professional attention when it was identified in the medical and social work literature in the U. S. and Europe during the 1960s and 1970s. The landmark publication by pediatric C. Henry Kempe and his colleagues defined the term “battered child syndrome” and is frequently viewed as initiating the field<sup>20</sup>. The International Society for Prevention and Child Abuse and Neglect since it was founded in the late 1970s, draws the worldwide attention to the problem.

In this work, the main point will be on child abuse in the family with defining the phenomenon forms.

**1. Physical child abuse** is considered the discovery of modern medicine which was enabled thanks to the development of modern radiological technology, as well as other diagnostic methods. This phenomenon becomes the subject of interests of physician experts, especially pediatricians, radiologists and psychiatrist, who have first described the consequences of physical child abuse to the health and development.

Physical abuse, compared to the other forms of abuse, at the beginning, has drawn the attention of expert and social public. In the modern physician literature the attention of physician experts is focused on physical abuse since 1962<sup>21</sup>, when the research by the Henry C. Kempe and his colleagues led to the discovery of „battered child syndrome”, giving the detailed evidence of repeated multiple bone fractures of children suspected of being abused.

The physical child abuse in the family concerns physical acts of the parent or guardian, done with the intention, with the use of physical force,

---

<sup>19</sup> The physical force is always needed to do the emotional abuse of the child. As mentioned before, during every form of the abuse the child's natural state of dependence and weakness against him is used. The child is, due to the unbalanced power compared to the grown ups, emotionally tied and dependant from them, in a vulnerable condition. For example, verbal abuse does not have to be followed by the physical force. Some authors have right to make a conclusion that “clinical evidence of the fractured radius do not exclude the possibility that the child was neglected or emotionally abused”. C.M. McNeese and Hebel, *The Abused Child*, CIBA, 1997, no. 5 p. 29. Once again, to point out, it is considered that it is impossible that the child is sexually and physically abused, without the emotional abuse.

<sup>20</sup> Landmark article *The Battered Child Syndrome* by C.H. Kempe, F.N. Silverman, B.F. Steele, W. Droegemueller and H.K. Siler first described this phenomenon, “Journal of the American Medical Association” 1962, no. 181, pp. 17–24.

<sup>21</sup> See H.C. Kempe, R.E. Helfer (ed.), *The Battered Child*, 1981, p. 440.

with or without use of other tools, which cause or have the possibility to cause the physical injuries or sometimes even the death of the child.

It is important to point out that the physical child abuse considers conscious and willing behavior of the parent or other persons who are taking care of the child, and in principle, means that the harm and malicious acts are *repeated*. However, it can be mentioned that the physical child abuse in the cases of only one act of the parent or the guardian, is so dangerous to the child that the repeating of such an act cannot be allowed (e.g. the attempt to kill a child, causing serious physical injury). Visual consequences of the physical abuse can appear immediately after such a malicious behavior of the parent.

The most frequent forms of physical child abuse are: clapping with the hands and legs, pulling the hair, hitting with the belt, stick, cord and similar objects, kicking, biting, throwing, twisting parts of the body and face, harming with sharp and dull objects, strangling, burning (with the cigarette, a match), burnings done with hot water, etc.<sup>22</sup> However, the physical abuse also considers the physical acts such as: binding, closing or closing in the dark room, closing in the cupboard, complete limited movement, etc. All these physical acts provoke or can provoke physical injuries or in most extreme case the death of the child<sup>23</sup>.

Although the physical child integrity is integrally protected, a set of rights which especially protect some elements of his physical integrity: the right to live, the right on health in constricted sense etc. Closing the child in the house is the harm of his rights for free movement and can exceptionally be limited only for safety reasons.

**2. Sexual abuse** in general, especially children, is one of the hardest aspect of sexual deviations, which can cause serious consequences on physical, psychological, moral and social development of the victim. In the theory, evidence exists to show that at least 20% of American women and 5% to 10% of American man experienced same form of sexual abuse as children<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Munchausen's Syndrome by Proxy, an illness fabricated by a parent that can cause harm to a child, is also generally included in the spectrum of child maltreatment. Fatal maltreatment in which a child dies from a repetitive pattern of abuse or neglect, is often separate category in the literature. J. E. Korbin, *Child Abuse*, [in:] *Encyclopedia of Anthropology*, 2005, available at: <[http://www.sage-erefence.com/anthropology/Article\\_n164.Html](http://www.sage-erefence.com/anthropology/Article_n164.Html)> (last visited Dec. 2008).

<sup>23</sup> "Child physical abuse damages children physically, emotionally, and socially. Physical abuse may lead to bruises, cuts, burns, fractures, internal injuries or, in the most extreme cases death". B. D. Perry et al., *Child Physical Abuse*, [in:] *Encyclopedia of Crime and Punishment*, 2002, available at: <[http://www.sageereference.com/crime\\_punishment/Article\\_n56.html](http://www.sageereference.com/crime_punishment/Article_n56.html)> (last visited Dec. 2008).

<sup>24</sup> D. Finkelhor, *Current Information on the Scope and Nature of Child Sexual Abuse. The Future of Children Sexual Abuse*, n. 2, 1994, pp. 31-53.

During centuries, the sexual abuse within the family is present, especially girls, and is spread over all countries. Today, approximately 150.000 confirmed cases of child sexual abuse were reported to child welfare authorities in the U. S. during 1993. This number represents about 15% of the more than one million confirmed cases of all child abuse and neglect<sup>25</sup>.

Sexual child abuse concerns attempts to or performed sex, as well as other means of activities with the child which are done for the sexual purposes, using the force or without it by the parent or by guardian.

Sexual child abuse is a traumatic event so that only one incident is enough to the victim, who has survived it, and leaves hard and long-lasting psychological and social consequences. However, sexual abuse is rarely happening only once, it is repeated several months or even some years<sup>26</sup>.

Sexual child abuse within the family is the problem to which full attention should be dedicated, those who have survived have long-lasting consequences in the way of disrupted memory, guilty conscience, self-blaming and a need for a several years of a therapy<sup>27</sup>.

**3. Emotional abuse** is most difficult to determine, and often needs the expertise of experts from the field of mental health about the intensity, chronicity and consequences of parent's behavior<sup>28</sup>. It is necessary to underline that it is mostly repeated form of behavior, so it is important to notice the cumulative consequences of the parent's doing and not doing to the child. The consequences most often are not visible immediately, they are rather expressed after systematical child abuse, after long period.

As there is not a general accepted definition or meaning of the term of physical and sexual child abuse, there is not a uniquely accepted and determined meaning of the emotional child abuse. In the literature is specially noted the obstacle considering the definition of the emotional abuse. Child abuse literature often gives the impression that the authors regard the terms emotional abuse and psychological abuse as synonymous, or that the latter, psychological abuse, subsumes the former and many other types of abuse<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> See generally D. Finkelhor, *Child Sexual Abuse: New Theory and Research*, 1984.

<sup>26</sup> D. Finkelhor, *The International Epidemiology of Child Sexual Abuse*, "Child Abuse & Neglect" 1994, no. 18, pp. 409–417.

<sup>27</sup> See N. Ljubojev, *Seksualno zlostavljanje deteta u porodici*, "Pravni zivot" 2008, no. 10(57), pp. 405–417.

<sup>28</sup> In the Centre for social welfare in Novi Sad, Republic of Serbia, during 1998 to 2003, there was recorded only one case of the emotional abuse, which is the data which points out more the non-understanding of this phenomenon, which is not defined with strictly developed expert standards, but rather on its non-existence and adequacy of the family surrounding to the emotional development and child's life. However, from the description of some cases in the files it was possible to read that the children were closed, thrown out from the houses and that in other ways were emotionally abused. N. Ljubojev, *Zastita deteta od zlostavljanja i zanemari-vanja u porodici*, 2008, pp. 225, 236.

<sup>29</sup> See K. O'Hogan, *Emotional and Psychological Abuse: Problem of Definition*, "Child Abuse & Neglect" 1995, no. 19(14), pp. 449, 461.

Within the first definitions that have tried to precisely define the meaning of the psychological child maltreatment, was surely the definition of by James Garrbarino: "Psychological maltreatment is a concerted attack by an adult on a child's development of self and social competence, a pattern of psychically destructive behavior and it takes five forms : rejecting, isolating, terrorizing, ignoring, corrupting"<sup>30</sup>.

In our opinion, emotional child abuse concerns the action and non-action of the parent or the guardians, such as throwing away, insulting, isolation, terrorizing, verbal attack and similar ones, which can provoke serious and long-lasting breakdowns in the child's emotional development<sup>31</sup>.

Most abundant ways of the emotional child abuse are: depriving of love and care, abandoning the child, closing (in dark room, basement, cupboard), emotional coldness, absence of the communication with the child, permanent insulting (pejorative names and attributes), permanent laugh at the child (to the appearance or other characteristics of child's personality), the presence of child abuse in the family (mother, brothers, sisters), bringing to the social unexpected and destructive behavior, terrorizing, isolation, etc.<sup>32</sup>

## Conclusion

In the family the child cannot protect himself, because he is vulnerable within it in dependant situation that's why he needs the parent's love which is the basic human need. Child's natural state of dependence, infirmity and sensibility in abusing family atmosphere is used against it. The fact is that the child abuse conducted by parents has for a consequence that the child is facing the confusion of a loyalty, confidence and emotions. What is defeating for the child is the violation of the trust relationship between the child and the parent. Vulnerability of the child requires special protection from damaging parents' acts which are endangering his life, development and health.

<sup>30</sup> See generally J. Garrbarino et al., *The Psychologically Battered Child*, 1986. In the one of their practice guidelines, the American Professional Society on the Abuse of Children (APSAC) 1995, have system of six main categories of parental behavior deemed emotionally abusive: spurring terrorizing, isolating, exploiting, corrupting, denying emotional responsiveness, and mental health/ medical/ legal neglect. Several of the overall forms constitute actual behaviors. There are list of behaviors which are included within each of the six behaviors which are included within each of the six forms of maltreatment. M.R. Brassard, L.K. Donovan, *Defining Psychological Maltreatment*, [in:] M.M. Freerick et al., *Definition, Classificants, and a Framework for Research*, "Child Abuse & Neglect" 2006, pp. 151–197.

<sup>31</sup> N. Ljubojev, *Vidovi emocionalnog zlostavljanja deteta u porodici*, "Socijalna misao" 2004, no. 3–4, pp. 33–50.

<sup>32</sup> See generally R.P. Rohner, E.C. Rohner, *Antecedentes and Consequences of Parental Rejection: A Theory of Emotional Abuse*, "Child Abuse & Neglect" 1980, no. 4, pp. 189–198.

In the family, only one child can be the victim of the parent's abuse, although that can be all the children of the many-member family. Abused are the children of all races, all economical levels and all ethnic groups.

The investigation, done in Novi Sad (Republic of Serbia), at the Centre for social welfare, from the 1998 to 2003, within the registered cases, child abuse was only occurring within the family. The investigation was done on the specimen of 74 children, who were abused and neglected, during the mentioned time, on the territory of the town of Novi Sad.

The parents that abuse their children do not represent the homogenous group, they differ in the way of their education and level of intelligence, and can be found within all races, economic levels and ethnic groups.

The child abuse is phenomenologically divergent occurrence which produces varied and complex consequences and which is influenced by different conditional factors. With the abuse the psychophysical development of the child is harmed, leaving body injuries and emotional or behavior consequences.

The transmission often exists in the family, through the generations, the pattern of the abused parent. That does not mean that the violence gives birth to violence, because it would be too simple to claim. However, violence can born violence, and the abused children very often become the parents that abuse.

In the literature, the concept of the child abuse is defined in different ways, but the author opted to determine the important elements for juridical definition of the concept. The author defines that child abuse exists when the parent using its physical strength and powerful position, maliciously treats the child, with what the child's life, health, physical or emotional development is endangered.

The abuse is manifested through occurring forms of physical, sexual and emotional abuse. In theory, it is generally accepted that these are the apparent forms of the abuse. It is impossible that the child is sexually and physically abused without, on that occasion, not being emotionally abused. That's why it is considered that the sexual and physical abuse is always connected with emotional, while the emotional one can be expressed as a separate entity.

Emotional child abuse means acts and non-acts of the parents or the guardians, such as abandoning, insulting, isolation, terrorizing, verbal attack and the like, which can provoke serious and long-lasting disturbances in the child's emotional development.

Sexual child abuse means the attempts and carrying out sexual relation, as well as other means of activities with the child which are done for sexual purposes, using the force or not.

In the end, physical abuse of the child within the family means physical acts of the parent or guardian, with the intention, using physical force, with or without using other objects, causing or can be causing physical injuries or sometimes even the death of the child.

## Streszczenie

### *Maltretowanie dzieci w rodzinie*

Słowa kluczowe: maltretowanie dziecka, przemoc w rodzinie, prawa dziecka, wykorzystywanie seksualne i znęcanie się fizyczne.

Wykorzystywanie dzieci w rodzinie stanowi najbardziej bolesną formę przemocy, biorąc pod uwagę właściwości psychofizyczne ofiar, emocjonalny związek, relacje zaufania i zależności oraz obowiązki rodziców wobec dzieci. Zjawisko to stanowi wyraźny przykład naruszenia i zagrożenia praw dziecka. Autorka artykułu określa istotne elementy prawnej identyfikacji tego zjawiska: z krzywdzeniem dziecka mamy do czynienia, gdy rodzice źle je traktują i używając siły fizycznej i swej pozycji, powodują zagrożenie życia, zdrowia, fizycznego lub emocjonalnego rozwoju dziecka.

Nadużywanie przejawia się w ogólnie przyjętych w teorii formach: fizycznej, seksualnej i emocjonalnej przemocy, która jest indywidualnie definiowana w tym badaniu. Należy zauważyć, że seksualne i fizyczne znęcanie się są zawsze związane z maltretowaniem emocjonalnym, podczas gdy przemoc emocjonalna, czyli takie zachowanie lub zaniechanie rodzica lub opiekuna jak wyrzucanie, obrażanie, izolowanie, zastraszanie, ataki werbalne itp., może pojawić się indywidualnie. Przemoc seksualna dotyczy usiłowania lub odbycia kontaktów seksualnych z dzieckiem, jak również innych form czynności o charakterze seksualnym z udziałem dziecka, przy użyciu siły lub też bez, dokonywanych przez rodzica lub opiekuna. Fizyczna przemoc wobec dziecka to fizycznie działanie rodzica lub opiekuna z użyciem siły fizycznej, z użyciem lub nie innych narzędzi, powodujące lub mogące spowodować rany fizyczne, a czasem nawet śmierć.

Autorka zaznacza, iż dzieci wszystkich ras o różnym poziomie ekonomicznym i ze wszystkich grup etnicznych są narażone na maltretowanie. Maltretowanie jest złożonym problemem, który prowadzi do różnorodnych negatywnych konsekwencji, ponieważ szkodzi rozwojowi psychofizycznemu dziecka, powodując rany cielesne oraz emocjonalne i wychowawcze konsekwencje.



**Lucia Madleňáková**

Katedra správního práva a správní vědy

Pravnická fakulta Univerzita Palackého v Olomouc

## **Práva rodičů vs. práva dětí. Kam až sahá výhrada svědomí?**

### **Úvod**

Rodiče odmítající operaci bez transfuze pro své dítě, které je smrtelně nemocné, navíc když taková operace je velice riskantní pro život dítěte. Rodiče, kteří odmítají očkovat své děti, jelikož jsou přesvědčení, že takové očkování způsobí více škody, než užitku. Rodiče, kteří odmítají jakoukoliv pomoc od lékařů, jelikož dle jejich přesvědčení jsou lékaři ti, které poslal ďábel. Rodiče, kterým umře jejich jednoroční dcera na chřipku, jelikož s ní nenavštívili lékaře, pouze se u ní úpěnlivě modlili.

Mají tyto příklady něco společného? Je třeba takové nezodpovědné rodiče trestat nebo jim umožnit rozhodovat o životě a zdraví jejich dětí? Kam až sahá možnost těch, kteří mají pečovat o zdraví dětí, řídit se vlastním přesvědčením?

Tento příspěvek spíše, než by na otázky odpovídal, je pokládá a nabádá k zamyšlení, nakolik má stát ochraňovat interní sféru jedince i proti jeho vůli.

Kromě odmítání povinného očkování je odmítání transfuze krvi jedním z běžnějších projevů (náboženského) přesvědčení, se kterým se lze v České republice setkat. I když v takovém sporu jsou vždy minimálně dvě strany (někdy také tři), v tomto příspěvku pominu samotné lékaře a jejich možnost vyjádřit se k věci a konat či nekonat v souladu se svým přesvědčením. Zaměřím se zde pouze na takovou možnost rodičů.

Tématem tohoto příspěvku bude situace, kdy rodiče, z důvodu svého přesvědčení, odmítají určitý medicínský výkon. Lze ji nazvat výhradou svědomí, blíže ji lze zařadit pod výhradu patientskou. Může být namítáno, že pacienti vlastně žádnou výhradu svědomí neuplatňují, jelikož nemají žádnou *povinnost* se názorem lékaře řídit (až na výjimečné situace, kdy nelze zjistit pacientův souhlas s výkonem), rodiče, či jiné osoby, povinné o dítě pečovat,

jsou však v odlišné situaci. Zde nerozhodují o životě a zdraví vlastním, ale o životě a zdraví svých dětí, nebo dětí jim svěřených.

## Dítě vs. rodiče

Když jsem zmiňovala dvě strany sporu, byla tím myšlena situace, kdy samotné dítě nesouhlasí s postojem svých rodičů. Jelikož je však dítě mladší 18 let, souhlas rodičů s úkonem je vyžadován. Dle zákona o rodině<sup>1</sup>, jeho § 31 odst. 3, „Dítě, které je schopno s *ohledem na stupeň svého vývoje* vytvořit si vlastní názor a posoudit dosah opatření jeho se týkajících, má právo obdržet potřebné informace a svobodně se vyjadřovat ke všem rozhodnutím rodičů týkajících se podstatných záležitostí jeho osoby a být slyšeno v každém řízení, v němž se o takových záležitostech rozhoduje.“ Dítě se sice má právo *vyjadřovat* k rozhodnutím ohledně jeho osoby, „rozhodující úlohu ve výchově (však) mají rodiče.“ (§ 32 odst. 1 zákona o rodině).

Úmluva o právech dítěte<sup>2</sup>, stejně tak Úmluva o biomedicině<sup>3</sup> a další dokumenty, počítají s možností dítěte vyjádřit se k úkonu, pokud je schopno formulovat své názory a je k tomu dostatečně rozumově vyspělé. Úmluva o biomedicině ve svém čl. 6 bodě 2 stanoví, že: „Jestliže nezletilá osoba není podle zákona způsobilá k udělení souhlasu se zákrokem, nemůže být zákrok proveden bez svolení jejího zákonného zástupce, úřední osoby či jiné osoby nebo orgánu, které jsou k tomuto zmocněny zákonem. Názor nezletilé osoby bude zohledněn jako faktor, jehož *závažnost narůstá úměrně s věkem a stupněm vyspělosti*.“ Úmluva o právech dítěte obsahuje obecnější zásadu o vyjadřování názorů dítětem ve svém § 12: „Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, zabezpečují dítěti, které je schopno formulovat své vlastní názory, právo tyto názory svobodně vyjadřovat ve všech záležitostech, které se jej dotýkají, přičemž se názorům dítěte musí věnovat *přířičná pozornost odpovídající jeho věku a úrovni*“.

Otázkou je, nakolik je toto právo v praxi aplikovatelné, jinak řečeno, co bude následovat, pokud rodiče odlišný názor dítěte nebudou respektovat. (Nemusím dodávat, že argument „já tě živím, budeš mne poslouchat“ není ničím výjimečným).

Dle § 31 zákona o rodině zahrnuje tzv. rodičovská zodpovědnost péči o zdraví, tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj dítěte a rodiče jsou dále povinni důsledně chránit zájmy dítěte, řídit jeho jednání a vykonávat nad

<sup>1</sup> Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, v platném znění.

<sup>2</sup> Text dokumentu je přístupný např. na <[www.osn.cz/dokumenty-osn](http://www.osn.cz/dokumenty-osn)>.

<sup>3</sup> Sdělení MZV č. 96/2001 Sb.m.s., o přijetí Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny: Úmluva o lidských právech a biomedicině.

ním dohled odpovídající stupni jeho vývoje. Mají právo užít přiměřených výchovných prostředků tak, aby nebyla dotčena důstojnost dítěte a jakkoli ohroženo jeho zdraví, jeho tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj. Z toho vyplývá, že rodiče mají *pečovat* o zdraví dítěte, jeho tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj a *vlastním jednáním* tyto atributy nesmí při výchově dítěte ani ohrozit. Tyto povinnosti ukládá rodičům zákon a jejich nedodržení může být sankcionováno tak, že rodiči (nebo i oběma) může být výkon této zodpovědnosti pozastaven, případně v ní může být rodič omezen, či jí může být zbaven. Nutno ovšem dodat, že kromě povinností rodičům z jejich rodičovské zodpovědnosti vyplývají také oprávnění. Každá z výše uvedených součástí rodičovské zodpovědnosti má totiž jak svůj charakter povinnosti, tak práva. Nejenže tak rodiče mají povinnost pečovat o děti a vychovávat je ve všech směrech, ale na toto mají také právo<sup>4</sup>. Existuje zde tak veřejné subjektivní právo na péči a výchovu dítěte, které mají rodiče zaručeno také Listinou, konkrétně jejím čl. 32 odst. 4.

Lze se však také zamyslet nad otázkou, nakolik mají rodiče *morální* povinnost starat se o své děti? Může být namítnuto, že jelikož tato povinnost je stanovena pozitivním právem, není nutné o ní jakkoliv diskutovat. Z čeho však tato povinnost vzešla? Z toho, že je obecně přijímáno, že lidé *cítí* povinnost o své děti pečovat? Pravděpodobně ne, jelikož mnoho lidí takovou potřebu necítí, a kdyby ji cítili, nemusela by snad ani být zakotvena právně. Zdá se, že tuto potřebu starat se o své děti lidé ve svém genetickém vybavení nemají. Již po staletí se setkáváme s opuštěním dětí, jejich prodáváním do otroctví či k adopci<sup>5</sup>. Tato povinnost je povinností společenskou, spíše než povinností morální, respektive, odvíjí se od morálního smýšlení konkrétní společnosti, není univerzální, v pojetí univerzální morálky<sup>6</sup>. Účelem stanovení povinnosti pro rodiče starat se o své děti a o jejich *život a zdraví* je jednak přetavení (konkrétní) morální povinnosti do podoby práva, které může být vynucováno státní mocí, jednak zajištění přenesení odpovědnosti za zajištění zachování jedné charakteristické substance státu – lidu – ze státu na samotné rodiče.

Dle výše uvedeného se zde dostávají do konfrontace nejen potřeba státu s právy rodičů, ale také práva dětí s právy jejich rodičů.

<sup>4</sup> Zajímavou studii o existenci či neexistenci rodičovských práv podává J.G. Dwyer, *Parents' Religion and Children's Welfare: Debunking the Doctrine of Parents' Rights*, „California Law Review“, 1994, č. 6, s. 1371–1447.

<sup>5</sup> J. Eekelaar, *Are Parents Morally Obligated to Care for Their Children?*, „Oxford Journal of Legal Studies“, 1991, č. 3, s. 341.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

## Případ první

Ústavní soud ve svém nálezu sp. zn. III. ÚS 459/03<sup>7</sup> rozhodoval o tomto skutkovém stavu: Fakultní nemocnice Brno měla v péči nezletilého, u něhož bylo diagnostikováno vysoce zhoubné nádorové onemocnění, které vede nezvratně, není-li adekvátně léčeno, ke smrti pacienta. Současné dostupné léčebné metody poskytují naději na vyléčení, při léčbě je však třeba aplikace krevních derivátů. O těchto skutečnostech byli oba rodiče informováni, ti však nemocnici sdělili, že jsou Svědci Jehovovi a od počátku léčby projevovali negativní postoj k aplikaci krevních derivátů. Protože si ale byli vědomi závažnosti onemocnění, dali k této léčbě souhlas. Pak byl nezletilý propuštěn do domácího ošetřování. V několika dnech se stav nezletilého zhoršil, a bylo nutno podat i krevní transfuze. Rodiče uvedli, že pokud bude léčení nezletilého vyžadovat další transfuze krve, nemohou s nimi pro náboženské přesvědčení a ze zdravotních důvodů souhlasit. Vzhledem k tomu, že rodiče odmítali další léčbu chemoterapií spojenou s transfuzemi krve, závažně tak ohrožovali zdravotní stav a život dítěte, bylo soudem vydáno předběžné opatření a dítěti byl ustanoven opatrovník.

Námítky rodičů:

1. Jsou zákonnými zástupci nezletilého, řádně se o něj starali a žádali pro něj léčbu v souladu s vědeckými poznatky bez rizik transfuze. Avšak lze z postupu soudu dovozovat, že kdykoliv rodiče vysloví jiný názor než jeho ošetřující lékař, stane se to důvodem k omezení jejich rodičovských práv, aniž by jakýkoli nezávislý orgán zkoumal, zda existují v oblasti medicíny *de lege artis* alternativní možnosti léčby. Z toho dovozují, že soudy nebraly v úvahu práva zákonných zástupců dítěte zaručená čl. 6 odst. 2 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně.

2. Dále namítají, že dítě se neocitlo bez péče, neboť se o ně po celou dobu řádně starali, přičemž dítě není ohroženo jednáním rodičů, ale těžkou zhoubnou nemocí. Aby byla uchována naděje na zdárný postup léčby, je velmi důležitý psychický stav dítěte, které však trpí tím, že musí ležet v nemocnici i v týdnech, kdy k tomu není z léčebného hlediska žádný důvod. Tím je „příznivý vývoj“ dítěte narušen daleko více než rozdílným názorem rodičů na jeho léčbu.

3. Uvádějí, že soud vůbec nezjišťoval, jaký je vztah dítěte k rodičům, případně zda je dítě schopno formulovat svůj názor na léčbu, při které by mu byla podána transfuze krve.

Odůvodnění Ústavním soudem:

---

<sup>7</sup> Nález ÚS ČR ze dne 20.08.2004 sp. zn. III. ÚS 459/03. Dostupný na: <<http://nalus.uso-ud.cz>>.

1. Ustanovení čl. 32 odst. 4 Listiny má pro posouzení věci klíčový význam, když zakotvuje na straně jedné právo rodičů na péči a výchovu dítěte, na straně druhé ovšem i právo dítěte na rodičovskou výchovu a péči. Uvedené právo však může být omezeno, a to za podmínky, že se tak stane rozhodnutím soudu na základě zákona.

2. Soudy nepochybně zasáhly do ústavně zaručeného práva stěžovatelů ve smyslu čl. 32 odst. 4 věty první Listiny, jakož i do práva zakotveného v čl. 8 odst. 1 Evropské úmluvy, když omezily právo rodičů rozhodovat o léčení jejich dítěte. Vzhledem k tomu bylo nezbytné posoudit, zda v daném případě byly naplněny podmínky přípustnosti takového zásahu, tj. zda se jednalo o zásah nezbytný v demokratické společnosti na základě a v souladu se zákonem.

3. Výkon práva zakotveného v čl. 16 odst. 1 Listiny (svoboda náboženského vyznání) lze za určitých podmínek omezit, přičemž podmínky pro to naplněny byly.

4. V daném případě nevznikají pochybnosti o tom, že smyslem a cílem vydání předběžného opatření byla ochrana práv nezletilé osoby, a to práva na ochranu zdraví podle čl. 31 Listiny a jeho práva na život zakotveného v čl. 6 Listiny.

5. Zbývá tedy posoudit, zda se jednalo o zásah v demokratické společnosti nezbytný, tedy zda pro něj existovaly relevantní a dostatečné důvody. Ochrana zdraví a života dítěte je zcela relevantním a více než dostatečným důvodem pro zásah do rodičovských práv, kdy jde o hodnotu, jejíž ochrana je v systému základních práv a svobod jednoznačně prioritní. Jinak řečeno, obecné soudy jsou povinny zajistit spravedlivou rovnováhu mezi zájmy dítěte a zájmy jeho rodiče, zvláštní pozornost však musí být věnována zájmu dítěte, který může – v závislosti na své povaze a závažnosti – převážit nad zájmem rodiče.

6. Právo na vyjádření náleží dítěti, které je schopno formulovat své vlastní názory. Je třeba při výkladu tohoto ustanovení brát v úvahu nejen věk dítěte (a jeho rozumovou vyspělost), ale i povahu věci, o níž se jedná, jakož i další okolnosti, jako je např. rodinné zázemí a společenské prostředí, ve kterém dítě vyrůstá. V době rozhodování soudu měl nezletilý D. J. 6 let, a tak lze stěží předpokládat, že by plně pochopil složité záležitosti týkající se jeho léčby a dokázal poskytnout dostatečně autonomní, tedy na svých rodičích (alespoň zčásti) nezávislý názor. Za dané situace by bylo vyslechnutí nezletilého pouze formálním úkonem, jenž by beztak nijak rozhodnutí soudu ovlivnit nemohl.

Ústavní soud tak jednoznačně vyslovil, že omezení svobody výchovy rodičů a jejich náboženského vyznání právem dítěte na život je zcela legitimní. Také jednoznačně nadřadil zájem dítěte nad jakékoliv zájmy rodičů.

Toto rozhodnutí je prvním a zatím jediným rozhodnutím v obdobném případě v ČR. Je proto vzorové a určitě využitelné do budoucna, jelikož náboženská společnost Svědci Jehovovi kromě krevní transfuze (zakázaná od

roku 1948)<sup>8</sup> odmítá také další úkony, jako je například transplantace orgánů (zakázána v letech 1967–1980)<sup>9</sup> nebo očkování (zakazované v letech 1921–1951)<sup>10</sup>. Toto rozhodnutí je také specifické závažností situace dítěte. Lze totiž uvést, že podání informovaného nesouhlasu je právem rodiče (a také samotného pacienta).

Literatura<sup>11</sup> také upozorňuje na trestněprávní následky zamezení léčby zákonným zástupcem, či správněprávní následky ve formě přestupků. Takovým jednáním rodiče může dojít k naplnění skutkových podstat těchto trestných činů: úmyslného neposkytnutí pomoci, zanedbání povinné výživy, úmyslného ublížení na zdraví či ublížení na zdraví z nedbalosti či šíření nakažlivé choroby (úmyslné či z nedbalosti). V správněprávní rovině může být trestáno: umyslné zmaření či ztížení poskytnutí zdravotnické služby, porušení povinnosti předcházet šíření infekční choroby nebo drobné ublížení na zdraví.

Zde se vynořuje otázka, do jaké míry je jednání rodičů ospravedlnitelné jejich přesvědčením, do jaké míry tak převáží svoboda vyznání, myšlení a svědomí rodičů nad povinnostmi, stanovenými jim státem. Ústavní soud k tomu uvádí: „O trestněprávní odpovědnosti rodičů [...] je možno hovořit pouze tehdy, pokud by jejich jednání bylo charakterizováno úmyslem poškodit život nebo zdraví dítěte. Jejich svobodná volba v této věci [...] je výkonem jejich subjektivního práva [...]“<sup>12</sup>. Z toho lze vyvodit, že trestně odpovědni by byli rodiče pouze v případě, že by jednali úmyslně. Správněprávní odpovědnost by se ale mohla uplatnit, jelikož k její naplnění je vyžadovaná pouze nedbalost (a to nevědomá) a její represivní funkce není prvotní.

## Případ druhý a třetí

Evropský soud pro lidská práva rozhodoval případ Buffa a 13 dalších v. San Marino<sup>13</sup>, kdy stěžovatelé odmítli dát očkovat své děti. Soud v tomto případě sice rozhodl, že odmítání očkování nevyhovělo testu Arrowsmith<sup>14</sup>, tedy nejde o praktikování náboženství, které by bylo chráněno čl. 9 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, nicméně řekl, že nucení k pod-

<sup>8</sup> S. Příbyl, *Etické souvislosti oficiálního uznání náboženské společnosti Svědkové Jehovovi v ČR*, [v:] M. Moravčíková (ed.), *Výhrada vo svedomí – Conscientious Objection*, Ústav pre vzťahy štátu a cirkvi Bratislava 2007, s. 666.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> M. Krutina, J. Langmeier, *Udílění, popo. odepøení souhlasu s lèebou (revers)*, „Zdravotnictví a právo“ 2009, č. 5, s. 11.

<sup>12</sup> Nález ÚS ČR ze dne 23.3.2004 sp. zn. I. ÚS 4/04. Dotupný na: <<http://nalus.usoud.cz>>.

<sup>13</sup> Boffa v. San Marino, stížnost č. 26536/95.

<sup>14</sup> Podstatou testu je zkoumání, zda projev přesvědčení nebo náboženství byl skutečně jeho projevem (ve smyslu praktikování) nebo byl jen inspirovaný nebo ovlivněný přesvědčením nebo náboženstvím.

stoupení očkování je zásahem do výkonu práva na soukromý život. Dodal však, že právní úpravu ponechává na posouzení státu, jelikož požadavek na očkování dětí je nezbytný v demokratické společnosti pro ochranu zdraví a sleduje společenské dobro, tedy legitimní cíl.

I v ČR je povinnost očkování zákonem stanovena. Jedná se o zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Jeho § 46 odst. 1 stanoví: „Fyzická osoba, která má na území České republiky trvalý pobyt, cizinec, jemuž byl povolen trvalý pobyt, cizinec, který je oprávněn k trvalému pobytu na území České republiky, a dále cizinec, jemuž byl povolen přechodný pobyt na území České republiky na dobu delší než 90 dnů nebo je oprávněn na území České republiky pobývat po dobu delší než 90 dnů, jsou povinni podrobit se, v prováděcím právním předpisu upravených případech a termínech, stanovenému druhu pravidelného očkování.“ Odst. 3 a 4 § 46 se týkají nezletilých: „Zjistí-li příslušný orgán ochrany veřejného zdraví, že se nezletilá fyzická osoba nepodrobila očkování nebo vyšetření, a jde-li o nezletilou fyzickou osobu, která nemá zvoleného praktického lékaře, stanoví jí rozhodnutím povinnost podrobit se tomuto očkování nebo vyšetření v určeném zdravotnickém zařízení. Jde-li o osobu, která nedovršila patnáctý rok svého věku, odpovídá za splnění povinností její zákonný zástupce“.

K povinnosti očkování pro děti mladší 15-ti let se vyjadřoval Nejvyšší správní soud (dále také NSS) ve svém rozhodnutí sp. zn. 5 As 17/2005<sup>15</sup>, kdy rozhodl konformně s rozhodnutím Evropského soudu pro lidská práva a vyžil možnost omezení práva na soukromí či náboženského vyznání z důvodu ochrany veřejného zdraví. Žalobce byl otcem nezletilých dětí a jejich zákonným zástupcem. Žalobce se s těmito dětmi před tím, než dosáhly věku 15-ti let, nedostavil k očkování, a to vědomě a záměrně z důvodů svého náboženského a filosofického přesvědčení. Soud uzavřel, že jednání otce bylo v rozporu se zákonem a že nebyla porušena Úmluva o biomedicíně. Sama Úmluva o biomedicíně totiž stanoví, že její ustanovení mohou být omezena zákonem, pokud je to v demokratické společnosti nezbytné pro ochranu veřejného zdraví. Takový důvod uvedl také Nejvyšší správní soud. Právo otce na projev náboženského vyznání tak byl omezen zákonem o ochraně veřejného zdraví za účelem ochrany veřejného zdraví.

V nedávné době Nejvyšší správní soud rozhodoval další případ, kdy rodiče nenechali podrobit své děti pravidelnému očkování<sup>16</sup>. Za toto jednání jim byla uložena pokuta. Žalobci namítali, že zákon o ochraně veřejného zdraví, resp. jeho prováděcí vyhláška stanovením termínů pro podrobení

<sup>15</sup> Rozsudek NSS ze dne 28.02.2006 sp. zn. 5 As 17/200/66. Dostupný na: <<http://www.nssoud.cz>> (cit. 15.01.2010).

<sup>16</sup> Rozhodnutí NSS ze dne 21.07.2010, sp. zn. 3 Ads 42/2010. Dostupné na <[www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz)> (cit. 21.08.2010).

pravidelných očkování nezakládá pro ně povinnost toto očkování vykonat, jelikož povinnosti mohou být dle Listiny ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod. Dále žalobci argumentovali ustanoveními Úmluvy o právech dítěte a Úmluvy o biomedicíně, s čímž však kolidovalo výše zmiňované rozhodnutí NSS, které přímo uvádělo, že ustanovení zákona o ochraně veřejného zdraví není v rozporu s těmito mezinárodními smlouvami. Dále také žalobci uváděli, že své rozhodnutí nepodrobit své děti očkování krajské hygienické stanici odůvodnili (NSS však v odůvodnění svého rozhodnutí tyto argumenty blíže nespecifikuje). Žalobci také uváděli, že svým jednáním respektovali nejlepší zájem dítěte.

Jako na první věc upozornil NSS na nutnost úpravy skutkové podstaty jasně a přesně a v zákonné, ne podzákonné, formě. Podrobnosti, které dnes upravuje prováděcí vyhláška, pokud chtějí být vynucovány ukládáním sankcí, však musí být stanoveny zákonem, ne pouze vyhláškou. Jinak zde nastává situace, kdy zákon upravuje povinnost tak obecně, že tuto úpravu není možno považovat za stanovení skutkové podstaty sankcionovatelného činu (není zde rozhodné, zda trestného činu, či správního deliktu). K námitce stěžovatelů o deklarování úmyslu neočkovat své děti a jeho argumentaci se vyjádřil NSS tak, že je pro odůvodněnost žaloby nepodstatná. NSS také setrval na svém předchozím závěru o nerozpornosti zákona o ochraně veřejného zdraví s výše uváděnými mezinárodními smlouvami.

Případ odmítání očkování dítěte nelze srovnávat s případem, kdy je život dítěte přímo ohrožen jednáním rodičů. „následky výhrady svědomí musí dopadnout výlučně na majícího výhradu a na nikoho jiného, jak by se to stalo v případě nezletilých nebo neschopných rozhodnutí, v souvislosti s nimiž není možné považovat za platnou a účinnou vůli, kterou projeví jiní [...]“<sup>17</sup>. U očkování se jedná pouze o hrozbu do budoucna, o prevenci proti zvýšeným nákladům na léčbu pacienta. Jde tak o kvalitativně méně závažné jednání, jako u odmítání medicínského úkonu, který směřuje přímo k záchraně života pacienta (dítěte). Dalším rozdílem je povinnost podrobit se očkování a dobrovolností spojenou s výkonem lékařského úkonu. S dobrovolností lékařského úkonu je také spojena možnost odmítnout takový úkon, což u povinného očkování možné není.

## Případy další

Odmítání určitých medicínských úkonů však není jen doménou náboženské společnosti Svědci Jehovovi. Ze zahraničí (konkrétně USA) jsou známy případy členů jiných náboženství či sekt, kteří jsou ve svých postojích mnohem radikálnější. R.A. Hughes vyjmenovává ve svém článku pět církví,

<sup>17</sup> V. Turchi, *Všeobecný pojem „výhrada svědomia“: Talianska právna skúsenosť s odvolaním sa na porovnávacie právo*, [v:] *Výhrada vo svedomí...*, s. 67–68.



které praktikují spirituální léčbu<sup>18</sup>. Opomenutí lékařské péče z důvodu náboženství zná mnoho předpisů v USA. Autoři tvrdí, že je to výsledkem lobbingu církve „Christian Science Church“. Tyto církve (či sekty) jdou s odmítáním lékařské péče ještě dál, než Svědkové Jehovovi a tvrdí, že již samotná návštěva lékaře odvrací nemocného od boha. Přežívá v nich historická nedůvěra v medicínu a její démonizace – za formy, kterými se satan projevuje v tomto světě je považována bolest, nemoc a medicína. Tvrdí také, že všechny lékařské nástroje jsou nástroji satana a také lékařský a zdravotnický personál představuje pomocníky satana. Rodiče, kteří jsou věřícími některé z těchto sekt, jsou po smrti svého nemocného dítěte sektou obviňováni, že dítě zemřelo kvůli jejich nedostatečně silné víře, a ne proto, že by nevyužili lékařskou pomoc<sup>19</sup>.

V jednom případě byli rodiče obviněni z neúmyslného zabití jejich dítěte. Odvolací soud Indiany konstatoval, že sice existuje klauzule o výhradě svědomí pro takový případ, to však nic nemění na odpovědnosti rodičů z uvedeného trestného činu zabití, jelikož porušili obecné právní normy, které stanoví jejich povinnost zajistit lékařskou péči pro své dítě. Nejvyšší soud Indiany k tomu dodal, že je rozdíl v důsledku, který má jednání rodičů – je rozdíl mezi poraněním dítěte a jeho smrtí. V případě, kdy hrozí smrt, rodiče nesmí spoléhat na to, že modlitby dítě vyléčí. Je jisté, že rodiče nechtěli způsobit smrt dítěte, jejich jednáním k ní ale došlo. Státní zástupce to připodobnil k případu, kdy opilý řidič také nechce zabít chodce, rozhodne se však řídit opilý.

V posledních letech se v USA rozvíjí působení na rodiče takto zemřelých dětí. To zahrnuje uvědomění si nezákonnosti takového jednání rodičů, akceptaci odpovědnosti za toto jednání a otevření komunikačních kanálů k integraci rodičů do společnosti. Hughes upozorňuje na fakt, že *dočasný trest, uložený rodičům státem není pro ně ničím v porovnání s trestem, který by je čekal od boha*. A uzavírá, že povinnost péče o dítě převažuje nad svobodou vyznání<sup>20</sup>.

## Praktické důsledky

Svědům Jehovovým je vnitro-organizačně doporučováno, aby sebou nosili kartičku s informací pro lékaře o jejich víře a požadavcích na léčbu. V zahraničí byla kvůli jejich učení zavedena praxe, že krevní transfuzi může

<sup>18</sup> Z důvodu možné nepřesnosti v překladu uvádím církev v anglickém originálním znění: Indiana-based Faith Assembly, Christian Science Church, Church of the First Born in the Western states, Faith Tabernacle of Philadelphia, the End Time Ministry of South Dakota.

<sup>19</sup> Pro podrobnosti o možných psychických následcích spirituální léčby viz zajímavou analýzu: B.L. Bottoms, P.R. Shaver, G. S. Goodman, *An Analysis of Ritualistic and Religion-Related Child Abuse Allegations*, „Law and Human Behavior“ 1996, č. 1, s. 1–34.

<sup>20</sup> R. A. Hughes, *The Deaths of Children by Faith-based Medical Neglect*, „Journal of Law and Religion“, 2004–2005, č. 1, s. 247–265.

nařídít soud. Členové společnosti se však mnohokrát vyhýbají i takto stanovené povinnosti. V případě porušení nařízení náboženské společnosti jsou členové ze společnosti vyloučeni. Komunita se již pak s nimi nesmí stýkat<sup>21</sup>. Vyloučení z komunity, na které je člen mnohokrát psychicky závislý, však není jediným negativním důsledkem porušení předpisů společnosti. Člen také sám, v souladu se svým (dle vnímání okolí chybným) svědomím, je přesvědčen o tom, že nejen, že jeho život na této zemi mimo komunitu ztratil důležitý smysl, ale že nemá nárok ani na život po smrti, v nebeském království. Je snad pak trochu pochopitelnější chování členů této společnosti i vůči svým dětem. Nejenže by schválením transfuze (nebo jiného úkonu) svým dětem „zkazili“ život na zemi, ale také život po smrti. Je samozřejmé, že takové úvahy mnohým připadají nepochopitelné a nesmyslné, je si však třeba uvědomit, proč chce lékař zachránit pacienta. Pravděpodobně proto, aby mu pomohl. Jak však mnoho podporovatelů eutanazie deklaruje, někdy samotný život není hodnotou. Člena společnosti Svědci Jehovovi sice zachráníme, ale jeho poslání jak na zemi, tak po smrti končí, nemá žádný význam. Jistě lze namítnout, že v tom případě musí jít o jedince velice silně věřící. U dětí však mnohokrát víra reflektuje pouze rodinnou tradici, a ne jejich vlastní přesvědčení, hlavně ve velice mladém věku, kdy si ještě sami nemohou nic uvědomovat. Pak je otázkou, zda pro tyto děti a jejich další život není lepší je zachránit, než předpokládat, že jejich záchrana bude tak beznadějná pro ně samé, jako pro jejich rodiče. Je vhodné, aby lékaři dokázali zhodnotit dobro pro svého pacienta nejenom hodnocením dle vlastního žebříčku hodnot, ale také dle následků, které jejich jednání může mít pro pacienta.

## Summary

### *Parents rights vs. rights of children*

Keywords: parental rights, children rights, medical care.

This entry deals with the problem of conflict between parental rights and rights of children according to medical care. The entry asks questions like: do parents have right to act according to their conviction about what is right for their children and thus (for example) refuse to apply blood transfusion, do children have right to decide when to accept their parents' decision, do parents have right to let their child die, does the state have right to protect children from their parents' decisions? Nowadays some court decisions are trying to answer these questions. However, some of these questions presume rather moral answers than legal ones.

<sup>21</sup> S. Matochová, *Etika a právo*, Masarykova Univerzita Lékařská fakulta, Brno 2009, s. 123–124.

**Stanislav Mráz**

Katedra medzinárodného a európskeho práva  
Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela

## **Možnosti obmedzenia ľudských práv v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu**

### **Úvod**

V súčasnom svete ľudstvo čelí jednej z najväčších hrozieb majúcich dopad na jeho bezpečnosť, istoty, zdravie, či jeho spoločenské hodnoty, a to medzinárodnému terorizmu. Boj proti tomuto fenoménu dnes predstavuje prioritu mnohých štátov. Nie je účelom tohto príspevku zaoberať sa pojmovým vymedzením medzinárodného terorizmu, ktorý možno vnímať z hľadiska či už právneho, politického, historického alebo iných spoločenských vied. Terorizmus určite nie je novým javom, no osobitne sa do pozornosti členov medzinárodného spoločenstva a médií dostal po 11. septembri 2001, kedy teroristické útoky na Svetové obchodné centrum v New Yorku a iné ciele v USA mali za následok tisícky nevinných obetí.

Cieľom príspevku je poukázať na skutočnosť, že napriek nespochybnej dôležitosti boja proti medzinárodnému terorizmu, jeho prevencii a postihu páchatel'ov tohto trestného činu, akékoľvek opatrenia prijaté na národnej i medzinárodnej úrovni v rámci uvedených aktivít by nespochybne mali byť v súlade s ochranou ľudských práv. Je nepopierateľné, že medzinárodný terorizmus má priamy a veľmi reálny vplyv na ľudské práva a má devastujúce následky najmä na právo na život, na osobnú slobodu a telesnú integritu (zrejme však neexistuje ľudské právo, ktoré by ním v negatívnom zmysle nebolo ovplyvnené). Okrem toho destabilizuje ústavné alebo spoločenské zriadenie, vyvoláva strach medzi obyvateľstvom, ohrozuje mier a bezpečnosť, hospodársky a sociálny rozvoj spoločnosti.

V odbornej verejnosti existuje názor, že samotný terorizmus predstavuje závažné porušenie ľudských práv, a preto je s ním treba účinne bojovať, na druhej strane by ale prostriedky tohto boja nemali mať tie isté následky ako fenomén, proti ktorému sa vedie boj, teda porušenia ľudských práv. Aj v rámci tohto boja sú medzinárodným právom ľudských práv stanovené

určité hranice, ktoré nemožno prekročiť, inak je prijímanie akýchkoľvek opatrení sporné, dokonca kontroverzné. Analogické opatrenia by však mali byť výzvou, pokiaľ ide o dodržiavanie ľudských práv a princípu právneho štátu (*rul of law*). Niektoré štáty boli zaangažované do mučenia alebo iného neľudského zaobchádzania alebo trestania, pričom ignorovali právny rámec, týkajúci sa zákazu takéhoto konania, iné zas vydávali osoby podozrivé z terorizmu do štátov, kde im hrozil trest smrti, mučenie alebo iné závažné porušenia ľudských práv, čím porušovali zákaz nevydávania do takýchto štátov. Rovnako štáty využívali rôzne represívne opatrenia na potlačenie hlasov obrancov ľudských práv, zástupcov občianskej spoločnosti, či médií, ktoré poukazovali na porušovania ľudských práv v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu. Ako je to s právnou úpravou a možnosťou obmedzenia ľudských práv v týchto prípadoch je predmetom práve tohto príspevku.

## Právny rámec ochrany ľudských práv

Ľudské práva predstavujú univerzálne hodnoty a právne garancie, ktoré chránia jednotlivcov a skupiny osôb pred konaniami resp. opomenutiami primárne zástupcami štátu, ktoré ich rušia v užívaní základných slobôd, oprávnení a ľudskej dôstojnosti<sup>1</sup>. Tieto práva zahrňujú občianske, politické, hospodárske, či sociálne práva, ako aj celú škálu rôznych ďalších práv. Pokiaľ ide právny rámec ich ochrany, tento je obsiahnutý tak na národnej, no predovšetkým na medzinárodnej úrovni.

V prvom rade ide o *medzinárodné zmluvné právo*, ktoré je reprezentované množstvom multilaterálnych medzinárodných zmlúv upravujúcich ľudské práva, ktoré sa stali záväznými pre tie štáty, ktoré predmetné zmluvy podpísali a ratifikovali resp. sa iným spôsobom stali ich zmluvnými stranami. Ide o najmä nasledujúce medzinárodné zmluvy (príp. ich opčné protokoly): Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach (1966, ďalej len ICCPR)<sup>2</sup>, Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach (1966), Európsky dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd (1950, ďalej len ECHR)<sup>3</sup>, Americký dohovor o ľudských právach (1969, ďalej len ACHR) či Africkú chartu o ľudských právach a právach národov (1981) a pod. V tejto súvislosti nemožno opomenúť ani Chartu Organizácie Spojených národov, ktorá zo všeobecnej povinnosti štátov za-

<sup>1</sup> *Human Rights Fact Sheet: Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, OHCHR, Geneva 2008, p. 3: "Human rights are universal values and legal guarantees that protect individuals and groups against actions and omissions primarily by State agents that interfere with fundamental freedoms, entitlements and human dignity".

<sup>2</sup> Publikovaný pod č. 120/1976 Zb.

<sup>3</sup> Publikovaný pod č. 209/1992 Zb.

chovávať ľudské práva a spolupracovať pri ich ochrane urobila jeden z hlavných cieľov OSN a jej členov<sup>4</sup>.

Okrem všeobecných ľudskoprávných dohovorov ale existujú aj medzinárodné zmluvy (a ich opčné protokoly), ktoré upravujú špecifické porušovania ľudských práv resp. chránia určitý okruh osôb. Týmito sú: Dohovor o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (1965), Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (1979), Dohovor proti mučeniu a inému krutému, neľudskému a ponižujúcemu zaobchádzaniu a trestaniu (1984), Dohovor o právach dieťaťa (1989), Dohovor o právach osôb so zdravotným postihnutím (2006), Medzinárodný dohovor o ochrane všetkých osôb pred vynúteným zmiznutím (2006) a pod.

Okrem toho, že tieto zmluvy obsahujú pozitívno-právnu úpravu ľudských práv, na základe niektorých z nich boli vytvorené mechanizmy ochrany ľudských práv, ktoré predstavujú možnosť podávania sťažností v prípade individuálneho porušenia ľudských práv, no majú aj funkciu podpory právnych štandardov a monitorovania dodržiavania ľudských práv. Rozhodnutia niektorých z týchto medzinárodných inštitúcií sú právne záväzné, kým iných nemajú právne záväzný charakter.

Medzinárodné právo ľudských práv sa ale neobmedzuje len na enumeatívny výpočet dohovorov, v ktorých sú konkrétne práva a záväzky upravené. Je obsiahnuté aj v *obyčajovom medzinárodnom práve*, ktoré zaväzuje všetky štáty rešpektovať konkrétne práva a slobody, a to bez ohľadu na to, či sa stali zmluvnou stranou mnohostranných ľudskoprávných dohovorov. Vo všeobecnosti je obyčaj akceptovaná ako právne záväzná obyčaj medzinárodného práva, pokiaľ napĺňa existenciu materiálneho a formálneho prvku, t.j. ustálená dlhodobá prax (*usus longaevus*) a spoločné právne presvedčenie medzinárodného spoločenstva o záväznosti určitého pravidla (*opinio necessitatis generalis*)<sup>5</sup>. Klasickým príkladom medzinárodnej obyčaje ako prameňa medzinárodného práva ľudských práv je Všeobecná deklarácia ľudských práv z r. 1948, ktorá nebola prijatá formou medzinárodnej zmluvy, ale rezolúcie Valného zhromaždenia OSN (pozn. ktoré nemá právne záväzný charakter). Jej ustanovenia mali charakter *legis ferendae*. Svojim jedinečným obsahom ale inšpirovala mnohé štáty k preberaniu práv v nej zakotvených do svojich ústav a medzinárodné organizácie do medzinárodných ľudskoprávných zmlúv (osobitne medzinárodných paktov o ľudských právach). Mnohé v nej

<sup>4</sup> Článok 1, odsek 3 Charty OSN: „Uskutočňovať medzinárodnú spoluprácu riešením medzinárodných problémov hospodárskeho, sociálneho, kultúrneho alebo humanitného rázu podporovaním a posilňovaním úcty k ľudským právam a základným slobodám pre všetkých bez rozdielu rasy, pohlavia, jazyka alebo náboženstva“.

<sup>5</sup> K medzinárodnej obyčaji bližšie napr. P. Šturma, Č. Čepelka, *Mezinárodní právo veřejné*, Eurolex Bohemia, Praha 2003, I. Seidl – Hohenveldern, *Mezinárodní právo veřejné*, Aspi, Praha 2001.

upravené práva sa stali záväznými nielen zmluvnými, ale aj obyčajovými pravidlami. Niektorí autori uvádzajú širší rozsah práv z deklarácie, ktoré sa stali medzinárodnou obyčajou, kým iný zastávajú reštriktívnejší názor<sup>6</sup>.

Rovnako je to pokiaľ ide o diskusiu o rozsahu ľudských práv (existujúcich ako medzinárodná obyčaj), majúcich kogentný charakter, od ktorých sa štáty nemôžu za žiadnych okolností odchyliť ani pripustiť ich obmedzenia či derogáciu. Časť názorov považuje za *jus cogens* tie nezrušiteľné práva, ktoré uvádza ICCPR, ďalšia časť len niektoré z nich (bližšie uvedené ďalej v texte). Predmetnými otázkami sa zaoberali niektoré medzinárodné inštitúcie ako Výbor pre ľudské práva<sup>7</sup>, Komisia pre medzinárodné právo<sup>8</sup> či Výbor pre odstránenie rasovej diskriminácie<sup>9</sup>.

Dodávame, že pokiaľ ide o dokumenty, týkajúce sa ľudských práv (vrátane ich dodržiavania v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu), tieto boli prijímané na pôde rôznych medzinárodných organizácií ako Organizácia Spojených národov, Rada Európy, Organizácia amerických štátov a pod. Okrem vyššie uvedených medzinárodných dohovorov ide v rámci OSN napr. o rezolúcie Valného zhromaždenia OSN<sup>10</sup>, Bezpečnostnej rady OSN<sup>11</sup>, Tretieho výboru VZ OSN (tzv. rezolúcia „Ľudské práva a boj proti terorizmu“, ktorá je prijímaná každoročne od r. 1993), ako aj Rady OSN pre ľudské práva<sup>12</sup>. Rovnako v rámci Rady Európy ide o mimoriadne dôležité Pravidlá Výboru ministrov RE o ľudských právach a boji proti terorizmu z r. 2002<sup>13</sup>, ktoré vychádzajú z princípov upravených v ECHR z hľadiska ich interpretácie Európskym súdom pre ľudské práva. Tieto a iné im analogické rezolúcie, deklarácie, princípy, pravidlá, tzv. *soft law*, vytvárajú medzinárodne uznaný štandard ľudských práv, ktorý musí byť tak isto vzatý na vedomie pri prijímaní legislatívnych a iných protiteroristických opatrení. Nakoľko rovnako ako ľudské práva, aj uvedené medzinárodné štandardy môžu byť ohrozené

<sup>6</sup> Bližšie H. Duffy, *The "War on Terror" and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 278.

<sup>7</sup> Výbor vo svojom Všeobecnom komentári k ICCPR č. 29 uvádza *expressis verbis* ako *jus cogens*: zákaz ukladania kolektívnych trestov, brania rukojemníkov, svojvoľného pozbavenia slobody, dodržiavanie zásad spravodlivého súdneho procesu ako prezumpcia nevinoty a pod.

<sup>8</sup> KMP vo svojom Komentári k zodpovednosti štátov za medzinárodné protiprávne činy z r. 2001 špecifikuje normy, vo vzťahu ku ktorým nie je možná derogácia ako zákaz agresie, genocídy, otroctva, rasovej diskriminácie, zločiny proti ľudskosti, mučenie, apartheid, základné normy medzinárodného humanitárneho práva počas vojny a právo na sebaurčenie.

<sup>9</sup> V Stanovisku k rasovej diskriminácii a opatreniam na boj proti terorizmu výbor potvrdzuje princíp nediskriminácie ako kogentnej normy.

<sup>10</sup> Najmä rez. č. A/RES/62/288 – Globálna protiteroristická stratégia OSN, ale aj rez. č. A/RES/49/60 tzv. Deklarácia o opatreniach na odstránenie medzinárodného terorizmu, i č. A/RES/48/122, A/RES/49/185, A/RES/58/174 a pod.

<sup>11</sup> Napr. rez. č. 1373 (2001), 1377 (2001), 1456 (2003), 1624 (2005).

<sup>12</sup> Res. A/HRC/RES/6/28, A/HRC/RES/7/7 – Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism.

<sup>13</sup> Council of Europe Guidelines on human rights and the fight against terrorism, <<http://www.coe.int>>.

počas boja proti medzinárodnému terorizmu<sup>14</sup>. Vzhľadom na limitovaný rozsah príspevku však nie je možné venovať sa podrobne jednotlivým medzinárodným organizáciám a ich prístupu k ochrane ľudských práv pri boji proti terorizmu, každá by totiž mohla byť predmetom samostatného príspevku.

## Rozsah aplikácie ľudskoprávných záväzkov

Z hľadiska zodpovednosti štátov je potrebné sa venovať aj aplikácii ľudskoprávných záväzkov vyplývajúcich štátom z medzinárodných dohovorov. Pokiaľ štát svojím konaním poruší individuálne právo jednotlivca, je akceptované, že nesie za to zodpovednosť aj pokiaľ k porušeniu práva dôjde mimo jeho štátneho územia. Štáty majú na základe dokumentov medzinárodného práva ľudských práv jednak povinnosť neporušovať ľudské práva (negatívny záväzok) a jednak zaručiť ich ochranu (pozitívny záväzok), v čom je obsiahnutá povinnosť prevencie porušovania ľudských práv a v prípade, že by k nemu došlo – povinnosť ho vyšetriť a odovzdať spravodlivosti tých, ktorí sú za porušenie zodpovední.

Osobitne dôležitá je pri tom *teritoriálna aplikácia*. Pokiaľ by došlo k porušeniu ľudských práv na štátnom území konkrétneho štátu, niet o zodpovednosti štátu za toto porušenie pochybností. Na druhej strane však otázky ohľadom zodpovednosti vyvoláva situácia, keď štát koná mimo svojho územia, čo dnes v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu nie je výnimočný prípad. Rozsah extrateritoriálnej aplikácie je stanovený konkrétnym ľudskoprávnym dohovorom a líši sa od jedného k druhému.

Podľa čl. 2 ods. 1) ICCPR sa každý štát, ktorý je zmluvnou stranou paktu, zaväzuje rešpektovať práva uznané v pakte a zabezpečiť tieto práva všetkým jednotlivcom *na svojom území a podliehajúcim jeho jurisdikcii* bez akéhokoľvek rozlišovania podľa rasy, farby, pohlavia, náboženstva, politického alebo iného zmýšľania, národnostného alebo sociálneho pôvodu, majetku, rodu alebo iného postavenia. Ďalej, ECHR v článku 1 priznáva práva a slobody uvedené v dohovore *každému, kto podlieha jurisdikcii zmluvných strán*. Nakoniec v čl. 1 ods. 1) ACHR sa analogicky uvádza, že štáty, zmluvné strany dohovoru, rešpektujú práva a slobody uznané v pakte a zabezpečujú ich slobodný a riadny výkon všetkým osobám *podliehajúcim ich jurisdikcii* bez diskriminácie z dôvodu rasy, farby, pohlavia, náboženstva, politického alebo iného zmýšľania, národnostného alebo sociálneho pôvodu, majetku, rodu alebo iného postavenia.

---

<sup>14</sup> Blížšie: K. Kalliopi., *The UN, Human Rights and Counter-terrorism, International Cooperation in Counter-terrorism*, ASHGATE 2005.

Ako vidieť, pri ICCPR sa na rozdiel od ECHR a ACHR, ktoré stanovujú „len“ podmienku jurisdikcie, vyžaduje „aj“ podmienka štátneho územia zmluvnej strany paktu. Rovnako v prípade ICCPR, aj regionálnych zmlúv, ktoré neuvádzajú „územie“, predstavuje „územie“ a „jurisdikcia“ *disjunktívny test*, pričom sa začalo všeobecne akceptovať, že povinnosť štátu existuje vo vzťahu k osobám v rámci štátnych hraníc, ako aj mimo nich, ak tu štát vykonáva určitý výkon svojej moci alebo kontroly<sup>15</sup>. Štáty sú teda povinné dodržiavať ľudské práva aj mimo svojho štátneho územia tam, kde vykonávajú efektívnu moc alebo kontrolu a zodpovedajú za ich porušenie voči jednotlivcom, ktorých by sa také porušenie týkalo. Tento fakt potvrdili medzinárodné súdne inštitúcie vo svojej judikatúre ako napr. Európsky súd pre ľudské práva<sup>16</sup>, Inter – americká komisia pre ľudské práva napr. v prípade osôb podozrivých z terorizmu zadržovaných USA v detenčnom zariadení Guantanámo (Kuba), dokonca Medzinárodný súdny dvor v Haagu v prípade právnych následkov konštrukcie múra na okupovaných palestínskych územiach vo svojom právnom posudku z 9. júla 2004 konštatoval, že Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach (Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach, ako aj Dohovor o právach dieťaťa) sa aplikuje vo vzťahu k všetkým činom štátu v rámci výkonu jeho jurisdikcie mimo jeho štátneho územia<sup>17</sup>.

Otázka rozsahu *personálnej aplikácie* ľudskoprávných dohovorov nie je tak komplikovaná, nakoľko štáty sú povinné dodržiavať záväzky pre ne z nich vyplývajúce vo vzťahu k všetkým obyvateľom patriacim pod ich jurisdikciu, teda štátnym občanom, ako aj cudzincom, osobám bez štátnej príslušnosti, utečencom či iným osobám. Samozrejme niektoré práva môžu užívať len určité kategórie obyvateľov, ako napr. politické práva sú oprávnení užívať len štátni občania.

## **„Flexibilita“ medzinárodného práva ľudských práv**

Ako už bolo uvedené, primárnou zodpovednosťou štátov v oblasti ľudských práv je neporušovať ľudské práva a zaručiť ich ochranu. V rámci boja proti medzinárodnému terorizmu by ochrana ľudských práv a princíp právneho štátu mali stáť na prvom mieste a prijímané protiteroristické

---

<sup>15</sup> H. Duffy, op. cit., p. 283: „Both for the ICCPR, where »territory« and »jurisdiction« present a disjunctive test, and for regional treaties, which do not mention »territory« at all, it has become well established that a state has obligations both towards persons within its borders and beyond, where that state exercises sufficient authority and control abroad”.

<sup>16</sup> Prípád Loizidou v. Turecko a i.

<sup>17</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for advisory opinion), 9.07.2004 <<http://www.icj-cij.org>>.



opatrenia by sa mali pohybovať v rámci stanovenom medzinárodným a vnútroštátnym právom. Neporušovanie ľudských práv, zaistenie ich ochrany a súčasne efektívny boj proti medzinárodnému terorizmu je rozhodne zložitou zat'azkávajúcou skúškou a pre mnohé štáty aj veľkou výzvou. Niekedy, čo pritom nie je svetlou výnimkou, sa takéto opatrenia dostávajú do rozporu s medzinárodným právom.

Medzinárodné právo ľudských práv však pozná dva druhy právnych nástrojov, ktoré môžu štáty využiť na prekonanie potenciálneho rozporu medzi bojom proti terorizmu a riadnym dodržiavaním ľudských práv. Niektoré medzinárodné zmluvy obsahujú ustanovenia, ktoré *expressis verbis* umožňujú, za striktné vymedzených podmienok v nich uvedených niektoré ľudské práva obmedziť alebo derogovať. Tieto reštrikcie sa ale nevzťahujú na všetky ľudské práva, tie ľudské práva, ktoré majú absolútny, kogentný charakter nemožno nijako obmedziť ani v prípade žiadnej výnimočnej situácie alebo udalosti.

### **Zákonné obmedzenia (Lawful Limitations, „Claw back“ clauses)**

V prvom rade ide o svojou povahou „slabšie“ zákonné obmedzenia, ktoré sú spravidla uvedené v druhých odsekoch príslušného článku v ľudskoprávnych zmluvách, týkajúceho sa konkrétneho práva. Ide napr. o nasledovné:

Článok 8 ECHR (Právo na rešpektovanie súkromného a rodinného života)

1. Každý má právo na rešpektovanie svojho súkromného a rodinného života, obydlia a korešpondencie.

2. Štátny orgán nemôže do výkonu tohto práva zasahovať okrem prípadov, keď je to v súlade so zákonom a nevyhnutné v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti, verejnej bezpečnosti, hospodárskeho blahobytu krajiny, predchádzania nepokojom a zločinnosti, ochrany zdravia alebo morálky alebo ochrany práv a slobôd iných.

Článok 11 ECHR (Sloboda zhromažďovania a združovania)

1. Každý má právo na slobodu pokojného zhromažďovania a na slobodu združovať sa s inými, včítane práva zakladať na obranu svojich záujmov odbory alebo vstupovať do nich.

2. Na výkon týchto práv sa nemôžu uvaliť žiadne obmedzenia okrem tých, ktoré ustanovuje zákon a sú nevyhnutné v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti, verejnej bezpečnosti, predchádzania nepokojom a zločinnosti, ochrany zdravia alebo morálky alebo ochrany práv a slobôd iných. Tento článok nebráni uvaleniu zákonných obmedzení na výkon týchto práv príslušníkmi ozbrojených síl, polície a štátnej správy.

### Článok 12 ICCPR

1. Každý, kto sa právoplatne nachádza na území určitého štátu, má na tomto území právo slobody pohybu a slobody zvoliť si miesto pobytu.

2. Každý môže slobodne opustiť ktorúkoľvek krajinu, aj svoju vlastnú.

3. Vyššie spomenuté práva nepodliehajú žiadnym obmedzeniam okrem tých, ktoré ustanovuje zákon a ktoré sú nevyhnutné pre ochranu národnej bezpečnosti, verejného poriadku, verejného zdravia alebo morálky alebo práv a slobôd druhých a ktoré v súlade s ostatnými právami uznanými v tomto pakte...

### Článok 18 ICCPR

1. Každý má právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženstva. Toto právo zahŕňa v sebe slobodu vyznávať alebo prijať náboženstvo alebo vieru podľa vlastnej voľby a slobodu prejavovať svoje náboženstvo alebo vieru sám alebo spoločne s inými či už verejne alebo súkromne, vykonávaním náboženských úkonov, bohoslužbou, zachovávaním obradov a vyučovaním.

2. Nikto nesmie byť podrobený donucovaniu, ktoré by narušovalo jeho slobodu vyznávať alebo prijať náboženstvo alebo vieru podľa svojej vlastnej voľby.

3. Sloboda prejavovať náboženstvo alebo vieru sa môže podrobiť len takým obmedzeniam, aké predpisuje zákon a ktoré sú nevyhnutné na ochranu verejnej bezpečnosti, poriadku, zdravia alebo morálky alebo základných práv a slobôd iných.

### Článok 21 ICCPR

Uznáva sa právo na pokojné zhromažďovanie. Výkon tohto práva sa nesmie žiadnym spôsobom obmedzovať, s výnimkami, ktoré ustanovuje zákon a ktoré sú nevyhnutné v demokratickej spoločnosti v záujme národnej bezpečnosti alebo verejnej bezpečnosti, verejného poriadku, ochrany verejného zdravia alebo morálky alebo ochrany práv a slobôd iných.

Je však zrejmé, že tieto výnimky sa netýkajú všetkých, ale len niektorých práv a slobôd, ako sú sloboda pohybu, zhromažďovania a združovania, sloboda svedomia a náboženského vyznania, prejavu a informácií. Naopak nie sú dovolené pri práve na život, ľudské zaobchádzanie, osobnú slobodu a spravodlivé súdne konanie<sup>18</sup>. Ide teda o legitímne zásahy štátu do sféry ľudských práv, ktoré ale musia spĺňať striktné stanovené podmienky.

Predovšetkým musí ísť o obmedzenia, ktoré sú *stanovené zákonom*, (pričom tento zákon by mal byť verejne dostupný, t.j. uverejnený, aby jednotlivci mali vedomosť o tom, ako je možné ich práva obmedziť). Osobitne v prípade trestného konania platí, že nikto nesmie byť potrestaný za čin,

<sup>18</sup> P. Šturma, *Mezinárodní terorismus a lidská práva*, Zborník z konferencie Právne aspekty boja proti medzinárodnému terorizmu, Slovenská spoločnosť pre medzinárodné právo pri SAV, Bratislava 2006, p. 83.

ktorý nebol trestný podľa zákona v čase, keď bol spáchaný. Rovnako páchatelovi nemožno uložiť vyšší trest, než dovoľuje uložiť zákon účinný v čase, keď bol trestný čin spáchaný. Nový zákon sa použije vtedy, ak je to pre páchatel'a priaznivejšie. Ďalšou podmienkou je *legitímny cieľ*, ktorým je spravidla ochrana národnej bezpečnosti, verejného poriadku, verejného zdravia alebo morálky alebo práv a slobôd iných. A naozaj je boj proti terorizmu často používaný ako argument rozšírenia právomocí štátu aj vo sférach, kde by to za bežných situácií nebolo možné. Poslednou skutočnosťou je to, že prijímané protiteroristické opatrenia musia byť *primerané a nevyhnutné* v demokratickej spoločnosti. To, čo je často označené ako „nevyhnutné v demokratickej spoločnosti“ je dodatočnou zárukou, ktorá sa požaduje od štátov pri preukázaní, že obmedzenia neoslabujú demokratické fungovanie spoločnosti<sup>19</sup>.

Hoci väčšina štátov považuje zákonné obmedzenia pri prijímaní protiteroristických opatrení za dostačujúce, to či naozaj reálne spĺňajú všetky uvedené podmienky, môže byť predmetom individuálneho posudzovania *in concreto*, od prípadu k prípadu, rôznymi mechanizmami resp. inštitúciami, ktoré boli na základe ľudskoprávných zmlúv vytvorené napr. Výbor pre ľudské práva, Európsky súd pre ľudské práva a pod. Práve preukázanie princípu proporcionality (nevyhnutnosti) býva v praxi pre štáty zložité.

## Derogačné klauzuly

Derogácia, t.j. dočasné pozastavenie výkonu plnenia niektorých záväzkov, je ďalšou formou legitímneho obmedzenia ľudských práv v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu. Medzinárodné i regionálne ľudskoprávne zmluvy umožňujú za mimoriadnych okolností suspendovať niektoré záväzky. Rovnako aj derogácia je však prípustná za prísne určených podmienok a musí ísť o výnimočné a dočasné opatrenie v prípade ohrozenia života alebo národa, pričom prijaté opatrenia musia byť v súlade s inými záväzkami podľa medzinárodného práva, najmä medzinárodného humanitárneho práva a *jus cogens*. Uvádzame príklady derogačných klauzúl:

Článok čl. 4 ods. 1 ICCPR

Ak je za mimoriadnej situácie, ktorá je úradne vyhlásená, ohrozený život národa, môžu štáty, zmluvné strany paktu, prijať opatrenia derogujúce ich záväzky podľa paktu v rozsahu, ktorý si vyžadajú potreby takej situácie za podmienky, že tieto opatrenia nie sú v rozpore s ich inými záväzkami podľa

<sup>19</sup> *Human Rights Fact Sheet: Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, OHCHR, Geneva 2008, p. 24: „What is often referred to as »necessary in a democratic society« is an additional safeguard which requires States to demonstrate that the limitations do not impair the democratic functioning of society”.

medzinárodného práva a neznamenajú diskrimináciu podľa rasy, farby, pohlavia, jazyka, náboženstva alebo sociálneho pôvodu<sup>20</sup>.

Článok 15 ods. 1 ECHR

V prípade vojny alebo akéhokoľvek iného verejného ohrozenia života národa môže každá Vysoká zmluvná strana prijať opatrenia na derogáciu záväzkov ustanovených v tomto dohovore v rozsahu prísne vyžadovanom naliehavosťou situácie, pokiaľ tieto opatrenia nebudú nezlučiteľné s ostatnými záväzkami podľa medzinárodného práva<sup>21</sup>.

Článok 27 ods. 1 ACHR

V prípade vojny, verejného ohrozenia alebo mimoriadnej situácie ohrozujúcej nezávislosť alebo bezpečnosť štátu môže každý štát, zmluvná strana, prijať opatrenia na derogáciu záväzkov ustanovených v tomto dohovore v rozsahu a na obdobie prísne vyžadovanom naliehavosťou situácie, pokiaľ tieto opatrenia nebudú nezlučiteľné s ostatnými záväzkami podľa medzinárodného práva a neznamenajú diskrimináciu podľa rasy, farby pleti, pohlavia, jazyka, náboženstva alebo sociálneho pôvodu<sup>22</sup>.

Pokiaľ ide o ICCPR, článok 4 predstavuje základ v systéme ochrany ľudských práv podľa paktu. Na jednej strane sa zmluvným stranám dáva možnosť jednostrannej derogácie niektorých záväzkov podľa paktu, no táto podlieha osobitnému režimu právnych záruk a obnovenie „normálneho“ stavu spolu s riadnym dodržiavaním paktu musí byť stále záujmom štátu, zmluvnej strany, a to aj počas aplikácie derogačnej klauzuly.

Podmienky legitímnej derogácie podľa týchto medzinárodných dohovorov vo všeobecnosti sú:

a) Mimoriadna situácia

Tak ICCPR, ako aj EHCR uvádzajú existenciu „verejného ohrozenia života národa“, kým ACHR „ohrozenia ... nezávislosti alebo bezpečnosti štátu“. Na aplikáciu derogácie teda nemusí byť nevyhnutne ohrozené len obyvateľstvo štátu. Derogácia musí byť bez akejkolvek výnimky presne for-

---

<sup>20</sup> „In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”.

<sup>21</sup> “In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law”.

<sup>22</sup> „In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin”.

mulovaná a právne opatrenia, ktoré k nej smerujú musia byť preto jasné<sup>23</sup>. Vždy sa musí analyzovať existujúca situácia, je vylúčené derogovať práva len pokiaľ by ohrozenie existovalo v budúcnosti. Aj v prípade vojnového konfliktu je túto podmienku nevyhnutne potrebné dodržať (derogácia je, pokiaľ ide o ICCPR, možná len ak by dochádzalo k ohrozeniu života národa). To, či nejaký teroristický čin (ne)má za následok vznik takého ohrozenia sa bude posudzovať *ad hoc*. Poukazujeme však na to, že nie každá výnimočná situácia alebo katastrofa je kvalifikovaná ako mimoriadna situácia ohrozujúca život národa, napr. počas národného alebo medzinárodného vojnového konfliktu sa (popri medzinárodnom práve ľudských práv) aplikuje medzinárodné humanitárne právo, prostredníctvom ktorého dochádza k prevencii zneužívania právomocí štátu, ktoré mu prináležia počas mimoriadnej situácie. Štáty musia pri derogácií veľmi dôkladne zvažovať ich odôvodnenie a to, či prijaté protiteroristické opatrenia sú v danej situácii legitímne.

b) Formálne/procesné podmienky derogácie

Derogácia musí byť jednak úradne vyhlásená v príslušnom štáte, ktorý derogáciu aplikuje, ďalej však musia byť o nej (o konkrétne o prijatých opatreniach) informované ostatné zmluvné strany dohovoru a musí byť oficiálne notifikovaná v súlade s ustanoveniami prísl. dohovoru. Napr. pri derogácií záväzkov ICCPR je každý štát, ktorý derogáciu využíva povinný okamžite upovedomiť ostatné štáty (zmluvné strany ICCPR) prostredníctvom generálneho tajomníka OSN o ustanoveniach, od ktorých sa odchytil, ako aj o dôvodoch, ktoré ho k tomu viedli. Ďalšie oznámenie urobí rovnakou cestou ku dňu, keď sa toto opatrenie skončí<sup>24</sup>. Analogicky je to aj v prípade ECHR, podľa ktorého majú štáty notifikačnú povinnosť vo vzťahu ku generálnemu tajomníkovi Rady Európy a podľa ACHR generálnemu tajomníkovi Organizácie amerických štátov. Notifikácia musí jasne uvádzať práva, ktorých sa derogácia týka (nemôže ísť o blanketnú derogáciu), a tak isto presné dôvody a povahu opatrení, ktoré boli v jej rámci prijaté<sup>25</sup>. Notifikácia derogácie pritom predstavuje jeden zo základných kameňov dodržania princípu zákonnosti a právneho štátu v čase, keď je to najviac potrebné.

c) Princíp nevyhnutnosti a proporcionality

Je nepochybné, že derogácia musí byť striktné nevyhnutná a proporcionálna s ohľadom na existujúcu mimoriadnu situáciu. Uvedená požiadavka sa týka jednak trvania, geografického rozsahu, a jednak materiálneho obsahu mimoriadnej situácie vrátane opatrení, ktoré boli v súvislosti s ňou prijaté. Osobitne dôležitá je z toho dôvodu, že štáty sa nezriedka odvolávajú na

<sup>23</sup> Bližšie: H. Duffy, op. cit., p. 293.

<sup>24</sup> Článok 4 ods. 3 ICCPR.

<sup>25</sup> Bližšie: *Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency*, UN Special Rapporteur on states of emergency N. Questiaux, 1982, Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15.

akúsi *kvázi permanentnú mimoriadnu situáciu*, ktorá je dôvodom na využitie derogačnej klauzuly<sup>26</sup>. Takáto samozrejme nie je prípustná.

Tento princíp, ktorý je podobne upravený vo všetkých troch predmetných medzinárodných zmluvách, má svoj pôvod v teórii sebaobrany, ktorá vyžaduje existenciu bezprostredného ohrozenia, ako aj vzťahu medzi ohrozením a opatreniami prijatými na ochranu pred ním, pričom tieto opatrenia musia byť primerané ohrozeniu<sup>27</sup>. Výbor pre ľudské práva, ktorý bol zriadený ICCPR a posudzuje správy zmluvných strán v súvislosti s plnením ich záväzkov im z paktu vyplývajúcich niekoľkokrát potvrdil potrebu posudzovania princípu nevyhnutnosti a proporcionality a vyjadril znepokojenie nad nedostatočným venovaním pozornosti tejto otázke<sup>28</sup>.

d) Dodržiavanie ostatných záväzkov podľa medzinárodného práva

Žiadna derogácia nemôže negatívne ovplyvniť dodržiavanie iných záväzkov medzinárodného práva či už zmluvného alebo obyčajového, vrátane medzinárodného humanitárneho a medzinárodného trestného práva<sup>29</sup>. Derogácia sa vždy viaže na konkrétny zmluvný dokument a neznamená, že štát je oprávnený derogovať záväzky aj podľa iného dokumentu. Pokiaľ teda štát (ktorý je zmluvnou stranou ECHR aj ICCPR) „využije“ derogáciu podľa ECHR, je aj naďalej plne viazaný ICCPR. Rozsah práv, ktoré (nie)je možné derogovať je podľa oboch uvedených zmlúv rozdielny (je však širší pri ICCPR), a teda derogácia sa môže týkať len ľudských práv podľa ECHR, nie ICCPR.

e) Princíp nediskriminácie

Podmienka princípu nediskriminácie, t.j. že opatrenia prijaté v rámci derogácie nemôžu znamenať diskrimináciu podľa rasy, farby, pohlavia, jazyka, náboženstva alebo sociálneho pôvodu, je výslovne upravená v ICCPR i ACHR v článkoch, týkajúcich sa derogácie. Nie je tomu však v ECHR, kde je zákaz diskriminácie upravený „len“ všeobecne v čl. 14.<sup>30</sup> Zároveň ale zákaz nediskriminácie nepatrí podľa čl. 15 ECHR medzi tie práva, ktoré nemožno derogovať, preto je princíp nediskriminácie v tomto prípade disku-

<sup>26</sup> Pozri napr. Hodnotenie Výboru pre ľudské práva k správe Sýrie k ICCPR v r. 2001 (č. dok. CCPR/CO/71/SYR), bod č. 6.

<sup>27</sup> Ibidem, cit. 22, no. 60, p. 16: „This principle, which is expressed in similar terms in the three instrument concerned, has its bases in the theory of self-defense which requires the existence both of an imminent danger and of a relationship between that danger and the measures taken to ensure protection against it, which measures must be proportionate to the danger”.

<sup>28</sup> Pozri napr. Hodnotenie Výboru pre ľudské práva k správe Izraela k ICCPR v r. 1998 (č. dok. CCPR/C/79/Add.93), bod č. 11.

<sup>29</sup> Pozri: *Human Rights Fact Sheet: Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, OHCHR, Geneva 2008.

<sup>30</sup> Článok 14 ECHR: „Užívanie práv a slobôd priznaných týmto dohovorom sa musí zabezpečiť bez diskriminácie založenej na akomkoľvek dôvode, ako je pohlavie, rasa, farba pleti, jazyk, náboženstvo, politické alebo iné zmýšľanie, národnostný alebo sociálny pôvod, príslušnosť k národnostnej menšine, majetok, rod alebo iné postavenie“.

sie hodný. Zákaz diskriminácie treba osobitne dbať do úvahy, nakoľko niektoré protiteroristické opatrenia by mohli byť namierené voči skupine osôb určitej farby pleti alebo náboženského presvedčenia.

## Nederogovateľné ľudské práva

Je potrebné poukázať, že ľudskoprávne dokumenty stanovujú ľudské práva, ktoré nie sú derogovateľné za žiadnych okolností, čo je dané ich všeobecnou a nedotknuteľnou povahou. Ide o absolútne, kogentne chránené ľudské práva. Rozsah týchto práv nie je podľa jednotlivých dohovorov jednotný.

Podľa ICCPR nemožno nikdy derogovať právo na život, zákaz mučenia, krutého, neľudského alebo ponižujúceho zaobchádzania alebo trestania, zákaz otroctva, nevoľníctva a nútených prác, zákaz uväzniť jednotlivca pre jeho neschopnosť splniť zmluvný záväzok, niektoré zo zásad trestného konania (ne bis in idem, uloženie trestu, podľa zákona účinného v čase spáchania trestného činu, použitie nového zákona len, ak je pre páchatel'a priaznivejší), právo na uznanie ako subjektu práva, sloboda myslenia, svedomia a náboženstva. Výbor pre ľudské práva vo svojom Všeobecnom komentári č. 29 k čl. 4 ICCPR ďalej uvádza, že okrem týchto explicitne *per se* uznaných nederogovateľných práv, sú počas derogácie platné aj procesné záruky (*procedural guarantees*), osobitne týkajúce sa súdneho konania. Čiže rovnako ako nederogovateľné práva sú chránené aj záruky ich ochrany a uplatnenia<sup>31</sup>. Podobne tak výbor označil aj možnosť uplatnenia náhrady škody za porušenie práv podľa ICCPR.

Rozsah nederogovateľných práv podľa ECHR je *podstatne užší*: právo na život, zákaz mučenia, krutého, neľudského alebo ponižujúceho zaobchádzania alebo trestania, zákaz otroctva, nevoľníctva a nútenej práce, uloženie trestu výlučne na základe zákona.

Pomerne najrozsiahlejší je podľa AHCR: právo na uznanie jednotlivca ako subjektu práva, právo na život, zákaz mučenia, krutého, neľudského alebo ponižujúceho zaobchádzania alebo trestania, zákaz otroctva, zákaz použitia zákona *ex post facto*, sloboda svedomia a náboženstva, rodinné práva, práva detí, právo na štátne občianstvo, právo podieľať sa na správe verejných vecí.

---

<sup>31</sup> Napr. článok 6 ICCPR – právo na život je nederogovateľný ako celok, vrátane všetkých jeho odsekov, i ods. 2), týkajúceho sa trestu smrti. Keby teda aj počas uplatnenia derogácie za mimoriadnej udalosti začalo nejaké trestné konanie s obvineným zo spáchania terorizmu, v ktorom by mal byť uložený trest smrti (v krajinách, kde sa trest smrti stále vykonáva), toto súdne konanie musí byť plne v súlade s ICCPR, vrátane zásad trestného konania podľa jeho čl. 14 a 15.

Štáty sú samozrejme viazané len tým medzinárodným dohovorom, ktorého sú zmluvnou stranou, no z uvedeného je možné vydedukovať spoločný okruh práv, ktoré nemožno nikdy derogovať, ktorými sú právo na život, zákaz mučenia, krutého, neľudského alebo ponižujúceho zaobchádzania alebo trestania, zákaz otroctva, nevoľníctva a nútených prác a niektoré práva, týkajúce sa trestného konania.

Zaujímavou by nepochybne bola analýza dodržiavania jednotlivých ľudských práv pri boji proti terorizmu. Osobitne sa to týka práva na život a osobnú slobodu. Nezriedka dochádza zo strany štátov a ich predstaviteľov k mučeniu, k porušeniu zásady na spravodlivý súdny proces, k svojvoľným obmedzeniam osobnej slobody a výkonom rozsudkov (dokonca popravam), obmedzeniu slobody prejavu a iným nezákonným represívnym opatreniam, ktoré sa v konečnom dôsledku nedotýkajú len práv osôb podozrivých zo spáchania medzinárodného terorizmu, ale aj nevinného civilného obyvateľstva. Rovnako kontroverzná je aj preprava osôb podozrivých zo spáchania terorizmu. Pokiaľ by štáty riadne dodržiavali svoje záväzky vyplývajúce im z medzinárodných dohovorov, nemohlo by dochádzať k zadržiavaniu podozrivých z terorizmu v detenčnom zariadení na Guantanáme, k ich mučeniu a neľudskému zaobchádzaniu ako vo väznici Abu Ghraib v Iraku, či transfere podozrivých z terorizmu cez tretie krajiny (CIA lety).

## Záver

Vzťah medzi bojom proti terorizmu a dodržiavaním ľudských práv je nejednoznačný a komplikovaný. Na jednej strane má terorizmus priamy i nepriamy vplyv na ľudské práva jednotlivcov, ktoré štát je povinný chrániť, na strane druhej sa však boj proti terorizmu musí realizovať v rámci hraníc stanovených medzinárodným právom ľudských práv a sám nemôže mať za následok ich porušovanie. Medzinárodné právo ľudských práv stanovuje možnosti legálneho obmedzenia ľudských práv, a to formou zákonných obmedzení alebo derogačných klauzúl. V boji proti terorizmu musí byť dodržiavanie ľudských práv prioritou a všetky opatrenia musia byť vykonané v súlade so stanovenými štandardami ochrany ľudských práv. To pritom platí pokiaľ ide o územie štátu, ktorý opatrenia prijíma, ako aj akékoľvek iné, nad ktorým vykonáva štátnu moc, patriacim pod jeho jurisdikciu. Tie práva, ktoré sú medzinárodnými zmluvami stanovené ako nederogovateľné, je nevyhnutné dodržiavať za akýchkoľvek okolností a neexistuje výnimka na odchýlenie sa od nich. Keďže v praxi štátov sa však niekedy ukazuje opak, dodržiavanie ľudských práv v rámci boja proti medzinárodnému terorizmu je pre medzinárodné spoločenstvo dnes, i do budúcnosti veľkou výzvou.



## Summary

### ***The possibility of limiting human rights in the international fight against terrorism***

Keywords: human rights, terrorism, international contract law, legal restrictions.

In today's world, humanity is facing one of the greatest threats having an impact on the safety, security, health, and social values – international terrorism. Combating this phenomenon is now a priority for many countries. It is the purpose of this paper to deal with the conceptual definition of international terrorism, which can be seen in terms of whether legal, political, historical or other social sciences. Terrorism is certainly not a new phenomenon, but it became especially important to the international community after 11<sup>th</sup> of September 2001, when terrorist attacked the World Trade Center in New York and other targets in the U.S. that resulted in thousands of innocent victims. The aim of this paper is to highlight the fact that despite the indisputable importance of combating international terrorism, its prevention and punishment of the perpetrators of this crime, any measures taken at national and international level within the above activities would undoubtedly be consistent with the protection of human rights. It is undeniable that international terrorism is very real and direct impact on human rights and has devastating consequences in particular the right to life, liberty and physical integrity (apparently, there is no human right that in a negative sense it is not affected). In addition, destabilizing the constitutional or social order, causing fear among the population, threatening peace and security, economic and social development. In the professional community, there is the view that terrorism is a very serious violation of human rights, and therefore it must be combated effectively. Some states have been involved in torture or other inhuman treatment or punishment, while ignoring the legal framework on the prohibition of such conduct, others issue terror suspects to countries where they face the death penalty, torture or other serious human rights abuses, which violate prohibition of refoulement to such states. States also use a variety of repressive measures to suppress the voices of human rights defenders, civil society and media, which pointed to violations of human rights in the fight against international terrorism.

There is a close link between international terrorism and human rights. All states have the right to defend themselves and their population against international terrorism and to take the necessary measures to guarantee their security and integrity. However, they must fully respect and conform with the international law, particularly international human rights law and other relevant international norms, principles, and generally recognized

standards. International human rights law allows for limitations on certain rights and, in a very limited set of exceptional circumstances, for derogations from certain human rights provisions. These are lawful limitations (treaty “claw back” clauses) and derogation clauses. There are nevertheless certain inalienable non-derogable human rights, derogation from which is prohibited and which must be applicable in all situations e.g. the right to life, freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, freedom from retrospective penalties etc. Practice of states shows that not all of the counterterrorism measures taken by them are in conformity with international law. Finding the balance between effective fight against international terrorism while guaranteeing fundamental human rights is therefore a big challenge for international community.

**Kamila Naumowicz**

Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Prawo pełnoletniego dziecka do utrzymania w praktyce sądów włoskich**

### **Wstęp**

Niezaprzeczalnie obowiązek rodziców utrzymania dziecka, obok obowiązku jego edukacji i wychowania, jest niezbędnym gwarantem prawidłowego rozwoju młodego człowieka. Nie podlega dyskusji fakt, iż dziecko jest zależne ekonomicznie od swoich rodziców, co też zostało dostrzeżone i uregulowane przez włoskiego ustawodawcę w instytucji środków utrzymania. Obowiązek ten nabiera szczególnej wagi w przypadku separacji lub rozwodu rodziców, gdy dobro dziecka często bywa zagrożone. W tej sytuacji ustawodawca przewidział rozwiązanie w formie zaliczki na utrzymanie dziecka, płaconej przez jednego z rodziców na rzecz tego, z którym dziecko faktycznie zamieszkuje. Pewne kontrowersje pojawiają się w przypadku dziecka pełnoletniego – o ile zależność ekonomiczna dzieci niepełnoletnich od rodziców nie budzi wątpliwości, o tyle w przypadku dzieci, które ukończyły 18 rok życia, pojawia się pytanie: w którym momencie obowiązek utrzymania ustaje? Jak wynika z orzecznictwa włoskiego sądu kasacyjnego, które zostanie omówione poniżej, odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna.

### **Obowiązek utrzymania dziecka we włoskim kodeksie cywilnym**

Instytucja środków utrzymania w prawie włoskim wywodzi się z art. 147 włoskiego kodeksu cywilnego<sup>1</sup>, który stanowi: „Małżeństwo nakłada na oboje małżonków obowiązek utrzymania, wychowania i edukacji potomstwa,

---

<sup>1</sup> Codice Civile. Regio Decreto z 16 marca 1942, n. 262. Na marginesie należy zaznaczyć, iż we włoskim systemie prawnym nie ma wyodrębnionego kodeksu rodzinnego, jak to ma miejsce w Polsce, a materia prawa rodzinnego jest regulowana kodeksem cywilnym.

biorąc pod uwagę możliwości, wrodzone zdolności i aspiracje dzieci”<sup>2</sup>. Umieszczenie tego artykułu przez ustawodawcę w tytule VI „O małżeństwie” akapicie IV „O obowiązkach i prawach wynikających z małżeństwa” mogłoby sugerować, iż obowiązek ten dotyczy utrzymania wyłącznie dzieci zrodzonych w małżeństwie. Włoski kodeks cywilny wciąż bowiem rozróżnia pojęcie dziecka małżeńskiego (*figlio legittimo*) i pozamałżeńskiego (*figlio naturale*), co budzi liczne kontrowersje przedstawicieli doktryny<sup>3</sup>. Jednakże z późniejszych ustaw, a także orzecznictwa wynika, iż obowiązek rozciąga się także na dzieci pozamałżeńskie, dzieci rodziców rozwiedzionych lub w separacji na takich samych zasadach, na jakich prawo do utrzymania posiadają dzieci zrodzone w małżeństwie<sup>4</sup>. Przygotowywany jest też projekt ustawy, który przewiduje całkowite zniesienie rozróżnienia pomiędzy dziećmi naturalnymi (pozamałżeńskimi) a prawnymi (małżeńskimi) na gruncie włoskiego prawa cywilnego poprzez zastąpienie tych terminów jednolitym pojęciem „dziecko”<sup>5</sup>.

Dla celów niniejszego artykułu podział na dzieci małżeńskie i pozamałżeńskie nie ma większego znaczenia, istotne jest natomiast kształtowanie się obowiązku utrzymania dziecka z rozróżnieniem potomstwa pełnoletniego i niepełnoletniego.

## Pojęcie niezależności ekonomicznej dziecka

Przesłanką warunkującą istnienie obowiązku utrzymania jest, obok pochodzenia dziecka od danych rodziców, brak niezależności ekonomicznej dziecka, którą należy traktować jako element konstytutywny samego prawa do utrzymania. Wyraźny podział w ocenie niezależności ekonomicznej rysuje się właśnie na gruncie ukończenia przez dziecko lub nie 18 roku życia. I tak, w przypadku żądania środków utrzymania przez dziecko niepełnoletnie brak niezależności ekonomicznej może być dorozumiany, zaś jeśli o przy-

---

<sup>2</sup> Wszystkie zamieszczone w niniejszej pracy fragmenty przepisów lub orzeczeń są tłumaczone przez autorkę.

<sup>3</sup> Przewodniczący Stowarzyszenia Włoskich Adwokatów Rodzinnych (AMI) Gian Ettore Gassani uznaje (szczególnie z uwagi na użytą przez włoskiego ustawodawcę terminologię), iż podział taki nie może mieć miejsca w cywilizowanym społeczeństwie. Por. G.E. Gassani, Komunikat prasowy z 19.05.2009 r. [online] <[http://www.ami-avvocati.it/comunicati\\_stampa/2009-05-19\\_coppie\\_di\\_fatto.pdf](http://www.ami-avvocati.it/comunicati_stampa/2009-05-19_coppie_di_fatto.pdf)>, dostęp: 22.08.2011.

<sup>4</sup> Por. wyrok Suprema Corte di Cassazione, sezione I civile, z 4 listopada 2010 r. (n. 22502), który precyzuje, iż w przypadku dzieci pozamałżeńskich na podstawie odesłania z art. 4 ustawy n. 54 z 2006 r. mają zastosowanie te same przepisy kodeksu cywilnego, które dotyczą dzieci pochodzących z małżeństwa.

<sup>5</sup> Projekt ten o nazwie “Proposta di legge 2519 – Modifiche al codice civile in materia di riconoscimento e di successione ereditaria dei figli naturali” został 30 czerwca 2011 r. przyjęty przez włoski Sejm i jest obecnie dyskutowany w Senacie. Więcej na temat przygotowywanej reformy [online] <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00603669.pdf>>, dostęp 23.08.2011.

znanie środków utrzymania ubiega się dziecko pełnoletnie, musi bezpośrednio podnieść w pozwie, w którym domaga się uznania prawa do utrzymania, iż pozostaje zależne ekonomicznie od rodziców. Na zainteresowanym orzeczeniem ustania obowiązku rodzicu spoczywa w takim przypadku ciężar udowodnienia, iż dziecko osiągnęło niezależność<sup>6</sup>. Z powyższego wynika, iż obowiązek utrzymania istnieje od momentu urodzenia się dziecka do uzyskania przez nie pełnoletności, ale trwa również po ukończeniu 18 roku życia, o ile dziecko nie uzyskało niezależności ekonomicznej. Domniemywa się bowiem, iż dziecko niepełnoletnie pozostaje zależne od rodziców, natomiast w przypadku dziecka pełnoletniego jego zależność ekonomiczną ocenia sąd, ilekroć którekolwiek z rodziców zwróci się do sądu z żądaniem uznania, iż obowiązek utrzymania ustał.

Czym więc jest owa niezależność ekonomiczna? Próby jej zdefiniowania sąd kasacyjny podejmował wielokrotnie, określając ją m.in. jako stan, w którym „dziecko osiągnie status samowystarczalności ekonomicznej (*autosufficienza economica*), tj. otrzyma dochód odpowiedni do kwalifikacji zawodowych, biorąc pod uwagę normalne i konkretne warunki na rynku pracy”<sup>7</sup>.

Ocena, czy dziecko osiągnęło lub nie stan niezależności ekonomicznej, należy do wyłącznej właściwości sędziego rozpatrującego sprawę. Wśród kryteriów, które sędzia powinien brać pod uwagę, znajduje się ocena aspiracji dziecka, jego wykształcenia oraz aktualnej sytuacji na rynku pracy, ze szczególnym uwzględnieniem sektora, na który dziecko ukierunkowało swoje wykształcenie i specjalizację<sup>8</sup>. Z analizy orzeczeń sądu kasacyjnego wynika przede wszystkim obraz dyskrecjonalnej oceny sędziego i relatywnych kryteriów pozwalających ustalić, czy dziecko osiągnęło niezależność ekonomiczną, czy też stopień osiągniętej autonomii nawet w drodze działalności zawodowej nie pozwala na pełną samowystarczalność. Nie każde bowiem podjęcie przez dziecko działalności zarobkowej będzie tożsame z osiągnięciem przezeń niezależności ekonomicznej, a więc nie zawsze będzie wiązało się z ustaniem obowiązku utrzymania po stronie rodziców.

<sup>6</sup> Zob. wyrok Cass. civ., sez. I, z 15 lipca 2010, n. 16612.

<sup>7</sup> Cass. civ., sez. I, z 17 listopada 2006, n. 24498. W zakresie pojęcia niezależności ekonomicznej por. orzeczenie Cass. Civ., sez. I, z 19 marca 1984, n. 1862, które określa ją jako możliwość zaspokojenia w odpowiedni sposób własnych potrzeb oraz Cass. civ., sez. I, z 7 listopada 1981, n. 5874 i Cass. civ., sez. I, z 28 czerwca 1994, n. 6215, które ponadto określają, aby zaspokojenie własnych potrzeb było związane z właściwą pozycją (umiejscowieniem) dziecka na łonie społeczeństwa. Dalsze doprecyzowanie pojęcia znajduje się w orzeczeniu Cass. civ., sez. I, z 4 marca 1998, n. 2392, które stanowi, iż obowiązek utrzymania dziecka pełnoletniego ustaje, gdy osiągnie ono status samowystarczalności ekonomicznej (*autosufficienza economica*), tj. osiągnie dochód odpowiadający kwalifikacjom zawodowym w porównaniu z normalnymi i konkretnymi warunkami rynku pracy, bez odniesienia się do stopy życiowej rodziców.

<sup>8</sup> Zob. Cass. civ., sez. I, z 3 kwietnia 2002, n. 4765; Cass. civ., sez. I, z 24 listopada 2004, n. 22214; Cass. civ., sez. I, z 11 lipca 2006, n. 15756.

## Niezależność ekonomiczna a różne formy zatrudnienia

W wyroku z dnia 6 kwietnia 2009 r. sąd raz jeszcze podkreślił zasadę, iż obowiązek rodzica do dostarczania dzieciom środków utrzymania „nie ustaje automatycznie z osiągnięciem przez nie pełnoletności, lecz trwa dopóki nie osiągną niezależności ekonomicznej poprzez aktywność zawodową dającą konkretną możliwość niezależności...”<sup>9</sup>. Z powyższej zasady zdaniem sądu wynika, iż „wykonywanie pracy tymczasowej, ograniczonej w czasie, nie jest wystarczające, by uwolnić rodzica od obowiązku utrzymania, w danym przypadku nie można bowiem uznać, że osiągnięta została niezależność ekonomiczna, która wymaga, jak już wskazano, konkretnej perspektywy kontynuacji”. W przedmiotowej sprawie sąd przyznał zatem prawo do utrzymania dwóm dorosłym córkom, mimo iż obie ukończyły już studia wyższe i prowadziły działalność zawodową (choć o charakterze tymczasowym – przez rok, lub dorywczym – jako wolny zawód).

Także podjęcie pracy w charakterze praktykanta nie skutkuje ustaniem obowiązku utrzymania – praktyka zarówno pod względem treści stosunku, jak i warunków finansowych odróżnia się bowiem od typowych stosunków pracy i w takim przypadku, zdaniem sądu, należy wziąć pod uwagę wynagrodzenie dziecka<sup>10</sup>. Nawet wykonywanie pracy na podstawie umowy na czas nieokreślony nie gwarantuje ustania obowiązku utrzymania, gdyż sąd zawsze może uznać, iż praca ta nie jest adekwatna do aspiracji i zdolności dziecka. Sąd kasacyjny wyrokiem z dnia 27 czerwca 2011 r. uznał, iż będący na emeryturze ojciec jest zobowiązany do łożenia na utrzymanie 25-letniej córki, która pracuje na czas nieokreślony i ukończyła studia z zakresu księgowości. W przedmiotowej sprawie sąd orzekł, iż zatrudnienie (córka pracowała na pół etatu jako kelnerka) nie odpowiada wyuczonemu zawodowi i aspiracjom dziecka, a dochód w wysokości 650 euro nie może zostać uznany za gwarantujący niezależność ekonomiczną<sup>11</sup>.

Należy zwrócić uwagę na pewną sprzeczność w orzecznictwie sądu kasacyjnego, który z jednej strony wielokrotnie rozstrzygał na korzyść dorosłych już dzieci, niejednokrotnie podejmujących różne formy zatrudnienia, z drugiej zaś strony podkreślał zasadę, iż jeśli raz zajdą przesłanki do ustania obowiązku utrzymania, nie może się on odnowić. Obowiązek ten zatem nie odnawia się, jeśli dziecko porzuciło podjętą działalność zawodową lub miała ona negatywny przebieg<sup>12</sup>. Przesłanką ustania obowiązku jest zdaniem sądu

<sup>9</sup> Cass. civ., sez. I, z 6 kwietnia 2009, n. 8227.

<sup>10</sup> Cass. civ., sez. I, z 11 stycznia 2007, n. 407.

<sup>11</sup> Cass. civ., sez. I, z 27 czerwca 2011, n. 14123, [online] <<http://www.diritto.it/docs/5087460-anche-i-figli-che-lavorano-stabilmente-vanno-mantenuti-dai-genitori?source=1&tipo=news>>, dostęp 22.08.2011.

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. I, z 5 sierpnia 1997, n. 7195.

m.in. wykazanie się przez dziecko zdolnością do samoutrzymania. Jak ocenia sąd zaistnienie takiej zdolności? – nie inaczej niż na podstawie wcześniej podejmowanego zatrudnienia. Obowiązek utrzymania ustaje wobec pełnoletniego dziecka, które – choć nie jest ekonomicznie samowystarczalne – w przeszłości podjęło zatrudnienie, „dowodząc w ten sposób odpowiedniej zdolności do samoutrzymania i skutkując ustaniem obowiązku utrzymania po stronie rodziców”<sup>13</sup>.

Podobnie w orzeczeniu z dnia 21 lutego 2007 r. sąd uznał, iż obowiązek taki wygasa, jeśli dziecko podjęło wcześniej pracę (nawet jeśli nie było przez to całkowicie samowystarczalne pod względem ekonomicznym), a następnie z niej zrezygnowało. Rezygnacja jest bowiem wyłącznym wyborem dziecka, który nawet jeśli pociąga za sobą faktyczne pozbawienie go środków utrzymania, nie może spowodować odnowienia obowiązku utrzymania, gdyż jego przesłanki już ustały. Sprawa dotyczyła 27-letniego syna z dyplomem księgowego, który wykonywał pracę przez około rok, a następnie z niej zrezygnował<sup>14</sup>. Natomiast w wyroku z dnia 22 listopada 2010 r. wystarczającą przesłanką dla sądu do uznania, iż obowiązek utrzymania ustał, było wykonywanie przez pełnoletnie dziecko pracy na czas określony<sup>15</sup>.

### **Kryterium pracy „adekwatnej”**

Najbardziej problematyczne kryterium dotyczy wymogu, aby dziecko wykonywało pracę „adekwatną” do swojego wykształcenia i aspiracji. Nadinterpretacja tego pojęcia przez sądy prowadzi do absurdalnych niekiedy rozstrzygnięć, na mocy których mimo posiadania zatrudnienia 30-letnie dzieci nadal otrzymują środki utrzymania od swych rodziców.

Przykładem takiego orzeczenia jest wyrok z dnia 3 kwietnia 2002 r., w którym sąd apelacyjny w Neapolu, a następnie sąd kasacyjny przyznały prawo do utrzymania 28-letniemu synowi, który ukończył studia prawnicze, jest współnikiem i zarządcą w spółce, a także współwłaścicielem funduszu inwestycyjnego. Mimo posiadanego zatrudnienia oraz majątku, zdaniem sądu nie osiągnęło on nadal niezależności ekonomicznej. W uzasadnieniu swej decyzji sąd odniósł się do przytoczonych już wyżej kryteriów, takich jak ocena aspiracji dziecka, jego możliwości, wykształcenia oraz aktualnej sytuacji na rynku pracy, ze szczególnym uwzględnieniem sektora, na który ukierunkowało ono swoje wykształcenie. Na podstawie tych kryteriów sąd orzekł,

<sup>13</sup> Cass. civ., sez. I, z 7 lipca 2004, n. 1247.

<sup>14</sup> Cass. civ., sez. I, z 21 lutego 2007, n. 4102.

<sup>15</sup> Cass. civ., sez. I, z 22 listopada 2010 r. n. 23590. Brak jednolitej linii orzeczniczej rysuje się wyraźnie, jeśli rozpatrzmy to orzeczenie w porównaniu z wyrokiem z 6 kwietnia 2009 r. n. 8227 czy też wyrokiem z 27 czerwca 2011 r. n. 14123, omówionymi powyżej.

iz „nie można przypisać winy dziecku, które odmawia podjęcia pracy nieadekwatnej do jego specyficznego przygotowania, postaw i efektywnych zainteresowań, przynajmniej w limitach czasowych, w których te aspiracje mają rozsądną szansę się zrealizować oraz pod warunkiem, że ta postawa odmowy jest spójna z warunkami ekonomicznymi rodziny”<sup>16</sup>. W przedmiotowej sprawie sąd uznał więc za uzasadnione prawo dziecka do utrzymania, biorąc pod uwagę, iż oboje rodzice wykonują pracę o podniosłych charakterze, a dziecko ma prawo do dalszego kształcenia się, by w perspektywie uzyskać zawód odpowiadający jego potencjałowi i aspiracjom. W ocenie okoliczności sprawy sąd uzasadnił bowiem, iż 28-letni absolwent prawa nadal kształci się w celu przygotowania się do wybranego przez siebie zawodu.

### Kryterium wieku

Kolejnym kryterium ustania obowiązku utrzymania pełnoletniego dziecka jest osiągnięcie przez nie wieku, na podstawie którego można przypuszczać, iż jest ono zdolne samo się utrzymać. Również to kryterium, które potwierdza włoska doktryna<sup>17</sup>, bywa różnie interpretowane i stosowane przez sądy.

Dla przykładu: wyrokiem z dnia 31 grudnia 2001 sąd apelacyjny w Perugii stwierdził ustanie obowiązku utrzymania dwóch pełnoletnich córek (32 i 34 lata). Sąd ten uzasadnił swoją decyzję przekroczeniem pewnego limitu wieku, powyżej którego „utrzymanie przekształca się w nadużycie” (dosłownie *parassitismo* – ‘pasożytnictwo’). Jednakże sąd kasacyjny wyrokiem z dnia 1 grudnia 2004 r.<sup>18</sup> podważył powyższe orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Jak sąd uzasadnił tą decyzję? Przede wszystkim podkreślił znaną już zasadę, iż obowiązek utrzymania nie ustaje z ukończeniem przez dziecko 18 roku życia, lecz w momencie uzyskania niezależności ekonomicznej. Skrytykował tym samym decyzję sądu apelacyjnego, twierdząc, iż nie można ustalić abstrakcyjnego terminu dla ustania obowiązku utrzymania – tak jak to uczynił sąd apelacyjny – wraz z upływem określonego terminu od daty uzyskania pełnoletności (upływ którego skutkowałby ustaniem obowiązku utrzymania jako stanowiącego nadużycie tego prawa).

Zakaz ustalania abstrakcyjnego terminu dla ustania obowiązku (jak np. limit wieku) sąd kasacyjny podkreślał wielokrotnie. Sąd apelacyjny we Flo-

<sup>16</sup> Cass. civ., sez. I, z 3 kwietnia 2002, n. 4765, [online] <[http://www.diritto.it/sentenze/magistratord/cass\\_4765\\_2002.html](http://www.diritto.it/sentenze/magistratord/cass_4765_2002.html)>, dostęp 22.08.2011.

<sup>17</sup> Zob. R. Rossi, *Il mantenimento dei figli*, Milano 2005, s. 37.

<sup>18</sup> Cass. civ., sez. I, z 1 grudnia 2004, n. 22500, [online] <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=2398>>, dostęp 22.08.2011.



rencji w wyroku z dnia 20 grudnia 2002 r. powołał się na wiek dziecka jako jedną z przesłanek ustania obowiązku utrzymania (sprawa dotyczyła 27-latkę, który ukończył już studia wyższe), lecz sąd kasacyjny w cytowanym już wyroku z dnia 21 lutego 2007 r. odwołał tę decyzję. Podobnie stało się, gdy sąd w Trieście przyznał prawo utrzymania pełnoletniej studentce tylko do czasu ukończenia przez nią 26 lat – limitu ustalonego przez sąd na podstawie normalnego czasu trwania studiów na danym kierunku (ok. 24–25 roku życia) oraz późniejszego znalezienia zatrudnienia (ok. 26 roku życia). Także w tym przypadku sąd kasacyjny orzekł jak powyżej – ustalenie limitu jest niemożliwe i sprzeczne z art. 147 włoskiego kodeksu cywilnego<sup>19</sup>.

### Ciężar dowodu

W kwestii ciężaru dowodu orzecznictwo sądu kasacyjnego jest dość zgodne (choć bywa niekiedy mylnie interpretowane przez doktrynę). To zagadnienie o tyle problematyczne, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami ciężar udowodnienia istnienia bądź ustania zależności ekonomicznej pełnoletniego dziecka spoczywa na zainteresowanym rodzicu. Zasada ta była wielokrotnie powtarzana przez sąd kasacyjny: „osiągnięcie niezależności ekonomicznej powoduje wygaśnięcie zobowiązania *ex lege* (*fatto estintivo di una obbligazione*), toteż rodzic, który twierdzi, iż ustało prawo dziecka do utrzymania, musi wykazać, że dziecko stało się autonomiczne i samowystarczalne, nie zaś drugi rodzic (lub dziecko) wykazać trwanie stanu zależności ekonomicznej”<sup>20</sup>. Tę linię orzeczniczą sąd utrzymał również w wyrokach z dnia 3 kwietnia 2002 r.<sup>21</sup>, 1 grudnia 2004 r., 7 kwietnia 2006 r.<sup>22</sup>

### Zawiniony brak niezależności

Jeśli brak niezależności ekonomicznej wynika z winy dziecka, sąd również orzeka o ustaniu obowiązku utrzymania. Winę można przypisać dziecku w sytuacji, gdy bezzasadnie odmawia wykonywania pracy, wykazuje po-

<sup>19</sup> Cass. civ., sez. I, z 7 kwietnia 2006, n. 8221.

<sup>20</sup> Cass. civ. sez I, z 2 września 1996, n. 7990. Podobnie Cass. civ., sez. I, z 29 grudnia 1990, n. 12212, Cass. civ. sez. I, z 26 stycznia 1990, n. 475.

<sup>21</sup> Cass. civ. sez I, 3 kwietnia 2002 r. n. 4765. Dostępne [online] <<http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=4382>>, dostęp 21.08.2011. Ciężar dowodu spoczywa na tym z rodziców, który twierdzi, iż obowiązek dostarczenia środków utrzymania ustał, nie zaś na dziecku, które w takim wypadku musiałoby dowodzić, iż nadal znajduje się w stanie zależności ekonomicznej.

<sup>22</sup> Cass. civ. sez I, z 1 grudnia 2004, n. 22500; z 7 kwietnia 2006, n. 8221. Obowiązek utrzymania trwa „dopóki rodzic zainteresowany nie dostarczy dowodu” osiągnięcia przez dziecko niezależności.

stawę bierności w poszukiwaniu pracy odpowiadającej jego zdolnościom, odmawia okazjom, które są mu oferowane, porzuca bez usprawiedliwionych powodów miejsce pracy<sup>23</sup>. Ocena winy dziecka opiera się na analizie okoliczności – sąd bierze pod uwagę, czy dziecko, mimo iż rodzice stworzyli mu niezbędne (i wystarczające) warunki do ukończenia podjętych studiów i uzyskania tytułu niezbędnego do wykonywania wybranego zawodu, nie umiało skorzystać z powodu nieuzasadnionego zaniedbania lub wolnego (lecz dyskusyjnego) wyboru z oferowanych mu szans lub też nie było w stanie osiągnąć samowystarczalność ekonomiczną z własnej winy (*per propria culpa*)<sup>24</sup>.

Każdorazowo jednak ciężar dowodu, iż dziecko – mimo najlepszych starań rodziców – nie osiągnęło niezależności ekonomicznej z własnej winy, spoczywa na rodzicu. Zasada ta jest w praktyce niezwykle trudna do zrealizowania, szczególnie w przypadku dzieci dorosłych, które od wielu lat pozostają na utrzymaniu rodziców. Wiąże się to z faktem, iż we Włoszech nie istnieją granice wieku ani limit trwania studiów wyższych – stąd też trudno jest udowodnić winę dziecku, które przedłuża czas studiów z 5 do niekiedy 15 lat (w orzecznictwie znane są takie przypadki – sąd kasacyjny w wyroku z dnia 30 sierpnia 1999 r. orzekł o ustaniu obowiązku utrzymania wobec 35-letniego syna, który od ponad 15 lat studiował na uniwersytecie medycynę, nie kończąc studiów i nie poszukując pracy<sup>25</sup>). Nie zawsze jednak będziemy mieli do czynienia z tak skrajnymi przypadkami – zdarzają się bowiem sytuacje, iż dziecko będące na utrzymaniu rodziców kończy jedno studia i zaczyna kolejne – tym samym przedłużając znacznie czas swej zależności ekonomicznej od rodziców, którzy są zobowiązani do jego utrzymania<sup>26</sup>.

## Wnioski

Jak wynika z powyższych przykładów, wprowadzenie zasady, iż dziecko pełnoletnie uzyskuje niezależność, gdy podejmie zatrudnienie adekwatne do jego zdolności, ambicji oraz sytuacji materialnej rodziny, wprowadza nierówność w sytuacji dzieci zamożnych i wysoko wykwalifikowanych rodziców oraz tych, które nie miały takiego szczęścia. Sędzia bowiem, opierając się na tak zdefiniowanych kryteriach, przyzna dziecku z rodziny lepiej sytuowanej więcej czasu na znalezienie zatrudnienia odpowiadającego jego aspiracjom, natomiast pozostali powinni się zadowolić jakąkolwiek posadą. Prowadzi to

<sup>23</sup> Cass. civ., sez. I, z 1 grudnia 2004, n. 22500.

<sup>24</sup> Cass. civ., sez. I, z 7 kwietnia 2006, n. 8221.

<sup>25</sup> Cass. civ., sez. I, z 30 sierpnia 1999, n. 9109.

<sup>26</sup> Por. Cass. civ., sez. I, z 10 listopada 2010 – 26 stycznia 2011, n. 1830, [online] <<http://www.altalex.com/index.php?idstr=321&idnot=51505>>, dostęp 23.08.2011.

do paradoksalnej sytuacji, w której „problem” ze znalezieniem pracy (jednakże „odpowiedniej do aspiracji”) mają dobrze wykształcone dzieci bogatych rodziców, pozostające na ich utrzymaniu do ukończenia 30, a niekiedy i 35 roku życia<sup>27</sup>. Dzieci takie nazywane są *bamboccioni*, co można przetłumaczyć jako ‘duże dzieci’.

*Bamboccioni* stały się problemem społecznym i prawnym we Włoszech, a nawet przedmiotem wystąpień włoskiego ministra R. Brunetta. Jak zaznaczają M. Berruti i G. Facchini<sup>28</sup>, sąd doprowadzając do sytuacji, że emerycy muszą nadal utrzymywać swoje 30-, a nawet 40-letnie dzieci, nie bierze pod uwagę kryzysu ekonomicznego ani tego, iż w obecnej sytuacji rynkowej dziecko powinno dążyć do jak najszybszego uniezależnienia się od rodziców, podejmując taką pracę, jaką uda mu się znaleźć, a ewentualnie w następnej kolejności poszukiwać zatrudnienia odpowiadającego jego aspiracjom. Sytuacje takie prowadzą do wypaczenia roli pokoleń.

Być może rozwiązaniem problemu byłoby wprowadzenie limitu wieku – bądź w oparciu o kryterium średniego czasu trwania studiów (jak już to próbowały czynić niektóre sądy), bądź np. 30 roku życia, powyżej którego istniałoby domniemanie osiągnięcia niezależności ekonomicznej przez dziecka. Z pewnością jednak – co podkreśla również G.E. Gassani<sup>29</sup> – konieczne jest przerzucenie ciężaru dowodów z rodzica, który wielokrotnie nie jest w stanie udowodnić osiągnięcia niezależności lub winy za jej brak po stronie pełnoletniego dziecka właśnie na to dziecko, a nawet wprowadzenie domniemania winy dziecka, gdy nie kończy ono studiów w normalnym terminie lub też po ukończeniu nauki odmawia podjęcia zatrudnienia, choćby nie było ono spełnieniem jego aspiracji.

## Summary

### *Adult child's right to maintenance in the practice of Italian courts*

Keywords: maintenance obligation, parents, adult child, jurisprudence, Italy.

The aim of this article is to present how the provisions of the Italian Civil Code regarding the obligation of parents to maintain the child, are being implemented in practice in the sentences of Italian courts.

<sup>27</sup> Por. chociażby omówiony już wyrok Cass. civ., sez. I, z 3 kwietnia 2002, n. 4765.

<sup>28</sup> M. Berruti, G. Facchini, *I “bamboccioni” nella prospettiva giuridica e psicosociale, appunti per la comprensione del fenomeno*, [online] <[http://www.minoriefamiglia.it/download/bamboccioni\\_facchini\\_berruti.PDF](http://www.minoriefamiglia.it/download/bamboccioni_facchini_berruti.PDF)>, dostęp 21.8.2011.

<sup>29</sup> Por. G.E. Gassani, *Komunikat prasowy z 8 września 2008*, [online] <[http://www.ami-avvocati.it/comunicati\\_stampa/2008-09-08\\_bamboccioni\\_ok.pdf](http://www.ami-avvocati.it/comunicati_stampa/2008-09-08_bamboccioni_ok.pdf)>, dostęp 21.08.2011.

The reference point for the foregoing analysis will be the article 147 of the Italian Civil Code and its interpretation, provided by the doctrine and the Italian Supreme Court of Cassation (Suprema Corte di Cassazione). The controversy arises as the courts often grant the right to maintenance even to thirty- or forty-year old children. This cannot lead in fact to positive economical or social changes, resulting in the appearance in Italy of a growing number of *bamboccioni* – so-called boomerang kids.

**Polina Nesterenko**

Faculty of Law

Kharkov University of Humanites

## **Comparative analysis of Ukrainian and European law on the foundations**

### **Introduction**

Ukrainian legislation on legal entities undergoes permanent transformations and one of its main directions of reforming is the harmonization of the national legislation with the legislation of European Union (EU). However, the Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine (CMU) dated from June 9, 2010 no. 1196-p, which ratified the Plan of measures concerning the State Program for Adaptation of Ukrainian Legislation to the Legislation of the European Union in 2010<sup>1</sup>, pointed out priority areas, in which first of all the abovementioned adaptation should be implemented. It did not consider the legislative acts regulating the legal status and peculiarities unenterprising legal entities' activity.

Despite the fact that the problem of legal status, classification and peculiarities of non-profit entities' economic activity, in particular of the foundations, have been a subject of scientific research of numerous civil lawyers and representatives of the School of Business Law for a long time, regarding the nature and contents of this concept debates and discussion still proceed. They have not found its logic conclusion in one scientific point of view as well as in legislation, which has a negative influence on the practice of applying norms concerning the foundations.

The problem of legal regulation of foundations' activity and their legal status has been developed on monographic level by the following scientists: Evgeniy Bulatov, Ivan Zhigalkin, Dmitriy Leshchenko. Besides, problems of certain types of foundations and unenterprising companies have been analyzed in civil literature, in particular, in the works of Galina Erygina, Maria

---

<sup>1</sup> Law of Ukraine of 18.03.2004 no. 1629-IV, *On the State Program for Adaptation of Ukrainian Legislation to the Legislation of the European Union*, [online] <<http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1196-2010-%F0>>.

Tikhonova, Vadim Chepurnov. However, none of the monographies, scientific works or articles does contain more or less thorough analysis of European experience of foundations' legal status regulations.

Thus, the purpose of this article is to analyze the experience of legal status regulation and foundations' economic activities in Member States and to identify possible ways of improvement of Ukrainian law in this area, taking into account the possible unification of Ukrainian and European legal rules.

### **Legal status of the foundations**

Regarding the definition of the foundation it should be noted that Ukrainian legislation does not contain the expanded and clear definition. The Civil Code of Ukraine only indicates that the foundation is an organization founded by one or more persons (founders), which do not participate in its administration and operative management, by means of combining their assets in order to achieve a goal defined by the founders at the expense of the foundation's property<sup>2</sup>.

Analysis of this definition and its comparison to the interpretation of the definition of "corporation", as well as the analysis of scientific positions on this matter, allows us to distinguish the following features of the foundations:

- 1) it's a legal form of non-profit organization,
- 2) there is a prohibition on profit distribution in favor of the founders or other pre-defined entities;
- 3) it is established on basis of a founding act by one person or several persons, among who no corporate relationships exist and who are not its members;
- 4) there is no membership,
- 5) it is created for non-commercial activities by combining (allocating) the founders property, which is used to achieve the non-entrepreneurial purpose<sup>3</sup>.

Regarding the last feature, there are other points of view on this matter. In particular, Ivan Zhigalkin notes that the "foundations property has the

---

<sup>2</sup> Code of Ukraine of 16.01.2003 no. 435-IV, *The Civil Code of Ukraine*, [online] <<http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/annot.cgi?nreg=435-15>>.

<sup>3</sup> E.V. Bulatov, *Legal status of an institution as a subject of economic relations* [in Ukrainian], Institute of Economic and legal research of NAS of Ukraine, Donetsk 2005, p. 20; I.P. Zhigalkin, *Foundation as legal entity* [in Ukrainian], Kharkiv 2009, p. 20; D.S. Leshchenko, *The legal institutions status in Civil law of Ukraine* [in Ukrainian], The National University of Internal Affairs, Kharkiv 2005, p. 20.

end use and should be used solely to achieve, firstly, a public benefit purpose, defined by its founder, secondly, the ones, which are related to the objectives defined by the founder by their nature and aimed at achieving public benefit purpose”<sup>4</sup>. It is hard to agree with this statement, as long as Ukrainian legislature (the Civil Code, the Commercial Code of Ukraine and special acts) does not contain obligatory norms concerning the specific non-commercial purposes of foundations, then there is usually a circle of beneficiaries that has to be indefinite, but the purpose of the foundation may be the protection of the interests of a certain group of individuals (disabled persons, sportsmen, etc.).

If we refer to the foundation law of EU countries, as long as there are no suitable directives or decisions aimed at harmonizing standards concerning the foundations (a project of European Foundation Statute has not been adopted yet), there are less relevant discrepancies.

European Foundation Statute would provide further benefits to the foundation sector. It would help to clarify terms and the concept of foundations as organizations with their own resources and independent governance. It would also help to develop a common definition of “public benefit purpose” of the foundations, as currently the term “foundation” is much too loosely used. But now within the EU each Member State has a slightly different understanding of what foundations are. Foundations are independent, separately constituted non-profit bodies with their own established and reliable sources of income. They are usually but not exclusively funded by an endowment, and have their own governing boards. They have been given goods, rights and resources to perform work and provide support for public benefit purposes, either by supporting organizations or individuals or by operating their own programs. They do not have members, but associate private resources for public interest purposes<sup>5</sup>.

The main focus of European Foundation Centre at present time is to see a European Foundation Statute become law, which would do much to overcome the barriers which impede foundations’ cross-border work. The Statute would have the effect of unleashing foundations’ potential economic impact on public-good activities.

So, as we have no harmonization of foundation law in EU, there are more or less significant differences in foundation law in the Member States. For example, the Netherlands legislation does not contain strict requirements for foundations (pursuit of any lawful purpose, no minimum initial endowment required, only rudimentary control by the public attorney as the State authority and with largely unconstrained economic activities, there are

---

<sup>4</sup> I.P. Zhigalkin, op. cit., p. 5.

<sup>5</sup> G. Salole, *Why Is the European Foundation Statute Needed?*, „The International Journal of Not-for-Profit Law”.

no restrictions on the implementation of business establishments), in contrast to French law (pursuit of only public benefit purpose, minimum initial endowment of usually € 1000,000, strong monitoring by the State supervisory authority). But we can still identify common features that foundations in the European Union have. It is an independent organization (in most countries with its own legal personality), which has no formal membership, is supervised by the State supervisory authority, is created to serve a public benefit purpose (in some Member States: to achieve any lawful purpose), for which the founder(s) allocated certain property or has provided an endowment and determined the foundations' purpose and statutes, which also creates a by-law of the foundation. But the above listed features of foundations are applicable for civil law countries only<sup>6</sup>.

In common law countries (Cyprus, Ireland, Malta and the United Kingdom) legislation distinguishes between "charitable trusts", "charitable company", and newly created "charitable incorporated organization". However, these legal forms only have certain similarities with the features of the public benefit foundations (absence of membership and corporate structures and legal personality. For the matter of that, in the United Kingdom it seems to be common to regard all "charities" as one single category (without a distinction between charitable trust, charitable company and charitable incorporated organization).

For example, the legislation of the US unlike the one of common law countries, uses the term "foundation", although the understanding of which differs significantly from the "foundation" in the civil law country. In the United States, a "foundation" is a sub-category of a tax-exempt "charity" (trust or non-profit corporation) defined by some functional criteria depending on the source of its income. The Internal Revenue Code distinguishes between "private foundations" (usually funded by an individual, family, or corporation) and public charities (other charities that raise money from the general public). Private foundations have more restrictions (e.g., prohibition from controlling affiliated enterprises) and fewer tax benefits than public charities.

In addition to the above mentioned features the European foundations are generally (but not always): are created for an indefinite period, exist under control of public authorities, should not allot the received profits (donation, gift, inheritance, etc.) between the founders or between the members of foundation executive body. As Ukrainian, European legislation usually consolidates full legal personality for foundations, which includes limited liability and full transactional capacity. The only exception is Luxembourg,

---

<sup>6</sup> *Feasibility Study on a European Foundation Statute. Final Report*, European Commission, p. 224 [online] <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/feasibilitystudy_en.pdf)>.



where the foundations are allowed to hold only immovable property if it is necessary for reaching a public benefit purpose. The reason for this is the preservation of influence theory of “dead hand” or “mortmain”<sup>7</sup>. Historically, the foundations for a long time (until the twentieth century) were dooming property to serve a specific purpose (for example, the provision of educational services), giving “them into a ‘dead hand’ (main morte, Tote Hand)”<sup>8</sup>. And the founder of the foundation defined the purpose and limited legal capacity of his foundation. A similar situation existed until recent times in Belgium and Italy, the outdated provisions were abrogated by the relevant laws in 2002 and 1997, thus, expanding the foundations legal capacity. In France the corresponding limitation is still preserved, but only with respect to the public benefit associations.

Some Member States consolidated the require of approval by the State supervisory authority on acquiring by foundations some categories of assets (e.g., donations, immovable property). It is arguable whether such rules should be regarded as a limitation of foundations’ legal capacity or as a measure of (preventive) State supervision. We follow the latter approach, as long as the rational explanation for the existence of this rule is considered: less the fear of the “dead hand” and more the wish to prevent abuse (which is also the rationale for other rules of preventive State supervision). Consequently, these rules are discussed along with the other measures for State supervision.

There is no such rule in Ukrainian legislation regarding such foundations as legal entities of private law, but according to our point of view, any restrictions on transactions (even through the establishment of rules related to further approvals of these transactions) limit the capacity of a legal entity and are not the ordinary prevention of transgression from the side of foundations’ executive bodies.

## **Economic activities of the foundations**

An important issue, in our opinion, is to fix opportunities for foundations to carry out economic activities. According to the article 86 of the Civil Code of Ukraine foundations can carry out economic activities along with their principal activity, unless otherwise provided by law and in case their activity meets the purpose for which they were founded, and contributes to its achievement. But the Civil and the Commercial Codes do not contain a general rule as for the possibility for foundations to be a founder (member) of enter-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>8</sup> I.A. Pokrovskiy, *The main issues of the Civil Law*, [in Russian], Moscow 1998, p. 351.

prise legal entities (private enterprises, corporations), as the article 167 of The Commercial Code of Ukraine clearly indicates that “holding corporate rights shall not mean entrepreneurship”, and is the mediated participation of the foundation in entrepreneurial activities of another entity. If we turn to special laws governing the status of a specific foundations’ type, for social-cultural foundations, it can be seen that there are no special limitations for such possibility. Thus, the Law on Higher Education of Ukraine (article 23) indicates directly that a university can be a founder (co-founder) of others legal entities which carry out their activities in accordance with the directions of educational, scientific and industrial activities of high school, and the “List of groups of internal funds of budgetary foundations, requirements regarding their founding and application directions” approved by Resolution of CMU from May 17, 2002 No 659 (article 1 § 2) indicates the funds, which public foundations receive from economic and industrial activity of auxiliary, educational-auxiliary enterprises, farms, workshops, which have legal personality<sup>9</sup>. Fixing this opportunity for a higher education institution is reasonable because there was a regulatory enactment in Soviet Union acting since 1929. It allowed to found industrial enterprises with legal entity’s rights for scientific research foundations, technical universities and colleges<sup>10</sup>.

If we turn to the experience of the Russian Federation, the Civil Code of Russian Federation stated that „foundations funded by owners may be participants in business companies and investors in partnerships with the permission of the owner, unless otherwise prescribed by law” (article 66 § 4). But in Russian civil literature the following matter remains controversial: should the subject of activities of enterprises, whose founders or members are non-profit organizations, meet their statutory purposes of the latter. A certain group of scientists supports the position that the correspondence has to exist<sup>11</sup>, another group of scientists indicates that legal entities established by foundations may carry out any kind of economic activity with no limits<sup>12</sup>. In Ukrainian civil literature this matter is not sufficiently developed. But there is a position, according to which it is suggested to introduce to legislation a legal provision that would prohibit the foundations to contribute to the authorized capital of the enterprises whose subject of activity does not correspond to its basic functions<sup>13</sup>. Besides, it is proposed to allot

---

<sup>9</sup> Resolution of Cabinet of Ministers of 17.05.2002 no. 659, *List of groups of internal funds of budgetary foundations, requirements regarding their founding and application directions*, Official Bulletin of Ukraine, 2002, p. 1032.

<sup>10</sup> V.K. Mamutov (ed.), *Transparency of business entities and economy crime prevention* [in Ukrainian], Donetsk 2007.

<sup>11</sup> E.A. Sukhanov (ed.), *The Civil Law* [in Russian], Moscow 1998.

<sup>12</sup> M.J. Tihomirova (ed.), *Comments to the Federal Law on NGOs* [in Russian], vol. 1, Jurinfocentr, Moscow 1998, p. 816.

<sup>13</sup> E.V. Bulatov, op. cit., p. 4.

the rule in the Civil Code (and the Commercial Code) of Ukraine, that a foundation has to contribute to the authorized funds of enterprises (including corporations) only the property belonging to it, which had been received not from the founder, but at the expense of its own business and other economic activities<sup>14</sup>.

Concerning this matter we should refer to European experience. The civil law of the most European countries allows the foundations to carry out the business activity without any special clauses. But in some countries there are still certain restrictions on the “economic activities”. In this case, the grounds of such restrictions in most cases are the protection of creditors interests, sometimes foundations assets protection, as long as, according to European researchers, direct entrepreneurial activity is naturally more risky than investing. Therefore further EU legislation allows the foundations to create (or to be co-founder) of associated enterprises/ subsidiary corporations and companies (subsidiary trading company). The prohibition exists only in Lithuania, Slovenia and the Czech Republic (with some exceptions). Notably, the countries, which prohibit direct entrepreneurial activity of the foundations, in most cases allow the ownership of corporate rights as an alternative (in particular, Malta, Greece, Slovakia, and to some extent, Denmark<sup>15</sup>). But France and Luxembourg allow the foundation to create enterprises and corporations related to the main purpose of foundation activity (“if related to the main objectives of the foundation”)<sup>16</sup>.

Regarding this it must be pointed out that, according to the case law, the mere holding of shares, even controlling shareholdings, is insufficient to characterize as economic activity of the entity holding those shares, when it gives rise only to the exercise of the rights attached to the status of a shareholder or a member, as well as, if appropriate, the receipt of dividends, which are merely the fruits of the ownership of an asset. On the other hand, an entity which, owning controlling shareholdings in a company, actually exercises that control by involving itself directly or indirectly in the management thereof must be regarded as taking part in the economic activity carried on by the controlled undertaking.

Also “European Foundation Project: Draft” includes following rules: “European Foundations may not carry out a business in their own name. European Foundations may hold a controlling interest in a business enterprise

---

<sup>14</sup> V.K. Mamutov (ed.), *op. cit.*, p. 334.

<sup>15</sup> A particular feature of Danish foundations is the possibility to engage in major commercial activities and use a special legal form to do so. The Act of 1991 on Commercial Foundations established the legal framework for foundations to either directly engage in commercial activities or hold controlling interest in commercial entities. The law also allows Danish commercial foundations to combine commercial and public benefit purposes and requires the charters of such foundations to include a regulation of distributing profits.

<sup>16</sup> *Feasibility Study on a European Foundation Statute...*, p. 91.

(or in another undertaking which operates a business) only if this business is within their public benefit purpose (related economic activities) or in the circumstances described in the next paragraph. European Foundations may hold a controlling interest in a business enterprise (or in another undertaking which operates a business) with a view to profit (unrelated economic activities) if any profits derived therefore are used only in pursuance of its public benefit purposes and the economic activities themselves are only ancillary to those purposes as a means to that end<sup>17</sup>.

Nevertheless, none of EU countries, which generally allow shareholding, fixes the restrictions related to transferring funds of the foundations, assigned to it by the founder. Therefore, to our opinion, the Ukrainian legislation has to fix the rules similar to the legislative statutes of France and Luxembourg, with the aim of foundations assets protection from scattering, and possible trespasses, and, in current realities, not to allow unrestricted participation of foundations in business establishments.

## Conclusion

All stated above points out that the Ukrainian foundation law allots the regulations similar to European analogues, although with some differences. In our opinion, the general rules on the legal status and possible forms of foundations' participation in economic activities should be precisely fixed in the Civil Code and the Commercial Code of Ukraine, taking into account the experience of leading European countries (in particular, with regard to fixing limits on the foundation of affiliated business entities).

## Streszczenie

### *Analiza porównawcza fundamentów prawa ukraińskiego i prawa europejskiego*

Słowa kluczowe: fundacja, podmioty niekomercyjne.

Artykuł dotyczy podstaw prawnych umożliwiających prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Pomimo że status prawny, klasyfikacja i główne cechy działalności gospodarczej podmiotów niekomercyjnych, w tym fundacji, były badane przez ukraińskich prawników cywilnych i przedstawicieli School of Law, charakter i treść tego pojęcia są nadal przedmiotem dyskusji. Autorka przedstawia zasady prawne działalności gospodarczej fundacji w państwach członkowskich UE i na Ukrainie.

<sup>17</sup> K.J. Hopt et al., *The European Foundation – A New Legal*, Cambridge 2006.

**Katarzyna Piecha**

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego

Wydział Prawa i Administracji UWM

**Wolność prasy a rozpowszechnienie informacji o popełnieniu czynów niedozwolonych w świetle standardów ochrony praw człowieka**

Niniejszy artykuł poświęcony jest rozważaniom o ochronie życia prywatnego i dobrej reputacji jednostki oraz prawie do swobody wypowiedzi dziennikarskiej w świetle standardów europejskich. Główna konstatacja opiera się na wybranych wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej jako Trybunał lub ETPC) i wspomnianym w nim ustawodawstwie wybranych państw Rady Europy, na Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>1</sup> oraz ustawodawstwie polskim.

Artykuł 8 § 1 Konwencji stanowi, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego domicylu oraz swojej korespondencji”. Prawo do prywatności jest prawem konstytucyjnym zagwarantowanym we wszystkich krajach należących do Rady Europy. Polska Konstytucja gwarantuje: „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz o decydowaniu o swoim życiu osobistym”<sup>2</sup>.

Wolność wypowiedzi, chroniona art. 10 Konwencji, obejmuje wolność posiadania poglądów, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Z kolei ust. 2 tego samego artykułu stanowi, że z prawem do wolności słowa związane są pewne obowiązki i odpowiedzialność. To właśnie one mogą stanowić dodatkowy element badania przez ETPC legalności ingerencji w chronione prawo, gdyż skutecznym warunkiem powołania się autora wypowiedzi na art. 10 Konwencji będzie wzięcie pod uwagę owych obowiązków i odpowiedzialności<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Europejska Konwencja Praw Człowieka sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., weszła w życie 8 września 1953 r. (dalej jako Konwencja).

<sup>2</sup> Zob. art. 47 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

<sup>3</sup> Zob. J. Skrzydło, *Wolność słowa a ochrona prywatności osób powszechnie znanych w orzecznictwie ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 7, s. 36.

Wolność wypowiedzi i wolność prasy należą do podstawowych zasad konstytucyjnych państw demokratycznych. Prasa ma prawo i zarazem obowiązek przekazywać informacje i poglądy ze wszystkich dziedzin zainteresowania i troski publicznej. Art. 10 Konwencji nie gwarantuje jednakże pełnej i nieograniczonej wolności słowa prasy nawet w kwestiach ważnych interesów publicznych. Ograniczenie takie musi być przewidziane przez wcześniej istniejące i znane prawo krajowe. Zgodnie z przepisami ust. 2 tegoż artykułu, ingerencji w wolność wypowiedzi można dokonać tylko wtedy, gdy służy ona ochronie zamkniętego katalogu dóbr. Są to: bezpieczeństwo państwa, integralność terytorialna lub bezpieczeństwo publiczne, zapobieżenie przestępstwom oraz innym zakłóceniom porządku, ochrona zdrowia i moralności, ochrona dobrego imienia i praw innych osób, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych, zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Ponadto ingerencja w wolność słowa musi być konieczna w demokratycznym państwie<sup>4</sup>. Taka koncepcja została utrwalona w linii orzeczniczej Trybunału.

Trybunał w wyroku z dnia 19 maja 1999 r. stanął na stanowisku, że państwo nie może zakazać publikowania informacji będących przedmiotem publicznego zainteresowania, choćby były one kontrowersyjne. W 1992 r. gazeta firmy Bladet Tromso i redaktor Pal Stensaas zostali skazani przez norweski sąd rejonowy za zniesławienie. Gazeta opublikowała serię artykułów na temat polowania na fok, a także tajne sprawozdanie, w którym była mowa o szeregu naruszeń przepisów łowieckich pieczęci (sprawozdanie Lindberg). W ten sposób sformułowano zarzuty przeciwko pięciu członkom załogi pieczęci polowań na statku, którzy byli odpowiedzialni za zabijanie fok przy użyciu nielegalnych metod<sup>5</sup>. Choć ich nazwiska zostały usunięte, to wniesli oni powództwo o zniesławienie przeciwko gazecie i jej redaktorowi. Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł jednak do wniosku, że skazanie przez norweski sąd rejonowy stanowi naruszenie art. 10 Konwencji. Trybunał wziął pod uwagę fakt, iż w tym czasie w Norwegii polowanie na fok wywoływało wiele kontrowersji oraz należało do kategorii spraw będących w centrum zainteresowania publicznego. Podkreślił również, że sposób podawania informacji nie powinien być traktowany wyłącznie w odniesieniu do spornych artykułów, ale w szerszym kontekście problemu polowania na fok. Według Trybunału sporne artykuły były częścią toczącej się debaty na temat spraw lokalnych, krajowych i międzynarodowych, w których odnotowano wiele zainteresowanych podmiotów. Choć art. 10 Konwencji nie gwarantuje nieograniczonej wolności słowa nawet w odniesieniu do mediów, które zajmują się sprawami publicznymi, to członkowie załogi mogą powoływać

<sup>4</sup> Zob. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, *Prawo mediów*, Warszawa 2005, s. 35.

<sup>5</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 19 maja 1999 r., skarga nr 21980/93, *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, s. 8–17, 21, 26.

się na prawo do ochrony ich czci i dobrego imienia oraz mają prawo być uważani za niewinnych do chwili udowodnienia im winy. Według Trybunału niektóre zarzuty zamieszczone w gazecie były stosunkowo poważne, ale potencjalny szkodliwy wpływ na reputację myśliwych wywarło wiele czynników, tym bardziej że krytyka nie była atakiem na wszystkich członków załogi<sup>6</sup>. Jednocześnie prasa powinna mieć prawo do przyczyniania się do debaty publicznej w sprawach uzasadnionych obaw oraz powoływać się na treść sprawozdań urzędowych bez konieczności przeprowadzenia niezależnych badań, ponieważ w przeciwnym razie jej rola „obserwatora społecznego” może być zagrożona. Trybunał doszedł do wniosku, że uwzględniając różne czynniki i ograniczenia, które mogą szkodzić reputacji poszczególnych osób, prasa może zasadnie powoływać się na sprawozdanie sporządzone przez urzędnika państwowego bez konieczności przeprowadzania własnych badań dokładności faktów. Zdaniem Trybunału nie było wątpliwości, że w tym zakresie gazeta działała w dobrej wierze<sup>7</sup>.

Należy wspomnieć, że 4 spośród 17 sędziów ETPC nie zgodziło się z tym wyrokiem. Zdaniem tej mniejszości, Trybunał nie wziął pod uwagę w wystarczającym stopniu reputacji łowców fok. Nie powinno też dojść do opublikowania tajnego raportu, szczególnie że w artykule zarzuty sformułowane w sprawozdaniu traktowano jako pewne. Dziennikarze byli w pełni świadomi, że ministerstwo nie zezwoliło na niezwłoczne podanie tych faktów do publicznej wiadomości, ponieważ sprawozdanie to mogło zawierać oszczercze uwagi dotyczące osób fizycznych. Mniejszość stanęła na stanowisku, że orzeczenie Trybunału wysyła zły sygnał dla prasy w Europie, zaś wyrok podważa szacunek dla zasad etycznych, które dobrowolnie stosują media. Pomimo iż art. 10 Konwencji chroni prawo prasy do przesądzania i prowokowania, to nie można zezwolić na deptanie reputacji osób prywatnych. Równie istotny dla wyważenia konkurujących ze sobą interesów jest fakt, że zgodnie z art. 6 § 2 Konwencji, oskarżony ma prawo nie być uważany za sprawcę przestępstwa dopóty, dopóki nie udowodni mu się winy<sup>8</sup>.

Artykuł 253 norweskiego k.k. stanowi, że jeżeli dopuszczalny jest dowód prawdy zarzutu i taki dowód nie został przeprowadzony, osoba pokrzywdzona może żądać uznania przez sąd takiego zarzutu za bezwartościowy i próżny, chyba że ustawa stanowi inaczej. Takie oświadczenie jest możliwe tylko w oparciu o faktyczne stwierdzenia, prawdziwe orzeczenia. Mimo że przepisy nakazujące uznanie zarzutów za bezwartościowe są zawarte w kodeksie karnym, to takie uznanie nie jest uznawane za sankcję karną, lecz za sądowe stwierdzenie, że pozwany nie udowodnił prawdziwości swych zarzutów, co wiąże się z jego odpowiedzialnością cywilną.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 67.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 68.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 65.

Kilka lat wcześniej toczyła się w Norwegii debata na temat odpowiedzialności cywilnej za sformułowanie bezwartościowych i próżnych zarzutów. Odpowiedzialność taka istnieje w norweskim prawie od XVI wieku i można ją odnaleźć także w ustawodawstwie Danii i Irlandii. Z uwagi na to, że odpowiedzialność cywilna w tym wypadku (tj. odszkodowanie) jest wyjątkowo łagodna, Stowarzyszenie Redaktorów wyraziło chęć utrzymania jej w mocy<sup>9</sup>.

Przesłanki pociągnięcia pozwanego do odpowiedzialności za zniesławienie znajdują się w rozdziale 23, art. 247 norweskiego k.k. Stanowi on, że każda osoba, która słowem lub czynem może naruszyć dobre imię i reputację innej osoby albo narazić ją na nienawiść, pogardę lub utratę zaufania niezbędnego dla jej pozycji i działalności oraz ten, kto w tym pomaga, podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do roku. Jeśli zniesławienie zostało dokonane w formie drukowanej lub nadawczej lub w inny wzmierzony sposób, można nałożyć karę do dwóch lat pozbawienia wolności<sup>10</sup>.

Aby móc zastosować ww. przepis, zniesławiające wyrażenie musi być bezprawne. Norweski Sąd Najwyższy, polegając na zasadzie prawości, uznał, że nawet jeśli kwestionowane wyrażenie zostało uznane za zniesławiające, to na etapie postępowania przedsądowego nie można go uznać za bezprawne. Przy określaniu zasięgu tego ograniczenia należy przyłożyć szczególną wagę do tego, czy sprawa miała charakter publiczny, mieć wzgląd na naturę sprawy i jej uczestników. Idąc dalej, należy zwrócić uwagę na kontekst, w jakim owe zniesławiające wyrażenie miało miejsce, a co najważniejsze – ustalić, czy podana wiadomość prezentuje sprawę w sposób trzeźwy i zrównoważony i czy jej celem jest podkreślenie przedmiotu sporu danej sprawy<sup>11</sup>.

Orzeczenie Trybunału z dnia 26 września 1979 r. dotyczyło sprawy, w której sądy krajowe zakazały gazecie publikowania informacji o sprawie, w której toczyło się postępowanie cywilne. W latach 1958-1961 firma Distillers Company Ltd. produkowała na licencji i sprzedawała w Wielkiej Brytanii lekarstwo zawierające składnik pod nazwą thalidomid. Stosowano je jako środek uspokajający, szczególnie zalecany kobietom ciężarnym<sup>12</sup>. W 1961 r. wiele kobiet, które zażywały ten lek, urodziło dzieci z poważnymi deformacjami. Rodzice siedemdziesięcioro kalekich dzieci wystąpili z powództwem przeciwko Distillers, twierdząc, iż przyczyną deformacji było działanie thalidomidu, którego nie przetestowano odpowiednio przed produkcją i dystrybucją. Większość spraw zakończyła się w 1968 r. ugodami. „The Sunday Times” od 1967 r. opublikował wiele artykułów dotyczących thalidomidu. Jednak po opublikowaniu artykułu w „Daily Mail” prokurator generalny zagroził sank-

<sup>9</sup> Ibidem, s. 40.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 41.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>12</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 26 września 1979 r., skarga nr 6538/74, *The Sunday Times v. Wielka Brytania*, s. 8.



cjami na podstawie ustawy o obrazie sądu. We wrześniu 1972 r. w „The Sunday Times” miał się ukazać artykuł pt.: *Nasze thalidomidowe dzieci. Powód do ogólnonarodowego wstydu*. Jego autorzy stwierdzili m.in., iż Distillers nie sprawdziła we własnym zakresie thalidomidu przed wprowadzeniem go na rynek, a zaproponowane odszkodowania uznali za zbyt niskie w stosunku do wyrządzonych szkód. Poddali krytyce również przepisy prawa brytyjskiego dotyczące odszkodowań w przypadku szkód na osobie. W związku z tym sąd nakazał wstrzymać druk anonsowanego artykułu. Uznano, że gdyby opublikowano go przed wydaniem wyroku, mogłoby to zaszkodzić prawidłowemu i bezstronnemu wymiarowi sprawiedliwości, wywierając wpływ na opinie sędziów, świadków oraz sposób działania stron<sup>13</sup>.

W opinii sędziów ETPC, publikacja artykułu nie zwiększyłaby istniejącej już silnej presji publicznej, choć oczywiście mogła wywołać reakcję. To samo dotyczy jednak każdej publikacji odnoszącej się do faktów i problemów, które są przedmiotem sporu przed sądem. Zdaniem Trybunału uzasadnione było pytanie, dlaczego uchylono zakaz publikacji, gdy ciągle jeszcze toczyło się kilka postępowań. Stawia to pod znakiem zapytania konieczność jego zastosowania w ogóle<sup>14</sup>. Trybunał w swych orzeczeniach wielokrotnie zwracał uwagę, iż swoboda wypowiedzi jest jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa. Nie może ona ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne<sup>15</sup>. Zasady te są szczególnie ważne dla prasy, ale stosuje się je także do wymiaru sprawiedliwość, który służy interesowi ogólnemu i wymaga współpracy oświeconego społeczeństwa. Powszechnie przyznaje się, że sądy nie mogą działać w próżni. Fakt, iż są one forum rozwiązywania sporów, nie oznacza, że niemożliwa jest żadna wcześniejsza dyskusja na temat przedmiotu sporu. Mass media, chociaż nie mogą przekroczyć granic swobody wyznaczonych w interesie prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, mają obowiązek przekazywać informacje o sprawach trafiających na wokandę sądową tak samo, jak o innych sferach życia budzących publiczne zainteresowanie<sup>16</sup>. A nieszczęściem związanym z thalidomidem interesowała się opinia publiczna. Pojawi-

<sup>13</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 64.

<sup>15</sup> Por. wyroki ETPC z: 2 lutego 2010 r., nr 571/04, *Kubaszewski v. Polska*, s. 36; 7 grudnia 1976 r., seria A, nr 24, *Handyside v. Wielka Brytania*, s. 23; 23 września 1994 r., seria A, par. 31, *Jersild v. Dania*, s. 23; 21 stycznia 1999 r., nr 25716/94, *Janowski v. Polska*, s. 30; 27 maja 2003 r., nr 43425/98, *Skatka v. Polska*, s. 32; 6 lutego 2001 r., nr 41205/98, *Tammer v. Estonia*, par. 59, w których ETPC zgodnie stwierdził, że swoboda wypowiedzi, z zastrzeżeniem ust. 2 art. 10 Konwencji, nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są przychylnie przyjmowane, ani do tych, które obrażają, oburzają czy wprowadzają niepokój. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje. Wolność ta podlega wyjątkom określonym w art. 10 Konwencji, które winny być rozumiane ściśle. Wszelkie restrykcje muszą być przekonywająco uzasadnione.

<sup>16</sup> Zob. przywoływany już wyrok ETPC z dnia 26 września 1979, nr 6538/74, s. 65.

ło się pytanie, czy potężna firma, która sprzedała leki, ponosi prawną i moralną odpowiedzialność wobec setek osób przeżywających tragedię, czy też pokrzywdzeni mogą domagać się lub żywić nadzieję na naprawienie szkód wyłącznie ze strony społeczeństwa jako całości. Rodziny wielu ofiar tragedii, które nie były świadome związanych ze sprawą problemów prawnych, miały interes w tym, aby znać wszystkie istotne fakty i różne możliwe rozwiązania. Fakty te nie przestały być przedmiotem publicznego zainteresowania tylko dlatego, że trafiły na wokandę sądową. Ujawniając pewne wiadomości, artykuł mógłby przerwać dyskusję opartą na spekulacjach i braku informacji<sup>17</sup>. Trybunał stwierdził, iż potrzeba ingerencji nie przeważała nad zasadą ochrony swobody wypowiedzi. Argumenty na rzecz jej ograniczenia nie były wystarczające. Ingerencja nie była proporcjonalna do uprawnionego celu, który władze chciały osiągnąć<sup>18</sup>.

Trybunał w orzeczeniu z dnia 29 sierpnia 1997 r. uznał, że sąd jest forum, na którym toczy się rozstrzygnięcie o czyjejs winie lub niewinności i możliwe jest prowadzenie równorzędnych, a nawet wcześniejszych dyskusji na temat kwestii będących przedmiotem procesu karnego. W badanej sprawie skazano dziennikarza za opublikowanie artykułu, gdyż uznano, iż usiłował on wpłynąć na wynik procesu karnego. Alfred Worm pracował w tygodniku politycznym „Profil”. Przez wiele lat badał sprawę byłego wicekanclerza i ministra finansów, przeciwko któremu toczyły się sprawy karne<sup>19</sup>. W 1991 r. napisał tekst pt. *Odroczenie do namysłu*, w którym opisywał atmosferę sali sądowej i analizował wyjaśnienia oskarżonego, przy czym zarzucał mu przestępstwa podatkowe i zawstydzająca, trwająca od kilku lat obronę<sup>20</sup>. Worma oskarżono na podstawie art. 23 ustawy o mediach o wywieranie bezprawnego wpływu na postępowanie karne<sup>21</sup>. Margines swobody przysługujący państwu nie jest identyczny w odniesieniu do każdego z celów wymienionych w ust. 2 art. 10. W związku z pojęciem powagi i bezstronności władzy sądowej ETPC już wcześniej wskazał na jego obiektywny charakter oraz fakt, iż w tej dziedzinie w prawie i praktyce państw członkowskich Rady Europy istnieje wiele wspólnych podstaw. Nie oznacza to, że wymagana jest absolutna jednolitość, w rzeczywistości państwa-strony mają swobodę wyboru właściwych środków. Trybunał nie może pominąć materialnych i formalnych elementów charakteryzujących poszczególne krajowe systemy prawne. Nie można więc uznać, iż skazanie skarżącego było sprzeczne z art. 10 Konwencji tylko dlatego, że nie doszłoby do tego w ramach innego systemu prawnego<sup>22</sup>. Ograniczenia swobo-

<sup>17</sup> Ibidem, s. 66.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 67.

<sup>19</sup> Zob. wyrok ETPC z 29 sierpnia 1997 r., skarga nr 22714/93, *Worm v. Austria*, s. 7.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 49.

dy wypowiedzi dopuszczalne na podstawie ust. 2 art. 10 ze względu na zagwarantowanie „powagi i bezstronności władzy sądowej” nie upoważniają państw do ograniczenia wszelkich form publicznej dyskusji o problemach związanych ze sprawami toczącymi się przed sądem. Powszechnie uznaje się, że sądy nie mogą działać w próżni. Chociaż stanowią forum rozstrzygnięcia o winie lub niewinności osoby oskarżonej w sprawie karnej, nie oznacza to jednak, że poza nimi niemożliwa jest jakakolwiek wcześniejsza lub równoczesna dyskusja dotycząca zagadnień będących przedmiotem procesu karnego w wyspecjalizowanych czasopiśmie, wysokonakładowej prasie lub w społeczeństwie. Relacje z procesów sądowych łącznie z komentarzami, pod warunkiem, iż nie przekraczają granic wynikających z interesu prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, przyczyniają się do zachowania ich publicznego charakteru i są całkowicie zgodne z wymaganiami art. 6 ust. 1 Konwencji, który stanowi, że sprawy mają być rozpatrywane publicznie. Nie tylko media mają zadanie przekazywania takich informacji i idei; społeczeństwo ma również prawo je otrzymywać, tym bardziej gdy chodzi o osobę publiczną, taką jak w ww. sprawie byłego członka rządu. Osoby publiczne wystawiają się w sposób nieunikniony i świadomy na ścisłą kontrolę ze strony dziennikarzy i całego społeczeństwa. Z tego wynika, że granice dopuszczalnych komentarzy są szersze w stosunku do polityków niż wobec osób prywatnych<sup>23</sup>. Osoby publiczne mogą korzystać z gwarancji rzetelnego procesu zawartych w art. 6 w ten sam sposób, jak wszyscy inni. Dziennikarze muszą brać to pod uwagę przy komentowaniu toczących się procesów. Granice dopuszczalnej krytyki nie mogą obejmować oświadczeń, które mogą doprowadzić, nawet nieumyślnie, do odebrania oskarżonemu szans na rzetelny proces lub osłabienia społecznego zaufania do sądów i ich roli w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych<sup>24</sup>. Co za tym idzie, Trybunał uznał, że sądy krajowe miały podstawę, by uznać, że wydany na skarżącego wyrok był konieczny w demokratycznym państwie dla podtrzymania autorytetu i bezstronności władzy sądowej w znaczeniu art. 10 ust. 2 Konwencji<sup>25</sup>.

Możliwość publikacji wizerunku sprawcy przestępstwa zależy od charakteru przestępstwa oraz szczególnych okoliczności sprawy oraz od rozważenia wchodzących w grę interesów – takie stanowisko zajął Trybunał w uzasadnieniu wyroku w sprawie News Verlags GmbH & Co KG przeciwko Austrii<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Por. wyrok ETPC z: 27 lutego 2001 r., nr 26958/95, *Jeruzalem v. Austria*, s. 38; 9 czerwca 1998, par. 54, *Incal v. Turcja*, s. 1567; 17 października 2007 r., nr 28949/03, *Sanocki v. Polska*, s. 60, w których Trybunał konsekwentnie przypominał, że granice dopuszczalnej krytyki w stosunku do polityka są szersze niż te, które odnoszą się do zwykłej jednostki. Polityk wystawia się nieuchronnie i świadomie na uważną kontrolę swoich działań zarówno ze strony dziennikarzy, jak i ogółu społeczeństwa, toteż musi wykazywać większą dozę tolerancji.

<sup>24</sup> Zob. wyrok ETPC 29 sierpnia 1997 r., skarga nr 22714/93, s. 50.

<sup>25</sup> Ibidem, s. 58.

<sup>26</sup> Zob. wyrok ETPC z 11 stycznia 2000 r., skarga nr 31457/96, *News Verlags GmbH & Co KG v. Austria*, s. 13.

W grudniu 1993 r. ukazał się specjalny numer magazynu „News”, wydawanego przez spółkę News Verlags GmbH & Co KG, a później inny artykuł o listach z bombami wysyłanych do osób publicznych i o austriackich neonazistach, zwłaszcza o B., który został zatrzymany i oskarżony o udział w zamachach. Wydrukowano kilka jego zdjęć z komentarzami, iż jest czołowym neonazistą i sprawcą tych przestępstw. B. wystąpił o zakazanie dalszych ich publikacji. Sądy w kilku postanowieniach bezwzględnie zakazały wydawcy publikowania fotografii B. W związku z toczącą się przeciwko niemu sprawą karną. Sąd pierwszej instancji w grudniu 1995 r. skazał B. za przestępstwa z ustawy zakazującej narodowego socjalizmu. Sprawa była szeroko relacjonowana w prasie. Inne gazety swobodnie publikowały zdjęcia B.<sup>27</sup> Skarżąca spółka została pozwana przed sąd krajowy na podstawie sekcji 78 prawa autorskiego, która zakazuje publikacji zdjęcia w związku z relacjonowaniem przebiegu postępowania karnego<sup>28</sup>.

Trybunał przypomniał, że ani on, ani sądy krajowe nie mogą zastępować swoimi poglądów prasy na najlepszą ich zdaniem technikę przekazu. Art. 10 chroni nie tylko treść idei i informacji, ale także formę ich przekazywania. Zakaz publikowania wizerunku B. w związku z artykułami o postępowaniu karnym przeciwko niemu był ingerencją w prawo do swobody wypowiedzi zagwarantowane w art. 10 Konwencji. Ingerencja ta miała jednak podstawę prawną w art. 78 ustawy o prawie autorskim, realizowała uprawnione cele, a więc chroniła dobre imię i prawa innych osób oraz powagę i bezstronność władzy sądowej (obejmując tym pojęciem również ochronę praw stron).

Z orzecznictwa wynika, że interwencja w rozumieniu art. 10 ust. 2 zakłada istnienie pilnej potrzeby społecznej. Państwa korzystają z pewnego marginesu swobody w ocenie, czy taka potrzeba istnieje, ale ten margines poddany jest europejskiej kontroli obejmującej prawo i wynikające z niego decyzje, również te wydane przez niezawisły sąd<sup>29</sup>. Trybunał jest więc uprawniony do ostatecznej oceny, czy ograniczenie to jest zgodne ze swobodą wypowiedzi<sup>30</sup>. Jako że zamachy wzbudziły wielkie publiczne zainteresowanie, zaś B. był pravicowym ekstremistą, który pojawił się na scenie publicznej dużo wcześniej, a jego działalność miała motywy polityczne i była skiero-

<sup>27</sup> Ibidem, s. 15.

<sup>28</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>29</sup> Por. wyrok ETPC z 6 kwietnia 2006 r., nr 43797/98, *Malisiewicz-Gąsior v. Polska* s. 68, gdzie Trybunał powtórzył, że rodzaj i dolegliwość wymierzonej kary są czynnikami, które również powinny być brane pod uwagę przy ocenie legalności ingerencji. W wyroku z 29 marca 2005 r. (nr 75955/01, *Sokołowski v. Polska*, s. 42) Trybunał wyjaśnił, że test „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” wymaga określenia, czy ingerencja, która jest przedmiotem skargi, korespondowała z „istniejącą potrzebą społeczną”, czy była proporcjonalna do realizowanego uzasadnionego celu oraz czy przyczyny podane przez władze krajowe mające ją uzasadnić były właściwe i wystarczające.

<sup>30</sup> Zob. wyrok ETPC z 11 stycznia 2000 r., skarga nr 31457/96, s. 52.

wana przeciwko podstawom demokratycznego społeczeństwa, opublikowanie jego fotografii nie było zamachem na prawo do prywatności<sup>31</sup>.

Inną okolicznością jest wspomniana wcześniej istotna rola prasy w demokratycznym społeczeństwie. Chociaż dziennikarze nie mogą przekroczyć pewnych granic, zwłaszcza ze względu na poszanowanie dobrego imienia i praw innych osób lub prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, mają jednak przekazywać – w sposób zgodny z ich obowiązkami i odpowiedzialnością – informacje i poglądy o wszystkich sprawach wzbudzających publiczne zainteresowanie<sup>32</sup>. Obowiązek ten rozciąga się na informowanie i komentowanie procesów sądowych. Jest to całkowicie zgodne z warunkiem publiczności rozpraw, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Konwencji. Media mają obowiązek przekazywać takie informacje i poglądy, natomiast społeczeństwo ma prawo je otrzymywać. Tym bardziej gdy – tak jak w tej sprawie – chodzi o osobę, która sama poddała się publicznej kontroli przez wyrażanie ekstremistycznych poglądów. Komentarze na temat toczącego się postępowania karnego nie mogą jednak wpływać, nawet nieumyślnie, na rzetelny proces lub społeczne zaufanie do roli sądów w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Tak więc podczas rozważania interesów wchodzących w grę należało wziąć pod uwagę prawo B. do domniemania, iż jest niewinny aż do udowodnienia mu winy<sup>33</sup>. Trybunał przyznał, że mogą istnieć uzasadnione powody, aby zakazać publikacji wizerunku podejrzanego. Mimo że austriackie prawo prasowe nie przewiduje ogólnego zakazu publikacji, to jednak zależy to od charakteru przestępstwa oraz szczególnych okoliczności sprawy oraz od rozważenia wchodzących w grę interesów. Ostatecznie Trybunał uznał, że bezwzględny zakaz publikacji wizerunku B. był nieproporcjonalny do zamierzonego celu, a ingerencja w prawo do swobody wypowiedzi nie była konieczna w demokratycznym społeczeństwie<sup>34</sup>.

Podobnie w sprawie Du Roy i Malaurie przeciwko Francji<sup>35</sup> Trybunał powtórzył, że nie wolno pozbawiać prasy prawa do informowania opinii publicznej o sprawach, które mogą wzbudzić zainteresowanie, jednak dziennikarze, którzy piszą na temat toczącego się postępowania, nie powinni przekraczać granic ustalonych dla ochrony prawidłowego wymiaru sprawiedliwości i muszą szanować prawo oskarżonego do domniemania niewinności. Albert Du Roy i Guillaume Malaurie, wydawca i dziennikarz tygodnika „L'Evenement du Jeudi”, opublikowali krytyczny artykuł na temat firmy Sanotra i jej

<sup>31</sup> Ibidem, s. 54.

<sup>32</sup> Ibidem, s. 55 oraz wyrok z 17 grudnia 1976 r., A 12, *Handyside v. Wielka Brytania*, s. 49, w którym Trybunał sformułował zasadę, że wolność wypowiedzi to jeden z podstawowych warunków rozwoju społeczeństwa demokratycznego i samorealizacji jednostki.

<sup>33</sup> Zob. wyrok ETPC z 11 stycznia 2000 r., skarga nr 31457/96, s. 56.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 58.

<sup>35</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 3 października 2000 r., skarga nr 34000/96, *Du Roy i Malaurie v. Francja*, s. 11.

dyrektora Michela Gagneux oraz sprawy karnej przeciwko niemu wniesionej przez tę firmę w lutym 1993 r. Skarżący ponadto złożyli oświadczenie o wstąpieniu na drogę procesu cywilnego jako strona w sprawie o sprzeniewierzenie majątku firmy<sup>36</sup>. W dniu 11 marca 1993 r. Gagneux złożył skargę przeciwko gazecie z oskarżeniem o opublikowanie informacji dotyczących powództwa cywilnego w jego sprawie karnej. Było to zakazane na podstawie ustawy z 2 lipca 1931 r.<sup>37</sup> Skarżący zarzucili, że ustawa ta zakazuje całkowicie publikacji wszelkich informacji, niezależnie od tego, czy są one szkodliwe, na temat postępowania wszczętego w związku z ustanowieniem się stroną cywilną w sprawie karnej<sup>38</sup>. Zwrócili też uwagę na fakt, że zasada tajemnicy śledztwa obejmuje każdy rodzaj procedury karnej, nie było więc żadnej uzasadnionej potrzeby wzmocnienia tej tajemnicy i uznania jej za absolutną w pewnych kategoriach spraw karnych<sup>39</sup>.

Trybunał stwierdził, że w tej sprawie ingerencja polegała na całkowitym zakazie publikacji niezależnie od rodzaju informacji. Uznanie przez sądy krajowe, iż jest to usprawiedliwione ze względu na ochronę dobrego imienia innej osoby, nie wystarcza, gdy dotyczy wyłącznie postępowania karnego wszczętego z ustanowieniem się przez pokrzywdzonego stroną cywilną, z wyłączeniem spraw wszczętych na wniosek prokuratora lub zwykłej skargi karnej. Taka różnica traktowania prawa do informacji nie ma żadnych obiektywnych podstaw, gdy pozbawia całkowicie prasę prawa do informowania opinii publicznej o sprawach karnych z powództwem cywilnym, które mogłyby wzbudzać publiczne zainteresowanie. Tak właśnie było w ww. sprawie. Dotyczyła ona przecież osobistości życia politycznego Francji i ich działań finansowych w ośrodku dla imigrantów<sup>40</sup>. Trybunał zwrócił uwagę, że ze względu na inne mechanizmy ochrony praw oskarżonych zawarte we francuskim kodeksie postępowania karnego i w kodeksie cywilnym nie był konieczny całkowity zakaz informacji wynikający z ustawy z 1931 r.<sup>41</sup> Ponieważ ingerencja władz krajowych nie była proporcjonalna do celu, mając na względzie interes demokratycznego społeczeństwa i wolność prasy, doszło do naruszenia art. 10 Konwencji<sup>42</sup>.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w wyroku z dnia 10 lutego 2009 r. wskazał, iż mimo że udział jednostki w postępowaniu karnym nie pozbawia jej ochrony zagwarantowanej w art. 8 Konwencji, to jednak opisywanie jednej sprawy w celu przedstawienia ogólnego problemu nie jest nadużyciem wolności słowa i nie ingeruje w życie prywatne innych

<sup>36</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 28.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 29.

<sup>40</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 36.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 37.

osób ponad dopuszczalną miarę<sup>43</sup>. Sprawa dotyczyła artykułu prasowego, którego tematem było postępowanie karne toczące się przeciwko oskarżonej przed sądem okręgowym w Turunseutu. Postępowanie było jawne, a oskarżonej przedstawiono zarzuty licznych przestępstw podatkowych oraz oszustwo – wprowadzenie w błąd Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz firm ubezpieczeniowych. Artykuł zarzucający popełnienie przestępstwa nie wymieniał nazwiska oskarżonej, jednakże umieszczono je w spisie treści magazynu. Ponadto zawierał reprodukcję artykułu, który został opublikowany osiem lat wcześniej wraz z dwoma zdjęciami oskarżonej.

Trybunał ustalił, że przedmiot sporu, który był głównym tematem przedmiotowego artykułu, a mianowicie nadużycie publicznych funduszy, należy do sfery interesów publicznych, zwłaszcza z racji znacznej skali naruszenia. Z punktu widzenia prawa społeczeństwa do otrzymywania informacji i tym samym z punktu widzenia prasy były uzasadnione powody podjęcia publicznej dyskusji na temat o publicznym znaczeniu<sup>44</sup>. Jeśli chodzi o publikację wizerunku oskarżonej ETPC stanął na stanowisku, że prasa musi się liczyć z bardziej dotkliwą ingerencją w prawo do szanowania życia prywatnego niż zwykłe podanie nazwiska. Pomimo że wolność ekspresji rozciąga się na publikację zdjęć, jest to sfera, w której ochrona praw i reputacji innych ma szerszy wymiar<sup>45</sup>. Obowiązki i odpowiedzialność dziennikarzy wynika z gwarancji przyznanej przez art. 10 Konwencji w związku z relacjonowaniem zdarzeń o publicznym znaczeniu przy zachowaniu klauzuli, że działają oni w dobrej wierze w celu przekazania dokładnej i rzetelnej informacji zgodnej z etyką dziennikarską<sup>46</sup>. Relacjonowanie i komentowanie postępowania sądowego, zakładając że nie przekracza ww. granic, przyczynia się do jego upublicznienia i dlatego idealnie odpowiada wymaganiom art. 6 § 1 Konwencji dotyczącego jawnych procesów. Warto przy tym podkreślić, że publiczna natura postępowań sądowych nie zwalnia mediów z obowiązku dołożenia należytej staranności w przekazywaniu informacji zdobytych w toku tych procesów<sup>47</sup>. Postępowanie karne toczące się przeciwko oskarżonej było wybrane jako przykład ilustrujący określone zagadnienia. Jako że jest w pełni dozwolone powoływanie się na konkretną sprawę w celu podkreślenia generalnego problemu, pytanie sprowadza się do tego, czy skarżący nie posunęli się zbyt daleko, identyfikując oskarżoną publicznie. Jest przy tym oczywiste, że oskarżona nie była osobą publiczną ani politykiem, lecz jedynie podmiotem postępowania karnego. Fakt, że prowadziła małą firmę sprzątającą i osiem lat wcześniej udzieliła wywiadu do magazynu, który dotyczył okolicz-

<sup>43</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., skarga nr 3514/02, *Eerikainen i inni przeciwko Finlandii*, s. 8.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 68.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 70.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 60.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 63.

ności, które ewidentnie nie miały miejsca w czasie procesów przed sądami krajowymi ani przed ETPC, nie oznacza, że świadomie wkroczyła w sferę publiczną<sup>48</sup>. Status oskarżonej jako przeciętnej osoby poszerza strefę oddziaływania, które mieści się w zakresie życia prywatnego. Chociaż była ona podmiotem postępowania karnego, nie pozbawia jej to ochrony zagwarantowanej art. 8 Konwencji<sup>49</sup>.

Idea życia prywatnego obejmuje elementy związane z prawem jednostki do wizerunku i publikacja fotografii<sup>50</sup>. W sprawach, w których ETPC musiał uznać ważność ochrony życia prywatnego nad prawem do wolności ekspresji, podkreślał wagę zdjęć i artykułów prasowych w debacie publicznej. Trybunał uznał w jednej sprawie, że użycie określonych pojęć nawiązujących do życia prywatnego jednostki nie było „usprawiedliwione rozważaniem sprawy publicznej” oraz że te pojęcia „nie miały znaczenia dla interesu ogólnego”<sup>51</sup> i w związku z tym nie doszło do naruszenia art. 10. Jednak w innej sprawie przywiązał szczególną uwagę do faktu, że wiadomości dotyczyły kwestii o „wielkim zainteresowaniu społecznym”, a opublikowane zdjęcia „nie ujawniły żadnych szczegółów z życia prywatnego”<sup>52</sup> i w związku z tym doszło do naruszenia art. 10 Konwencji<sup>53</sup>. Podobnie w omawianej sprawie: Trybunał

<sup>48</sup> Ibidem, s. 66; por. wyrok ETPC z 21 września 1994 r., seria A, nr 294-B, *mutalis mutandis*, *Fayed v. the United Kingdom*, par. 75, w którym ETPC uznał, że granice dopuszczalnej krytyki są szersze w stosunku do biznesmenów czynnie zaangażowanych w sprawy dużych publicznych firm niż do jednostek prowadzących małe prywatne przedsiębiorstwa.

<sup>49</sup> Zob. wyrok ETPC z 10 lutego 2009 r., nr 3514/02, s. 66.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 70; por. wyrok ETPC nr 59320/00, *Von Hannover*, par. 50–53 i 59, w którym ETPC powtórzył, że koncept życia prywatnego wzrasta do aspektów związanych z identyfikacją jednostki, takich jak jej nazwisko, ponadto życie prywatne jednostki obejmuje jej fizyczną i psychologiczną integralność. Prawo wynikające z art. 8 Konwencji gwarantuje rozwój osobowość jednostki w stosunkach z innymi bez zewnętrznej ingerencji. Istnieje zatem sfera oddziaływania jednostki z innymi, nawet w znaczeniu publicznym, która zalicza się sfery życia prywatnego. ETPC wskazał też, że w pewnych okolicznościach jednostka ma prawo oczekiwać ochrony i poszanowania jej życia prywatnego. Jeśli chodzi o publikację zdjęć, to bez znaczenia jest, czy zdjęcia dotyczą sfery życia prywatnego, czy spraw publicznych oraz czy były przeznaczone do ograniczonego użytku, czy powszechnie dostępne. Mimo że wolność ekspresji obejmuje prawo do publikowania zdjęć, to jednak w tej kwestii prawo do ochrony reputacji i życia prywatnego ma szczególne znaczenie.

<sup>51</sup> Zob. wyrok ETPC z 10 lutego 2009 r., nr 3514/02, s. 62; por. wyrok ETPC, nr 41205/98, *Tammer v. Estonia*, s. 68, gdzie Trybunał zauważył, że pani Laanaru zrezygnowała z zajmowanej przez nią pozycji rządowej w październiku 1998 r. i choć kontynuowała działalność w partii politycznej, opublikowanie przez skarżącego atakujących wyrażań na temat jej życia prywatnego nie było usprawiedliwione publicznym zainteresowaniem ani nie stanowiło kwestii ważnej społecznie. Publikacja skarżącego nie mogła być zatem uznana za służbę interesom publicznym.

<sup>52</sup> Zob. wyrok ETPC z 10 lutego 2009 r., nr 3514/02, s. 62; por. wyrok ETPC, nr 34315/96, *Krone Erlang GmbH & Co. KG v. Austria*, par. 37, w którym Trybunał zaznaczył, że dla określenia wagi naruszenia prawa dla prywatności ma znaczenie fakt, że opublikowane zdjęcia nie ujawniły żadnych szczegółów życia prywatnego.

<sup>53</sup> Zob. wyrok ETPC z 10 lutego 2009 r., nr 3514/02, s. 62; por. wyrok ETPC, nr 58148/00, *Editions Plon v. France*, ECHR 2004-IV, par. 53, dotyczący książki prywatnego lekarza, w której ujawnił on szczegóły o stanie zdrowia prezydenta Mitterranda. Trybunał uznał, że im więcej upłynie czasu, tym bardziej interes społeczny w dyskusji o życiu prezydenta przeważać będzie nad koniecznością ochrony prawa do tajemnicy lekarskiej.



zauważył, że opublikowane informacje opierały się na akcie oskarżenia sporządzonego przez prokuratora i podkreślały, że X jest tylko oskarżoną, a zdjęcia, mimo że były zrobione w innym kontekście, to jednak w celu późniejszej publikacji i co najważniejsze – za zgodą oskarżonej<sup>54</sup>.

Dział 10 Konstytucji Finlandii (zmieniony aktem 969/1995, wszedł w życie 1 sierpnia 1995 r. i obowiązywał do 1 marca 2000 r.) stanowił: „Każdy ma prawo do wolności ekspresji. Prawo do wolności ekspresji obejmuje prawo do udzielania, publikowania i otrzymywania informacji, opinii i innych komunikatów bez przeszkód ze strony innych osób. Dalsze przepisy szczególne dotyczące korzystania z prawa do wolności wypowiedzi powinny być ustanawiane przez Parlament. Wszelkie restrykcje nakładane na pisma ilustrowane ze względu na ochronę dzieci mogą ustanawiane przez Parlament. Dokumenty i nagrania znajdują się w posiadaniu władz publicznych tak długo, jak możliwość ich publikacji jest, z uzasadnionych przyczyn, ograniczona przez ustawę. Każdy ma prawo wglądu w dokumenty i nagrania publiczne”. Ten sam przepis pojawia się w art. 12 obecnej Konstytucji Finlandii z 2000 r. (ustawa nr 731/1999)<sup>55</sup>. Dział 8 Konstytucji (zmieniony ustawą nr 969/1995) nawiązywał do art. 10 obecnej Konstytucji, który gwarantuje każdemu prawo do życia prywatnego<sup>56</sup>.

Dział 39 fińskiej ustawy o wolności prasy (akt nr 1/1919), obowiązujący w czasie publikacji przedmiotowego artykułu, umożliwiał otrzymanie odszkodowania za szkodę spowodowaną publikacją prasową na podstawie ustawy o odpowiedzialności deliktowej<sup>57</sup>. Rozdział 5 dział 6 ustawy o odpowiedzialności deliktowej stanowi, że odszkodowanie może również być orzeczone za cierpienie spowodowane naruszeniem wolności, honoru, domowej harmonii lub innym podobnym naruszeniem. Na mocy rozdziału 5 sekcji 1 wspomnianej ustawy, odszkodowanie powinno stanowić kompensację za szkodę majątkową i niemajątkową. Zgodnie z brzmieniem działu 2 osobie, której została wyrządzona szkoda niemajątkowa, przysługuje odszkodowanie za poniesione koszty leczenia i inne szkody wynikające z naruszenia, jak również kompensacja za utracone korzyści, utrzymanie, ból i cierpienie<sup>58</sup>.

W roku 2000 do fińskiego k.k. (akt nr 531/2000) w rozdziale 24 dodano art. 8. Zgodnie z nowym przepisem dotyczącym naruszenia osobistej reputacji, osoba, która bezprawnie za pomocą mass mediów lub w inny podobny sposób publicznie rozpowszechniła informacje, insynuacje albo wizerunek, ujawniając życie prywatne innej osoby i stało się to główną przyczyną szkody osobistej, cierpienia lub naraziło osobę na pogardę czy obrazę, podlega karze

<sup>54</sup> Zob. wyrok ETPC z 10 lutego 2009 r., nr 3514/02, s. 69–70.

<sup>55</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>56</sup> Ibidem, s. 19.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 21.

za naruszenie osobistej reputacji. Jednakże takie działanie nie powoduje naruszenia reputacji, jeśli zawiera analizę czyjejś działalności w ramach zawodowych lub publicznych kompetencji i jeśli jest to konieczne za względu na cel, jakim jest potrzeba społeczna. Zgodnie z raportem Prawnej Komisji Parlamentarnej z 2000 r., celem tego przepisu jest umożliwienie rozpowszechniania informacji o życiu prywatnym pewnych osób, jeśli te informacje są usprawiedliwione ze względu na pełnione przez nich funkcje<sup>59</sup>.

Dział 2 ustawy o jawnym procesie sądowym (akt nr 945/1984), obowiązujący w czasie publikacji przedmiotowego artykułu, stanowił, że imiona, zawód, domicyl stron oraz przedmiot sporu w toku sprawy były informacjami publicznymi od czasu wszczęcia postępowania aż do jego zakończenia. Dział 3 zapewniał, że publiczność może być obecna na rozprawach, chyba że taka możliwość została wyłączona przez przepisy szczególne. Dział 9 wskazywał, że przepisy ustawy o powszechnym działaniu rządu mają zastosowanie do dokumentów procesowych. Według tej ostatniej ustawy, informacje i dokumenty dotyczące postępowania co do zasady są powszechnie dostępne po uiszczeniu odpowiedniej opłaty, chyba że ta możliwość jest wyłączona przez ustawę<sup>60</sup>.

Zgodnie z fińskim *Przewodnikiem dla dziennikarzy* z 2005 r., publikacje dotyczące spraw ważnych społecznie muszą uwzględniać poszanowanie życia prywatnego. Publiczna cecha informacji nie zawsze oznacza, że może być ona opublikowana. Art. 30 *Przewodnika* mówi, że szczególną uwagę należy przywiązywać do spraw dotyczących mniejszości. Art. 31 stanowi, że imię, zdjęcie czy inne fakty umożliwiające identyfikację skazanego przestępcy mogą być publikowane dopóty, dopóki jest to usprawiedliwione wagą popełnionego czynu i zajmowaną przez niego pozycją. Ponadto art. 32 wskazuje, że dziennikarz musi być czujny, by nie ujawnić informacji, które mogą prowadzić do identyfikacji osoby w sytuacji, gdy jest tylko oskarżona albo tylko postawiono jej zarzut<sup>61</sup>.

Komitet Ministrów przy Radzie Europy dnia 10 lipca 2003 r. wydał rozporządzenie dotyczące przepisów o informacjach podawanych przez media w związku z postępowaniami karnymi. W punkcie 8 („Ochrona prywatności w kontekście toczących się postępowań karnych”) dodanym do rozporządzenia podano, że reguły informowania o podejrzanych, oskarżonych i skazanych lub innych stronach postępowania karnego powinny szanować ich prawo do ochrony prywatności w związku z art. 8 Konwencji. We wszystkich sprawach powinno się brać pod uwagę przede wszystkim krzywdzący skutek ujawnienia informacji umożliwiających identyfikację osób, których dotyczy ten przepis<sup>62</sup>. Co więcej, paragraf 26 i 27 komentarza do tego rozporządzenia stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prywatności i życia rodzinnego na

<sup>59</sup> Ibidem, s. 23.

<sup>60</sup> Ibidem, s. 24.

<sup>61</sup> Ibidem, s. 33.

<sup>62</sup> Ibidem, s. 34.

mocy art. 8 Konwencji. Art. 8 nawiązuje do ochrony podejrzanych, oskarżonych, skazanych i innych stron biorących udział w postępowaniu karnym, którym nie można odmówić tego prawa z tego powodu, że biorą udział w takich procesach. Zwykle wskazanie imienia oskarżonego czy skazanego może bowiem pociągnąć za sobą surowszą sankcję niż sankcja karna orzeczona przez sąd karny. Może także utrudnić ponowne zaadaptowanie się takiej osoby w społeczeństwie. To samo dotyczy wizerunku osoby oskarżonej czy skazanej. Szczególna ochrona powinna być przyznana stronom, które są nieletnie, a także ofiarom, świadkom i rodzinom podejrzanych, oskarżonych i skazanych. W związku z tym państwa członkowskie mogą stosować Rozporządzenie nr R(85)11 dotyczące pozycji ofiary w prawie karnym i postępowaniu oraz Rozporządzenie nr R(97)13 dotyczące informacji o świadkach i prawa obrony<sup>63</sup>.

We Francji i Hiszpanii nie ma ograniczeń dotyczących publikowania zdjęć osoby, której dotyczy postępowanie karne – z zastrzeżeniem, że dziennikarz wyraźnie podkreśli, że osobie tej jeszcze nie udowodniono winy<sup>64</sup>. W Belgii nie ma ograniczeń co do publikowania zdjęć osoby oskarżonej o przestępstwo, chyba że osoba ta lub sąd zabroni robienia jej zdjęć lub ich publikowania. W praktyce publikowanie imion i zdjęć zdarza się na co dzień, lecz z wyraźną wzmianką, że osoba ta jest tylko oskarżona, a nie skazana. Deklaracja Obowiązków i Praw Dziennikarzy oraz przepisy *Przewodnika* również narzucają obowiązek sprawdzenia informacji, poszanowania życia prywatnego i korekty fałszywych informacji, jeśli jest to konieczne<sup>65</sup>.

Artykuł 8 niemieckiego kodeksu prasowego stanowi, że prasa musi szanować życie prywatne i intymną sferę osób. Jednakże gdyby życie prywatne jednostki dotykało sfery interesu publicznego, sprawa indywidualna może być relacjonowana. Należy dłożyć wszelkiej staranności, aby nie naruszyć prawa do prywatności osób postronnych. Prasa musi szanować prawo jednostki do samodecydowania w kwestii informacji o niej i gwarantować ochronę danych<sup>66</sup>.

Brytyjski kodeks postępowania podaje podstawowe zasady odpowiedzialnego, niezależnego dziennikarstwa. Stanowi m.in., że dziennikarz powinien upewnić się, iż rozpowszechniane informacje są uczciwie, precyzyjnie i rzetelnie przekazywane oraz nie wprowadzają niepokoju do prywatnego życia jednostki, żalu czy cierpienia, chyba że jest to usprawiedliwione nadrzędnym interesem społecznym. Co więcej, kodeks Komisji ds. Roszczeń Prasowych wskazuje, że krewni czy przyjaciele osób skazanych lub oskarżonych o popełnienie przestępstwa co do zasady nie powinni być identyfikowani w relacjach bez ich zgody, chyba że są uwikłani w sprawę<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 37.

<sup>65</sup> Ibidem, s. 38.

<sup>66</sup> Ibidem, s. 39.

<sup>67</sup> Ibidem, s. 40.

Stosunek Trybunału do publikacji dotyczących osób pełniących funkcje publiczne wyraża również orzeczenie z dnia 19 grudnia 2006 r.<sup>68</sup> Skarżący dziennikarz w 1998 r. opublikował kilka artykułów o postępowaniu karnym toczącym się od dwóch i pół roku przeciwko Tadeuszowi L. – zastępcy burmistrza Ostródy oraz Lechowi K. – radcy prawnemu. W procesie tym zastępca burmistrza był oskarżony o włamanie się do siedziby spółki TVK „Vectra”. Dziennikarz zarzucał mu w publikacjach, że nie stawia się na rozprawy sądowe celem przedłużenia postępowania, jak też krytykował postępowanie innych współsprawców włamania, którzy zajmowali urzędy państwowe. Po wydaniu wyroku, w którym sąd skazał sprawcę na karę grzywny, skarżący zarzucił, że jest on zbyt łagodny. Sugerował też, że oskarżony nie nadaje się do pełnienia funkcji w mieście ze względu na swą „burzliwą i dochodową karierę samorządową”. Wówczas to Tadeusz L. wniósł pozew przeciwko skarżącemu za zniesławienie<sup>69</sup>.

Powód powołał się na przepis art. 212 § 1 k.k.: „kto pomawia inną osobę, grupę osób, instytucję, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nie mającą osobowości prawnej o takie postępowanie lub właściwości, które mogą poniżyć ją w opinii publicznej lub narazić na utratę zaufania potrzebnego dla danego stanowiska, zawodu lub rodzaju działalności, podlega grzywnie, karze ograniczenia albo pozbawienia wolności do roku” i § 2: „jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 za pomocą środków masowego komunikowania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”; oraz art. 213 § 2 k.p.k., który stanowi, że nie popełnia przestępstwa kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut służący obronie społecznie uzasadnionego interesu<sup>70</sup>.

Trybunał zauważył, że skarżący dziennikarz opublikował w lokalnej gazecie artykuły dotyczące spraw będących przedmiotem zainteresowania lokalnej opinii publicznej, a ich treść i ton były w sumie dość wyważone. Skarżący zaznaczył bowiem, że wyrok dotyczący zastępcy burmistrza nie był ostateczny i zauważył, że sąd apelacyjny może wydać odmienne rozstrzygnięcie<sup>71</sup>. Niektóre stwierdzenia dziennikarza były sądami wartościującymi, jednak nie można ich uznać za pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych ani za bezpośredni atak na polityka<sup>72</sup>. O ile kara grzywny nałożona przez

<sup>68</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 19 grudnia 2006 r., skarga nr 18235/02, *Dąbrowski przeciwko Polsce*, s. 5.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>70</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>71</sup> Ibidem, s. 33.

<sup>72</sup> Ibidem, s. 34; por. wyrok z 11 lutego 2010 r., nr 33333/04, *Fedchenko v. Rosja*, s. 37, w którym ETPC uznał, że sądom krajowym trudność sprawia odróżnienie wypowiedzi stwierdzającej fakty od sądów ocennych. Podczas gdy te pierwsze mogą zostać udowodnione, prawda sądów cennych nie jest podatna na przeprowadzenie wobec niej dowodu. Żądanie przeprowadzenia dowodu na okoliczność prawdziwości sądu ocennego jest wręcz niemożliwe i samo w sobie narusza prawo do swobody wypowiedzi.

sądy krajowe nie powstrzymywała skarżącego od wypowiedzi, o tyle skutkowałą pewnym rodzajem cenzury, która może zniechęcać dziennikarzy do udziału w dyskusji publicznej w sprawach dotyczących życia społeczności. W ten sposób można powstrzymać prasę w wykonywaniu jej funkcji dostarczyciela informacji i publicznego nadzorca<sup>73</sup>. Oznacza to naruszenie art. 10 Konwencji przez władze państwowe.

W prawie polskim poruszana kwestia przedstawia się następująco. Art. 58 polskiej Konstytucji gwarantuje każdemu wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane<sup>74</sup>. Zgodnie z art. 1 polskiej ustawy Prawo prasowe, „prasa, zgodnie z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”<sup>75</sup>. Art. 13 § 1 stanowi, że „nie wolno wypowiadać w prasie opinii co do rozstrzygnięcia w postępowaniu sądowym przed wydaniem orzeczenia w I instancji”, zaś w § 2 czytamy: „nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę”.

Wolność prasy podlega licznym ograniczeniom w ramach sprawozdawczości sądowej, zarówno ze względu na interes wymiaru sprawiedliwości, jak i poszanowanie interesu jednostek uczestniczących w takim postępowaniu. Sprawozdawczość sądowa jest narzędziem społecznej kontroli organów prasowych i obejmuje wszystkie stadia postępowania we wszystkich instancjach sądowych. Polskie prawo stoi na gruncie zasady jawności rozprawy sądowej zagwarantowanej w art. 45 Konstytucji RP. Jednakże ramy swobody dziennikarskiej sprawozdawczości sądowej wyznaczają granice jawności określonych postępowań zawarte w przepisach procesowych. Publikując w prasie dane osobowe lub wizerunki osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również dane osobowe i wizerunki osób świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych – bez ich wyraźnej zgody, dziennikarz może dopuścić się przestępstwa określonego w art. 266 § 1 k.k., gdyż prawo prasowe zakazuje dziennikarzowi publikowania danych i wizerunków osób, o których mowa w art. 13 ust. 2<sup>76</sup>. Również art. 355 k.p.k. deklaruje zasadę jawności rozpraw oraz wprowadza wymaganie, aby ograniczenia jawności określone były ustawowo<sup>77</sup>. Niekorzystne skutki towarzyszące zasadzie

<sup>73</sup> Zob. wyrok ETPC z dnia 19 grudnia 2006 r., skarga nr 18235/02, s. 36–37.

<sup>74</sup> Zob. art. 58 Konstytucji RP.

<sup>75</sup> Zob. art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. nr 5, poz. 24).

<sup>76</sup> Zob. J. Sobczak, *Ustawa prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 195 i n.

<sup>77</sup> Zob. art. 333 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555).

jawności (m.in. obniżenie sprawności proceduralnej) są stosunkowo nieznaczne w porównaniu z korzyściami, jakie z owej kontroli społecznej płyną dla wymiaru sprawiedliwości. Jawność przede wszystkim ma wytwarzać w społeczeństwie przekonanie, że wymiar sprawiedliwości osiąga winnych i nie krzywdzi niewinnych. Jawność leży z natury rzeczy w interesie oskarżonego, gdyż zabezpiecza go przed dowolnością sądu. Niewinnemu zaś daje zadośćuczynienie w drodze publicznego oczyszczenia się. Zabezpiecza interes prawdy, gdyż osoby składające zeznania na publicznej rozprawie muszą więcej zważać na jego treść. Jawność zabezpiecza należyte spełnienie obowiązków przez prokuratorów i obrońców, albowiem proces odbywa się pod publiczną kontrolą. Uwzględnić należy również znaczenie społeczno-wychowawcze zasady jawności, które wyraża się w uświadomieniu społeczeństwu społecznej szkodliwości czynu i przestrodze przed jego popełnieniem<sup>78</sup>.

Łatwo zauważyć, że rozwiązania przyjęte w prawie polskim są podobne do rozwiązań wyżej omawianych państw. Wskazują na to, poza przepisami prawa wskazanymi we wstępie referatu, również niektóre orzeczenia Sądu Najwyższego. Ten w swoim wyroku z dnia 1 grudnia 2006 podał w sentencji, że „nie można mówić o spełnieniu obowiązków z art. 12 Prawa prasowego wówczas, jeśli na pierwszej stronie gazety zamieszcza się artykuł pod tytułem „(...)”, obok umieszcza się podobiznę powoda w kajdankach oraz podaje się wstępny tekst, co łącznie sugeruje jednoznacznie, że powód jest zamieszany w próbę fałszerstwa wyborów i może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a jednocześnie dalszy tekst publikacji zamieszczony na kolejnej stronie nie potwierdza udziału powoda w próbie fałszerstwa wyborów, a osoby zamieszane w to zdarzenie wykluczają jego udział. Taka forma konstrukcyjna publikacji stanowi zaprzeczenie wymaganiom przedstawienia sprawy w sposób wszechstronny i obiektywny”<sup>79</sup>. Podobnie w wyroku z dnia 18 marca 2008 r.: „przewidziany w art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. - Prawo prasowe (Dz.U. 1984 r. Nr 5 poz. 24 ze zm.) zakaz publikacji dotyczy danych osobowych wszystkich osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, bez względu na ich status, a więc także osób publicznych”. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zgodnie z art. 13 ust. 2 ww. ustawy nie wolno publikować w prasie danych osobowych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, chyba że wyrażą na to zgodę. Wyjątek od tej zasady przewidziano w art. 13 ust. 3, stanowiąc, że właściwy prokurator lub sąd może zezwolić, ze względu na ważny interes społeczny, na publikację tych danych. Ograniczenie wolności wypowiedzi, pozyskiwania i rozpowszechniania informacji oraz realizacji zadań związanych z urzeczywistnianiem prawa

<sup>78</sup> Zob. F. Prusak, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1999, s. 1812.

<sup>79</sup> Zob. wyrok SN z dnia 1 grudnia 2006 r., I CSK 346/2006.

obywateli do rzetelnego informowania i jawności życia publicznego, gwarantowanych prasie w Konstytucji (art. 54 ust. 1) i ustawie (art. 1 Pr. pras.), jest podyktowane potrzebą ochrony dóbr osobistych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe (art. 47 Konstytucji) i poszanowania zasady domniemania niewinności (art. 42 ust. 3 Konstytucji). Negatywne skutki publikacji mogą mieć charakter długotrwały, a nawet nieodwracalny, niezależnie od ostatecznego wyniku postępowania karnego<sup>80</sup>.

Sąd Najwyższy dnia 28 stycznia 2009 r. wydał jednakże odmienny wyrok, w którym orzekł, że „nie jest bezprawne opublikowanie w prasie danych osobowych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze, jeżeli dane te zostały wcześniej podane do publicznej wiadomości w oficjalnym oświadczeniu Prokuratora Krajowego”. Bezprzedmiotowe jest rozważanie, czy za opublikowaniem materiału przemawiał ważny interes społeczny, gdyż ocena sytuacji pod tym kątem należy wyłącznie do prokuratora lub sądu decydującego o udzieleniu zgody na opublikowanie danych, a dziennikarzowi (redaktorowi, wydawcy) nie przysługuje w tym zakresie autonomiczna kompetencja. Także to, że fakt prowadzenia postępowania przygotowawczego był wcześniej publicznie znany, nie stanowi samodzielnej przesłanki wyłączającej bezprawność opublikowania danych wbrew ustawowemu zakazowi, bez zgody właściwego organu. Prokurator krajowy, działający w ramach uprawnień oraz wykonujący obowiązki bezpośrednio związane z pełnioną funkcją, jest osobą zaufania publicznego, a zatem usprawiedliwione było przyjęcie, że występując – oficjalnie i publicznie – udostępnił informacje zgodnie z prawem. Dziennikarzowi powtarzającemu informację udzieloną przez taką osobę i w takiej formie nie można postawić zarzutu bezprawności działania<sup>81</sup>.

## Summary

### ***Freedom of the press and the dissemination of information about the commission of criminal act in the light of human rights standards***

Keywords: human rights, press freedom, journalist, Court of Human Rights.

The subject of the paper is the protection of private life and good reputation of a person and also, from the other hand, the right to free expression of the journalists. Main consideration is based on chosen judgments of European Court of Human Rights (further: Court), its reference to jurisdiction of

<sup>80</sup> Zob. wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 474/2007.

<sup>81</sup> Zob. wyrok SN z dnia 28 stycznia 2009 r., IV CSK 346/2008.

some Council of Europe's member-countries and law of the Republic of Poland in this matter.

Free expression and press freedom are one of the most important rules in constitutional democratic countries. The press has both – right and obligation to deliver information and opinion from all fields of interest and care of society. Article 10 of the Convention of Human Rights doesn't guarantee full and unrestricted freedom of word, even in the field of important public matters. According to part 2 of the article, interference in free expression can be made only if it is aimed to protect the catalogue of goods such as: safety of a country, territorial integrity or public safety, prevention of a crime, protection of health and morality, protection of good name and rights of others, prevention of spreading confidential information, guarantee of seriousness and impartiality of legal authorities. What is more the interference in the right of freedom of expression must be necessary in democratic country.

In order to show Court's point of view on this problem, the review of some important sentences has been made. There are examples of main standpoints: right to impart information on matters of public interest and concern, right to publish a photograph of an accused person, referring in the newspaper to the civil proceeding, influence of the press on the decision in a case. Based on mentioned judgments there are stressed principles, which Court takes into consideration – whether interference was proscribed by a country law, whether it was necessary in a democratic country and if it was adequate to the “pressing social need”.

The last part of the paper is intended to show, how the matter of press freedom is regulated in Poland, resolving Constitution of Republic of Poland, code of penal procedure, press act and also some sentences of the Supreme Court in order to compare these issues to the law of the other countries mentioned in the paper.



**Paweł Romaniuk**

Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji  
Wydział Prawa i Administracji UWM

## **The right to social control administration as an inalienable human right**

### **The importance of human rights**

Human rights are a set of rights and freedoms enjoyed by everyone regardless of race, sex, language, religion, political, national or social origin, property, etc. Human rights are rights to moral character, a set of demands calling for respect for the values most precious to man, such as life, dignity, freedom, freedom of development.

Creating an international system of protection of human rights began after World War II, the United Nations. The first international treaty that guarantees human rights was the United Nations Charter of 1945, it was formulated in one of the main objectives of the United Nations – to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion (Article 1 § 3)<sup>1</sup>.

Polish contribution to the field of human rights is very large. Poland has ratified all the conventions on human rights (also acceded to the European Convention on Human Rights and the European Social Charter) and participated in their development. Since the beginning of participating in the work of the Commission on Human Rights and Women's Rights Committee. It also works creatively in various international organizations (UNESCO, etc.). Everyone should understand that the fact of compliance or non-compliance of human rights is not just solely an internal problem of a separate state but the problem of the whole world community to which the Member belongs.

---

<sup>1</sup> The United Nations Charter was signed in San Francisco June 26, 1945, at the end of the United Nations Conference on International Organization and came into force on 24 October 1945. Statute of the International Court of Justice is an integral part of the Charter.

## Social control

As for the right to social control, it is also very important that everyone enjoyed the right to assess and analyze the situation, both factual and legal situation. Regarding the legal environment, you will see a special link between the human right and human right to social control. Social control is the cornerstone of the development of any democratic state of law. Poland has over 20 years is treated as a young, democratic state, which in its legislation, has given the possibility of direct and indirect influence on the manner of governance in all levels of management of public administration.

The term “social control” has been formulated by the American sociologist Edward Ross Alswortha in 1890, but only in 1901, he published his most famous work, entitled *Social Control*. Edward Alsworth Ross separated from the social control of social influence, a criterion for accepting the intended impact, which doszukiwał in social control, and which lack the social impact. Control functions at various levels of society and includes all of us. Social control is the emphasis we have on individual communities, so these are preserved in accordance with the prohibition or injunction. It is a complex system of psychosocial (self-control – we have learned to abide by the norms and values) and material-social (external coercion)<sup>2</sup>.

It is worth noting that social control is a system of orders, prohibitions and sanctions that serve a group or community to maintain conformity to the values of their members. In theory, social groups, social control is considered a general equipment and resources for collective action to ensure its integration and subordination of members of the group norms. Social control operates various types of negative (punishment) and positive (rewards), types of sanctions: legal, economic, ethical, which depend on the type of population, the so-called. contemporary societies, social control prevails based on the legal system and justice (formal sanctions), while in primitive societies have played a major role moral sanctions (informal).

Stronger standards and are governed patterns of behavior (as a result of socialization, and education), the less the need to use sanctions social control. The function of social control is a set of devices and measures, aimed at ensuring the consistency of a social group and the subordination of its members, the standards group.

In the Polish legal system has the following types of social control:

- formal – which is written in the rules of various organizations, associations, state legal codes. Formal control is always measured;

---

<sup>2</sup> See M. Wierzbowski, *Administrative Law*, LexisNexis, fourth edition, Warsaw 2001, p. 23–42.

- informal – includes all the patterns provided in personal relations, and all the reactions and sanctions spontaneously and on the basis of custom. Informal control can be both intentional and unintentional;
- external – that all punishments and rewards;
- affairs – is a lock with the outside world and the manipulation of information.

## **Types of social control**

In modern legal reality that not every organization must be a watchdog organization. Moreover, those who play such a role might it play in very different ways. Starting from the preliminary inspection, in which the concerned citizen saw the activity illegal or contrary to public interest simply intervenes. So often these are actions not fully justified (without legal basis), sometimes simply due to lack of knowledge. This does not mean, however, that this type of control is less important. Often, because such actions signal a problem that has hitherto been unnoticed or treated as granted<sup>3</sup>.

Another type is the control of inquiry. It is especially characteristic of different types of media such as newspapers, radio or television, whose aim is to prove violations of the law. Here are the suspect intentionally breaking the law concerned citizens (investigative journalists) going so over time, not only for surveillance, but even provocation collect various types of material which is unambiguously proven violation of law (actions inconsistent with public interest. However, events in the country show that the committees of inquiry really play its role, which under the Constitution have been set up<sup>4</sup>.

Another form is the monitoring, which involves the systematic study of some areas of government activities in order to objectively determine whether and to what extent the law is violated. For a specific type of social control may be considered a predicative some action (which often refer to as a tool of social control). Jurisprudence, or activities on behalf of the amendment is already legal provisions or the manner of their enforcement, in some cases can be treated as an attempt to prevent violations and circumvention of the law.

Social control can also be mounted in different ways by bodies controlled. Increasingly, we are dealing with informal control, in which the opera-

---

<sup>3</sup> See J. Jagielski, *Control in public administration*, Warsaw 2004, p. 56–88.

<sup>4</sup> It seems indisputable that the meaning of the media ate up investigative commissions. Everything happens on the show, are more field manipulation of public opinion, than to serve their original mission for which they were created. It is worth recalling what each commission of inquiry. Commissions of inquiry are to assist the instruments of state control over its pathologies. Promote the right of where it is not sufficiently effective. And the effect of these activities varies.

tion of the organization encounters reluctance controlled. Control in this case is not so much a treat as a way to resolve the issue as a trial of strength. Increasingly, however, we are dealing with acceptable control, where representatives of the institutions accept the right to control the social factors. Although treat it as a necessary evil, it is for your own peace cooperate with the inspection. There are also cases where social control is part of a system of institutions. In this case we are dealing with institutionalized control. It depends mostly on the appointment of various advisory bodies, control, monitoring and inviting to them, representatives of the social side. And even though this form of control is often an effective form, where representatives of the public are gaining a real impact on the functioning of institutions, while the institution is able to conduct constructive dialogue with the inspection – it can not replace the whole of social control, whose role in the discovery of new problem areas are the most important<sup>5</sup>.

In a pluralistic society, in the face of competing models of behavior, diminishes the force of custom, religion, and the growing importance of the right. Today, in democratic western civilizations, social control is evolving towards a fully conscious process in which they directly participate all the citizens, as social control takes the form of written law which is enacted by a democratically elected parliament. This is a new phenomenon, since as is well known in earlier times, was dominated by religion, tradition and customs that are less conscious form of social control, because in them more difficult to prove intentional human action. Of course, there are many cases created a new custom, tradition or religion, even by artificial means, mostly inspired by ideology (may processions organized by the Labor Day during the period before 1989). It is worth noting that the law is invoked in order to maintain social order, and other forms of social control are entering its reach in other areas of human activity. The positive forms of regulation, which include custom orders. In Poland, requires a good habit of giving way to young people in public transport, the elderly or pregnant women, etc.

Social control is the inherent feature of societies, despite the momentary impression of decay, does not disappear completely only undergoing a metamorphosis into another form. The old forms of control cease to exist, while creating new based on law and technology. The issue made more than a hundred years ago by Edward Ross Alswortha released in numerous detailed studies and publications, so that we can more fully understand the mechanisms of social control.

Every social control is quite clear from the administration as enshrined in the Constitution the right of citizens to obtain information about the activities of public authorities and public office. This law also applies to

---

<sup>5</sup> Compare J. Hausner (ed.), *Public administration*, Warsaw 2005, p. 96–114.

information about the activities of self and work, and other persons or entities, in which they perform the tasks of public authorities and manage communal assets or property of the State (Article 61). These records clarify the law on Access to public information of 6 September 2001. In addition, the Constitution in Article 63 specifies the right of a citizen to submit petitions, proposals and complaints in the public interest, their own or another person with the consent of the public authorities and social institutions and organizations in connection with the performance of prescribed duties in the field of public administration.

In the area of environmental law is reinforced by the provisions of the Aarhus Convention called by the Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, which the Law of 21 June 2001 and ratified by Poland, which means that in accordance with Article 91 of the Constitution – it is part of domestic law and is applied directly<sup>6</sup>.

Right, and even the obligation to participate to the informal social control, so have the people, but also the organizations cited by the citizens or non-governmental organizations, known as social organizations, whether public benefit. Even just through access to public information, as well as through participation in civil dialogue with all public bodies, or the opportunity to participate in administrative proceedings (as a party). The concept of NGO is very broad. The concept of non-governmental organizations is defined in the Act on public benefit activity and volunteerism. This concept is not always accurate. Just look at the Code of Administrative Procedure<sup>7</sup>, which speaks of social organizations, which until recently not considered foundations. Most, however, for the non-governmental organizations are simply institutions with the legal form of associations or foundations. NGO's are non-entities public sector entities, not-for-profit operating under the Law on public finance<sup>8</sup>.

## **Non-governmental organizations and social control**

NGO's are an important element of a democratic state. Non-governmental organizations willingly, often and boldly articulate and represent the interests of the group. They are so determined, in activities that indicate any

---

<sup>6</sup> Ratified international agreements, laws are in force internally, which are built into the system of sources of law of general application.

<sup>7</sup> See Act of 14 June 1960 Code of Administrative Procedure – Acts (Journal of Laws of 2000 no. 98, item 1071 with subsequent amendments).

<sup>8</sup> Act of 27 August 2009 on public finances (Journal of Laws no. 157, item 1240 with subsequent amendments).

problems that arise during their missions and seek to develop standards, giving the possibility of articulating his case loud and aspirations.

Most of the NGO's act as a buffer change. With a large capacity to adapt to new, rapidly changing, market environment and law (the possibility of unconventional, relatively low institutionalization), and thanks to his serious approach to social problems, first identify the new social problems and initiate, or even force changes in society. This is possible thanks to the elaboration of a micro scale new ways to solve these problems, and through the whole range of efforts to mold public opinion, political education and socialization of citizens<sup>9</sup>.

## Partnership

Non-governmental organizations because of its broad activity may not only control both power and business, but also assume the tasks of administration. It is possible based on the acquisition of the social organizations to carry out the tasks of public administration under the Act of 19 December 2008 on public-private partnership<sup>10</sup>. Partnerships affect the current management. Non-governmental organizations, engaging in building civil society in countries undergoing transition to democracy, to effectively support the activities of state<sup>11</sup>. With close cooperation between NGO's and local governments, it is important to preserve the autonomy of partners. Where there is consensus on the essential purposes, you can find fields of activities, where the public agent need not demonstrate the activity, but which can – and indeed should – give people, especially those organized in the framework of foundations and associations<sup>12</sup>. Increasingly, too, are released for decision-making procedures in the form of consultation or through direct democracy. Participation in NGO's can also be a specific path of social advancement and economic development.

The interactions consist mainly of two or more partners, are held according to patterns of known and understood in our culture. In this case it is

---

<sup>9</sup> See M. Chmaj (ed.), *Administrative law. General part*, Warsaw 2003, p. 45–59.

<sup>10</sup> Act of 19 December 2008 a public-private partnership (Journal of Laws of 2009 no. 19, item 100 with subsequent amendments).

<sup>11</sup> G. Czubek (ed.), *Partnership for foreign policy*, Stefan Batory Foundation, Warsaw 2002, p. 6.

<sup>12</sup> Especially today, an important area for partnership between public institutions and non-governmental sector was the European integration. Undoubtedly, a lot must change in order to fully utilize the existing potential. This issue is an important subject of discussion. Some of the instruments of cooperation of public institutions with non-governmental sector are universal. They can be used for partnership activities of NGO's and local governments, where the latter uses more courageously experience and commitment in the implementation of activities carried out by NGO's.

the one hand, a citizen or organization, while the other municipalities. One can distinguish patterns of mutual and positive inducements and impact:

- 1) authorization for cooperation between these various entities;
- 2) invitation or incentive to do any act;
- 3) participating subordination – for example, the NGO received funds committed and sometimes subordinate to the preservation of a donor (local government);
- 4) inappropriate to make a single entity over the other, one is bound to another entity on a voluntary basis to achieve some goal, but not as a partner, but as a performer;
- 5) imitation and emulation as a good model of activities to achieve objectives.

In addition, the tools of public-public partnership, which is a binder of local governments with citizens may be: discussion of current and relevant to residents and non-governmental organizations topics, information contained in the local press, regular, joint press conferences, joint publications and a list of programs and services by providing given municipality.

Consultation, often taking the form of temporary organizational structures, mostly as a platform for citizens to influence the administration.

Exchanged at the same time:

- 1) consultation sessions, linked to economic development and spatial resolution – the strategic sessions, presentations in various for a of planning documents (programs, studies and development plans), in sessions such by society includes people with high social prestige in the community, professionals, experts, so called the local authorities, usually typed by the scientific community, or just non-governmental organizations;
- 2) working group invoked to solve specific, complex issues associated with the current functioning of the territorial organization, most often in situations of conflict or crisis, from the public participation in such structures will be invited specialists and professionals, as well as representatives of groups directly affected residents - including – representatives of stakeholders;
- 3) open discussion panels, through which the authority carries out a process of social dialogue in all matters of community: the future, ongoing, strategic, short-term, investment etc.; to participate in such meetings with government officials should be invited to any interested members of the community, in practice, and this usually the case – that people with non-governmental organizations play a dominant role<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> A. Noworol, *Fundamentals of management in public administration*, University of Szczecin, Szczecin 2003, p. 41.

## **Social participation**

NGO's in cooperation with public authorities should take the issue of participation. The concept of social participation means participation of citizens in managing the affairs of the community in which they are members. In the broad sense of social participation is the foundation of civil society, whose members take part in public activities. This participation can take different forms, depending on the legal conditions (corresponding to a particular affairs) and culture (regional and local bodies of public authority).

With the inclusion of social participation and residents in various decision-making processes, governments can achieve success thanks to the fact that the threshold increase its credibility – build trust to the people in power. This streamlines the communication process between representatives of government and administration, and community self-government. Government decisions are becoming clear, and residents have a sense of influencing the development and functioning of the units. It is worth noting that the scope and role of the participants socialized decision-making process is clearly defined. This is primarily for a clear separation of the phase of preparing the plans and decisions related to the act of making a decision. Participants must know how they will build on the results of their work and under what conditions they can count on the acceptance of their share of developed plans. In addition, it is observed that the public participation process is conducted under the general concept of the participation of citizens in decision-making by the authorities, and not as a single share.

Participation is often a charity and is a deep need for residents to participate in community life. The occurrence of active partnership and participation for the development of local communities must meet the essential conditions, which may include:

- signs and reciprocal treatment of partners,
- activity, creativity and innovation partners,
- sharing a common vision on the future direction of local communities to achieve the objectives set by them.

It should be stressed that social participation – is a conscious and active participation of citizens involved in the activities of NGO's, in resolving their problems in all important matters of the municipality and residents. Through social participation, local governments are learning more and more non-governmental organizations, resulting in mutual, more correct relations and trade.

It should be stressed that social participation – is a conscious and active participation of citizens involved in the activities of NGO's, in resolving their problems in all important matters of the municipality and residents. Through social participation, local governments are learning more and more non-governmental organizations, resulting in mutual, more correct relations and trade.



In the process of governance, there is always a need to communicate with the public authorities and NGO's. This also applies to those situations when you need to go beyond the framework of contacts with political parties to establish a direct dialogue with members of the community. Processes of communication, consultation and active participation of social play, in this case an important role. Communication is the ability to receive information coming from the caller and transfer the content they want to pass, while maintaining the understanding of both sides. Communication is a process to communicate certain meanings from the recipient to the sender<sup>14</sup>. Both sender and recipient, in this case, are the units of local government and NGO's, which are increasingly communicating on important matters related to the development of the region. Consultation and non-governmental organizations should provide opportunity to actively engage in the development of common positions on matters of policy relating to local government. In carrying out public tasks of local governments are actively involved non-governmental organizations, which improve the regulatory capacity of public administration and to help spread the cooperation in the reconciliation policy between public administration and social partners<sup>15</sup>.

The modern democratic state of law must be based not only on well-designed legal system, but also on compliance procedures, which is right down. Violation or circumvent the law is not always the result of bad intentions, and often is simply because of the multiplicity and diversity of rules, unconscious action. Paying attention to whether the law is applicable is the primary task of the institution of control.

However, modern democracy, particularly in the context of the pace of change taking place in contemporary societies are characterized by a kind of ambivalence in the approach to the law, which is treated as an equivalent value of respect for the rights and activities for its correction. For this reason, part of inspection activities (guard) is aimed not so much on the law, what the social interest, which may be jeopardized by the application of the law, and not adapted to new conditions.

## **Weight social control**

Social control is important for three reasons. First is the realization of the fundamental values of democratic society. Underestimating the importance of values and possibilities of their realization in social life is undoubte-

---

<sup>14</sup> Information from the community to prepare for action LEADER – Training of local partners animators, Brwinów 22–24.06.2005.

<sup>15</sup> J. Kurczewski (ed.), *Local community, civil society*, ISNS University of Warsaw, Warsaw 2003, p. 92–103.

dly one of the causes of corruption in public life. Theories of social capital shows how profitable (expensive) are the social activities in which the trust ceases to function<sup>16</sup>.

Second, social control is an important element of innovative management methods. Experience with the introduction of changes in the local community, where the important role of diverse stakeholders has shown that even formally the most rational solution can not be effectively implemented in spite of, even without the consent of those concerned. Sense of influence in the process of change, and in this sense the possibility of its control, affect the acceptance of any changes.

Thirdly, in turn, social control can be regarded as a cheap (free) method of internal control. The idea of controlling as a means of preventing the negative phenomena in the functioning of the state is already widely recognized. Social involvement of citizens – properly used – can be part of controlling the institution.

It seems that social control may be regarded as something that impedes the work of the institution only in three cases:

- when private interests,
- a routine victory over the innovative ideas,
- if the decision is left to the last minute. Search for consensus, work on solutions that can satisfy the various stakeholders to hear their sentences takes time. When decisions are taken under time pressure all the consultations not only lose their meaning, but also bring confusion.

## Completion

Without well-functioning communication – from citizens to government – or the system changes, or systemic reforms are not possible. Problems faced by individuals for the ruling elites and distant plan of cognition. Power is typically increase their privileges and reduces your own risk. Effective antidote to this state of affairs is public scrutiny and pressure caused the civil actions that need well-functioning communication channels and vertical using modern communication techniques.

Without direct human intervention in the system and method of governance at all levels of functioning of the state, can not talk about the full process of public administration and control of all activities that occur every day in Poland.

---

<sup>16</sup> See M. Joanna (ed.), *The second wave of social economy in Poland and the concept of active social policy*, [in:] T. Kazimierczak, M. Rymśa, *Social capital. Social economy*, Warsaw 2007, p. 75–89.

In the era of globalization, the most important players are the governments, business and civil society, enforcing social control. New technologies enable organizations of civil society networking across national borders. Their efforts may lay the framework for the activities of government and business that lead to new international conventions and national regulations to prevent the spread of bribery and unfair practices. Civil society can be a guide in monitoring progress on corporate governance and the implementation of these new conventions and national regulations. The public trust only reports on the progress of such work done by social organizations authorized to do so. Also, non-governmental organizations operating in an ever wider areas and are becoming very popular form of active societies.

It is also worth a moment to stop at the general mechanism of control of the administration. The issue of control in public administration in two systems. The first regards the control of public administration by others, and the second to control by the public administration itself over others. Scientific work organization theorists capture control as a necessary element of targeting, management, administration and governance. Control in this approach to management is to determine whether any subordinate administrative apparatus properly carry out its tasks, it allows the detection of faults, their removal and serves to prevent negative phenomena. Control of civic, social administration is over control of public opinion, controlling the press, control of informal groups in the apparatus of state administration. Social control will control over the administration of social organizations and citizen control by making requests and complaints, as well as enjoyed by citizens in the formal proceedings of the remedies.

The analysis concerning the reality of social control initiatives shows that this sphere is developing. Lack of belief in the social consciousness of the importance of activities related to general social control are indeed factors that inhibit growth, but it is done regardless of adversity. It therefore appears that the control of civic and social control – especially in an era in which the internet allows you to quickly share information and mobilizing people to action, and to hide anything is becoming more difficult – it will matter much more common. Of course, if the public will want to exercise their rights. Greater challenge for the next generation is to build mass awareness of the right to information and enforcement of civil rights, than to convince the authorities that they have to give up control. But time will show that it is increasingly difficult to exercise authority in a closed, opaque and abstractive from social needs.

## Streszczenie

### ***Prawo do społecznej kontroli administracji jako niezbywalne prawo człowieka***

Słowa kluczowe: prawa człowieka, kontrola społeczna, wywiad, organizacje pozarządowe.

Prawo do kontroli społecznej administracji gwarantuje każdemu prawo do oceny i analizy sytuacji zarówno okoliczności faktycznych, jak i prawnych. Kontrola społeczna jest podstawą rozwoju każdego demokratycznego państwa. Rzeczpospolita Polska jest młodym państwem demokratycznym, liczy niewiele ponad 20 lat, ale w swoim ustawodawstwie daje możliwość bezpośredniego i pośredniego wpływu na sposób zarządzania na wszystkich szczeblach administracji publicznej.

Termin „kontrola społeczna” został sformułowany przez amerykańskiego socjologa Edwarda Rossa Alswortha w 1890 r. Funkcje kontrolne na różnych poziomach społeczeństwa obejmują wszystkich obywateli. Kontrola ta jest ważna z trzech powodów. Po pierwsze, realizuje podstawowe wartości demokratycznego społeczeństwa, a niedocenywanie znaczenia możliwości ich realizacji w życiu społecznym stanowi niewątpliwie jedną z przyczyn korupcji. Po drugie, kontrola społeczna jest ważnym elementem nowoczesnych metod zarządzania. Po trzecie, można ją uznać za tanią (darmową) metodę kontroli wewnętrznej. Ten sposób zapobiegania negatywnym zjawiskom w funkcjonowaniu państwa jest już powszechnie znany. Zaangażowanie społeczne obywateli – odpowiednio wykorzystane – może stanowić częściową kontrolę instytucji.

**Maciej Rzewuski**

Katedra Postępowania Cywilnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## Notarial testament in Europe

The subject matter of the considerations presented in this article is the notarial testament, specifically forms of such a disposition allowed by the law. Due to the author's origin, a lot of attention has been devoted to the Polish notarial testament. More or less innovative solutions which operate in selected legal systems of the European countries have also been considered.

The Napoleonic Code already referred to *ordinary testaments*, which could be drawn up under normal circumstances, as well as *special testaments*, which were allowed under extraordinary circumstances of a war or an epidemic only to specific persons. Napoleon's Civil Code provided three forms of ordinary testaments: handwritten, secret (mystic) and official, that is notarial testaments. Ordinary testaments could be prepared in writing subject to specific formalities provided for by the Code<sup>1</sup>.

In Poland also traditionally two types of testaments can be distinguished, namely ordinary and special. An ordinary testament may be drafted by the testator at any time, however a special testament may be prepared only under the circumstances specified by the law and its validity is limited in time (art. 955 of the Civil Code)<sup>2</sup>. Polish ordinary testaments include: a holographic testament, referred to as a handwritten testament, an allographic testament and a testament drawn up as a notarial deed. Following E. Skowrońska-Bocian, it is worth stressing that formalising the testament does not entail the necessity to provide a relevant name, e.g. "Testament". What is necessary is the will to prepare it, the awareness of the legal burden of such an act and keeping the form provided for by the law<sup>3</sup>. This issue looks a bit different in the legal systems of common law countries, where in general the principle of providing by the testator of an appropriate heading,

<sup>1</sup> E. J. Barwiński, *Prawo spadkowe obowiązujące w byłym Królestwie Kongresowym w zarysie*, Warszawa 1938, pp. 19–20.

<sup>2</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004, pp. 63–64.

<sup>3</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Forma testamentu w prawie polskim*, Warszawa 1991, p. 28.

like e.g. “Last Will and Testament” applies for the purpose of eliminating any doubt as to the actual will of testation<sup>4</sup>.

A notarial testament makes it rather highly probable that the dispositions reflected in its contents comply with the actual will of the testator. In addition, the presence of a lawyer is a guarantee for the testament to be prepared in line with the law, and prevents any defects in the testator’s declaration of the last will. Moreover, depositing the disposition at the notary’s office excludes the possibility of its concealing, counterfeiting or destroying by third parties<sup>5</sup>. The Polish Civil Code, as is the case with the German legislator, does not specify any formalities which a testament subject to analysis should comply with. The provision of § 2232, para. 1 of the German Civil Code only implies that a testament may be prepared as a notarial deed after the testator has handed to the notary their declaration of the last will and submitted a statement that such a declaration reflects their actual intentions. A document which does not have to be drafted by the hand of the testator, may be submitted to the notary open or closed (para. 2).

Formal requirements for a notarial testament in Poland may be formulated based on the provisions of the Notary Public Act<sup>6</sup>. Before collecting the testator’s statement, the notary has to verify their identity (art. 85 of the Notary Public Act). It is assumed that the documents used for this purpose are currently an ID card and a passport<sup>7</sup>. These exclude: service papers and the health insurance card<sup>8</sup>. As far as possible, the notary should also verify the testator’s legal capacity, and if any uncertainty occurs they should refrain from performing a notarial act (art. 86). The notary’s refusal to prepare a testament in question may constitute the basis for filing a complaint by the testator with a regional court competent for the notary’s registered office (art. 83)<sup>9</sup>. Pursuant to art. 94 § 1 of the Notary Public Act, when reading out the notarial deed the notary is obliged to make sure whether the testator understands the contents and significance of the deed<sup>10</sup>, and whether it

---

<sup>4</sup> G. Boreman Bird, *Sleight of Handwriting: The Holographic Will in California*, “The Hastings Law Journal” 1980–1981, vol. 32, p. 605.

<sup>5</sup> J. Ignaczewski, *Prawo spadkowe. Art. 922–1088 KC. Komentarz*, Warszawa 2004, pp. 131–132; E. Skowrońska-Bocian, *Forma testamentu...*, p. 102.

<sup>6</sup> Act of 14 February 1991 (consolidated text: Journal of Laws of 2002, no. 42, item 369 as amended).

<sup>7</sup> J. Turłukowski, *Sporządzenie testamentu w praktyce*, Warszawa 2009, pp. 66–67. C.f. M. Kolasinski, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń 2005, p. 81 et seq., and the ruling of the Supreme Court of 22.03.1995, III KRN 221/94, „Prokuratura i Prawo” 1995, no. 10, item 5.

<sup>8</sup> According to the ruling of the Supreme Court of 30.09.1985, V KRN 656/85, OSNPG 1986, no. 6, item 86.

<sup>9</sup> More in J. Turłukowski, op. cit., p. 63 et seq.

<sup>10</sup> See: Resolution of the Supreme Court of 19.07.2001, III CZP 36/01, OSNC 2002, no. 1, item 7.

corresponds to the testator's actual will<sup>11</sup>. Pursuant to § 2 of the article, all empty spaces in the notarial deed should be crossed out and all amendments described at the end of the document before affixing the signatures, or otherwise they are deemed null and void<sup>12</sup>.

To become valid, a notarial testament also has to be signed by the persons present during the act in question (art. 92 item 8 of the Notary Public Act). In addition, a notarial deed has to be signed by the notary (item 9 of the article). Lack of the notary's signature justifies the thesis on non-existence of an official document<sup>13</sup>. The relevant literature is very demanding as to the notary's signature. It is assumed that it has to comprise of at least the notary's surname<sup>14</sup>. However, some authors legitimately point out that if a given handwritten sign is known to be the signature of a specific person and makes it possible to confirm the person's identity without any doubt, no obstacles exist to consider it as a fully effective signature<sup>15</sup>. On this account, initialling the testament by the notary should also be deemed acceptable. J. Turłukowski makes an accurate remark that the possibility of signing a notarial deed by the notary in the manner referred to above is justified by the fact that their first name and surname as well as the place where their office is located, are mentioned in the prepared document. Moreover, if such a need arises, there are a number of other documents prepared by the notary which may perfectly serve for comparison purposes<sup>16</sup>.

The subjective limitations regarding the possibility to prepare a notarial testament are applicable to the notary themselves. They are not allowed to issue a deed whose dispositions refer directly to themselves, their spouse, relatives or relatives by affinity in the direct line without any degree limitations, and up to the third degree in the collateral line, persons related to the notary by adoption, custody or guardianship, as well as persons in a close relationship. This exclusion also applies to the deputy notary (art. 84 of the Notary Public Act)<sup>17</sup>. The violation of the discipline referred to above makes the act performed invalid *mortis causa*<sup>18</sup>. Although some representatives of the theory take the view that the invalidity of a given disposition depends on

---

<sup>11</sup> C.f. J. Dziwański, *Obowiązek wyjaśniająco-doradczy notariusza przy sporządzaniu testamentu notarialnego w przypadku z art. 961 kc (część pierwsza)*, NPN 2003, no. 2, p. 8 et seq. and S. Wójcik, *Rola notariusza w sprawach spadkowych (na przykładzie testamentu notarialnego)*, „Rejent” 1996, no. 4–5, p. 144 et seq.

<sup>12</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga IV. Spadki*, Warszawa 2005, pp. 103–104.

<sup>13</sup> According to J. Turłukowski, op. cit., p. 94.

<sup>14</sup> C.f. A. Oleszko, *Podpis własnoręczny jako element formalny aktu notarialnego obejmującego czynność prawną (część druga)*, „Rejent” 2001, no. 9, p. 80.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>16</sup> J. Turłukowski, op. cit., pp. 94–95.

<sup>17</sup> E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz...*, p. 104.

<sup>18</sup> C.f. J. Turłukowski, op. cit., pp. 85–88.

the type of a provision of the Notary Public Act which has been violated<sup>19</sup>, however in my opinion such a view is too liberal and might lead to law evasion. If the legislator has introduced special regulations regarding formal requirements for notarial deeds, they had a particular goal focused mainly on ensuring the maximum protection and reliability of a new legal situation. In addition, we cannot forget about the provision of art. 958 of the Civil Code, whose disposition in the scope described is exceptionally explicit and unambiguous. In the opinion of the Supreme Court, an invalid testament will also be “a testament prepared as a notarial deed, if the testator has failed to submit a declaration of will and only signed a document previously prepared by the notary and the devisee, after its reading<sup>20</sup>. The legitimacy of the position presented by the Supreme Court results from the wording of art. 45 § 1 item 5 of the Notary Public Act, according to which a testator should “declare” their last will to the notary.

It should be indicated by the way that pursuant to art. 5 of the Vienna Convention on Consular Relations ratified by Poland on 17 September 1981, in certain circumstances a consul may also act as a notary. However, in order to draw up notarial deeds they have to obtain a written authorisation from the Minister of Justice, issued at the request of the Minister of Foreign Affairs<sup>21</sup>.

A notarial testament is a disposition commonly used in civil-law relations in numerous countries. However, its form is not always as uniform as in the case of the Polish law.

Pursuant to the Italian succession system, the disposition being analysed occurs in two alternative forms: a public and confidential one (art. 601 of the Italian Civil Code). Pursuant to art. 603 of the normative act referred to, a public testament is prepared by way of a verbal statement of the testator made to the notary in the presence of two witnesses (four witnesses, if the testator is unable to read). The disposition is written down by the notary, read out to the testator and the witnesses, and then signed by the persons participating in the notarial act (art. 603 of the Italian Civil Code). A public testament has to indicate the place and date of its acceptance, and the time of signing the document. In the event of impossibility to sign the disposition by the testator or due to serious difficulties performing such an act, before reading out the deed the notary should describe the reason for the aforementioned nonfeasance<sup>22</sup>. A confidential testament, on the other hand, may

<sup>19</sup> According to F. Błahuta, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, p. 1873.

<sup>20</sup> The ruling of the Supreme Court of 30.06.1972, I CR 403/72, OSNC 1973, no. 3, item 49.

<sup>21</sup> See: art. 19 § 4 of the Act of 13.02.1984 on Functions of Consules of the Republic of Poland (consolidated text: Journal of Laws of 2002, no. 215, item 1823 as amended).

<sup>22</sup> C.f. G. Cian, A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile, Complemento giurisprudenziale*, 2005, pp. 571–572.



be drawn up both by the testator or by a third party. The capacity to prepare such a disposition excludes persons who cannot or are unable to read (art. 604 of the Code)<sup>23</sup>. A deed including confidential dispositions should be sealed in the manner preventing its opening or removal without breaking or forging the seal. A document secured in this way is handed by the testator to the notary in person, in the presence of two witnesses, together with a declaration of including the testator's final will *post mortem* (art. 605 of the Italian Civil Code)<sup>24</sup>. On the envelope including the confidential testament the notary confirms its receipt and delivery by the testator, as well as the seal impress and presence of the witnesses in performing all the acts referred to above. Such proof has to be signed by the testator, the notary and the witnesses. If a confidential testament fails to meet the afore-mentioned formal requirements, it may be converted into a valid holographic disposition (art. 607 of the Code). A confidential testament submitted to the notary is treated as a handwritten testament. That being so, it may be retrieved by the testator from the notary at any time. The latter prepares a relevant protocol which should be signed by the testator, two witnesses and the notary (art. 608)<sup>25</sup>.

On the other hand, the Dutch law provides for as many as three forms of testaments, with each of them requiring the presence of a notary and two witnesses. These include:

- 1) open testament (public) – drawn up by a notary based on the testator's declaration of their last will, signed by the testator and two witnesses;
- 2) holographic testament – written in the hand of the testator, and then deposited with the notary in the presence of two witnesses;
- 3) closed testament (secret) – does not have to be written by hand or signed by the testator, handed to a notary in the manner similar to a holographic testament<sup>26</sup>.

Based on the aforesaid, it turns out that each case of testation pursuant to the Dutch law requires mandatory presence of a notary, and without their presence a testator may only prepare a codicil appointing the executor to handle the funeral-related issues and execute endowments regarding the movables<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> See: G. P. Cirillo, V. Cufaro, F. Roselli, *Codice civile a cura di Pietro Rescigno. Le fonti del diritto italiano. I testi fondamentali commentati con la dottrina e annotati con la giurisprudenza*, t. I, libri I–IV, Milano 2006, pp. 788–790 and L. Ferroni, *Codice civile. Annotato con la giurisprudenza*, vol. I, libri I–IV, art. 1–2059, 2006, p. 744.

<sup>24</sup> More in G. Cian, A. Trabucchi, *op. cit.*, p. 573.

<sup>25</sup> C.f. G. P. Cirillo, V. Cufaro, F. Roselli, *op. cit.*, p. 792 and L. Ferroni, *op. cit.*, p. 746.

<sup>26</sup> As [in:] The Information of the Embassy of the Republic of Poland in Hague, regarding inheritance distribution in the Netherlands and Dutch regulations on statutory and testamentary succession, published at: <[http://www.haga.polemb.net/files/wk/info\\_spadki\\_pl.pdf](http://www.haga.polemb.net/files/wk/info_spadki_pl.pdf)>.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Without denying the legitimacy of introducing a uniform notarial testament in all the EU member states, the author would like to draw the readers' attention to a certain material flaw of a confidential testament. Until its opening, the document's contents remain in principle confidential. Taking account of the fact that the testament is opened after the testator's death<sup>28</sup> (when they cannot eliminate any potential omissions), almost each case of failure to meet the requirements regarding the holographic form of a disposition, except for the Dutch closed testament, will result in obligatory testament invalidity.

What is also negatively assessed is the solutions adopted in the Spanish law, which make the disposition validity dependent on the notary's acquaintance of the testator or confirming their identity by two witnesses known to the notary, or with the documents issued by public authorities whose task comprises of person identification (art. 685 of the Spanish Civil Code). Striking with excessive formalism, the indicated requirements limit the possibility of testation, and thus deserve disapproval. The situation is similar in the case of the French official testament which in order to be valid requires presence of as many as two notaries, or one notary and two witnesses (art. 969 of the French Civil Code)<sup>29</sup>.

To sum up the above considerations, in the author's opinion the smaller the number of types of notarial testaments allowed in a given country, the more dispositions drafted by a notary continue in full force and effect. Without denying the need for a more extensive discussion on the analysed subject matter, the author would like to express his disapproval for confidential forms of notarial testaments. The presence of a lawyer in preparing a testament should by definition guarantee the validity of each disposition *mortis causa*. In the case of confidential (closed) forms of the testament, meeting of this requirement is practically impossible, due to the notary's minor knowledge or mostly lack of knowledge of the contents of a deposited sealed envelope.

## Streszczenie

### *Testament notarialny w Europie*

Słowa kluczowe: testament notarialny, testament zwykły, testament specjalny, spadkodawca.

Przedmiotem rozważań przedstawionych w tym artykule jest testament notarialny. Szczególną uwagę poświęcono polskiemu testamentowi notarialnemu. Zwrócono także uwagę na rozwiązania prawne funkcjonujące w wybranych krajach europejskich.

---

<sup>28</sup> C.f. art. 621 in connection with art. 622 of the Italian Civil Code and G. Cian, A. Trabucchi, op. cit., p. 576.

<sup>29</sup> More: G. Wiedegkehr, X. Henry, A. Tisserand, G. Venandet, F. Jacob, *Code Civil, Cent-Troisieme Edition*, Dalloz 2004, p. 827.

**Tereza Skarková**

Department of Constitutional and Public International Law  
Palacký University in Olomouc

## **Affirmative action in the United States versus positive action in the European Union – comparative analysis\***

### **Defining affirmative/ positive action on the basis of the model of equality applied**

The concept of affirmative/ positive action is without question a very controversial issue, which can be evidenced by persistent debates as to its merits both in legal and political circles. It is widely known that affirmative action originated in the United States in a reaction to the deep racial divisions caused by the centuries of systemic discrimination of Black Americans. Therefore the response to such structurally ingrained racial discrimination had to be adequately strong, as it was clear that the situation can be ameliorated only through bold, systemic measures<sup>1</sup>. However, not surprisingly, affirmative action plans became immediately confronted with the principles of equal treatment and non-discrimination, therefore it did not take long before they appeared in front of the Supreme Court of the United States.

But before I turn to the concept of affirmative/positive action or legal grounds and case-law relating to this area, I consider it useful to point out that the perception of this concept differs significantly depending on what approach to equality we take. There are several ways how to differentiate between the models of equality, but for the purposes of this article I will follow the structure used by Olivier De Schutter<sup>2</sup>. Firstly, we can distinguish the concept of formal equality, which basically amounts to a right not to be discriminated against. However, equal treatment by definition does not im-

---

\* This article was created as a part of university student project “Anti-discrimination law and the margin of appreciation doctrine” (PF\_2011\_002).

<sup>1</sup> M.A. Drumbl, J.D.R. Craig, *Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)*, “Review of Constitutional Studies” 1997, no. 1(4), p. 86–87.

pose an obligation to ensure a proportionate representation of the different segments of the population. Secondly, the prohibition of discrimination may extend to a model of equality which involves the prohibition of disparate impact discrimination (also known as indirect discrimination). In this case, measures which disproportionately and negatively impact on already under-represented groups should be revised, unless they are found to pursue a legitimate aim by appropriate and necessary means. Only then we arrive to a third model, that of affirmative equality, whose aim is to improve the representation of certain groups in the areas or at the levels where they are underrepresented. Only under this model we go beyond the situation where discriminatory rules, policies or practices are “merely” outlawed, and moreover seek a fair share of social goods among the diverse groups composing society<sup>3</sup>.

This distinction is closely connected with the aim of the respective body of law. It needs to be answered whether it mainly seeks to protect all individuals from being discriminated against, or whether it rather seeks to ensure an equal representation of the diverse social groups in different sectors of society, which may finally lead to a roughly equal distribution of all social goods among those groups<sup>4</sup>. In other words, there is an alternative between formal and substantive equality. Moreover, with regard to employment, for instance, choice has to be made also between insisting on equal treatment in the recruitment process, so that the chances of all are equal (equality of opportunities) and insisting on equal treatment in the allocation of jobs, so that all groups are roughly represented in each sector (equality of results)<sup>5</sup>. Last but not least, the above mentioned models of equality differ in the visibility or invisibility of the “suspect” characteristics of individuals, which may give rise to discriminatory treatment. According to De Schutter, the choice to take these traits into account may be justified by the desire to move from a negative approach to equality to a positive approach. The negative approach is to be understood as a prohibition to commit acts of discrimination, whereas the positive approach should be seen as an obligation to affirmatively promote equality, which can be done in various forms through different measures<sup>6</sup>.

Defining affirmative/positive action itself is not easy, especially taking into account that even in the United States, i.e. the cradle of the concept, there exists no uniform definition of affirmative action. However, through

---

<sup>2</sup> O. De Schutter, *Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law*, “Northern Ireland Legal Quarterly” 2006, no 1(57).

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 2–3.

almost forty years of actions by the Congress, the courts, and numerous presidents, it has generally come to be understood as “voluntary and mandatory efforts undertaken by the federal, state, and local governments, private employers, and schools to combat discrimination and to promote equal opportunity in education and employment for all”<sup>7</sup>. Or in other words, it can be said that in the United States the term affirmative action designates “a special kind of antidiscrimination policies, which involves preferential treatment of persons belonging to disadvantaged groups or women in hiring, admissions to universities or government contracting”<sup>8</sup>.

Likewise, the European Union also does not have one official definition of positive action, however it can be derived e.g. from the original Equal Treatment Directive<sup>9</sup> that “the concept of positive action embraces all measures which aim to counter the effects of past discrimination, to eliminate existing discrimination and to promote equality of opportunity”<sup>10</sup>. Alternatively, the term positive action defines “proportionate measures undertaken with the purpose of achieving full and effective equality in practice for members of groups that are socially or economically disadvantaged, or otherwise face the consequences of past or present discrimination or disadvantage”<sup>11</sup>.

Furthermore, positive action comes in many forms. From the legal point of view, a main distinction lies between forms of positive action which do not pose a risk of discrimination against the members of the group which the action does not benefit, and the forms which do create such a risk<sup>12</sup>. In general, the term positive action includes programs designed to counteract the effects of past discrimination and to ensure equal opportunities, such as recruitment policies which ensure that job advertisements reach potential ethnic minority candidates (e.g. advertising in mother-tongue publications of particular minority groups)<sup>13</sup>. According to De Schutter, “such measures,

---

<sup>7</sup> L. Jennings, *Comparison of Affirmative Action in the European Union and United States*, “Multiculturalism Paper” May 2005, p. 1, at <<http://www.tolerance.cz/courses/multiculturalism/essays/laureen.doc>>.

<sup>8</sup> J. Ringelheim, *Diversity and Equality: An Ambiguous Relationship. Reflections on the US Case Law on Affirmative Action in Higher Education*, “European Diversity and Autonomy Papers” 2006, no 4, p. 2, at <[http://www.eurac.edu/en/research/institutes/imr/activities/Bookseries/edap/Documents/2006\\_edap04.pdf](http://www.eurac.edu/en/research/institutes/imr/activities/Bookseries/edap/Documents/2006_edap04.pdf)>.

<sup>9</sup> Council Directive 76/207/EEC of 9.02.1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

<sup>10</sup> L. Jennings, op. cit., p. 1.

<sup>11</sup> European Commission, *International Perspectives on Positive Action Measures – A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa*, 2009, p. 6, at <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=180&furtherPubs=yes>>.

<sup>12</sup> O. De Schutter, op. cit., p. 33.

<sup>13</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35 – Positive Action*, 2008, p. 5, at <<http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/FS35%20-%20Positive%20action.pdf>>.

although they demonstrate a willingness to go beyond a non-discrimination policy in order to achieve a better balance within the workforce, are not forms of »preferential treatment« which may be construed as a derogation from the requirement of formal equality<sup>14</sup>. However, the practice of quotas or set-asides, whether rigid<sup>15</sup> or flexible<sup>16</sup>, or taking into account group membership as part of diversity plans by setting certain targets to be achieved, may be seen as constituting such a derogation<sup>17</sup>. It is this most controversial method used which became equated with the term “affirmative action”, more commonly used in the United States, and which evokes rather negative connotations (“reverse” or “positive” discrimination). Nevertheless, as well as positive action in the European Union, affirmative action in the United States utilizes a range of methods and is not limited to quotas<sup>18</sup>.

Indeed, the objective pursued under the model of affirmative equality may be inconsistent with the objective of non-discrimination. That is because affirmative equality takes into account cases where the application of neutral rules or procedures does not fulfill the objective of ensuring a fair distribution of social goods among different groups of the population. Then the full realization of equality requires further steps, which may imply treating differently individuals due to their membership in certain groups defined by “suspect” characteristics they present<sup>19</sup>. Critics of this concept, as for instance American scholar Morris Abram, argue that it is a mistake to abandon the merit principle in favor of a system which allocates social goods according to personal characteristics such as race. In Abram’s view, the laws simply cannot be interpreted to support both color-blindness for some citizens and color-consciousness for others as the two approaches are mutually exclusive<sup>20</sup>. On the contrary, other authors argue that equal treatment of those with differential levels of advantage can cement and reinforce inequality. Therefore they consider it necessary that the conceptual understanding of equality and non-discrimination moves to recognize structural or institutional forms of discrimination, which are usually not covered by traditional prohibitions and require more proactive tools including positive action<sup>21</sup>.

Affirmative/ positive action is especially brought into the discussion because of the fact that it can place the burden on the State, rather than the

<sup>14</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 33.

<sup>15</sup> The reservation of a specified percentage of places to the members of underrepresented groups.

<sup>16</sup> Preferential treatment of a candidate belonging to the under-represented category where the competing candidates are equally qualified.

<sup>17</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 33.

<sup>18</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*, p. 5.

<sup>19</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 4.

<sup>20</sup> M.A. Drumbl, J.D.R. Craig, *op. cit.*, pp. 86–87.

<sup>21</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*, p. 2.

individual to take a proactive approach and prevent discrimination (“forward-looking” rationale)<sup>22</sup>. Under this model affirmative action serves as a tool to promote diversity or proportionate representation, both in sectors and at levels where it is suitable that all the sub-groups of the community are fairly represented. This rationale is currently followed e.g. by the U.S. Supreme Court. However, with regard to its (in)compatibility with the requirements of the principle of equal treatment affirmative action policies may be introduced in another two ways. “Backward-looking” rationale considers affirmative action to be a compensatory measure, which is designed to overcome the legacy of some past discrimination. An example of this approach includes e.g. the original concept of American affirmative action which reacted to the legacy of slavery. The last rationale focuses on the present and takes into account (un)conscious prejudice or stereotypes which work to the disadvantage of the members of a certain group<sup>23</sup>. Recent judgments of the European Court of Justice<sup>24</sup> show that it is predominantly this model which is used within the EU to establish “equality in fact”.

Last but not least, perception of affirmative action either as a means to achieve equal treatment, which complements the requirement of formal equality as non-discrimination, or as a mere derogation to that principle further relates to the level of scrutiny applied in particular cases. However, whether a strict or a looser form of scrutiny will be used may also depend on the more or less suspect character of the trait on which the affirmative action policy is based. Therefore race or ethnic origin may be considered highly suspect criteria while sex may be considered less suspect<sup>25</sup>. The same applies to the area of application of the affirmative action measures (e.g. public or private employment). The respective legislation or courts may naturally take different standpoints regarding this issue, which will be addressed in subsequent parts.

### **Legal basis for affirmative action in the U.S. and related Supreme Court case-law**

As it was already mentioned above, affirmative action originated in the United States in the era of the Civil Rights Movement. The first affirmative action program was introduced by President John F. Kennedy in 1961. Executive Order 10925 required certain federal contractors to take “affirmative action” in order to ensure that individuals were not discriminated against

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, pp. 33–34.

<sup>24</sup> This abbreviation of the current name Court of Justice of the European Union will be used in the text, together with others (ECJ or the Court).

with regard to race, creed, color, or national origin. This action was followed four years later by President Lyndon B. Johnson, whose Executive Order 11246 required federal contractors with contracts of \$ 50,000 or more to initiate affirmative action programs in order to recruit and hire minority employees<sup>26</sup>. In 1967 President Johnson expanded the Executive Order which from then on included also affirmative action requirements to benefit women<sup>27</sup>.

Since these beginnings the legal system of the United States has grown to contain a wide variety of affirmative action provisions not only at federal, but also at state and local level. Further, distinction has to be made between the involuntary or court-ordered affirmative action plans and the voluntary ones as they are subject to similar but different criteria. Also the level of scrutiny required by the courts differs based on whether the affirmative action plans are applied in the public or private sector (strict versus intermediate scrutiny). Similarly, private entities are “merely” subject to statutory restrictions (e.g. 1964 Civil Rights Act), while public entities fall also under the scope of the Fourteenth Amendment of the U.S. Constitution (Equal Protection Clause). The major role in the development of the affirmative action can be without a doubt ascribed to the courts, especially to the U.S. Supreme Court, even though many doubts and uncertainties regarding the limits of the affirmative action programs still remain<sup>28</sup>. I will now introduce the relevant case-law of the Court relating to specific areas and summarize the current development of the affirmative action in the United States.

In the United States, affirmative action became a widely debated issue especially with regard to some forms of so called “benign discrimination” in university admissions. The field of university admissions firstly involves the general constitutional scrutiny under the Equal Protection Clause, which reads that “no State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. And secondly, it involves Title VI of the 1964 Civil Rights Act, which prohibits discrimination on the basis of race, color and national origin in programs and activities receiving federal assistance<sup>29</sup>.

There are two major Supreme Court decisions relating to this area. In *Bakke*<sup>30</sup> (1978) the Court rejected an admissions procedure that reserved a quota of seats in each entering class for disadvantaged minority students. This 5–4 decision has been widely debated for decades nevertheless it has

<sup>25</sup> O. De Schutter, op. cit., p. 34.

<sup>26</sup> M.A. Drumbl, J.D.R. Craig, op. cit., pp. 86–87.

<sup>27</sup> M. Sykes, *The Origins of Affirmative Action*, “National NOW Times” 1995, at <<http://www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.html>>.

<sup>28</sup> M. De Vos, *Beyond Formal Equality – Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2007, p. 62, at <<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1679&langId=en>>.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.



eventually become to be believed that the Supreme Court chose to submit any racial or ethnic classification, regardless of its “benign” purpose, to strict scrutiny. Under this level of scrutiny only those affirmative action programs that correspond to a “compelling governmental interest” and whose measures are “narrowly tailored” to further that interest are allowed<sup>31</sup>. However, in *Bakke* Justice Powell held that even though there generally exists the right of universities “to select those students who will contribute the most to the »robust exchange of ideas«” (a diverse student body), which constitutes a countervailing constitutional interest, the program established in this case was not a necessary means to that end<sup>32</sup>.

After decades of uncertainty in academia and the courts about the diversity argument and the level of scrutiny applied, the Supreme Court maintained the ruling in *Bakke* and further clarified it in the cases of *Grutter*<sup>33</sup> and *Gratz*<sup>34</sup> in 2003. The Court faced the issue in which it had to decide to what extent could the University of Michigan Law School constitutionally use race to ensure a “critical mass” of underrepresented minority students. Initially, the Court subjected both cases to strict scrutiny and distinguished the school’s plan from actual quotas. Further it held that in higher education diversity presents a compelling interest and that in order to achieve the educational benefits that flow from a diverse student body race can be used as one of a number of factors. The Court also held the required compelling interest is not limited to the correction of prior discrimination by the same institution<sup>35</sup>.

The present stance of the U.S. Supreme Court is, therefore, that diversity does constitute a compelling state interest justifying race-conscious admission programs in higher education institutions<sup>36</sup>. To summarize the means that are regarded as narrowly tailored in this field of application of the affirmative action programs, it is clear that first, racial quotas are by definition unconstitutional. Second, admissions or transfer policies that assign a fixed number of points based solely on race are conclusively unconstitutional. And third, multiple-tier admissions or transfer policies based on race are presumptively unconstitutional. However, “beyond these rather rudimentary points of law, the field remains wide open”<sup>37</sup>.

Another field where affirmative action plans can be applied is private sector employment. The essential federal statute governing the area of employment discrimination is Title VII of the 1964 Civil Rights Act. According

---

<sup>31</sup> M. De Vos, op. cit., p. 62.

<sup>32</sup> J. Ringelheim, op. cit.

<sup>33</sup> *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 2003.

<sup>34</sup> *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 2003.

<sup>35</sup> M. De Vos, op. cit., pp. 62–63.

<sup>36</sup> J. Ringelheim, op. cit., p. 5.

<sup>37</sup> M. De Vos, op. cit., p. 63.

to its provisions, it is i.a. unlawful “to discriminate against any individual [...] because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin”. Based on both phraseology and drafting history of this piece of legislature, neutrality from the employer, so called “color-blindness”, is required under Title VII. Nevertheless, starting with *Weber*<sup>38</sup> (1979), the Supreme Court admitted that Title VII’s prohibition of racial discrimination does not condemn all private, voluntary, race-conscious action plans<sup>39</sup>.

Moreover, the level of scrutiny required by the Courts in cases of such plans is only of an intermediary nature. That essentially means that racial classification that serves an “important governmental interest” with “substantially related” measures is condoned by the Court. Furthermore, the Court held in *Johnson v. Transportation Agency*<sup>40</sup> (1987) that an employer need not point to his own prior discriminatory practices, but only to a “conspicuous imbalance in traditionally segregated job categories”. In this sphere of application it is believed that the essential purpose of affirmative action is to break down old patterns of segregation and hierarchy. Nevertheless, affirmative action should not “unnecessarily trammel the interests of the white employees” (*Weber*). Therefore the absence of an absolute bar or rigid quotas, eventually the temporary duration of affirmative action or its periodic review are elements taken into account by the courts in their decision making process<sup>41</sup>.

With regard to the provisions pointing towards neutrality and the fact that there is no provision endorsing positive action, the flexibility of the American courts towards affirmative action is, according to De Vos, quite remarkable. Especially since the Weber test was eventually extended beyond the historical issue of race, for example in gender cases. However, it should be reminded that the Weber test applies only to voluntary affirmative action plans in private sector employment. As it was already mentioned the scope for court ordered affirmative action is much narrower and the Equal Protection Clause imposes stricter scrutiny for affirmative action in public sector employment<sup>42</sup>. This is of course in line with the general strict scrutiny applicable to government affirmative action, which will be discussed in subsequent section.

The field of government programs is the last area in which affirmative action programs are used in the United States. After hesitations in several Supreme Court decisions, it is now clear that all affirmative action plans which are enacted through government, irrespective of its level (local, state

---

<sup>38</sup> *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 1979.

<sup>39</sup> M. De Vos, op. cit., p. 63.

<sup>40</sup> *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County, California*, 480 U.S. 616, 1987.

<sup>41</sup> M. De Vos, op. cit., p. 63.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

or federal) and the position in which it functions (as a contractor, regulator or public employer), are subjected to strict scrutiny whenever they entail some form of “benign discrimination”, especially race bias. Therefore, as in the case of university admissions, a compelling government interest to which the disputed affirmative action must be narrowly tailored is required<sup>43</sup>.

However, there is a difference in respect of the conditions under which the common standard of scrutiny is met. In case of affirmative action in university admissions, the scrutiny generally recognizes the unique role played by universities in fostering the free exchange of ideas and accepts the so called diversity argument. On the other hand, affirmative action by government will have to be narrowly tailored to the realities of the specific government program, which e.g. entails express findings of past or persisting government or social discrimination in the field for which the affirmative action is designed. Therefore it is not clear whether the purpose of diversity can be considered sufficient to constitute a compelling interest also in case of government affirmative action<sup>44</sup>.

### **Legal basis for positive action in the European Union and related ECJ case-law**

As was already mentioned above, within the European Union the term most frequently used to describe measures designed to compensate for present and past disadvantages caused by discrimination is positive action. Even though the term itself does not appear in any of the EU legally binding documents<sup>45</sup>, it is clear that the EU decided to take more pro-active approach to equality as the ultimate goal of positive action measures is now to achieve full equality in practice (see e.g. Article 157 (4) TFEU, former Article 141(4) TEC)<sup>46</sup>. However first mention of this concept can be found in the Equal Treatment Directive from 1976<sup>47</sup>, which stated in Article 2 (4) that the Directive “shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities”. Since then the EU anti-discrimination goals could be achieved also by positive action, which operates as derogation from the principle of equality.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 63–64.

<sup>45</sup> However, the term was used e.g. in Council Recommendation 84/635/EEC of 13.12.1984 on the promotion of positive action for women.

<sup>46</sup> European Roma Information Office, *Positive Action – Guide book for Roma Activists*, 2008, p. 9, at <<http://www.erionet.org/site/basic100139.html>>.

<sup>47</sup> Council Directive 76/207/EEC of 9.02.1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions.

Originally, the European Community had powers to act only in relation to sex equality and nationality discrimination. However since 1997, with the adoption of Article 13 of the Treaty of Amsterdam (now Article 19 TFEU), it can further operate in the field of discrimination on the grounds of sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. After the Treaty of Amsterdam came into force in 1999, several directives that include positive action provisions have been enacted in the area of anti-discrimination. Among these are the Racial Equality Directive<sup>48</sup> and the Employment Equality Directive<sup>49</sup>, both from 2000, the recast Equal Treatment Directive<sup>50</sup> (2006) and the 2004 Directive implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services<sup>51</sup>. Provisions which relate to positive action generally provide that “with a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to [a protected ground]”<sup>52</sup>. Despite the new prohibited grounds of discrimination the case-law of the European Court of Justice on the question of positive action has so far arisen only in the context of equal treatment between men and women. Still, as it will be shown below, the case-law is not fully consistent<sup>53</sup>.

The above mentioned Directives’ provisions essentially copy Article 157 (4) TFEU (former Article 141(4) TEC), which is currently the only Treaty provision which covers the area of positive action measures. It provides that “with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers”. Even though these provisions only encourage, but do not require Member States to take positive action measures, they allow more room for their application than Article 2 (4) of the original Equal Treatment Directive. Nevertheless, not even Article 157 (4) TFEU (former Article 141(4) TEC) has yet been used by the ECJ to widen that scope<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> Council Directive 2000/43/EC of 29.06.2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

<sup>49</sup> Council Directive 2000/78/EC of 27.11.2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

<sup>50</sup> Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5.07.2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

<sup>51</sup> Council Directive 2004/113/EC of 13.12.2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

<sup>52</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*, p. 6.

<sup>53</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 35.

<sup>54</sup> M. De Vos, *op. cit.*, p. 68.

First judgment on the issue of positive action with regard to the principle of equal treatment for men and women was delivered by the European Court of Justice in 1995. The *Kalanke*<sup>55</sup> case dealt with Bremen law provision which stated that women who have the same qualifications as men applying for the same post are to be given priority in sectors where they are underrepresented, both in case of appointment and promotion. However, the ECJ came to the conclusion that such automatic preference goes beyond promoting equal opportunities and oversteps the limits of the exception in Article 2 (4) of the Equal Treatment Directive. It further stated that because the Bremen law sought to achieve equal representation of men and women in all grades and levels within a department, it substituted the equality of opportunity by the equality of results, which is not covered by the scope of this article<sup>56</sup>.

Two years later, the Court distinguished *Kalanke* in its second positive action case, *Marshall*<sup>57</sup>. The basis for this was a “savings clause” (in German “Öffnungsklausel”), which formed a part of the challenged provision and which provided that women are to be given priority in promotion unless specific individual circumstances do not tilt the balance in a male candidate’s favor. Conditions that had to be otherwise met included the fact that there are fewer women than men in the particular higher grade post and that they are of equal suitability, competence and professional performance<sup>58</sup>. Findings from these two judgments were confirmed by the Court in the 2000 case of *Badeck and others*<sup>59</sup>. However, the Court added several specifications to the criteria. Absolute preference is therefore not considered discriminatory when it is based on an “actual fact” such as the proportion of men and women among persons with certain qualification. Also when the preferential treatment of women regards the access to certain opportunities (e.g. vocational training, calls to job interviews), it will be considered with less severity, i.e. even when absolute, such preferential treatment will not amount to prohibited discrimination<sup>60</sup>.

Nevertheless, positive action that might equal to some form of reverse or positive discrimination is still regarded as an exception to the principle of formal equality in sex discrimination law. The scope of this exception has been established by the European Court of Justice through its standard test of proportionality. Nowadays, the following guidelines can be drawn from the

---

<sup>55</sup> Case C-450/93, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* [1995] ECR I-3051.

<sup>56</sup> O. De Schutter, op. cit., pp. 35–36.

<sup>57</sup> Case C-409/95, *Marshall v Land Nordrhein-Westfalen*, 1997, ECR I-6363.

<sup>58</sup> This has been further confirmed e.g. in *Abrahamsson*, Case C-407/98, *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist*, 2000, ECR I-5539.

<sup>59</sup> Case C-158/97, *Badeck and others*, 2000, ECR I-1875.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 44.

existing ECJ case-law. First, any preferential treatment should serve a legitimate aim and present a measure that is appropriate and necessary in order to achieve that aim. Second, measures including group characteristics that result in individual positive discrimination may be justified if they have the correct aim, which makes the requirement for individual harm redundant. Third, positive action measures should rely on objective and transparent criteria and objectively serve the stated aim. Last, as was already stated above, selection is not proportional when the preferential treatment is automatic and unconditional and does not objectively assess all personal circumstances of all the candidates<sup>61</sup>.

Indeed, the required legitimate aim may vary with regard to the context and the groups concerned. As far as the employment of women is concerned, the aim should be “to eliminate and correct the causes of reduced opportunities of access to employment and careers and to improve the ability of the underrepresented sex to compete on the labor market and pursue a career on an equal footing, thus remedying a proven imbalance between the sexes”<sup>62</sup>. However, it is not clear from the Court’s case-law what level of imbalance is required to justify preferential treatment or if and how the effectiveness and cost/benefit impact of such treatment should be assessed<sup>63</sup>. Moreover, the ECJ has not yet considered the whole range of possible positive action measures<sup>64</sup> or the case when the Member States would be required to adopt such measures in order to implement the principle of equal treatment<sup>65</sup>.

### **Concluding remarks on affirmative/positive action in the U.S. and in the EU**

In comparing affirmative/positive action in the United States and in the European Union, it becomes apparent that even though the genesis of affirmative action occurred in the U.S., this is also where its implementation has stirred the most controversy<sup>66</sup>. Since the affirmative action is not expressly covered either by the constitution or, to a great extent, by statutory law, it is therefore highly scrutinized, especially in the public sector and government contracting. In contrast, the issue with positive action in the EU is not whether it actually is allowed under the concept of formal equality at all but

---

<sup>61</sup> M. De Vos, *op. cit.*, p. 68.

<sup>62</sup> *Ibidem.*

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*

<sup>65</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 46.

<sup>66</sup> M.A. Drumbl, J.D.R. Craig, *op. cit.*, p. 108.

rather what kinds of positive action measures fall within the scope of respective EU law provisions. On the other hand, distinction between equality of opportunities and equality of results as known in the sphere of the EU law has not developed in the American jurisprudence. Therefore permissible affirmative action in the United States can be as well broader than in the European Union, because programs conferring actual jobs or contracts on members of disadvantaged groups are allowed in the U.S. as remedial measures<sup>67</sup>.

In the United States, case-law developed by the Supreme Court in the area of affirmative action relates almost exclusively to one prohibited ground of discrimination and that is race. Except in case of private employment the scrutiny required by the Court with regard to affirmative action programs is strict, therefore only the measures that correspond to a compelling state interest and that are narrowly tailored to that end meet this requirement. However, the compelling state interest criteria are not always easy to satisfy. For instance, in case of university admissions the only argument that is currently accepted by the Supreme Court is the diversity argument. Other justifications for affirmative action measures in this area, i.a. remedying the effects of past social discrimination, ensuring distributive justice for certain disadvantaged groups in the present (*Bakke*), or providing role models for members of disadvantaged minorities (*Wygant v. Jackson Board of Education*<sup>68</sup>), were progressively invalidated by the Supreme Court<sup>69</sup>. In this sense the U.S. affirmative action concept is narrower as the ECJ appears to prefer a deferential approach to affirmative action programs that promote equality of opportunity<sup>70</sup>.

The European Court of Justice developed its case-law on positive action solely in the area of equal treatment between men and women, especially with regard to Article 2 (4) of the original Equal Treatment Directive. Therefore positive action measures designed to level the playing field for women in the area of employment, specifically in hiring or promotion opportunities were the measures most frequently subjected to the ECJ proportionality test. In consequence, typical example from this area would present a positive action plan which aims to increase the number of women in the company's senior management team. First it would have to be objectively shown that there is a low number of women in the team, second that the measure chosen will actually lead to a higher number of women, and finally that the measure is proportionate to that aim and that it does not involve absolute or automatic preferences<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>68</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267, 1986.

<sup>69</sup> J. Ringelheim, *op. cit.*, p. 5.

<sup>70</sup> M.A. Drumbl, J.D.R. Craig, *op. cit.*, p. 113.

<sup>71</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*, p. 7.

However, the extent to which the approach taken in the field of gender may or will be applied to the other grounds of discrimination remains uncertain. Some views suggest that “the state of the law delineating the scope for positive action in gender can and should [...] serve as a point of departure for interpreting the positive action provisions in the Race and Framework Directives”<sup>72</sup>. On the other hand, it can as well be assumed that the increase in protected grounds and in material scope of the EU equality law will lead to more and various acceptable aims for positive action, i.e. that the flexible nature of the proportionality test will produce more leniency towards positive action in the future judgments of the ECJ<sup>73</sup>. Some point to the existence of quotas for disabled people in many European countries and also to the fact that preferential treatment is less controversial when there is strong evidence of severe inequality (compare e.g. the legacy of racial segregation in the U.S. with the entrenched inequalities faced by the Roma in Europe today)<sup>74</sup>. Alternatively, with regard to the fact that positive action is required under international human rights law related to racial discrimination and minority rights, “it may even be easier to justify certain affirmative action measures benefiting racial or ethnic minorities than it has been to justify similar measures adopted in order to promote the professional integration of women”<sup>75</sup>.

Moreover, it has yet to be shown whether the case-law developed by the ECJ in the field of employment may or will be applied also to other domains, e.g. in the access to and supply of goods and services<sup>76</sup>. However, as De Schutter points out, the use of positive action measures that may be acceptable in a particular sphere may nevertheless be excluded in another sphere because of the need to ensure the allocation of another scarce social good. Therefore, for instance, a positive action plan acceptable at the recruitment stage could be less acceptable in the layoff procedures (see e.g. the U.S. case *Wygant v. Jackson Board of Education*). It follows that it is extremely difficult to establish admissibility criteria of affirmative/positive action that can claim general validity. That is true not only with regard to different level of scrutiny based on the prohibited ground of discrimination in question, but also with regard to different criteria applied in particular sphere (e.g. employment or education). Moreover, general criteria would be all the more difficult to identify in the situations where social goods are often distributed according to a combination of criteria (e.g. in the allocation of scholarships or social housing)<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> M. De Vos, *op. cit.*, p. 68.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> European Network Against Racism, *Fact Sheet 35...*, p. 7–8.

<sup>75</sup> O. De Schutter, *op. cit.*, p. 48–49.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 50–51.



In respect of the future development of the U.S. Supreme Court case-law, both professionals and laymen impatiently await further judgments as some States have passed laws or constitutional amendments banning affirmative action within their respective territories in almost every field (e.g. California, Washington, Florida or Michigan). It will be especially interesting with regard to the university admissions in Michigan as the law was passed in 2006, i.e. after the widely known *Grutter* and *Gratz* decisions. On the other hand, many propose that the U.S. affirmative action should return to its simpler roots. However whether this will exclude application of affirmative action in “new” spheres or “new” prohibited grounds of discrimination or whether the Court will take a different, more pro-active standpoint, remains an open question.

In case of the European Court of Justice we await whether it will continue to accept positive action measures only in situations where “actual inequalities” are shown to exist, or whether it will redefine the criteria which are usually relied upon in order to allocate social goods, depending on the nature of these goods. Because as De Schutter suggests, “just like »qualifications« may be redefined to take into account the experience which may have been acquired by looking after children [...] or the specific »female life experience«, they may be rethought in order to take into account the specific value, both in private business and in the public sector, of including more minorities, in order to be more responsive to the needs of the clients or of the public”<sup>78</sup>. However, major shift from equality of opportunities to equality of results is probably more than can be expected.

## Streszczenie

### ***Akcja afirmatywna w Stanach Zjednoczonych kontra pozytywne działania w Unii Europejskiej – analiza porównawcza***

Słowa kluczowe: akcja afirmatywna, równe traktowanie, dyskryminacja, równe traktowanie.

Koncepcja akcji afirmatywnej powstała w 1961 r., aby promować równe prawa mniejszości w wielu dziedzinach, szczególnie zatrudnienia i edukacji. Podstawę do tych działań można znaleźć m.in. w amerykańskiej ustawie o prawach obywatelskich z 1964 r., jednak ich zakres został określony głównie przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. W Unii Europejskiej termin „pozytywne działania” pojawia się przy definiowaniu środków proporcjonalnych, podjętych w celu osiągnięcia pełnej i rzeczywistej równości grup, które są społecznie i ekonomicznie upośledzone. Podczas gdy większość pozytyw-

---

<sup>78</sup> Ibidem, p. 54.

ných planów działania w Stanach Zjednoczonych wiąże się z prawami mniejszości rasowych, pozytywne działania w Unii Europejskiej przede wszystkim odnoszą się do równych praw kobiet. Zarówno w Ameryce, jak i Europie działania pozytywne/ potwierdzające należą do tematów dyskusyjnych. Autorka artykułu podjęła próbę porównania pozytywnych działań w USA i UE, zwłaszcza w odniesieniu do orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

**Jacek Sobczak**

Wydział Prawa

Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej

**Ksenia Kakareko**

Wydział Nauk Politycznych i Dziennikarstwa

Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu

## Prezydent w systemie politycznym Białorusi

Wprowadzenie urzędu Prezydenta do systemu politycznego Białorusi musiało zostać poprzedzone zmianami przepisów Konstytucji<sup>1</sup> w części dotyczącej składu i kompetencji Rady Najwyższej oraz uprawnień Prezydenta w przypadku jego wprowadzenia. Wywołało to poważne spory w toku prac Rady Najwyższej<sup>2</sup>. Pragnąc położyć im kres, zastosowano niespotykaną formę głosowania<sup>3</sup>. Wyniki głosowania przyspieszyły dalszy bieg wypadków.

<sup>1</sup> Konstytucja Białorusi uchwalona została formalnie 15 marca 1994 r. i weszła w życie 30 marca tegoż roku. Prace nad jej treścią trwały blisko cztery lata i do chwili jej uchwalenia obowiązywała wielokrotnie nowelizowana i uzupełniana Konstytucja z 1978 r. W toku prac zasadniczym problemem stała się zasada podziału władz, a ściślej – kwestia modelu ustrojowego państwa (republiką parlamentarną czy prezydencką). Utrudnieniem był fakt, że Białoruś w odróżnieniu od Litwy, Łotwy i Estonii, a nawet Ukrainy nie miała w XX wieku własnych doświadczeń ustrojowych i konstytucyjnych, co nie znaczy, że nie podejmowano prób określenia zasad ustrojowych. Poważne spory wywoływała instytucja prezydenta, sposób jego powoływania, możliwości odwoływania, zakres kompetencji oraz relacje między nim a władzą ustawodawczą i rządem. Projekty Konstytucji były przedmiotem wielu debat w Radzie Najwyższej, przy czym wielokrotnie odsyłano je ponownie do Komisji. W efekcie trzy najbardziej sporne rozdziały projektu poddane zostały pod głosowanie imienne i indywidualne z pominięciem dyskusji plenarnej. Głosowanie to odbyło się w dniach 1–15 marca 1994 r.

<sup>2</sup> W dyskusji spierano się, czy prezydent ma pełnić jedynie funkcje reprezentacyjne, czy też powinien być naczelnym organem władzy wykonawczej. Za pierwszą z tych koncepcji opowiadał się S. Szuszkiewicz, który uznał, że brak jeszcze warunków ku temu, by losy kraju powierzać tylko jednej osobie. Zwolennikiem drugiej był wyraźnie premier W. Kiebiecz, dążący do objęcia funkcji prezydenta. Zob. J. Zieliński, *Rząd Republiki Białorusi*, [w:] E. Zieliński, J. Zieliński, *Rządy w państwach Europy*, t. 3, Warszawa 2006, s. 27.

<sup>3</sup> W dniu 24 lutego 1994 r. rozdano deputowanym imienne karty do głosowania, na których mieli wypowiedzieć się w kwestii trzech spornych rozdziałów Konstytucji. Karty te mogli oni zabrać do domu i oddać nie później niż 1 marca 1994 r. Niewątpliwie umożliwiono w ten sposób rozliczne manipulacje i wywieranie nacisków, dlatego też 50 deputowanych należących do opozycji odmówiło przyjęcia kart do głosowania. Spośród 296 członków Rady Najwyższej, którzy odebrali imienne karty do głosowania, 16 było przeciwko proponowanym zmianom, 6 oddało głosy nieważne, 8 nie zwróciło kart (w tym także były przewodniczący Rady S. Szuszkiewicz).

W dniu 15 marca 1994 r. Rada Najwyższa Białorusi uchwaliła nową Konstytucję<sup>4</sup>. Jako że głosowanie zbojkotowali deputowani opozycji, wzięło w nim udział jedynie 242 deputowanych, a z tej liczby 236 głosowało za przyjęciem Konstytucji, natomiast 6 było przeciw. Tak więc Konstytucja została uchwalona zaledwie czterema głosami ponad wymaganą prawem większość potrzebną do jej przyjęcia<sup>5</sup>. Następnego dnia, tj. 16 marca 1994 r., Rada Najwyższa uchwaliła ustawę o wyborach prezydenckich<sup>6</sup>, w której określono tryb wyłaniania kandydatów na Prezydenta oraz zasady przeprowadzania wyborów.

Przyjęte rozwiązania ukształtowały na Białorusi prezydencko-parlamentarny system rządów. W gruncie rzeczy w momencie uchwalenia Konstytucji stało się jasne, że pozycja Prezydenta w państwie zależeć będzie w znacznym stopniu od tego, kto będzie pełnił ten urząd i jaki styl prezydentury przyjmie. Warto zauważyć, że Konstytucja z 1994 r. stwarzała możliwość ewoluowania ustroju tak w kierunku systemu rządów parlamentarno-gabinetowych, jak i prezydenckich, a nawet pozwalała na przyjęcie modelu kanclerskiego w parlamentarnym systemie rządów opartym na tzw. podwójnej egzekutywie, tzn. rozdzieleniu funkcji głowy państwa i szefa rządu. Do zmian Konstytucji doszło po objęciu urzędu Prezydenta przez Aleksandra Łukaszenkę. Przyjęta ostatecznie w wyniku referendum z 24 listopada 1996 r. zmiana Konstytucji w jednoznaczny sposób wpłynęła na system polityczny państwa. Białoruś znalazła się w systemie rządów prezydenckich. Kompetencje Prezydenta zostały tak dalece rozszerzone, że pozwala to na konstatację, iż ustanowiono wówczas dyktaturę<sup>7</sup>.

Prezydent przed objęciem urzędu, w ciągu dwóch miesięcy od zakończenia wyborów, winien w myśl znowelizowanego tekstu Konstytucji (art. 83) złożyć na specjalnym posiedzeniu Rady Najwyższej przysięgę w uroczystej atmosferze w obecności deputowanych Izby Reprezentantów, członków Rady Republiki, sędziów: Sądu Konstytucyjnego, Najwyższego i Wyższego Sądu Gospodarczego. W pierwotnym teście Konstytucji stwierdzono, że przysięgę odbiera od niego ustępujący Prezydent lub w wypadku opróżnienia urzędu lub niemożności pełnienia obowiązków przez Prezydenta – Przewodniczący Rady Najwyższej. W rocie przysięgi Prezydent zobowiązuje się służyć narodowi Republiki, szanować i strzec praw oraz swobód człowieka i obywatela, przestrzegać i bronić Konstytucji, święcie i sumiennie wypełniać nałożo-

<sup>4</sup> *Канстытуцыя Рэспублікі Беларусь*, „Звязда”, 30 марта 1994; Закон Республики Беларусь от 15 марта 1994 г. № 2876-XII о порядке вступления в силу Конституции Республики Беларусь, „Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь” 1994, nr 9, s. 145.

<sup>5</sup> W tym samym dniu Rosja przywróciła Białorusi dostawy gazu na poprzednio ustalonym poziomie, co znacząco poprawiło nastroje społeczne. Zob. „Kronika Sejmowa. Parlamenti w Europie Środkowej i Wschodniej” 1994, nr 11(57), s. 1.

<sup>6</sup> Закон Республики Беларусь от 29 марта 1994 г. № 2909-XII о выборах Президента Республики Беларусь, „Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь” 1994, nr 10, s. 146.

<sup>7</sup> Zob. J. Sobczak, *Republika Białorusi*, [w:] E. Gdulewicz (red.), *Ustroje państw współczesnych*, Lublin 2002, s. 16.

ne obowiązki. W myśl pierwotnego tekstu Konstytucji, Prezydent może zostać złożony z urzędu uchwałą podjętą przez co najmniej 2/3 deputowanych do Rady Najwyższej na wniosek przynajmniej 70 deputowanych w przypadku naruszenia przez niego Konstytucji, popełnienia przestępstwa lub gdy z powodu stanu zdrowia okaże się niezdolny do pełnienia obowiązków. Orzeczenia w przedmiocie naruszenia Konstytucji miał wydawać Sąd Konstytucyjny. Z chwilą wydania takowego orzeczenia, w myśl pierwotnego tekstu, Prezydent nie mógł pełnić dalej swojej funkcji. W przypadku jego rezygnacji z urzędu, która winna być przyjęta przez Radę Najwyższą, a także w razie faktycznego opróżnienia urzędu albo zaistnienia przeszkody uniemożliwiającej Prezydentowi normalne pełnienie jego funkcji (np. z powodu choroby, zawieszenia w urzędowaniu na skutek postawienia w stan oskarżenia) – Prezydenta zastępuje Przewodniczący Rady Najwyższej<sup>8</sup>.

W myśl obowiązującego tekstu Konstytucji, Prezydent Białorusi może być przedterminowo zwolniony z urzędu z powodu trwałej niezdolności do sprawowania obowiązków oraz z uwagi na stan zdrowia. Uchwały w tym przedmiocie podejmuje się większością co najmniej 2/3 głosów ustawowej liczby członków Izby Reprezentantów i większością co najmniej 2/3 ustawowej liczby członków Rady Republiki, na podstawie orzeczenia specjalnie powołanej komisji. Prezydent może być złożony z urzędu w przypadku popełnienia zdrady państwa lub innego ciężkiego przestępstwa. Decyzję o przedstawieniu oskarżenia i przeprowadzeniu śledztwa w tej sprawie uważa się za przyjętą, jeżeli głosowała za nią większość ustawowej liczby członków Izby Reprezentantów na wniosek co najmniej 1/3 jej deputowanych. Śledztwo przeprowadza Rada Republiki. Prezydent jest usunięty z urzędu, jeżeli za przyjęciem uchwały w tym przedmiocie głosowało co najmniej 2/3 ustawowej liczby członków Rady Republiki oraz co najmniej 2/3 ustawowej liczby członków Izby Reprezentantów. Niepodjęcie przez Radę Republiki i Izbę Reprezentantów uchwały o złożeniu Prezydenta z urzędu w ciągu miesiąca od dnia przedstawienia oskarżenia oznacza oddalenie oskarżenia. Wniosek o złożeniu z urzędu Prezydenta nie może być inicjowany w okresie rozpatrywania, zgodnie z Konstytucją, sprawy przedterminowego skrócenia kadencji parlamentu. W przypadku złożenia Prezydenta z urzędu w związku z dokonany przestępstwem, sprawę popełnienia przez niego takiego czynu rozpoznaje Sąd Najwyższy (art. 88 obowiązującej Konstytucji)<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Zakres kompetencji przewodniczącego Rady Najwyższej Białorusi określony w Konstytucji z 15 marca 1994 r. różni się w istotny sposób od tych uprawnień przysługujących przewodniczącemu przed jej uchwaleniem. Por. B. Górowska, *Ustrój konstytucyjny Republiki Białorusi*, „Polityka Wschodnia” 1994, nr 2, s. 75-90.

<sup>9</sup> Przed wprowadzeniem w 1996 r. zmian w Konstytucji usunięcie prezydenta z urzędu mogło nastąpić w związku z naruszeniem przez niego Konstytucji. Decyzja w tym zakresie należała do Sądu Konstytucyjnego. Prezydent mógł być usunięty także w drodze referendum. Obecna redakcja Konstytucji nie przewiduje takiego rozwiązania.

W przypadku zawakowania urzędu Prezydenta lub w razie niemożliwości wykonywania przez niego obowiązków jego kompetencje do czasu złożenia przysięgi przez nowo wybranego Prezydenta przejmuje premier (art. 89 obowiązującej Konstytucji)<sup>10</sup>.

W myśl art. 102 pierwotnego tekstu Konstytucji (art. 86 obecnie obowiązującego tekstu)<sup>11</sup>, Prezydent w okresie sprawowania swojej funkcji nie mógł zajmować żadnego innego urzędu, ani otrzymywać „pieniężnych wynagrodzeń” z wyjątkiem honorariów za dzieła naukowe, utwory literackie i artystyczne. Stwierdzono także wyraźnie, że musi on zawiesić swoje członkostwo w partiach politycznych lub innych organizacjach stawiających sobie polityczne cele.

Wypada zauważyć, że zakres kompetencji Prezydenta w kolejnych tekstach Konstytucji ulegał stopniowemu rozszerzeniu, przy czym faktyczne uprawnienia i tak są szersze niż te, które przewidziano w ustawie zasadniczej. Prezydent z mocy Konstytucji posiada w zasadzie nieograniczone uprawnienia w stosunku do całego aparatu państwowego, a więc do: Izby Reprezentantów, Rady Republiki, Rządu, sądów, organów kontroli, władzy finansowej i wojska. W Konstytucji – jak już stwierdzono wyżej – podkreślono, że Prezydent Republiki Białoruś jest głową państwa, gwarantem Konstytucji, praw i swobód człowieka i obywatela. Prezydent, jak zauważono, uosabia jedność narodu, gwarantuje wykonanie podstawowych kierunków polityki wewnętrznej i zagranicznej, reprezentuje Republikę Białoruś w stosunkach z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi (art. 79 obowiązującego tekstu Konstytucji po nowelizacjach). Podejmuje on także kroki w celu ochrony suwerenności Republiki Białoruś, jej bezpieczeństwa narodowego i nienaruszalności terytorialnej. Skoro „podejmuje” to znaczy, że ma obowiązek podjęcia takich działań. Zabezpiecza stabilność polityczną i gospodarczą, sukcesyjność i współdziałanie organów władzy państwowej, pośredniczy między organami władzy. Korzysta także z prawa nietykalności, przy czym podkreślono, że jego cześć i godność są chronione przez prawo<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Według pierwotnego tekstu Konstytucji z 15 marca 1994 r., w takiej sytuacji obowiązki prezydenta miał pełnić przewodniczący Rady Najwyższej, zaś jego kompetencje przejmował jego pierwszy zastępca (art. 105). Przypomnieć należy, że zakres kompetencji przewodniczącego Rady Najwyższej Białorusi różni się w sposób istotny od tych uprawnień, które przysługiwały przewodniczącemu przed uchwaleniem Konstytucji. Por. B. Górowska, *Ustrój konstytucyjny...*, s. 75–90.

<sup>11</sup> Конституция Республики Беларусь с изменениями и дополнениями принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г. Zgodnie z art. 1 ustawy Закон Республики Беларусь „О порядке вступления в силу Конституции Республики Беларусь” („Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь” 1994, nr 9, s. 145), znowelizowany tekst Konstytucji wszedł w życie z dniem ogłoszenia.

<sup>12</sup> Na straży czci i godności prezydenta stoją przepisy prawa karnego. Art. 367 k.k. Białorusi przewiduje odpowiedzialność za zniesławienie Prezydenta: „1. Клевета в отношении Президента Республики Беларусь, содержащаяся в публичном выступлении, либо в печатном или публично демонстрирующемся произведении, либо в средствах массовой информации, – наказуется

Przepisy konstytucyjne dotyczące wyboru, odpowiedzialności i kompetencji Prezydenta powtarza i w niewielkim stopniu rozszerza oraz konkretyzuje ustawa o Prezydencie Republiki Białorusi<sup>13</sup>.

Kompetencje Prezydenta zostały w treści art. 84 obowiązującego tekstu Konstytucji sformułowane w formie prerogatyw, czyli nie wymagają one kontrasygnaty. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, Prezydent ogłasza refe-

---

штрафом, или исправительными работами на срок до двух лет, или ограничением свободы на срок до четырех лет, или лишением свободы на тот же срок. 2. То же действие, совершенное лицом, ранее судимым за клевету или оскорбление, либо соединенное с обвинением в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, – наказывается ограничением свободы на срок до пяти лет или лишением свободы на тот же срок”. Natomiast art. 368 statuuje odpowiedzialność za jego znieważenie: „1. Публичное оскорбление Президента Республики Беларусь – наказывается штрафом, или исправительными работами на срок до двух лет, или арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до двух лет, или лишением свободы на тот же срок. 2. То же действие, совершенное лицом, ранее судимым за оскорбление или клевету, либо соединенное с обвинением в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, – наказывается штрафом, или исправительными работами на срок до двух лет, или ограничением свободы на срок до трех лет, или лишением свободы на тот же срок”. Zob. *Уголовный Кодекс Республики Беларусь* („Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь” 1999, nr 76, poz. 2/50 z późn. zm.). Czytelnik polski może z niejakim zdziwieniem odbierać fakt, że tekst oficjalny tak ważnego aktu normatywnego, jak kodeks karny istnieje tylko w języku rosyjskim, który status języka urzędowego na Białorusi uzyskał dość późno, bo dopiero w wyniku referendum z 1996 r. Skutkiem normatywnym referendum była m.in. odpowiednia zmiana w ustawie o językach Republiki Białoruś. Por. Закон Республики Беларусь от 26 января 1990 г. № 3094-XI „О языках в Республике Беларусь”, СЗ БССР 1990 г., nr 4, s. 46; „Ведомости Национального собрания Республики Беларусь” 1998, nr 28, s. 461. W myśl art. 7 ustawy o Prezydencie (Закон 21 февраля 1995 г. № 3602-XII о Президенте Республики Беларусь, Закон Республики Беларусь от 18 апреля 1996 г. № 236-XIII, „Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь” (dalej: ВВСРБ) 1996, Nr 12, s. 157; Закон Республики Беларусь от 3 мая 1996 г. № 440-XIII, ВВСРБ, 1996, nr 21, s. 380; Закон Республики Беларусь от 7 июля 1997 г. № 52-3, ВВСРБ, 1997, nr 24, s. 463 (nowa redakcja); Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 285-3 „Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь” (dalej: НРПАРБ), 1999, nr 54, poz. 2/56; Закон Республики Беларусь от 9 октября 2000 г. № 428-3, НРПАРБ, 2000, nr 100, poz. 2/203; Закон Республики Беларусь от 6 октября 2006 г. № 166-3, НРПАРБ, 2006, nr 166, poz. 2/1263. Niezależnie od odpowiedzialności karnej za zniesławienie bądź zniewagę Prezydenta, zwłaszcza popełnione przy użyciu środków masowej informacji, które to przestępstwa są ścigane z urzędu, możliwa jest odpowiedzialność cywilna z tytułu naruszenia czci i godności Prezydenta. Karno ochrona Prezydenta przed zniewagami nie jest niczym nadzwyczajnym, zważywszy chociażby na fakt, że w prawie polskim, w myśl art. 135 § 2 k.k. z 1997 r.: „kto publicznie znieważa Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w myśl obowiązujących na Białorusi przepisów prawnych określenie „Prezydent” może być stosowane jedynie do prezydenta państwa, zatem nie może istnieć prezydent miasta, korporacji gospodarczej, banku, szkoły wyższej etc. Zob. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 16 мая 2003 г. № 643 о некоторых мерах по упорядочению наименований должностей руководителей организаций и сокращенных наименований юридических лиц, НРПАРБ, 2003, nr 5, poz. 5/12467. Jest rzeczą ciekawą, a nawet wyjątkową, że na Białorusi zasady języka białoruskiego (ortografia, punktacja itd.) są regulowane przez ustawę o języku białoruskim. Zob. Закон ад 23 ліпеня 2008 г. № 420-3 аб правілах беларускай арфаграфіі і пунктуацыі, НРПАРБ, 2008, nr 186, poz. 2/1517. Zgodnie z § 29 wspomnianej ustawy, słowo „Prezydent” w odniesieniu do głowy państwa musi być zawsze pisane wielką literą.

<sup>13</sup> Zob. przypis wyżej *in fine*. Istnienia wspomnianej ustawy nie zauważają opracowania polskie, np. J. Sobczak, *Republika Białorusi...*, s. 9–31.

renda republikańskie, kolejne (czyli zwyczajne) i nadzwyczajne wybory do Izby Reprezentantów, Rady Republiki i lokalnych organów przedstawicielskich, rozwiązuje zarówno Izbę Reprezentantów, jak i Radę Republiki w trybie przewidzianym w Konstytucji (np. w przypadku nieudzielenia wotum zaufania rządowi, wyrażenia wotum nieufności, dwukrotnej odmowie wyrażenia zgodny na mianowanie kandydata przedstawionego przez Prezydenta na stanowisko premiera oraz w przypadku ciężkiego lub systematycznego naruszania Konstytucji)<sup>14</sup>. Ponadto Prezydent ma obowiązek mianować sześciu członków Centralnej Komisji Republiki Białoruś ds. Wyborów i Przeprowadzenia Referendów Republikańskich, zaś przewodniczącego tej komisji za zgodą Rady Republiki<sup>15</sup>. Ponadto do kompetencji Prezydenta należy tworzenie, likwidowanie i reorganizowanie nie tylko Administracji Prezydenta<sup>16</sup>, lecz także pozostałych organów administracji państwowej oraz organów konsultacyjno-doradczych, tudzież innych organów działających przy Prezydencie (art. 84 obowiązującego tekstu Konstytucji). Za zgodą Izby Reprezentantów mianuje on premiera, określa strukturę rządu, mianuje i odwołuje wicepre-

<sup>14</sup> Przypadki te wymienia art. 18 ustawy o Prezydencie RB (Закон о Президенте Республики Беларусь).

<sup>15</sup> W pierwotnym tekście Konstytucja milczała o tych uprawnieniach. Obecny zapis jest niewątpliwie efektem sporu, do jakiego doszło przed referendum konstytucyjnym 24 listopada 1996 r., kiedy to Prezydent zdymisjonował przewodniczącego Centralnej Komisji Wyborczej, naruszając w ten sposób zarówno zdaniem opozycji, jak i zagranicznych konstytucjonalistów przepisy Konstytucji.

<sup>16</sup> Obowiązująca Konstytucja tylko w treści art. 84 pkt 5 wspomina o Administracji Prezydenta. Szerzej traktują o niej art. 34–39 rozdziału V ustawy o Prezydencie RB: *Организация и обеспечение деятельности Президента*. W myśl wspomnianych przepisów tryb działalności Administracji określa Prezydent, który mianuje jej szefa (Глава Администрации). Prezydent określa także finansowe i materialno-techniczne zabezpieczenie pracy Administracji, zaś jej pracownicy mają status urzędników aparatu państwowego. Zob. Указ Президента Республики Беларусь 23 января 1997 г. № 97 – *Вопросы Администрации Президента Республики Беларусь*; Указ Президента Республики Беларусь от 10 ноября 1997 г. № 572, „Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь” (dalej: СДУППРБ), 1997, nr 32, s. 1013; Указ Президента Республики Беларусь от 10 ноября 1997 г. № 578, СДУППРБ, 1997, nr 32, s. 1017; Указ Президента Республики Беларусь от 2 марта 1998 г. № 91; Указ Президента Республики Беларусь от 23 апреля 1999 г. № 231, НРПАРБ, 1999, nr 33, poz. 1/291; Указ Президента Республики Беларусь от 23 апреля 1999 г. № 232, НРПАРБ, 1999, nr 33, poz. 1/292; Указ Президента Республики Беларусь от 2 июня 2000 г. № 305, НРПАРБ, 2000, nr 54, poz. 1/1329; Указ Президента Республики Беларусь от 15 ноября 2000 г. № 595 НРПАРБ, 2000, nr 108, poz. 1/1776; Указ Президента Республики Беларусь от 28 ноября 2000 г. № 633 (nie zostały wniesione); Указ Президента Республики Беларусь от 25 апреля 2001 г. № 216, НРПАРБ, 2001, nr 43, poz. 1/2588; Указ Президента Республики Беларусь от 12 ноября 2001 г. № 654, НРПАРБ, 2001, nr 107, poz. 1/3203; Указ Президента Республики Беларусь от 7 марта 2002 г. № 151, НРПАРБ, 2002, nr 31, poz. 1/3564; Указ Президента Республики Беларусь от 28 мая 2003 г. № 213, НРПАРБ, 2003, nr 61, poz. 1/4630; Указ Президента Республики Беларусь от 13 июня 2003 г. № 251, НРПАРБ, 2003, nr 68, poz. 1/4687; Указ Президента Республики Беларусь от 8 сентября 2003 г. № 382, НРПАРБ, 2003, nr 103, poz. 1/4895; Указ Президента Республики Беларусь от 20 февраля 2004 г. № 111, НРПАРБ, 2004, nr 35, poz. 1/5358; Указ Президента Республики Беларусь от 12 мая 2004 г. № 230, НРПАРБ, 2004, nr 75, poz. 1/5518; Указ Президента Республики Беларусь от 30 января 2007 г. № 58, НРПАРБ, 2007, nr 30, poz. 1/8313; Указ Президента Республики Беларусь от 28 июня 2007 г. № 304, НРПАРБ, 2007, nr 159, poz. 1/8702; Указ Президента Республики Беларусь от 31 января 2008 г. № 58, НРПАРБ, 2008, nr 30, poz. 1/9417; Указ Президента Республики Беларусь от 22 октября 2008 г. № 572, НРПАРБ, 2008, nr 253, poz. 1/10147.



mierów, ministrów i innych członków rządu. Tak więc władza ustawodawcza nie ma poza kompetencjami w odniesieniu do premiera najmniejszego wpływu na skład Rady Ministrów. Prezydent podejmuje także decyzje o dymisji rządu i poszczególnych jego członków. Za zgodą Rady Republiki mianuje przewodniczących: Sądu Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Wyższego Sądu Gospodarczego – spośród sędziów tych sądów. Mianuje także za zgodą Rady Republiki sędziów Sądu Najwyższego oraz Wyższego Sądu Gospodarczego, Prokuratora Generalnego, Przewodniczącego i członków Zarządu Banku Narodowego. Całkowicie samodzielnie mianuje także sześciu sędziów Sądu Konstytucyjnego oraz innych sędziów Republiki Białoruś.

Co ciekawe, jakkolwiek do mianowania wspomnianych osób wymagana jest zgoda Rady Republiki, to całkowicie samodzielnie Prezydent może odwołać Przewodniczącego i sędziów Sądu Konstytucyjnego, Przewodniczącego i sędziów Sądu Najwyższego, Przewodniczącego i sędziów Wyższego Sądu Gospodarczego, Prokuratora Generalnego, Przewodniczącego i członków Banku Narodowego, Przewodniczącego i członków Centralnej Komisji ds. Wyborów i Przeprowadzenia Referendów Republikańskich, pod warunkiem wskazania podstawy prawnej i zwykłego powiadomienia Rady Republiki. Tak więc Rada nie ma praktycznie żadnego wpływu na obsadę wspomnianych stanowisk. Przy okazji wypada zauważyć, że Prezydent mianuje ośmiu członków Rady Republiki (art. 91 obowiązującego tekstu Konstytucji). Mianuje także i odwołuje Przewodniczącego Komitetu Kontroli Państwowej, kierowników republikańskich organów administracji państwowej, określając przy tym ich status, ponadto swoich przedstawicieli w parlamencie oraz wszystkich innych urzędników, których obowiązki określa ustawa – jeżeli Konstytucja nie stanowi inaczej. Do jego kompetencji należy powoływanie Rady Bezpieczeństwa Republiki Białoruś, której obradom przewodniczy oraz mianowanie i odwoływanie sekretarza stanu w Radzie Bezpieczeństwa<sup>17</sup>. Jako Głównodowodzący Sił Zbrojnych Republiki Białoruś mianuje i odwołuje wyższe dowództwo sił zbrojnych<sup>18</sup>. To ostatnie pojęcie wydaje się nader ogóln-

<sup>17</sup> Jednym z dokumentów zatwierdzających regulamin Rady Bezpieczeństwa Republiki Białoruś był dekret Prezydenta RB nr 24 z 5 sierpnia 1994 r. Wspomniany dokument jest cytowany tylko przez G.A. Wasilewicz, natomiast nie jest dostępny w białoruskich elektronicznych bazach aktów prawnych. Jednak jeżeli wcześniej w Konstytucji wskazane było, że Prezydent jedynie stoi na czele Rady Bezpieczeństwa, co dało podstawy do sporów dotyczących trybu określenia składu Rady, to zgodnie z obecnie obowiązującym tekstem Konstytucji Prezydent nie tylko stoi na czele Rady Bezpieczeństwa, ale i kształtuje jej skład. W Konstytucji bezpośrednio przewidziano, że głowa państwa mianuje na stanowisko i zwalnia ze stanowiska Sekretarza Państwowego Rady Bezpieczeństwa. Aparatem Rady Bezpieczeństwa kieruje Sekretarz Państwowy, będący jednocześnie pomocnikiem Prezydenta do spraw bezpieczeństwa narodowego. Zob. Г. А. Василевич, *Конституция Республики Беларусь...*, s. 310.

<sup>18</sup> Zadania Sił Zbrojnych zarówno w czasie pokoju, jak i wojnie określa Закон о Вооруженных Силах от 3 ноября 1992 г., ВВСРБ, 1992, nr 28, s. 495; zm. Закон от 4 сентября 1996 г. № 568-ХІІІ ВВСРБ, 1996, nr 29, s. 531; Закон от 9 ноября 1999 г. № 307-3, ВВСРБ, 1999, nr 32, s. 459; Закон от 24 июля 2002 г. № 135-3 НРПАРБ, 2002, nr 87, poz. 2/884.

nikowe i praktycznie kompetencje Prezydenta w odniesieniu do obsady stanowisk w siłach zbrojnych można interpretować bardzo szeroko<sup>19</sup>.

Ponadto do kompetencji Prezydenta należy zwracać się z corocznym orędem do parlamentu, które nie może być przedmiotem debat na posiedzeniu obu izb. Ma także Prezydent prawo uczestniczenia w pracach parlamentu i jego organów, występowania przed nimi w dowolnym czasie z przemówieniami i informacjami. Tak więc wpływ Prezydenta na działalność władzy ustawodawczej jest ogromny. Posiada on prawo przewodniczenia posiedzeniom Rady Ministrów. Decyduje o nadaniu i pozbawieniu obywatelstwa, udzieleniu azylu, ustanawia święta państwowe i dni świąteczne, przyznaje odznaczenia państwowe, nadaje stopnie i tytuły, stosuje prawo łaski, prowadzi pertraktacje, podpisuje umowy międzynarodowe, nie oglądając się na stanowisko rządu, mianuje i odwołuje przedstawicieli dyplomatycznych Białorusi w innych państwach i przy organizacjach międzynarodowych. Przyjmuje listy uwierzytelniające i odwołujące przedstawicieli dyplomatycznych innych państw, którzy są przy nim akredytowani. W wypadku klęski żywiołowej, katastrofy czy rozruchów, którym towarzyszy przemoc lub groźba przemocy ze strony grupy osób i organizacji, a zatem istnieje niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia ludzi, terytorialnej nienaruszalności i istnienia państwa, Prezydent wprowadza na terytorium Republiki Białoruś i w poszczególnych jej miejscowościach stan nadzwyczajny, z tym że decyzja w tym przedmiocie winna być w ciągu trzech dni przedstawiona do zatwierdzenia Radzie Republiki. Może on także w przypadku zapowiedzianego strajku zawiesić go lub przesunąć jego termin, jednak nie na dłużej niż na trzy miesiące.

Posiada także Prezydent poważne kompetencje w zakresie stanowienia ustaw. Podpisuje ustawy oraz może w terminie ustawowym je zawetować i odesłać ze swoimi uwagami Izbie Reprezentantów<sup>20</sup>. W przypadku odrzucenia przez Radę Republiki uchwalonego przez Izbę Reprezentantów projektu, w sytuacji gdy stworzona przez obie izby komisja porozumiewawcza nie wypracowała uzgodnionego tekstu ustawy, Prezydent lub na jego polecenie Rada Ministrów mogą zażądać, aby Izba Reprezentantów podjęła ostateczną decyzję co do takiej ustawy. Do jej przyjęcia wymagana jest większość 2/3 głosów. Prezydent ma też prawo uchylania aktów rządu. Bezpośrednio lub

<sup>19</sup> Analizę kompetencji Prezydenta w tym zakresie przynosi Б. М. Лепешко, *Президент Республики Беларусь...*, s. 134–141.

<sup>20</sup> Zgodnie z treścią art. 100 obowiązującej Konstytucji, w razie zgłoszenia zastrzeżeń przez Prezydenta do całej ustawy bądź jej poszczególnych zapisów Izba Reprezentantów winna rozpoznać je w ciągu 30 dni. Jeżeli zastrzeżenia te zostaną odrzucone większością 2/3 głosów ustawowej liczby członków, ustawa w terminie 15 dni ma zostać skierowana do Rady Republiki, która winna ją rozpatrzyć powtórnie w dwudziestodniowym terminie, jednak większością co najmniej 2/3 głosów ustawowej liczby członków. W takim przypadku winna zostać podpisana przez Prezydenta w ciągu 5 dni, przy czym wchodzi w życie również w przypadku, jeżeli nie zostanie podpisana w tym terminie.

przez stworzone przez siebie organy sprawuje kontrolę nad przestrzeganiem ustawodawstwa przez lokalne organy administracyjne i samorządowe. Posiada prawo zawieszania decyzji lokalnych rad deputowanych i uchylania decyzji miejscowych organów wykonawczych i administracyjnych w razie stwierdzenia ich niezgodności z prawodawstwem. Ponadto ma wykonywać wszelkie inne kompetencje nałożone przez Konstytucję.

Prezydent na podstawie i zgodnie z Konstytucją wydaje dekrety i rozporządzenia posiadające moc prawną na całym terytorium państwa, w tym także dekrety z mocą ustawy. Przy czym bezpośrednio lub przez stworzone przez siebie organy zabezpiecza wykonanie tych dekretów i rozporządzeń. W myśl art. 101 obowiązującej Konstytucji, Izba Reprezentantów i Rada Republiki większością głosów ustawowej liczby członków obu izb, na wniosek Prezydenta, mogą mu udzielić prawodawczych pełnomocnictw do wydawania dekretów z mocą ustawy. Taki akt normatywny musi określać przedmiot regulacji i termin upoważnienia Prezydenta do wydawania dekretów. Niedopuszczalne w myśl Konstytucji jest przekazywanie Prezydentowi pełnomocnictw do wydawania dekretów przewidujących zmiany i uzupełnienia w Konstytucji, interpretacje Konstytucji, zmianę i uzupełnienie ustaw programowych, zatwierdzania budżetu i sprawozdania z jego wykonania, zmiany trybu wyborów Prezydenta i parlamentu, ograniczania praw i swobód konstytucyjnych obywateli. Delegacja pełnomocnictw prawodawczych nie może także pozwalać na zmianę ustawy oraz dawać Prezydentowi prawo do tworzenia norm z mocą wsteczną. W przypadku szczególnej konieczności Prezydent ze swej inicjatywy lub na wniosek rządu może wydawać tymczasowe dekrety z mocą ustawy. W przypadku wydawania ich na wniosek rządu winny one być kontrasygnowane przez premiera. Dekrety tymczasowe w terminie 3 dni powinny być przedstawione do rozpatrzenia przez Izbę Reprezentantów, a następnie przez Radę Republiki<sup>21</sup>. Zachowują one moc prawną, jeżeli nie zostaną uchylone większością co najmniej 2/3 głosów ustawowej liczby członków każdej z izb<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Juretyczne rozważania dotyczące charakteru normatywnego i mocy prawnej dekretów z mocą ustawy i rozporządzeń przedstawia Б. М. Лепешко, *Президент Республікі Беларусь...*, s. 141–146.

<sup>22</sup> Dla porównania wypada zauważyć, że w pierwotnym tekście Konstytucji kompetencje Prezydenta, jakkolwiek szerokie, były znacznie bardziej skąpe niż według obowiązującego tekstu. W myśl Konstytucji z 1994 r. Prezydent, przewodząc organom władzy wykonawczej, miał dbać o ich współdziałanie z organami przedstawicielskimi, miał prawo podejmować kroki zmierzające do ochrony suwerenności, bezpieczeństwa i integralności terytorialnej Republiki, stabilizacji politycznej i ekonomicznej, a także praw i wolności obywateli. W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanych w Konstytucji mógł zarządzić wprowadzenie stanu nadzwyczajnego (wyjątkowego lub wojennego), ogłosić pełną lub częściową mobilizację, a także odroczyć na okres dwóch miesięcy przeprowadzenie strajku. Był on także głównodowodzącym sił zbrojnych i przewodniczącym Rady Bezpieczeństwa Białorusi. Jako zwierzchnik władzy wykonawczej mógł on tworzyć i likwidować ministerstwa, komitety państwowe i inne centralne organy władzy wykonawczej.

W gruncie rzeczy dekrety tymczasowe w systemie aktów normatywnych Białorusi mają nadrzędny charakter nad ustawami. W świetle art. 101 obecnie obowiązującego tekstu Konstytucji, dekret tymczasowy obowiązuje, jeśli nie zostanie uchylony przez obie izby parlamentu, a także w razie jego kolizji z ustawą. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku zarządzeń Prezydenta wydawanych na podstawie ustawy, a także tych, które nie posiadają delegacji ustawowej<sup>23</sup>. Warto przy tym zauważyć, że zarządzenia te w ogóle nie muszą być i w praktyce nie są przedkładane obu izbom parlamentu Białorusi. Konstytucja nie reguluje zasad promulgacji prezydenckich aktów normatywnych<sup>24</sup>.

Za zgodą Rady Najwyższej (gdyż Parlament z dwoma izbami wówczas jeszcze nie istniał) mógł powoływać i odwoływać premiera, jego zastępców oraz ministrów: spraw zagranicznych, finansów, obrony i spraw wewnętrznych, a także członków Komitetu Bezpieczeństwa Narodowego. Samodzielnie – bez konieczności uzyskiwania zgody Rady Najwyższej – mógł powoływać pozostałych członków gabinetu ministrów. Ponadto Prezydent rekomendował Radzie Najwyższej kandydatów na stanowiska przewodniczących: Sądu Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Wyższego Sądu Gospodarczego oraz zarządu Banku Narodowego. Corocznie miał też przedstawiać Radzie Najwyższej raport o stanie państwa. Z własnej inicjatywy lub na wniosek Rady Najwyższej miał obowiązek informować ją o realizacji wewnętrznej i zagranicznej polityki Republiki. Prezydent miał także prawo zwracać się z orędziem skierowanym bądź do narodu, bądź do Rady Najwyższej. Nałożono na niego obowiązek komunikowania Radzie Najwyższej programu działalności gabinetu ministrów. Mógł uczestniczyć w pracach Rady Najwyższej i jej organów oraz występować przed nimi w dowolnym czasie. Miał prawo mianować sędziów, z wyjątkiem tych, których powołanie należało do kompetencji Rady Najwyższej. Ponadto do kompetencji Prezydenta należało prowadzenie rozmów międzynarodowych, podpisywanie traktatów, przyjmowanie listów uwierzytelniających i odwoływanych przedstawicieli dyplomatycznych akredytowanych przy Prezydencie, mianowanie i odwoływanie przedstawicieli Białorusi w innych państwach, nadawanie odznaczeń i nagród państwowych, tytułów honorowych i stopni zawodowych, stosowanie prawa łaski, wreszcie nadawanie obywatelstwa. Dość istotne były jego kompetencje w procesie stanowienia prawa. Konstytucja wyposażała Prezydenta w inicjatywę ustawodawczą, a także w prawo do wydawania w ramach przyznanych kompetencji dekretów i rozporządzeń, których wykonanie mógł też kontrolować. Podpisywał on też ustawy uchwalane przez Radę Najwyższą, przy czym mógł w ciągu 10 dni od otrzymania ustawy zakwestionować ją, zwracając do Rady Najwyższej z własnymi uwagami celem powtórnego rozpatrzenia i głosowania (*veto* prezydenckie). Tak zakwestionowana ustawa musiała być uchwalona przez Radę Najwyższą większością 2/3 głosów ogółu deputowanych, zaś Prezydent musiał ją podpisać w ciągu trzech dni. Niezwroconą w tym czasie przez Prezydenta ustawę Konstytucja nakazywała traktować jako podpisaną. Zob. *Констытуцыя Рэспублікі Беларусь*, Mińsk 1994, s. 18-20. Tak szeroko zakreślone kompetencje Prezydenta Republiki niewątpliwie powodują, iż osoba sprawująca tę funkcję odgrywać musi pierwszoplanową rolę w systemie organów państwa. Dlatego też należało spodziewać się, iż o godność tę rozpocznie się brutalna i bezpardonowa walka.

<sup>23</sup> Problem mocy prawnej dekretów Prezydenta szczegółowo omawia Г.А. Василевич, *Конституция Республики Беларусь...*, s. 319. Autor ten zauważa, że w praktyce mogą pojawić się wątpliwości co do hierarchii norm prawnych i kompetencji stanowienia odpowiednich norm. Wyraża przy tym pogląd, że konieczne jest wyposażenie Sądu Konstytucyjnego w prawo rozpatrywania sporów kompetencyjnych.

<sup>24</sup> Początkowo luka ta została wypełniona przez dekret Prezydenta z 3 grudnia 1994 r. z późn. zm. (Указ Президента от 3 декабря 1994 г. № 252), zgodnie z którym oficjalnym organem promulgacyjnym był „Zbiór dekretów Prezydenta i rozporządzeń Rządu Republiki Białoruś” (*Собрания декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь*),

Kolejne wybory prezydenckie kończyły się każdorazowo powołaniem na to stanowisko Aleksandra Łukaszenki. Dodać przy tym należy, że wprowadzenie w Konstytucji z 1994 r. kadencji Prezydenta określono na 5 lat, to jednak wprowadzone 2 lata później zmiany w Konstytucji A. Łukaszenka zinterpretował w ten sposób, że czas jego kadencji winien się liczyć od 1996 r. do 2001 r. Przeprowadzone jesienią 2001 r. drugie wybory prezydenckie zakończyły się jego miażdżącym zwycięstwem. W październiku 2004 r. przeprowadzono referendum ogólnopaństwowe, którego wynik pozwolił A. Łukaszence kandydować w wyborach po raz trzeci w 2006 r. Wprowadzając zmiany w Konstytucji w grudniu 2004 r., zapomniano bowiem poprawić aktów wykonawczych i terminu „druga kadencja” nie zastąpiono określeniami „trzecia kadencja” bądź „kolejna kadencja”. Z pominięciem procesu ustawodawczego, odpowiednio poprawki w aktach normatywnych wprowadziła już w trakcie kampanii wyborczej Centralna Komisja Wyborcza<sup>25</sup>. Biorąc udział w wyborach po raz trzeci, 19 marca 2006 r. A. Łukaszenka otrzymał 83%, czyli uzyskał wynik lepszy niż w 2001 r. o prawie 8%. Wspólny kandydat całej opozycji Aleksander Milinkiewicz zdobył 6,1%. Frekwencja w tych wyborach była wyjątkowo wysoka i wyniosła 92,9%<sup>26</sup>.

Obowiązująca Konstytucja gwarantuje Prezydentowi praktycznie władzę absolutną, dając możliwość naruszania wolności oraz praw człowieka i obywatela. Umożliwia także marginalizację obu izb parlamentu oraz Sądu Konstytucyjnego. W praktyce podejmowane są pozakonstytucyjne działania

---

a także gazety: „Народная газета”, „Белорусская нива”, „Звязда”, „Рэспубліка” i „Советская Белоруссия”. W dekrete tym przewidziano także, iż nie podlegają publikacji dekrety Prezydenta i ich części, jeżeli zawierają tajemnice państwowe. Obecnie, zgodnie z dekretem z 10 grudnia 1998 r. nr 22, oficjalnym organem promulgacyjnym prezydenckich aktów normatywnych jest Narodowy Rejestr Aktów Prawnych Republiki Białoruś (*Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь*) oraz dziennik „Советская Белоруссия” (w chwili obecnej dziennik ten nosi nazwę „Беларусь Сегодня”). Przed 1 stycznia 2001 r. akty prawne oficjalnie publikowane były w „Zbiorze dekretów Prezydenta i rozporządzeń Rządu Republiki Białoruś” zgodnie z oryginałami podpisanymi przez Prezydenta. Zob. Г.А. Василевич, *Конституция Республики Беларусь...*, s. 321.

<sup>25</sup> Pozwoliło to Aleksandrowi Kazulinowi (ur. 25.11.1955 w Mińsku), białoruskiemu politykowi, konkurentowi A. Łukaszenki w wyborach prezydenckich 2006 r., podczas których oskarżał on urzędującego Prezydenta m.in. o handel bronią i fałszerstwa budżetowe, na złożenie skargi do Sądu Konstytucyjnego. Skarga ta została jednak oddalona. Jest rzeczą ciekawą, że A. Kazulin, rektor Białoruskiego Uniwersytetu Państwowego w latach 1996–2003, był w okresie pełnienia tej funkcji także ministrem, utracił jednak zaufanie A. Łukaszenki. W związku z kampanią prezydencką został aresztowany przez władze porządkowe z powodu udziału w demonstracji, następnie 13 lipca 2006 r. skazany przez sąd w Mińsku na pięć i pół roku więzienia za chuligaństwo, czyli organizowanie zgromadzeń, które łamią porządek publiczny i udział w takich zgromadzeniach. Został ułaskawiony przez prezydenta Łukaszenkę. Do 3 sierpnia 2008 r. był szefem opozycyjnej Białoruskiej Partii Socjaldemokratycznej „Hramada”.

<sup>26</sup> Zob. F. Garbe, R. Lindner, *Wehlfarce in Belarus. Inszenierter Untergang und neuer Widerstand*, „SWP-Diskussionspapier FG 5” 2006, nr 3, s. 1–5; F. Hett, *Belarus unter Druck? Die belarussisch-russischen Energiekonflikte und Imre Folgen*, „SWP-Diskussionspapier FG 5” 2007, nr 16, s. 3–17.

zmierzające do ustanowienia prezydenckiej kontroli nad orzecznictwem sądów we wszystkich rozpoznawanych przez nie sprawach<sup>27</sup>.

Zmiany Konstytucji oraz praktyka rządzenia spowodowała, że Prezydent Białorusi uzyskał wyraźną dominację w każdym z wyróżnianych tradycyjnie za Karolem Monteskiuszem segmentów władzy państwowej. Praktycznie ma także możliwość nadzorowania organów kontroli oraz przemożny wpływ na tzw. czwartą władzę. Jego dominacji w tym ostatnim sektorze wymyka się jak dotąd Internet. Od roku 1994 niewątpliwie Białoruś znalazła się w systemie rządów prezydenckich<sup>28</sup>. Odosobniony w doktrynie jest pogląd, że Zgromadzenie Narodowe – parlament Białorusi – będąc faktycznie jedynie organem pomocniczym dla Prezydenta, pozwala zaliczyć istniejący w tym państwie system polityczny do miana „półparlamentarnego”, a nawet „ćwierćparlamentarnego”. Według niektórych badaczy, system polityczny Białorusi formalnie rzecz biorąc odpowiada modelowi półprezydenckiemu (semiprezydenckiemu), gdyż elementem władzy wykonawczej jest odpowiedzialny przed parlamentem rząd<sup>29</sup>. Konstatacja ta nie wydaje się jednak prawdziwa, zważywszy, że rząd jest całkowicie uzależniony od Prezydenta, a próba odwołania rządu przez Izbę Reprezentantów może prowadzić do jej rozwiązania. System półprezydencki w ujęciu modelowym łączy – jak stwierdza się w literaturze – pewne cechy systemu parlamentarno-gabinetowego i prezydenckiego. Jednocześnie jednak zawiera w sobie rozwiązania uniemożliwiające przynajmniej teoretycznie sprawowanie władzy przez Prezydenta w sposób dyktatorski. W modelowym systemie półprezydenckim istnieje szereg hamulców, które taką dyktaturę uniemożliwiają, m.in. przyjęcie zasady podwójnej odpowiedzialności rządu przed Prezydentem, ścisłe określenie procedur zapobiegających łatwemu rozwiązaniu przez Prezydenta parlamentu i łatwemu odwołaniu rządu przez parlament. W systemie białoruskim hamulce te nie istnieją lub mają charakter fasadowy, a podważa je wyposażenie Prezydenta w prawo wydawania dekretów także z mocą ustawy i uprawnienia w kwestii obsadzania i odwoływania urzędników, a także wobec możliwości kreowania przez Prezydenta części składu Rady Republiki, pełniącej funkcję

<sup>27</sup> Warto zauważyć, że kiedy Sąd Konstytucyjny w orzeczeniu z 4 listopada 1996 r. stwierdził, że lansowane przez Prezydenta referendum konstytucyjne może mieć jedynie charakter konsultacyjny, Prezydent dekretem unieważnił orzeczenie sądu i odwołał przewodniczącego składu sędziowskiego. Zob. M. Maszkiewicz, *Republika Białoruś...*, s. 64. W lipcu 1996 r. w rozmowie z dziennikarzami, odpowiadając na pytanie o wzajemne relacje z władzą sądowniczą, A. Łukaszenko powiedział: „[...] wedle Konstytucji jest ona [władza sądownicza] faktycznie władzą prezydencką. Tak, została zadeklarowana niezawisłość sędziowska, ale mianuje i odwołuje na stanowisko sędziów, poza członkami Sądu Najwyższego, Prezydent. Z tej racji łatwiej jest Prezydentowi prowadzić swoją politykę poprzez władzę sądowniczą”. Zob. „Советская Белоруссия” z 12 lipca 1996 r.

<sup>28</sup> J. Sobczak, *Republika Białorusi...*, s. 13 i n.

<sup>29</sup> M. Czerwiński, *Białoruś*, [w:] M. Barański (red.), *Systemy polityczne państw Europy Środkowej i Wschodniej. Ustrój, organy władzy, partie polityczne*, Katowice 2005, s. 46.

izby wyższej. Wszystko to razem wzięte umożliwia Prezydentowi niemal swobodne kształtowanie korzystnych dla niego konfiguracji urzędowych i politycznych w organach władzy państwowej<sup>30</sup>.

W doktrynie stwierdza się, iż istniejący na Białorusi system polityczny oscyluje między dyktaturą autorytarną a totalitaryzmem<sup>31</sup>. B. Górowska określa ten system rządów mianem demokracji<sup>32</sup>. Większość jednak dostrzega na Białorusi jedynie dyktaturę prezydencką, stwierdzając, że brak zabójstw politycznych na dużą skalę, brak masowych represji, niekwestionowane prawo wyjazdu obywateli zagranicę oraz istnienie częściowo autonomicznego sektora prywatnego nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, iż system białoruski ma charakter totalitarny<sup>33</sup>. A. Sannikow uważa, że jest to totalitaryzm na początkowym etapie rozwoju<sup>34</sup>. Dodać do tego należy, że przeciwko tezie o totalitarnym charakterze systemu politycznego Białorusi świadczy także brak narzucanego światopoglądu i obowiązującej ideologii<sup>35</sup>. Wykładany jest jednak od 2004 r. na wyższych uczelniach przedmiot *Ideologia Białorusi*, istnieje także do niego obowiązkowy podręcznik zatwierdzony przez Prezydenta<sup>36</sup>. Brak jednak partii politycznej o charakterze masowym gotowej wcielić te założenia.

<sup>30</sup> M. Gulczyński, *Współczesne systemy polityczne*, Zielona Góra 2002, s. 119. Autor ten stwierdza, że przyjmowanie prezydenckiego bądź półprezydenckiego systemu politycznego przez państwa kształtujące współcześnie istniejący system determinowane jest faktem, iż właśnie te systemy są użyteczniejsze do tworzenia autorytarnych rządów.

<sup>31</sup> S. Owsianik, J. Strielkova, *Władza a społeczeństwo. Białoruś 1991–1998*, Warszawa 1998, s. 162–173.

<sup>32</sup> B. Górowska, *Okoliczności i rezultaty zmiany Konstytucji Białorusi*, „Polityka Wschodnia” 1997, nr 1, s. 99 i n. Termin „demokracja” jest neologizmem nie występującym w podziałach systemu politycznego. Zauważa się jednak, że neologizm ten ma pewną wartość, gdyż koncepcja rządów A. Łukaszenki bliska jest rozwiązaniom starożytnych demagogów, którzy dla ludu i przez lud dążyli do osobistej władzy. Zob. M. Czerwiński, op. cit., s. 46.

<sup>33</sup> M. Maszkiewicz, *Republika Białoruś*, [w:] W. Baluk, A. Czajowski, *Ustroje polityczne krajów Wspólnot Niepodległych Państw*, Wrocław 2007, s. 66.

<sup>34</sup> А. Санніков, *Беларускі таталітарызм – рэальнасць*, [online] <[www.charter97.org/bel/news2003-07-25/sannikov](http://www.charter97.org/bel/news2003-07-25/sannikov)>.

<sup>35</sup> Na Białorusi stworzono masową organizację młodzieżową – Białoruski Republikański Związek Młodzieży, wywierając naciski na uczniów i studentów, aby do niej wstępowali i poświęcali się studiowaniu ideologii państwowej. Dekretem z 20 lutego 2004 r. nałożono na kierowników zarówno państwowych, jak i wszelkich innych instytucji osobistą odpowiedzialność za stan pracy ideologicznej wśród pracowników. Pracą taką winien kierować jeden z zastępców każdego z kierowników, którego nominacja musi być uzgodniona z odpowiednimi władzami. We wspomnianym dekrete ustalono liczbę etatów dla zarządów pracy ideologicznej – w rejonie liczącym mniej niż 20 tys. mieszkańcy to 3 etaty. Указ Президента Республики Беларусь от 20 февраля 2004 г. № 111 о совершенствовании кадрового обеспечения идеологической работы в Республике Беларусь, НРПАРБ, 2004, nr 35, poz. 1/5358.

<sup>36</sup> Zdaniem A. Łukaszenki, czas, przeznaczenie i sytuacja uczyniły Białoruś liderem wschodnioeuropejskiej cywilizacji. Zob. Доклад на семинаре руководящих работников республиканских и местных государственных органов по вопросам совершенствования идеологической работы, [online] <[www.president.gov.by](http://www.president.gov.by)>.

Wypracowany na Białorusi sposób sprawowania władzy ma charakter wertykalny, zasada się na bezpośrednim podporządkowaniu władz lokalnych Prezydentowi i jego aparatowi<sup>37</sup>. Nie tylko władza wykonawcza, administracja lokalna, ale także ustawodawcza i częściowo sądownicza są kontrolowane przez głowę państwa. Prezydent osobiście nadzoruje stosowanie aktów normatywnych oraz rozlicza urzędników z ich zadań. Prawa człowieka i obywatela na Białorusi, zarówno w płaszczyźnie prawa prywatnego, jak i publicznego, są łamane i to na każdym poziomie. Represyjność działań organów władzy, ingerencja państwa w każdą sferę życia jest przemożna. Konstytucja gwarantuje wprowadzić formalnie prawa człowieka i obywatela, ale ma charakter semantyczny i wykonywanie jej zapisów nie tylko w praktyce życia społecznego, ale nawet w zakresie ustaw, rozporządzeń i aktów administracyjnych niższego rzędu pozostawia wiele do życzenia.

Zauważyć należy, że w efekcie zmian przyjętych w wyniku referendum w 1996 r. zmodyfikowano system władzy, rozszerzając kompetencje Prezydenta, a marginalizując rolę władzy wykonawczej i rządu. W rezultacie sformułowano podstawy kształtujące dyktatorski model prezydentury A. Łukaszenki. W jego rękach spoczywa pełnia władzy – to on podejmuje najważniejsze strategiczne decyzje w państwie. Charakterystyczną cechą białoruskiego systemu jest to, że formalnie A. Łukaszenka nie odrzuca demokracji jako takiej, stara się natomiast manipulować niektórymi jej procedurami, w tym instytucją referendum. W odczuciu społeczeństwa władza prezydencka stała się synonimem władzy państwowej<sup>38</sup>, przy czym – co ciekawe i charakterystyczne – A. Łukaszenka cieszy się wyraźnie poparciem znaczących grup społecznych<sup>39</sup>, z wyjątkiem niektórych przedstawicieli inteligencji,

<sup>37</sup> W kwestii pozycji głowy państwa i funkcji ustrojowych Prezydenta zob. R. Balicki, *Głowa państwa w rozwiązaniach konstytucyjnych różnych systemów rządów*, [w:] T. Mołdawa, J. Szymanek (red.), *Systemy rządów. Dylematy konstytucyjnej regulacji i praktycznej funkcjonalności*, Warszawa 2007, s. 11–28.

<sup>38</sup> W literaturze podkreśla się, że A. Łukaszenko postrzega siebie w kategoriach typowych dla kultury i dziedzictwa wschodniosłowiańskiego (rosyjsko-prawosławnego, radzieckiego). Jawi się jako emanacja pożądanego silnego organu władzy, idealnej władzy publicznej. Pojmowany jest on jako *bačka*, czyli ojciec. Określenie to w kręgach opozycji próbowano wykipić, ale przyjęło się w społeczeństwie, zwłaszcza wśród ludzi starszych, emerytów i rencistów. Jako *bačka* A. Łukaszenko zazywa estymy i szczerego uznania, jest bowiem nie tylko głową państwa, ale przede wszystkim ojcem, z którym się jest na dobre i złe. R. Czachor, *Kulturowe uwarunkowania społecznego odbioru prezydentury A. Łukaszenki*, [w:] W. Baluk, Z.J. Winnicki (red.), *Badania wschodnie. Polityka wewnętrzna i międzynarodowa*, Wrocław 2008, s. 125–133.

<sup>39</sup> W literaturze zwraca się uwagę, że fenomen popularności A. Łukaszenki opiera się na przekonaniu, że jest on jednym z ludu, blisko związanym ze społeczeństwem, którego potrzeby dobrze zna. Taki obraz kształtuje się dzięki widowiskowym i spektakularnym wizytom gospodarskim, nagłaśnianym przez środki przekazu, tudzież język wypowiedzi zbliżony do codziennej mowy mieszkańców białoruskiej prowincji. Zob. I. Bugrova, *Politische Kultur in Belarus. Eine Rekonstruktion der Entwicklung vom Großfürstentum Litauen zum Lukaschenko-Regime*, „Untersuchungen des FKKS” 1998, nr 18, s. 41; J. Prokopiuk, *Folklorystyczny wizerunek Aleksandra Łukaszenki*, „Literatura Ludowa. Dwumiesięcznik Naukowo-Literacki” 2001, nr 6(45), s. 12;



zwłaszcza humanistycznej, części działaczy mniejszości narodowych i dość wąskiej grupy opozycyjnych elit politycznych<sup>40</sup>. Polityczna izolacja kraju nie przekłada się na ograniczenie obywatelom prawa wyjazdu za granicę, zarówno do Federacji Rosyjskiej, gdzie praktycznie nie ma żadnych utrudnień, jak i do krajów Europy Zachodniej. Niewątpliwie czynnikiem, który cementuje poparcie społeczeństwa dla A. Łukaszenki, jest ograniczenie dostępu do informacji masowej, brak legalnej opozycyjnej prasy drukowanej, opozycyjnych rozgłośni radiowych i telewizyjnych. Istnieje przy tym powszechna obawa, że odsunięcie od władzy A. Łukaszenki będzie stanowić zagrożenie dla niepodległości Białorusi.

Przeciwnicy Łukaszenki bywają jednocześnie przeciwnikami opozycji politycznej, a ocenę systemu starają się czerpać z Internetu i przekazów rosyjskich i zachodnich stacji radiowych i telewizyjnych. O ile dostęp do tych pierwszych jest łatwy, o tyle zrozumienie przekazów zachodnich wymaga nader często znajomości języka, gdyż audycje w języku rosyjskim czy białoruskim emitowane z Zachodu stanowią w gruncie rzeczy niewielki margines i nie docierają do większej części potencjalnych odbiorców.

Zakwalifikowanie systemu politycznego Białorusi do któregośkolwiek z systemów funkcjonujących w literaturze naukowej nastęrcza poważne trudności. W nauce zwraca się uwagę, że postępy na drodze przemian oraz „wytrzymałość demokracji” w państwach wchodzących niegdyś w skład ZSRR zależą od tego, jaką formę rządów wybrano w okresie становienia ustroju konstytucyjnego<sup>41</sup>. Trafna wydaje się konstatacja T. Carothersa, który wy-

---

A. Regame, *Аляксандр Лукашэнка і беларусы ў лютэрку анекдотаў*, „ARCHE. Пачатак” 2001, nr 4(18). Nie oznacza to jednak, że nie pojawiają się karykatury *bački* – por. A. Czwołek, *Aleksander Łukaszenko w karykaturze politycznej*, [w:] M. Lisiecki (red.), *Sztuki wizualne jako nośniki ideologii*, Toruń 2009, s. 275–294.

<sup>40</sup> A. Łukaszenka wielokrotnie stwierdzał, że Konstytucja po zmianach w 1996 r. daje mu wręcz „carskie” prawa. Zob. T. Szymczak, *Republika Białoruś*, [w:] W. Brodziński, D. Górecki, K. Skotnicki, T. Szymczak, *Wzajemne stosunki między władzą ustawodawczą a wykonawczą*, Łódź 1996, s. 39. Podczas spotkania ze studentami Uniwersytetu w Mińsku w marcu 2003 r., prezentując wizję ustroju państwa, A. Łukaszenka mówił o dominującej pozycji głowy państwa i wskazywał, że parlament (Zgromadzenie Narodowe) winien być sprowadzony do roli łącznika między społeczeństwem a organami władzy. Zob. B. Grylak, M. Michalczuk, *System polityczny Białorusi*, [w:] W. Sokół, M. Żmigrodzki, *Systemy polityczne państw Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2005, s. 145. A. Łukaszenka podkreśla przy tym szerokie społeczne poparcie dla prezydenckiego, a nie parlamentarnego systemu sprawowania władzy. Opozycja, opowiadając się za systemem parlamentarnym, odwołuje się do tradycji Wielkiego Księstwa Litewskiego, które miało być państwem Białorusinów. Co ciekawe, nie zauważa, że WKŁ stanowiło obok Korony część Rzeczypospolitej.

<sup>41</sup> Jak stwierdza J. Zalesny, na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX w. doszło do głębokich przeobrażeń stosunków politycznych, ekonomicznych oraz w pewnym stopniu społecznych. Było to wynikiem budowy demokratycznych stosunków władzy publicznej oraz społecznej gospodarki rynkowej. Zob. J. Zalesny, *Postkomunistyczne państwa Europy Środkowo-Wschodniej wobec wyboru formy rządów (dylematy i pasczynny odniesienia)*, [w:] T. Mołdawa, J. Szymanek (red.), *Systemy...*, s. 190 i n. W kwestii tej por. B. Zawadzka, *Zmiany systemu politycznego w ustawodawstwie państw Europy Środkowej i Wschodniej 1989–1991*,

pracował kategorię państw „szarej demokracji”. Zastosował ją do państw, w których początkowe otwarcie polityczne nie powiodło się i nastąpiło, tak jak na Białorusi, wzmocnienie tendencji autorytarnych. Państwa te znajdują się między zupełną dyktaturą a stabilną demokracją liberalną. W „szarej sferze demokracji” T. Carothers wyróżnia model nieodpowiedzialnego pluralizmu i dominującej siły. W pierwszym z nich poziom wolności politycznej jest znaczący, ale instytucje demokracji płytkie i narażone na konflikty. Charakterystyczna dla tego modelu jest rywalizacja partii lub grup interesów dążących do ochrony własnych priorytetów, odcięcie elit od społeczeństwa, słaby poziom reform społecznych i gospodarczych. W modelu dominującej siły (władzy) system polityczny zdominowany jest przez przywódcę, rzadziej przez partię lub ruch, brak rywalizacji podczas wyborów, nikłe perspektywy zmiany ekipy rządzącej, zawłaszczenie państwa przez rządzących, zależność władzy sądowniczej, niski poziom politycznej partycypacji obywateli i otwartości politycznej<sup>42</sup>. W skrajnej postaci model dominującej władzy przybrać może formę absolutnie autorytarną. Do państw absolutnie autorytarnych zalicza T. Carothers Białoruś, Uzbekistan, Tadżykistan i Turkmenię<sup>43</sup>.

Nieco odmienne stanowisko prezentują T. Bodio, J. Wojnicki i P. Załęski, którzy w ramach systemów politycznych państw byłego ZSRR wyróżniają: model systemu parlamentarno-gabinetowego, model systemu prezydenckiego (istniejący ich zdaniem na Białorusi do 1996 r.), system parlamentarno-prezydencki (istniejący na Ukrainie i w Armenii), wreszcie system prezydencki wschodni zwany superprezydenckim wprowadzony na Białorusi od

---

Warszawa 1992, s. 5 i n.; G. Ekiert, *Procesy demokratyzacji w Europie Środkowo-Wschodniej – rozważania teoretyczne*, „Studia Politologiczne” 1993, nr 1–4, s. 88–89; K. Trębicka, *Zmiana systemu władzy w Europie Środkowo-Wschodniej 1989–1990: uwarunkowania i prawidłowości*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio K, vol. XII, 2005, s. 53 i n.; W. Sokolewicz, *Demokracja, rządy prawa i konstytucyjność w postsocjalistycznym społeczeństwie Europy Wschodniej*, [w:] M. Domagała (red.), *Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Szymczaka*, Łódź 1994, s. 38 i n.; J. J. Wiatr, *Europa postkomunistyczna. Przemiany państw i społeczeństw po 1989 roku*, Warszawa 2006, s. 71 i n.; T. Mołdawa, *Transformacja systemów konstytucyjnych w Europie Środkowo-Wschodniej*, [w:] B. Mrozek (red.), *Historia. Polityka. Stosunki międzynarodowe. Księga jubileuszowa na 65-lecie Profesora Józefa Kukutki*, Warszawa 1994, s. 41 i n.; A. Antoszewski, *Forma rządu*, [w:] A. Antoszewski, R. Herbut (red.), *Demokracje Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej*, Wrocław 1997, s. 52 i n.

<sup>42</sup> T. Carothers, *The End of the Transitional Paradigm*, „Journal of Democracy” 2002, nr 1(13), s. 5–21.

<sup>43</sup> Do państw nieodpowiedzialnego pluralizmu T. Carothers zaliczył Mołdawię i Ukrainę. Do państw dominującej siły – Rosję, Armenię, Azerbejdżan, Gruzję, Kirgizję, Kazachstan. Zmodyfikowawszy później nieco tę klasyfikację, wyróżnił on, istniejące jego zdaniem w 2004 r., systemy: pluralistyczny (Mołdawia, Ukraina, Gruzja, Kirgizja), półautorytarny (Rosja, Armenia, Azerbejdżan, Kazachstan) i autorytarny (do którego zaliczył te same państwa, które we wcześniejszej klasyfikacji znalazły się w systemie absolutnie autorytarnym). Zob. T. Carothers, *The End...*, s. 5–21; idem, *Презвый взгляд на демократию*, „Pro et Contra” 2005, nr 1, s. 73–80.

1996 r. Autorzy ci podkreślają, że system ten stawia prezydenta ponad innymi organami państwa, mimo formalnoprawnej zasady trójpodziału władzy, a jego naczelną ideą jest uznanie prezydenta za formalne i faktyczne centrum dyspozycji politycznej. Charakterystyczną cechą ma być także możliwość ograniczenia prawotwórczej działalności parlamentu<sup>44</sup>. Sam model przywództwa Łukaszenki określany jest przez T. Bodio i P. Załęskiego mianem „kołchozowego autorytaryzmu”<sup>45</sup>. K.A. Wojtaszczyk i W. Jakubowski wśród postsocjalistycznych systemów politycznych wskazują Białoruś, obok Turkmenistanu, jako kraj programowo odrzucający modernizację polityczną, państwo dyktatorskie, hibernujące nakazowo-rozdzielczy system gospodarczy<sup>46</sup>.

Jest rzeczą ciekawą, jakie czynniki spowodowały, iż Białoruś – początkowo, po rozpadzie ZSRR, jawiąca się jako państwo funkcjonujące w systemie parlamentarno-gabinetowym – przesunęła się do niespotykanego współcześnie w Europie systemu politycznego, charakteryzującego się dominacją prezydenta nad pozostałymi władzami i praktycznie absolutnie autorytarnym sposobem sprawowania przez niego władzy. Niewątpliwie było to wynikiem określonego układu sił politycznych<sup>47</sup>, ale także efektem sytuacji gospodarczej, braku pomocy od demokracji zachodnich<sup>48</sup>, nacisków ze strony Federa-

<sup>44</sup> T. Bodio, J. Wojnicki, P. Załęski, *Transformacja ustrojowa państw socjalistycznych*, [w:] K. A. Wojtaszczyk, W. Jakubowski (red.), *Spółeczeństwo i polityka. Podstawy nauk politycznych*, Warszawa 2007, s. 478–479.

<sup>45</sup> T. Bodio, P. Załęski, *Systemy polityczne państw WNP*, [w:] ibidem, s. 601.

<sup>46</sup> K. A. Wojtaszczyk, W. Jakubowski, *System polityczny państwa*, [w:] ibidem, s. 445. Zob. także W. Baluk, A. Czajowski, *Ustroje polityczne...*, s. 9–10. Warto pamiętać, że w tej ostatniej bardzo cennej pracy w zestawieniu tabelarycznym podstawowych informacji o krajach WNP, sporządzonym przez A. Brożynę, Białoruś określona została jako republika prezydencko-parlamentarna (podobnie zakwalifikowano Rosję i Ukrainę), przy czym wskazano, że formą rządów są rządy parlamentarne z hegemonią prezydenta. Co ciekawe, formę rządów w Rosji uznano za parlamentarną z dominacją prezydenta, podobnie jak to ma miejsce w Armenii, Gruzji, a w Azji Środkowej, np. Kirgizji. Autorzy nie wyjaśniają przy tym różnic między hegemonią prezydenta a jego dominacją. Można jedynie domyślać się, że hegemonia zakłada silniejszy wpływ prezydenta na rządy.

<sup>47</sup> Zob. w tym przedmiocie П. Натчык, *Працэс раздваеньня органаў улады ў выніку канстытуцыйнага крызысу лістапада 1996 г.*, [w:] С. Бабаеў, *Палітычная гісторыя...*, s. 137–147; А. Ляховіч, *Сыстэма ўлады і сыстэма апавыці пасьля канстытуцыйнага кразасу 1996 г.*, [w:] ibidem, s. 183–193; Р. Медведев, *Александр Лукашенко. Контуры белорусской модели*, Moskwa 2010, s. 68–127. A. Łukaszenko rozwinął proces personalizacji władzy, zmarginalizował jej podział i praktycznie wprowadził bezpośrednie rządy prezydenckie. Zob. G. Besier, K. Stokłosa, *Europa dyktatur*, Warszawa 2009, s. 394 i n.; S. White, *Communist Nostalgia and its Consequence in Russia, Belarus and Ukraine*, [w:] D. Lane, *Transformation of State Socialism. System Change, Capitalism or Something Else?*, Basingstoke – New York 2007, s. 35–56; F. Garbe, R. Lindner, *Wahlfarce in Belarus. Inszenierter Urnengang Und neuer Widerstand*, „SWP-Diskussionspapier FG 5” 2006, nr 3, s. 1–5; R. Lindner, *Selbstisolierung von Belarus. Konflikte mit Polen Und Andersen Nachbarstaaten als Sicherheitsproblem der EU*, „SWP-Aktuell” 2007, nr A57.

<sup>48</sup> *What the European Union could bring to Belarus*, „The European Union in the World”, [online] <[http://eeas.europa.eu/delegations/belarus/documents/eu\\_belarus/non\\_paper\\_1106.pdf](http://eeas.europa.eu/delegations/belarus/documents/eu_belarus/non_paper_1106.pdf)>.

cji Rosyjskiej<sup>49</sup> oraz – czego nie można lekceważyć – osobistych ambicji A. Łukaszenki<sup>50</sup>.

Przekonywająca jest konstatacja M. Śliwińskiego, że w gruncie rzeczy Białorusi, napiętnowanej wielokrotnie przez różne instancje europejskie i wskazywanej jako niedemokratyczna przez licznych badaczy, nie sposób postawić konkretnego zarzutu niedemokratycznego wyboru bądź zachowania. Konstytucja i ordynacja wyborcza wydają się mieć absolutnie demokratyczny charakter, zgodny ze standardami europejskimi. Nie można także negować, przynajmniej do ostatnich wyborów, tego, że za A. Łukaszenką opowiedziała się większość społeczeństwa i – co więcej – przeprowadzone przez niego referendum ograniczające władzę i liczebność parlamentu także było zgodne z przyjętymi w Europie zasadami. Problem nie leży więc w tym, „że ludności są narzucane niedemokratyczne decyzje i sposoby rządzenia, lecz w tym, że ludność w sposób demokratyczny podejmuje decyzje prowadzące do zniszczenia demokratycznych procedur i wprowadzenia rządów autorytarnych”<sup>51</sup>. Demokracja jest niezrozumiała przez większość białoruskiego społeczeństwa.

<sup>49</sup> J. Kliamkine, *L'homme post-sovieticus et l'idéologie libérale en Russie*, [w:] R. Berton-Hogge, M.A. Crosnier, *Ukraine, Bielorussie, Russie. Trois états en construction*, Paris 1995, s. 57; P. Usov, *The Military and Geopolitical Doctrine of Russia: New Perspectives or the Rebirth of an Empire?*, „Central and East European Watch”, [online] <[http://www.despiteborders.com/clanky/data/upimages/usov\\_ruska\\_geopolitika\\_2008\\_EN.pdf](http://www.despiteborders.com/clanky/data/upimages/usov_ruska_geopolitika_2008_EN.pdf)>; Th. Ambrosio, *The Political Success of Russia-Belarus Relations: Insulating Minsk from a „Color” Revolution*, „Demokratizatsiya” 2003, nr 3(14), s. 407–408; Г. Дракохруст, Ю. Дракохруст, Д. Фурман, *Трансформация партийной системы Беларуси...*, s. 343; A. Hatowski, *Trade relations between Belarus and Russia*, [w:] V. Bulhaka (red.), *Belarus – Russia Integration. Analytical articles*. Minsk – Warszawa 2003, s. 159–168.

<sup>50</sup> Powszechnie przyjmuje się, że w państwach demokratyzujących się istnieje zapotrzebowanie na „kreatora”, „silnego wodza” zdolnego do wprowadzenia radykalnych zmian – odmienne niż w państwach ustabilizowanej demokracji, gdzie przywódcą najbardziej pożądanym jest „organizator”, a następnie „stabilizator”. Istnieje też uzasadniony pogląd, iż w czasie przesielenia i kryzysów naród sam poszukuje charyzmatycznych, konstruktywnych przywódców, a nawet potrafi takiego przywódcę stworzyć. Zob. w tym przedmiocie B. Dziemidok-Olszewska, *Instytucja prezydenta w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Lublin 2003, s. 361–362. W tej niezwykle potrzebnej i interesującej pracy pominięto w toku rozważań Białoruś, wskazując, że nie ustanowiono w tym państwie ustroju demokratycznego, a istniejące rządy mają charakter autorytarny (ibidem, s. 8–9). Pomijanie Białorusi w rozważaniach dotyczących systemów politycznych jest dość charakterystyczne dla polskiej literatury politologicznej i konstytucyjnej. W ten sposób potraktowano także Białoruś w jakże ważnej pracy pod redakcją A. Antoszewskiego, *Systemy polityczne Europy Środkowej i Wschodniej*, Wrocław 2006, gdzie wspomniano o Białorusi jedynie przy okazji omawiania kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego, zauważając, że organizacje pozarządowe na Białorusi, wprawdzie stosunkowo liczne, są mało aktywne i nieskuteczne. Działają przy tym w niekorzystnym dla nich środowisku finansowym, które pozwala państwu na przejmowanie około 40% zagranicznych dotacji. Cechą tego systemu jest dążenie do uzależnienia ruchu związkowego od prezydenta w myśl koncepcji jedności władzy państwowej i związków zawodowych. W kwestii zapotrzebowania na „wodza” w państwach demokratyzujących się zob. także R. S. Robins, J. M. Prost, *Paranoja polityczna. Psychopatologia nienawiści*, Warszawa 1999, s. 373 i n.

<sup>51</sup> M. Śliwiński, *Analiza porównawcza systemów politycznych*, [w:] *Drogi do współczesności*, t. 1, Warszawa 2005, s. 125.

\* \* \*

Analiza systemu politycznego Białorusi przekonuje, że państwo to nie spełnia podstawowych kryteriów państwa demokratycznego, co zdaje się potwierdzać ocena dokonana przez Komisję Wenecką Rady Europy w październiku 2004 r. Uniemożliwiło to Białorusi jako jedynemu państwu europejskiemu uzyskanie statusu członka stowarzyszonego Rady Europy. Białoruś znajduje się także poza obrębem oddziaływania gospodarczego i politycznego Unii Europejskiej i nie jest objęta programem Partnerstwa Wschodniego. Działania KBWE/OBWE mają charakter niezwykle formalny, a i tak poddawane są totalnej krytyce ze strony aparatu Prezydenta. Taki stan rzeczy, tj. sprowadzenie Białorusi do roli pariasa Europy, jest – co paradoksalne – korzystne dla reżimu A. Łukaszenki, gdyż wyjmuje Białoruś całkowicie spod kontroli niezależnych organizacji i organów europejskich, sprzyja natomiast nawiązywaniu bliskich kontaktów nie tylko z Rosją, od której Białoruś wydaje się całkowicie uzależniona, lecz także Wenezuela, Iranem i Chinami.

## Summary

### *President in the political system of Belarus*

Keywords: Belarus, political system, president, regime.

Introduction to the political system of Belarus of the institution of president required changes to the Constitution and caused serious disputes during the work process of the Supreme Council concerning the institution itself, the election procedure, the possibility of dismissal, competences and relations between the president, the legislature and the government. The present analysis of the political system of Belarus shows that this state does not meet the basic criteria of a democratic state, which seems to be confirmed in the assessment made by the Council of Europe Venice Commission in October 2004, making it impossible for Belarus as the only European country to obtain the status of associate member of the Council of Europe.



**Jarosław Szczechowicz**  
Katedra Postępowania Cywilnego  
Wydział Prawa i Administracji UWM

**Consumer protection in the light of Directive  
2008/122/EC of 14<sup>th</sup> January 2009  
on the protection of consumers in respect  
of certain aspects of timeshare, long-term  
holiday product, resale and exchange contracts**

**Introductory issues**

European Union consumer policy, initiated in the Mid 70's, led to the establishment of legislation, which aims at the broadly understood consumer protection. It has been formed and determined by means of legal instruments, known as directives. Directives create and determine the basis of consumer policy legal standards. Community law is superior to Member States regulations, since Member States are obliged to implement this legislation, therefore Member States adjust their own regulations to the European Union legislation. The harmonization of Member States law ensues basing on policies embedded in directives. The evaluation of the European Union consumer protection laws in force must be conducted both in the light of regulations of certain directives as well as by the prism of national implementation means.

One of the fields regulated by the Member States law in terms of consumer protection are tourist services. Particular group of services, namely timeshare, is functionally associated with the branch of tourism. Timeshare relates to the right of acquiring the right to use things, most frequently an immovable property (for instance, holiday resort, hotel, guesthouse, suite, bungalow) for consideration for tourist purposes over a defined period during a year or over a defined number of years.

Consumer right to spending particular time (one or a few weeks) of a year in a holiday facility is also referred to as holiday property right.

The concept of timeshare was already covered by the Directive 94/47 of the European Parliament and the Council of 26<sup>th</sup> October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis<sup>1</sup>. However, the normative definition timeshare was first introduced by Directive 2008/122 of the European Parliament and the Council of 14<sup>th</sup> February 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts<sup>2</sup>. Until the Directive 2008/122 came into effect, the term timeshare was doctrinal in nature. Since the Directive 94/47 of 1994 came into effect, timeshare has evolved. New holiday products, which were not covered by the provisions concerning the use of immovable properties on a timeshare basis, appeared on the market. The most common forms of such an activity on the market are long-term holiday product, resale and exchange contracts as well as other ancillary to timeshare contracts. These products are sold similarly to timeshare services. Since they were not covered by the Directive 94/47, it enabled the unfair traders to circumvent the laws. As the consequence, the phenomenon was the source of considerable problem for both the consumers and the traders offering timeshare services basing on the provision of Directive 94/47. Taking into account the growing interest of consumers in a new type of services regarding entering into timeshare contracts, the European Parliament decided to create regulations which would protect the consumers, who purchase such services. The European Parliament and the Council by enacting the Directive 2008/122 aimed at updating the provisions of Directive 94/47 and introducing new regulations concerning new similar holiday products and transactions involving timeshare contracts, such as resale and exchange contacts, whose lack of restricted proper consumer protection. Member States shall adopt and publish the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with the Directive 2008/122 by 23<sup>rd</sup> February 2011.

### **The purpose and scope of Directive**

The purpose of the Directive, besides increasing the protection of consumers was to create fundamentals of the proper functioning of the internal market and to achieve a high level of consumer protection, by approximating

---

<sup>1</sup> The Official Journal of the European Communities L 280 of 29.10.1994, p. 83; hereinafter referred to as Directive 94/47.

<sup>2</sup> The Official Journal of the European Communities L 33 of 3.02.2009, p. 10, hereinafter referred to as Directive 2008/122.



the laws, regulations and administrative provisions of the Member States in respect of certain aspects of the marketing, sale and resale of timeshares and long-term holiday products as well as exchange contracts.

The Directive applies to trader-to-consumer transactions. According to the definition of Directive 2008/122, a “trader” is a natural or legal person who is acting pro purposes relating to that person’s trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader, whereas a “consumer” means a natural person who is acting for purposes which are outside that person’s trade, business, craft or profession.

### **The objective scope of Directive**

Directive 2008/122 introduces a number of new definitions describing its objective scope. Timeshare contract means a contract, entered into by a consumer and a trader, of a duration of more than one year under which a consumer, for consideration, acquires the right to use one or more overnight accommodation for more than one period of occupation. Thus, timeshare contract should not be understood as covering multiple reservations of accommodation, including hotel rooms, in so far as multiple reservations do not imply rights and obligations beyond those arising from separate reservations. Nor should timeshare contracts be understood as covering ordinary lease contracts since the latter refer to one single continuous period of occupation and not to multiple periods. The definition of a timeshare contract does not limit to the right to use overnight accommodation only in immovable properties, therefore it also includes the accommodation on pleasure boats or in caravans. However, this regulation does not cover contracts in which a consumer is not guaranteed accommodation, for instance renting a parking sport for a caravan.

Long-term holiday product contract means a contract of a duration of more than one year under which a consumer, for consideration, acquires primarily the right to obtain discounts or other benefits in respect of accommodation, in isolation or together with travel or other services. By definition, long-term holiday product contract should not be understood as covering ordinary loyalty schemes which provide discounts on future stays in the hotels of a hotel chain. Similarly it should not be understood as contracts under which a consumer, for a consideration, obtains cards granting discounts in hotels, and contracts of a duration of less than one year. Other contracts whose main aim is not to provide a consumer with discounts or other benefits in respect of accommodation should also not be understood as a long-term holiday product contract, as providing discounts is not the main purpose of such agreements.

Resale contract means a contract under which a trader, for consideration, assists a consumer to sell or buy a timeshare or a long-term holiday product. The introduction of this contract into the Directive aims at the legal regulation of contracts involving mediation between a consumer, who wants to sell or buy timeshare or long-term holiday products, and a trader.

Exchange contract means a contract under which a consumer, for consideration, joins an exchange system which allows that consumer access to overnight accommodation or other services in exchange for granting to other persons temporary access to the benefits of the rights deriving from that consumer's timeshare contract.

Ancillary contract means a contract under which the consumer acquires services which are related to a timeshare contract or long-term holiday product contract and which are provided by the trader or a third party on the basis of an arrangement between that third party and the trader. The objective of ancillary contracts are services involving the exploitation of the accommodation, for instance contracts with regard to providing electricity, water, refuse collection services, maintenance, as well as contract involving administering various types of common facilities.

It should also be noticed that the Directive 2008/122 with reference to timeshare and long-term holiday products contracts states that in order to define the actual duration of the contracts, any provision in the contract allowing for tacit renewal or prolongation shall be taken into account. The aim of such an action is to preclude traders from circumventing provisions concerning the duration of timeshare and long-term holiday product contracts. The actual duration of the contract, taking into account the extension or renewal of a contract, contributes to the factor being considered as valid and fulfilling the provisions embedded in the Directive. This indicates that, for instance, entering into a contract, which in its characteristics is similar to a timeshare contract, however, the duration period is shorter than the minimum period (over a year) and the extension of the duration time is performed by the application of an annex, according to the Directive means entering into a timeshare contract.

Advertising concerning timeshare, long-term holiday products, resale and ancillary contracts

The Directive 2008/122 imposes an obligation that where a timeshare, long-term holiday product, resale or exchange contract is to be offered to a consumer in person at a promotion or sales event, the trader shall clearly indicate in the invitation the commercial purpose and the nature of the event. In addition, the trader in an advertisement shall not offer a timeshare or a long-term holiday as an investment.

## **Pre-contractual information**

Directive 2008/122 states that before the consumer is bound by any contract or offer, the trader shall provide the consumer, in a clear and comprehensible manner, with accurate and sufficient information. This obligation concerns both timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contract. A trader shall provide the consumer with information on separate forms, designed for particular type of contract.

In case of timeshare agreements a consumer will receive information in the form of a standard information form set out in Annex I as well as information required in the third part of this form. The forms were introduced in the form of Annexes to the Directive. Standard information form for timeshare contracts in the first part includes:

- identity, place of residence and legal status of the trader(s) which will be party to the contract,
- short description of the product (e.g. description of the immovable property),
- exact nature and content of the right(s),
- exact period within which the right which is the subject of the contract may be exercised and, if necessary, its duration,
- date on which the consumer may start to exercise the contractual right, if the contract concerns a specific property under construction, date when the accommodation and services/facilities will be completed/available,
- price to be paid by the consumer for acquiring the right(s),
- outline of additional obligatory costs imposed under the contract; type of costs and indication of amounts (e.g. annual fees, other recurrent fees, special levies, local taxes),
- a summary of key services available to the consumer (e.g. electricity, water, maintenance, refuse collection) and an indication of the amount to be paid by the consumer for such services,
- a summary of facilities available to the consumer (e.g. swimming pool or sauna): are these facilities included in the costs indicated above and, if not, specify what is included and what has to be paid for,
- is it possible to join an exchange scheme and, if yes, specify the name of the exchange scheme,
- indication of costs for membership/exchange,
- has the trader signed a code/codes of conduct and, if yes, where can it/they be found.

The second part of the standard information form for timeshare contracts includes general information, namely:

- the consumer has the right to withdraw from this contract without giving any reason within 14 calendar days from the conclusion of the contract or any binding preliminary contract or receipt of those contracts if that takes place later,

- during this withdrawal period, any advance payment by the consumer is prohibited. The prohibition concerns any consideration, including payment, provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt etc. It includes not only payment to the trader, but also to third parties,
- the consumer shall not bear any costs or obligations other than those specified in the contract,
- in accordance with international private law, the contract may be governed by a law other than the law of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled and possible disputes may be referred to courts other than those of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled,
- signature of the consumer.

The third part of the standard information form for timeshare contract includes additional information to which the consumer is entitled and where it can be obtained specifically (for instance, under which chapter of a general brochure):

1. Information about the rights acquired:

- conditions governing the exercise of the right which is the subject of the contract within the territory of the Member States(s) in which the property or properties concerned are situated and information on whether those conditions have been fulfilled or, if they have not, what conditions remain to be fulfilled,
- where the contract provides rights to occupy accommodation to be selected from a pool of accommodation, information on restrictions on the consumer's ability to use any accommodation in the pool at any time.

2. Information on the properties:

- where the contract concerns a specific immovable property, an accurate and detailed description of that property and its location; where the contract concerns a number of properties (multi-resorts), an appropriate description of the properties and their location; where the contract concerns accommodation other than immovable property, an appropriate description of the accommodation and the facilities,
- the services (e.g. electricity, water, maintenance, refuse collection) to which the consumer has or will have access to and under what conditions,
- where applicable, the common facilities, such as swimming pool, sauna, etc., to which the consumer has or may have access and under what conditions.

3. Additional requirements for accommodation under construction (where applicable):

- the state of completion of the accommodation and of the services rendering the accommodation fully operational (gas, electricity, water and tele-

phone connections) and any facilities to which the consumer will have access,

- the deadline for completion of the accommodation and of the services rendering it fully operational (gas, electricity, water and telephone connections) and a reasonable estimate of the deadline for the completion of any facilities to which the consumer will have access,
- the number of the building permit and the name(s) and full address(es) of the competent authority or authorities,
- a guarantee regarding completion of the accommodation or a guarantee regarding reimbursement of any payment made if the accommodation is not completed and, where appropriate, the conditions governing the operation of such guarantees.

4. Information on the costs:

- an accurate and appropriate description of all costs associated with the timeshare contract; how these costs will be allocated to the consumer and how and when such costs may be increased; the method for the calculation of the amount of charges relating to occupation of the property, the mandatory statutory charges (for example, taxes and fees) and the administrative overheads (for example, management, maintenance and repairs),
- where applicable, information on whether there are any charges, mortgages, encumbrances or any other liens recorded against title to the accommodation.

5. Information on termination of the contract:

- where appropriate, information on the arrangements for the termination of ancillary contracts and the consequences of such termination,
- conditions for terminating the contract, the consequences of termination, and information on any liability of the consumer for any costs which might result from such termination.

6. Additional information:

- information on how maintenance and repairs of the property and its administration and management are arranged, including whether and how consumers may influence and participate in the decisions regarding these issues,
- information on whether or not it is possible to join a system for the resale of the contractual rights, information about the relevant system and an indication of costs related to resale through this system,
- indication of the language(s) available for communication with the trader in relation to the contract, for instance in relation to management decisions, increase of costs and the handling of queries and complaints,
- where applicable, the possibility for out-of-court dispute resolution,
- signature of the consumer.

In case of long-term holiday product contracts the consumer will obtain the information concerning the entrance into the contract in the form of a standard information form set out in Annex II as well as information required in the third part of this form. The first part of the standard information form for long-term holiday product contract includes:

- identity, place of residence and legal status of the trader(s) which will be party to the contract,
- short description of the product,
- exact nature and content of the right(s),
- exact period within which the right which is the subject of the contract may be exercised and, if necessary, its duration,
- date on which the consumer may start to exercise the contractual right,
- price to be paid by the consumer for acquiring the right(s), including any recurring costs the consumer can expect to incur resulting from the right to obtain access to the accommodation, travel and any related products or services as specified,
- the staggered payment schedule setting out equal amounts of installments of this price for each year of the length of the contract and the dates on which they are due to be paid. After year 1, subsequent amounts may be adjusted to ensure that the real value of those installments is maintained, for instance to take account of inflation,
- outline of additional obligatory costs imposed under the contract; type of costs and indication of amounts (e.g. annual membership fees),
- a summary of key services available to the consumer (e.g. discounted hotel stays and flights): Are they included in the costs indicated above? If not, specify what is included and what has to be paid for (e.g. three-night stay included in annual membership fee, all other accommodation must be paid for separately),
- has the trader signed a code/codes of conduct and, if yes, where can it/they be found?

The second part of the standard information form for long-term holiday product contract includes general information, namely:

- the consumer has the right to withdraw from this contract without giving any reason within 14 calendar days from the conclusion of the contract or any binding preliminary contract or receipt of those contracts if that takes place later,
- during this withdrawal period, any advance payment by the consumer is prohibited. The prohibition concerns any consideration, including payment, provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt etc. It includes not only payment to the trader, but also to third parties,

- the consumer has the right to terminate the contract without incurring any penalty by giving notice to the trader within 14 calendar days of receiving the request for payment for each annual installment,
- the consumer shall not bear any costs or obligations other than those specified in the contract,
- in accordance with international private law, the contract may be governed by a law other than the law of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled and possible disputes may be referred to courts other than those of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled,
- signature of the consumer.

The third part of the standard information form for long-term holiday product contract includes additional information to which the consumer is entitled and where it can be obtained specifically (for instance, under which chapter of a general brochure):

1. Information about the rights acquired:

- an appropriate and correct description of discounts available for future bookings, illustrated by a set of examples of recent offers,
- information on the restrictions on the consumer's ability to use the rights, such as limited availability or offers provided on a first-come-first-served basis, time limits on particular promotions and special discounts.

2. Information on the termination of the contract:

- where appropriate, information on the arrangements for the termination of ancillary contracts and the consequences of such termination,
- conditions for terminating the contract, the consequences of termination, and information on any liability of the consumer for any costs which might result from such termination.

3. Additional information:

- indication of the language(s) available for communication with the trader in relation to the contract, for instance in relation to the handling of queries and complaints,
- where applicable, the possibility for out-of-court dispute resolution,
- signature of the consumer.

In case of resale contracts, the consumer shall obtain the information concerning the entrance into the contract in the form of a standard information form set out in Annex 3 of this form. The first part of the standard information form for resale contract includes:

- identity, place of residence and legal status of the trader(s) which will be party to the contract,
- short description of the services (e.g. marketing),
- price to be paid by the consumer for acquiring the services,

- outline of additional obligatory costs imposed under the contract; type of costs and indication of amounts (e.g. local taxes, notary fees, cost of advertising),
- has the trader signed a code/codes of conduct and, if yes, where can it/they be found?

The second part of the standard information form for resale contract includes general information, namely:

- the consumer has the right to withdraw from this contract without giving any reason within 14 calendar days from the conclusion of the contract or any binding preliminary contract or receipt of those contracts if that takes place later,
- any advance payment by the consumer is prohibited until the actual sale has taken place or the resale contract otherwise is terminated. The prohibition concerns any consideration, including payment, provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt etc. It includes not only payment to the trader, but also to third parties,
- the consumer shall not bear any costs or obligations other than those specified in the contract.,
- in accordance with international private law, the contract may be governed by a law other than the law of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled and possible disputes may be referred to courts other than those of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled,
- signature of the consumer.

The third part of the standard information form for resale contract includes additional information to which the consumer is entitled and where it can be obtained specifically (for instance, under which chapter of a general brochure):

- conditions for terminating the contract, the consequences of termination, and information on any liability of the consumer for any costs which might result from such termination,
- indication of the language(s) available for communication with the trader in relation to the contract, for instance in relation to the handling of queries and complaints,
- where applicable, the possibility for out-of-court dispute resolution,
- signature of the consumer.

In case of exchange contracts, in good time before the consumer is bound by any contract or offer, the trader shall provide the consumer, in a clear and comprehensible manner, with accurate and sufficient information in the form of standard information form set out in Annex 3 and information set out in the third part of this form. The first part of the standard information form for exchange contracts includes:



- identity, place of residence and legal status of the trader(s) which will be party to the contract,
- short description of the product,
- exact nature and content of the right(s),
- exact period within which the right which is the subject of the contract may be exercised and, if necessary, its duration,
- date on which the consumer may start to exercise the contractual right,
- price to be paid by the consumer for the exchange membership fees,
- outline of additional obligatory costs imposed under the contract; type of costs and indication of amounts (e.g. renewal fees, other recurrent fees, special levies, local taxes),
- a summary of key services available to the consumer. Are they included in the costs indicated above? If not, specify what is included and what has to be paid for (type of costs and indication of amounts; e.g. an estimate of the price to be paid for individual exchange transactions, including any additional charges),
- has the trader signed a code/codes of conduct and, if yes, where can it/they be found?

The second part of the standard information form for exchange contract includes general information, namely:

- the consumer has the right to withdraw from this contract without giving any reason within 14 calendar days from the conclusion of the contract or any binding preliminary contract or receipt of those contracts if that takes place later. In cases where the exchange contract is offered together with and at the same time as the timeshare contract, only a single withdrawal period shall apply to both contracts,
- during this withdrawal period, any advance payment by the consumer is prohibited. The prohibition concerns any consideration, including payment, provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt etc. It includes not only payment to the trader, but also to third parties,
- the consumer shall not bear any costs or obligations other than those specified in the contract,
- in accordance with international private law, the contract may be governed by a law other than the law of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled and possible disputes may be referred to courts other than those of the Member State in which the consumer is resident or is habitually domiciled,
- signature of the consumer.

The third part of the standard information form for exchange contract includes additional information to which the consumer is entitled and where it can be obtained specifically (for instance, under which chapter of a general brochure):

1. Information about the rights acquired:

- explanation of how the exchange system works; the possibilities and modalities for exchange; an indication of the value allotted to the consumer's timeshare in the exchange system and a set of examples of concrete exchange possibilities,
- an indication of the number of resorts available and the number of members in the exchange system, including any limitations on the availability of particular accommodation selected by the consumer, for example, as the result of peak periods of demand, the potential need to book a long time in advance, and indications of any restrictions on the choice resulting from the timeshare rights deposited into the exchange system by the consumer.

2. Information on the properties:

- a brief and appropriate description of the properties and their location; where the contract concerns accommodation other than immovable property, an appropriate description of the accommodation and the facilities; description of where the consumer can obtain further information.

3. Information on the costs:

- information on the obligation on the trader to provide details before an exchange is arranged, in respect of each proposed exchange, of any additional charges for which the consumer is liable in respect of the exchange.

4. Information on the termination of the contract:

- where appropriate, information on the arrangements for the termination of ancillary contracts and the consequences of such termination,
- conditions for terminating the contract, the consequences of termination, and information on any liability of the consumer for any costs which might result from such termination.

5. Additional information:

- indication of the language(s) available for communication with the trader in relation to the contract, for instance in relation to the handling of queries and complaints,
- where applicable, the possibility for out-of-court dispute resolution,
- signature of the consumer.

The trader shall provide the consumer, in a clear and comprehensible manner, with all the pre-contractual information which is free of charge, on paper or on another durable medium which is easily accessible to the consumer. According to the Directive 2008/122 a durable medium is a material or device enabling storing information in a way that precludes any changes or enables to reproduce the it in the version and form in which it was first prepared or transferred for a necessary time, resulting from the character of the information and the aim of its preparation or transfer. Additionally, the consumer shall be provided with the pre-contractual information in good time before the consumer is bound by any contract or offer, so that he or she

has the opportunity of getting acquainted with its content. The information shall be drawn up in the language or one of the languages of the Member State in which the consumer is resident or a national. If there is more than one national language, the information should be drawn up in one of these languages, chosen by the consumer. Pre-contractual information shall form an integral part of the contract and shall not be altered unless the parties expressly agree otherwise or the changes result from unusual and unforeseeable circumstances beyond the trader's control, the consequences of which could not have been avoided even if all due care had been exercised. These changes shall be communicated to the consumer on paper or on another durable medium easily accessible to him, before the contract is concluded.

### **The content of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.**

#### **General comments**

It should be emphasized that Directive 2008/122 introduces almost uniform legal policies concerning the content of four types of contract embedded in the directive, namely timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts. The only exception is the long-term holiday product contract. Here, the Member State legislator applied specific solutions.

#### **Form and language requirement of the contract**

The contract shall be drawn up in writing, on paper or other durable medium, and drawn up in the language or one of the languages of the Member State in which the consumer is resident or a national, at the choice of the consumer, provided it is an official language of the Community. Additionally, the Directive 2008/122 allows for the possibility of imposing by a Member State in which a consumer is resided, a language requirement, with which the contract shall comply with. In such a case a consumer shall be provided with a contract that is drawn up in a language or one of the languages of the Member State, provided it is an official language of the Community. In the case of a timeshare contract concerning one specific immovable property, the trader provide the consumer with a certified translation of the contract in the language or one of the languages of the Member State in which the property is situated, provided it is an official language of the Community. Additionally, a Member State on whose territory a sale is conducted may require that the consumer shall be provided with a contract

that is written in a language or one of the languages of this Member State, provided it is an official language of the Community.

### **The content of a contract**

Apart from the required pre-contractual information and all the changes in the pre-contractual information, in accordance with the Directive 2008/122 a contract shall include:

- a) the identity, place of residence and signature of each of the parties; and
- b) the date and place of the conclusion of the contract.

Before the conclusion of the contract a trader shall explicitly draw the consumer's attention to the existence of the right of withdrawal, the length of the withdrawal period and the ban on advance payments during the withdrawal period. The corresponding contractual clauses shall be signed separately by the consumer.

The contract includes a separate standard withdrawal form, set out in Annex V, intended to facilitate the exercise of the right of withdrawal in accordance with Article 6. The consumer shall receive a copy or copies of the contract at the time of its conclusion.

The form which facilitates the exercise of the right of withdrawal includes the following content:

#### Right of withdrawal

The consumer has the right to withdraw from this contract within 14 calendar days without giving any reason. Konsument ma prawo odstąpić od niniejszej umowy bez podania przyczyny w terminie czternastu

The right of withdrawal starts from ... (to be filled in by the trader before providing the form to the consumer).

Where the consumer has not received this form, the withdrawal period starts when the consumer has received this form, but expires in any case after one year and 14 calendar days.

Where the consumer has not received all the required information, the withdrawal period starts when the consumer has received that information, but expires in any case after three months and 14 calendar days.

To exercise the right of withdrawal, the consumer shall notify the trader using the name and address indicated below by using a durable medium (e.g. written letter sent by post, e-mail). The consumer may use this form, but it is not obligatory.

Where the consumer exercises the right of withdrawal, the consumer shall not be liable for any costs.

In addition to the right of withdrawal, national contract law rules may provide for consumer rights, e.g. to terminate the contract in case of omission of information.

### Ban on advance payment

During the withdrawal period any advance payment by the consumer is prohibited. The prohibition concerns any consideration, including payment, provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt, etc. It includes not only payment to the trader, but also to third parties.

### Notice of withdrawal

- To (Name and address of the trader) (\*)
- I/We (\*\*) hereby give notice that I/We (\*\*) withdraw from the contract,
- Date of conclusion of contract (\*):
- Name(s) of consumer(s) (\*\*):
- Address(es) of consumer(s) (\*\*):
- Signature(s) of consumer(s) (only if this form is notified on paper) (\*\*):
- Date (\*\*):

(\*) To be filled in by the trader before providing the form to the consumer.

(\*\*) Delete as appropriate. (\*\*) To be filled in by the consumer(s) where this form is used to withdraw from the contract.

Acknowledgement of receipt of information.

Signature of the consumer.

## **The right of withdrawal**

In accordance with the Directive 2008/122 a consumer is given a period of 14 calendar days to withdraw from the timeshare, long-term holiday product, resale or exchange contract, without giving any reason. Granting the right of withdrawal without providing any specific reason constitutes an indication of protecting the consumer from pledging his credit precipitously. The withdrawal period shall be calculated.

- from the day of the conclusion of the contract or of any binding preliminary contract; or
- from the day when the consumer receives the contract or any binding preliminary contract if it is later than the date of the conclusion of the contract or any binding preliminary contract.

Where the consumer intends to exercise the right of withdrawal the consumer shall, before the expiry of the withdrawal period, notify the trader on paper or on another durable medium of the decision to withdraw. The consumer may use the standard withdrawal form set out in Annex V and provided by the trader. The deadline is met if the notification is sent before the withdrawal period has expired.

The exercise of the right of withdrawal by the consumer terminates the obligation of the parties to perform the contract. the consumer shall neither bear any cost nor be liable for any value corresponding to the service which may have been performed before withdrawal.

The Directive 2008/122 prohibits any advance payment to the trader by the consumer before the end of the withdrawal period in relation to timeshare, long-term holiday product and exchange contracts. The prohibition concerns also all the other considerations to the trader or to any third party by the consumer, including provision of guarantees, reservation of money on accounts, explicit acknowledgement of debt. In relation to exchange contract the ban is in force until the actual sale takes place or the resale contract is otherwise terminated. Where the consumer exercises the right to withdraw from the timeshare or long-term holiday product contract, any exchange contract ancillary to it or any other ancillary contract is automatically terminated, at no cost to the consumer. Where the price is fully or partly covered by a credit granted to the consumer by the trader, or by a third party on the basis of an arrangement between the third party and the trader, the credit agreement shall be terminated, at no cost to the consumer.

### **Specific provisions relating to long- term holiday product contracts**

For long-term holiday product contracts, the Directive 2008/122 states that the payment shall be made according to a staggered payment schedule. Any payment of the price specified in the contract otherwise than in accordance with the staggered payment schedule shall be prohibited. The payments, including any membership fee, shall be divided into yearly installments, each of which shall be of equal value. The trader shall send a written request for payment, on paper or on another durable medium, at least fourteen calendar days in advance of each due date.

From the second installment payment onwards, the consumer may terminate the contract without incurring any penalty by giving notice to the trader within fourteen calendar days of receiving the request for payment of each installment.

Imperative nature of the Directive and application in international cases  
Directive 2008/122 ensures that, where the law applicable to the contract is the law of a Member State, consumers may not waive the rights conferred on them by the Directive. Where the applicable law is that of a third country, consumers shall not be deprived of the protection granted by this Directive, as implemented in the Member State of the forum if:

- any of the immovable properties concerned is situated within the territory of a Member State, or
- in the case of a contract not directly related to immovable property, the trader pursues commercial or professional activities in a Member State or, by any means, directs such activities to a Member State and the contract falls within the scope of such activities.

## **Conclusions**

I hope that this article will clarify the concept of the Directive for timeshare contracts and that it will also contribute to the development of ideas regarding the proper and effective consumer protection in the subject matter discussed.

## **Streszczenie**

***Ochrona konsumenta w świetle Dyrektywy 2008/122/EC z 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowy produkt wakacyjny, umów odsprzedaży oraz wymiany***

Słowa kluczowe: ochrona konsumentów, *timesharing*.

Dyrektywa 2008/122/EC ma na celu zwiększenie zaufania konsumentów w branży nieruchomości oraz wyeliminowanie działań nieuczciwych przedsiębiorców. Dyrektywa ta wprowadza także nowe definicje wskazujące na jej zakres przedmiotowy: umowy o długoterminowy produkt wakacyjny, umowy odsprzedaży, umowy wymiany oraz umowy pomocnicze.





**Krystyna Szczechowicz**  
**Bogna Orłowska-Zielińska**  
Katedra Prawa Karnego Materialnego  
Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Chosen aspects of the protection of private communication in legal systems and the influence of the European Court of Human Rights jurisdiction on their formation by the application of procedural telephone interception**

### **The protection of secrecy of communication**

The right to the protection of secrecy of communication involves the right to communicate (in any form; therefore, it can be written or sound, in the form of a writing consisting of alphabet signs, images or other graphic symbols, sound signals etc.). The right excludes entities for which the content of the information transferred is not intended and the possibility that the entities, who are not the addressees of the message, will get acquainted with a given piece of information<sup>1</sup>.

According to the right to privacy, an individual must be provided with the possibility of an unfettered establishment of a contact with other people, according to one's choice, as well as the possibility of deciding about the scope of information disclosure<sup>2</sup>.

The legal system of democratic countries provides their citizens with the protection of the secrecy of communication.

The case of German constitution (*Grundgesetz*), whose first articles treat about the issue in question, exemplifies the essence and the meaning of the

---

<sup>1</sup> A. Bojańczyk, *Karnoprawne aspekty ochrony prawa pracownika do tajemnicy komunikowania się*, „Palestra” 2003, no. 1–2, p. 45.

<sup>2</sup> M. Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego*, [in:] L. Wiśniewski (ed.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, pp. 127–144.

rule concerning the protection of secrecy of communication. Article 10 guarantees the inviolability of the secrecy of communication<sup>3</sup>. This protection is not absolute and it can be limited basing on a legal act. If the limitation of such freedom serves the purpose of protecting the democratic structures of a country, the control of communication may take place without the subjects' consent.

Similarly, in Poland the art. 49 of the Constitution of the Republic of Poland states that the right to protection of the secrecy of communication can be limited, however only for the reasons and under the conditions defined by a legal act and in a way that is defined by this act.

Regulations established in particular countries provide and allow in certain cases to introduce limitations in the field of the protection of secrecy of communication. It may be associated with the necessity of providing a country with protection or, for instance, with fighting particularly threatening crimes. However, only in a scope that is necessary in a democratic country, not in a wider one. The application of the proportionality rule requires taking into consideration all the goods that a certain national interference protects, as well as all the goods that a particular interference violates. While evaluating the necessity of introducing the interference with the right to secrecy of communication, one should take into consideration all the social costs. Postal and telephone communication interception far intervenes with the sphere of an individual's rights, especially with the right to privacy, unconstrained communication and the right to keep the confidentiality of correspondence. These rights are protected by the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>4</sup> and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>5</sup>.

Without any doubts, in some cases the interference with the secrecy of communication in a modern country is inevitable. A country which is obliged to provide safety stands before a difficult task as it has to take into consideration the threats of terrorism and organized crime. Technical improvements, which influence the fast pace of communicating and travelling, can be used by both the authorities, for the purpose of national protection, and by the criminals.

The telephone communication interception, commonly known as the telephone tapping, comprises one of the most controversial sources of seizing evidence during a criminal lawsuit. This kind of actions performed by the

---

<sup>3</sup> *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949*, available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>> (last visited 26.03.2011).

<sup>4</sup> International Covenant on Civil and Political Rights opened for signature at New York 19.12.1966, ratified by Poland 3.03.1977, J.L. [D.U.] §167, n. 61.

<sup>5</sup> ECHR of 14.11.1950, ratified by Poland 7.04.1993, J.L. [D.U.] § 285, n. 61.

authorities arouse intense reactions, discussions and suspicion associated with the secrecy of the telephone tapping.

The contemporary level of technical development creates unlimited possibilities of controlling citizens. While observing the contemporary life of an average European citizen it is hard to escape the impression that we are permanently under surveillance; we are followed by video cameras at work, banks, shops and schools. The development of telecommunication together with its digitalization (e.g. GPRS) enables (by recording the data) to establish the location of the person calling us. Thanks to such technologies the discretion of millions of people is potentially threatened. A telephone, also a mobile phone, has become a regular means of interpersonal communication. We keep in touch with our families, friends and acquaintances. In such a situation and at least in this area an individual should be provided with the highest level of security.

The experiences of the contemporary democratic countries indicate that the executive power and its subjects are responsible for the security and public order and are in the possession of means whose application in the name of the public order may lead to the destruction of the democratic institutions and the reduction of civil rights. Such a situation occurs due to the fact that confidentiality and lack of external control can lead to an excessive autonomization or subjectivization of the very purpose of such actions. Moreover, it can lead to the non-observance of a proper restraint while interfering with the rights and civil liberties. Once in a while however, such situation can result from political reasons. If not, the feature of the secrecy of the communication interception makes it more prone to abuse. Public safety being one of the national goods justify the limitation of civil liberties, therefore, it requires preserving the proportionality of an admissible interference in the name of security protection and an efficient system controlling the process of retaining such proportionality in practice. Otherwise, measures applied while protecting the safety, such as a legally permitted telephone tapping, pose a risk to these freedoms themselves. This will occur when – first and foremost – the limitations introduced are arbitrary and disproportionate to the possible threats and – secondly – when they are excluded (either lawfully or factually) from the control exercised by democratic institutions. Freedom and the protection of the secrecy of communication comprise one of the fundamental constitutional rules of every democratic country.

## **Communication interception in the light of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Court of Human Rights jurisdiction**

The basic document which created the fundamentals for the European system of human rights protection is the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms drafted on 4<sup>th</sup> November 1950 in Rome, next modified by Protocols 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol 2. The Convention is drafted by the Council of Europe and is available only for the Member States of the Council. The right to respect for one's private life and one's correspondence comprise one of the fundamental human rights protected by the Convention.

Article 8 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms states that:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

The phrase "in accordance with the law" does not merely refer back to the domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention. There must be a measure of legal protection in the domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by art. 8 sec. 1. It is unlawful to allow the discretion granted to an executive to be expressed in terms of an unfettered power. As the consequence the legal measure "must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference".

The jurisdiction of the European Court of Human Rights is unequivocal in terms of the requirements concerning the quality of regulations which control the appliance of the telephone communication interception.

The foregoing issues were adjudicated in the Court's verdict regarding the *Malone v UK* case from 2<sup>th</sup> August 1984. The following theses were adopted:

1. Since telephone conversation falls under the concepts of both “private life” and “correspondence” in art. 8 of the Convention, interception of a telephone call comprises “the interference of public authority in the exercise of the right safeguarded” in art. 8.

2. The phrase “interference in accordance with the law” does not only refer to national law but also to the quality of such law, as it requires it being compliant with the Convention. The phrase thus implies – and this follows from the object and purpose of art. 8 – that there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by § 1. Especially, where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. The requirements of the Convention, notably in regard to foreseeability, cannot be exactly the same in the special context of interception of communications for the purposes of police investigations as they are where the object of the relevant law is to place restrictions on the conduct of individuals. The requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the police are empowered to resort to this secret and potentially dangerous measure.

3. Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference.

4. The interference with the rights resulting from art. 8 can be considered “necessary in a democratic society” when the system of telephone communication interception adopted by the police contains adequate guarantees against the abuse<sup>6</sup>.

This is how the European Court of Human Rights determined in the aforementioned statement and others, the requirements towards the national law regulating the issue. Such law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot

---

<sup>6</sup> See: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – orzecznictwo*, t. 2: *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, pp. 826–831; ECHR decision of 2.08.1984 regarding *Malone v. UK*, A. n. 82; ECHR report of 17.12.1982, 8691/79.

be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. The indicated requirements are identical for both continental and common law.

The European Court of Human Rights evaluates the interference with the protection of private correspondence first by examining the formal legality – the existence of regulations of proper rank, secondly by examining the substantial legality – the quality of regulations in force.

The European Court of Human Rights stated that the majority of verdicts issued in the 90’s violated art. 8 of the Convention already at the stage of examining the formal legality<sup>7</sup>. This led to the introduction of significant changes in the field of European countries legislation.

The verdicts of the Court in *Kruslin v. France*<sup>8</sup> and *Huvig v. France* cases (decision of 24<sup>th</sup> April 1990, art. 176-B, § 54–55)<sup>9</sup> should be mentioned here. With regard to these cases the European Court of Human Rights formulated the minimal guarantees, which an act referring to telephone tapping needs to include in order to protect against any violations.

Therefore, the domestic law should:

- define the categories of people liable to have their telephones tapped;

Furthermore it should determine:

- type of crime which allows for the appliance of telephone tapping;
- the limit on the duration of telephone tapping;
- the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained;
- the precautions to be taken when communicating the data to other parties, making it possible to control the recordings by a judge or defense;
- the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed, especially when the investigation was discontinued or the court acquitted the defendant<sup>10</sup>.

In these cases the Court acknowledged that the French system did not define the categories of people liable to have their telephones tapped and the type of crimes in connection to which a telephone tapping can be applied. Moreover, it did not stipulate the procedure of preparing reports concerning

<sup>7</sup> See: L. Garlicki, *Komentarz do art. 8, [in:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 1–18*, Warszawa 2010, p. 244.

<sup>8</sup> See: decision of 24.04.1990; M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, pp. 834–838.

<sup>9</sup> Compare: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, p. 862.

<sup>10</sup> See: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, pp. 860–864; idem, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2002, pp. 282–283. The Court took an identical stand in *Valenzuela Contreras v. Spain* – decision of 30.07.1998, RDJ 1998–2.

replaying the recorded conversations and did not determine the regulations concerning storing or the way of destroying the original recordings.

The aforementioned decisions led to changes in the French legislation system and to the adjustment of the system to the requirements enumerated in the decisions of the Court.

What enables meeting the requirements indicated by the Court during the trials *Kruslin v. France*<sup>11</sup> and *Huvig v. France* is first and foremost creating a catalogue of crimes in which a telephone tapping is allowed. It refers both to the procedural interception of communication, namely the one applied basing on the criminal and procedural regulations) and external interception – conducted by the competent authorities as the result of operational actions.

It should also be stated that such a catalogue of crimes involving the appliance of telephone tapping is exercised by the German law.

According to § 100a of the German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) telephone metering can be applied in case of:

1) justified circumstances which give bases to assume that the person included in the telephone metering is the offender committing a catalogued offence (katalogtat) enumerated in items 1–5 of § 100a of the *Stafprozessordnung*,

2) necessity of telephone metering to carry out criminal proceedings<sup>12</sup>.

The catalogue of offences (or crimes), which discusses cases in which the procedural interception and metering of telephone communications can be adopted, is also included in the Polish Criminal Code in art. 237 § 3. Telephone metering is permissible only when the proceedings in force or the justified fear of committing a new offence refer to the enumerated crimes.

The Russian Criminal Code (*Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации*) however, does not include such a catalogue. It only states in art. 186 § 2 that metering and recording telephone conversations can be adopted in cases of an average weight and in crimes of a serious and exceptionally serious nature<sup>13</sup>. Additionally, art. 186 of § 2 stipulates that if there is a risk of violence, extortion and other criminal acts towards the aggrieved person, witness or members of their family, relatives and close people, the interception and recording of telephone conversations can be introduced by putting forward a written application and in case of the absence of such application – basing on the legal decision of the court.

<sup>11</sup> See: decision of 24.04.1990, A. 176–A: 2, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, pp. 834–838.

<sup>12</sup> Bundesministerium der Justiz, *Strafprozessordnung*, available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>> (last visited 26.03.2011).

<sup>13</sup> *The Civil Code of the Russian Federation*, 1996, available at: <<http://www.rskodeks.ru/>> (last visited 25.03.2011).

It should also be mentioned that in the decision in connection with *Silver and others v. the United Kingdom*<sup>14</sup> case, the Court stated that the regulation which grants legal discretion to the executive power needs to determine the limits of such discretion. If the measures of secret surveillance of communications are not open to by the individuals concerned or the public at large, legal discretion of the executive power cannot be expressed in terms of an unfettered power. It would be contrary to the rule of law. The foregoing example refers also to the person of a judge and his being conferred with the power of making decisions regarding the appliance of telephone metering.

In the light of the jurisdiction of the European Court of Human Rights it should be assumed that the situation in which a domestic law does not stipulate the type of offences in which a telephone metering system can be applied is unacceptable and comprises the violation of art. 8 of the Convention.

This requirement is not met while using the general concepts, which provide the authorities with a wide scope of discretion in terms of considering the appliance of telephone metering. Such law does not provide the citizens with adequate information concerning the circumstances and conditions in which the authorities are authorized to act secretly and to interfere with the right to respect for one's private life and one's correspondence. It is unacceptable in the light of the Court's jurisdiction.

The decision concerning the *Iordachi and others v. Moldova*<sup>15</sup> case should also be mentioned here. The European Court of Human Rights noticed the violations of art. 8 of the Convention by the Moldovan authorities, inter alia violation concerning the excessive scope of subjective operational control. The plaintiffs were members of the Lawyers for Human Rights organization. They claimed that the form of the Moldovan regulations concerning the postal and telephone communications interception indicates that such measures can be applied in cases regarding unspecified serious crimes. As the consequence, in the opinion of the plaintiffs telephone metering could be applied in proceedings regarding over a half crimes enumerated in the Criminal Code.

Another requirement, which was indicated by the Court with respect to *Kruslin v. France*<sup>16</sup> and *Huvig v. France* cases, and which a domestic law needs to meet, is to define the categories of people liable to have their telephones tapped as the result of a warrant.

According to art. 237 § 4 of the Criminal Procedure Code, in Poland a legally ordered telephone metering can be applied towards:

---

<sup>14</sup> Decision of 25.03.1983, ECHR report of 11.10.1980, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75.

<sup>15</sup> ECHR decision of 10.02.2009, 25298/02.

<sup>16</sup> See: decision of 24.04.1990, A. 176-A: 2; M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, pp. 834–838.



- the suspect person,
- the defendant in the broad meaning, that is also the suspect,
- the aggrieved,
- other person who can be contacted by the defendant, the suspect and a maiori ad minus the suspect person (these can include family members, close acquaintances from work or the place of living etc.), if there is data indicating the possibility of contacting such persons and towards,
- other persons, who may be related to the offender or involved in the crime, when there is data indicating the potential possibility of such relation, for instance the abducted person's neighbors or ransom<sup>17</sup>.

As it can be noticed from what has been stated so far, the catalogue of people liable to have their phones tapped is unbounded.

A similarly wide scope of subjects, towards whom the telephone communication interception can be applied, is stipulated by art. 186 of the Russian Criminal Code. It states that telephone tapping can be applied towards a suspect, defendant and other persons in the possession of information which is important in the criminal case.

On the other hand, the German Code of Criminal Procedure stipulates in § 100a that a telephone tapping can be applied towards people who are suspected of being the offenders (or co-offenders) of crimes enumerated in points 1–5 of § 100 and towards people, who as facts suggest, exchanges messages with the defendant.

The Austrian Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*) allows the application of telephone tapping when:

- a) the telephone owner himself is suspected,
- b) there are reasons for assuming that the suspect will contact the owner of the telephone,
- c) the telephone owner allows the tapping<sup>18</sup>.

While defining the categories of people liable to have their telephones tapped, the issue of admissibility of applying such measure towards the defender arises.

An attempt of formulating a stance in this matter should begin with the statement of the European Court of Human Rights<sup>19</sup> which indicates that every person who is in need of a legal advice should be entitled to being provided with one that enables an unconstrained conversation. Hence, the relationship client – lawyer is privileged. If the lawyer is not able to talk

---

<sup>17</sup> Compare: T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, p. 290.

<sup>18</sup> Jusline, *Strafprozessordnung, Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung*, 2011, available at: <[www.jusline.at/Strafprozessordnung\\_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html)> (last visited 25.03.2011).

<sup>19</sup> Compare: *Campbell v. UK*, UKHL, 25.03.1992, A. 233, ECHR report of 12.07.1990, 13590/88.

with his client in such a way, the legal advice becomes useless and a problem associated with the right of defense and the reliability of the trial arises (art. 6 of the Convention). The aim of the Convention is to guarantee laws which are real and effective. The same thing concerns, according to the Court, the correspondence related to deliberate legal actions and legal proceedings in force.

It is difficult in such a situation to confer discretion to any authority that would control the talks between the lawyer and his client and only then evaluate them after determining the character of the conversations. This would make the foregoing laws illusory.

The Court's decision regarding the *Kopp*<sup>20</sup> v. Switzerland case should be mentioned here. The case concerned telephone metering in a lawyer's office. In the opinion of the Court the observance of the relationship client – lawyer requires to assume that all the telephone conversations from and to the lawyer's office are professional in nature. The interpretation of Swiss authorities which indicates that the regulations enable them to register and listen to lawyers' telephone conversations before determining whether they are included in the professional immunity, was not accepted by the Court. Additionally, the Court in its decisions relating to the violation of art. 8 of the Convention always examines whether the interference with rights guaranteed by the article was necessary in a democratic society. Thus, telephone communication interception, which includes particular regulations being the results of the interference of such form of evidence seizure with the rights guaranteed by the Convention and the possibility of interrogating the lawyer are not equal.

The stance of the Court should be agreed with, since the application of communication interceptions towards the defender is unacceptable, similarly to intercepting lawyer's offices as they comprise the place of work in which an unconstrained contact between the lawyer and the client should be provided. The interference with this type of contacts is not justifiable in a democratic society.

After the Court's decision regarding the change of Swiss regulations, art. 66 and 77 of the federal act forbid the telephone communication interception of lawyers. Paragraph 147 of the Code of Criminal Procedure forbids controlling and metering telephone conversations between the defender and the suspect (defendant). Taking into considerations the fact that it is not clear whether the injunction is absolute, German doctrine presents various opinions concerning the issue. H.J. Rudolphi claims that as long as the defender has not been excluded from participating in the trial under the § 138 of 1 Act no. 1, applying telephone communication interception towards him is unac-

---

<sup>20</sup> Decision of 25.03.1998, ECHR report of 16.10.1996, 23224/94.

ceptable, even if there is a justified suspicion that he cooperated with the defendant<sup>21</sup>. On the other hand, W. Joecks allows the possibility of intercepting telephone conversations of the defender if he is suspected of complicity, criminal support or foiling criminal proceedings<sup>22</sup>.

In the European legal systems, similarly to the Polish one, the authority entitled to order telephone communication interception is the judicial authority.

In Germany the only authority entitled to order telephone metering is a judge – § 100b of *Strafprozessordnung*. However, similarly to Poland, the law provides for the situation when it is the persecutor who is entitled to order it. Such situation is permissible in case of a delay which poses the risk of losing the information or hushing up or destroying the evidence of an offence. Nevertheless, the persecutor is obliged to have his decision approved by a judge within 3 days. Otherwise the order is invalid. In German law it is assumed that if the judge approves the prosecutor's order after the 3-day-term, the order should be regarded as a new decision of the judge concerning communication interception<sup>23</sup>.

The Austrian Code of Criminal Procedure (§ 149) stipulates that the decision regarding the appliance of telephone metering is made by the court. Only in cases which are urgent such decision can be made by the examining judge, who however needs to immediately obtain the court's consent, in case of the absence of the consent the device must be turned off and the recoding destroyed.

In the legal system of the United States of America in the light of general rules included in the 4<sup>th</sup> Amendment to the United States Constitution, the adoption of telephone metering is under the control of the court of law and permitted by it. The absence of such procedure exposes the police to the risk of losing the evidence – in accordance with exclusionary rule which provides that evidence obtained illegally are generally not admissible by the prosecution during the defendant's criminal trial<sup>24</sup>.

One of the fundamental requirements a domestic law has to meet in terms of protecting against any violation or abuse of the right which is to estimate the maximum time during which telephone metering can be adopted, which should arise right from the act<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Compare: H.J. Rudolph, *Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100 a, b StPo: Festschrift für Friedrich Schaffstein*, 1975, p. 627.

<sup>22</sup> Compare: W. Joeck, *Die strafprozessuale Telefonüberwachung*, "Juristische Arbeitsblätter" 1983, p. 60.

<sup>23</sup> H.J. Rudolphi, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: Beschlagnahme, Überwachung des Fernmeldeverkehrs Rasterfundung, Einsatz technischer Mittel Einsatz Verdeckter Ermittler und Durchsuchung*, 1994, p. 95.

<sup>24</sup> T. Tomaszewski, *Proces amerykański. Problematyka śledcza*, Warszawa 1996, p. 211.

<sup>25</sup> See: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, p. 860–864; idem, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, pp. 282–283. The Court took an identical stand in *Valenzuela Contreras v. Spain* – decision of 30.07.1998, RDJ 1998–2.

In the *Valenzuela Contreras v. Spain* case of 30<sup>th</sup> July 1998<sup>26</sup> the Court stated that the warranties required by the Convention should arise from the regulations. In addition, in its decision concerning case *Prada Bugallo v. Spain*<sup>27</sup> case, the Court concluded that the notion of preserving defective regulations supplemented by a constant court jurisdiction is at variance with the standards of the Convention.

The Polish Code of Criminal Proceeding mentions the requirement of estimating the maximum time during which telephone metering can be adopted. Article 238 § 1 of the Code states that intercepting and recoding telephone conversations can be introduced for the period of 3 months maximum, with the possibility of extending the term in particularly justified circumstances, by the next 3 months.

Similarly, the Russian Criminal Code also includes the requirement of estimating the maximum time during which telephone metering can be adopted and it amounts to 6 months.

It is significant when determining the fact whether domestic law protects against the authorities' abuse properly, to ensure that the information seized illegally as the result of telephone metering will not be used.

Basing on the negative premises the representatives of the Polish law formulate the following inadmissibility in evidence concerning using the information seized during the time when telephone metering was adopted; they occur when:

- the telephone was wired despite the absence of a court order – art. 237 § 1 of the Code of Criminal Procedure – or despite the absence of a persecutor's decision in cases described in art. 237 § 2;
- the telephone number which was wired differs from the one stipulated in the decision of the court of law;
- the proceedings were continued despite the fact that the term of telephone metering expired (art. 238 § 1 and 2 );
- telephone communication interception was adopted in a different crime than enumerated in art. 236 or the legal qualification of the rime has changed, as a result it does not belong to the catalogue of crimes enumerated in art. 237 § 1 of the Code of Criminal Proceeding;
- the decision concerning metering the telephone was issued before instituting legal proceeding or it was issued by an unauthorized subject (for instance, police officer confided with an investigation)<sup>28</sup>.

It should be noticed that the foregoing enumeration is not finite and comprehensive. The inadmissibility of evidence will be placed for example on

<sup>26</sup> See: M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka...*, p. 863.

<sup>27</sup> Decision of 18.02.2003, 58496/00.

<sup>28</sup> Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, p. 298.

the information seized during the interception of the defender. Such a conversation could be recorded for example during intercepting the suspect, who held a telephone conversations with his defender.

Telephone metering could also be adopted as the result of a ruse, constraint or misrepresentation. Therefore, the judicial authorities need to examine every time whether the recordings of telephone conversations can be additionally used. Similar examples of inadmissibility of evidence concerning using the recordings from the telephone interception are present in other legal systems.

In the German criminal trial, one cannot use the information seized during the telephone interception when:

- at the moment of making the decision concerning applying telephone metering there was no justified suspicion of committing the catalogued crime (§ 100a of *Strafprozessordnung*), and other measures enabled to detect the suspect's place of stay or to explain the necessary circumstances of the case;
- the telephone metering was applied towards an individual or institution, which is protected against having their telephone communication intercepted. No decision regarding determining whether in case of a delay which poses a danger to the case – the prosecutor's or the prosecutions' official's decision concerning the application of telephone metering was issued;
- the period during which the telephone interception was to be adopted expired<sup>29</sup>.

According to the Austrian criminal law there is a complete restriction towards the inadmissibility of evidence regarding using the information obtained during telephone communication interception, if the substantive circumstances stated in § 149 of *Strafprozessordnung* were not fulfilled and if the procedure of writing down the telephone conversation was inadmissible.

The Austrian law accepted the versatile regulation concerning the situation of 'an accidental coming into possession of information'. If the 'accidental entry' refers to an additional crime concerning the defendant, who provided a reason for ordering a telephone wiring, using such evidence is always possible – § 149 Act 3 point 1 of the *Strafprozessordnung*. However, if the "accidental entry" comprises information concerning committing a crime by a third person, using such information as the evidence will be admissible only when the crime is of such a serious nature that it would justify the appliance of the telephone interception itself – § 149 Act 3 point 3<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Compare: H.J. Rudolphi, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung...*, p. 108.

<sup>30</sup> K. Schmöller, *Najnowsze rozwiązania prawne w zakresie zakazu wykorzystania dowodów w austriackim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, no. 2–3, p. 69.

The current legal regulations in the Polish, German and Austrian code of criminal proceedings comply with the standards concerning telephone communication interception ordered by the law introduced by the European Court of Human Right.

One should bear in mind however, that the restrictions, which result from the regulations concerning criminal and trial proceedings and which refer to the interception of telephone communication, are directed at authorities associated with the legal proceedings, they do not concern however, private seizure of evidence with the adoption of telephone tapping.

Therefore, there are no legal bases on the ground of, for instance the Polish law to reject such evidence seized by a private person even in an unlawful way. The issue which emerges is whether using this type of evidence in a trial, especially evidence seized as the result of a crime, does not violate the rule of a fair trial, which is mentioned in art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The European Court of Human Rights in the decision regarding *Schenk v. Switzerland*<sup>31</sup> case stated that despite the fact that the art. 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not establish any regulations concerning the admission of evidence. Hence, this notion is regulated by the domestic law. Therefore, the Court cannot exclude as a rule that the illegal seizure of evidence is inadmissible. It needs to ensure whether the lawsuit was entirely reliable. Some of the judges who adjudicated in this case had a different opinion. They stated that a court of law cannot rely not only on evidence seized unfairly, but first and foremost on evidence seized illegally. If this occurs the trial cannot be recognized as a fair one in the light of the Convention.

Without any doubts issues which have a bearing on the protection of privacy and the secret of telephone communication and which are of such a significance for the citizens, should be regulated in procedural acts. Alongside with the technical development, the possibility of surveillance, thus, also telephone tapping, is enormous. The privacy of many people is threatened. This issue has stood out in the recent years as this type of evidence are submitted in a large number of cases. It is not legitimate to allow situations in which the rights guaranteed in the Convention will exist only on paper, and in the reality they will be universally violated even in the most trivial cases. Very often the information from the private or even intimate life of the third persons, not related to the criminal proceedings in any way, can be revealed.

---

<sup>31</sup> *Schenk v. Switzerland*, ECHR, 12.07.1988, 10862/ 84.

## **Streszczenie**

### ***Wybrane aspekty ochrony prywatnej komunikacji w systemach prawnych, a także wpływ jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na ich powstawanie poprzez stosowanie podsłuchu telefonicznego***

Słowa kluczowe: prawo do komunikowania się, prawa fundamentalne, podsłuch telefoniczny.

System prawny państw demokratycznych zapewnia swoim obywatelom ochronę tajemnicy komunikowania się. W poszczególnych krajach obok zagwarantowania tego prawa w niektórych przypadkach wprowadzone zostały ograniczenia w zakresie ochrony tajemnicy komunikowania się. Może to być związane z koniecznością zapewnienia ochrony indywidualnej lub ochrony kraju. Bez wątplenia zdarza się, iż ingerencja w tajemnicę komunikowania się jest nieunikniona. Przechwytywanie komunikacji telefonicznej – powszechnie znane jako podsłuch telefoniczny – to jedno z najbardziej kontrowersyjnych źródeł dowodowych. Ten rodzaj działań podejmowanych przez władze budzi skrajne reakcje, dyskusje i podejrzenia.





**Alicja Wojciechowska**

Katedra Prawa Cywilnego

Wydział Prawa i administracji UWM

## **Insurance mediation in the light of European law**

### **Introduction**

A new concept of insurance mediation with all its consequences has been enshrined in the EU Directive from 9<sup>th</sup> December 2002<sup>1</sup> (Insurance Mediation Directive 2002/92/EC). The Directive replaces the existing EU regulations, so the Directive from 1977 (77/92/EEC) and Recommendation from 1992 (92/48/EEC). Every member state was required by the European Union to adjust its legal regulation in accordance with the Directive provisions by 15<sup>th</sup> January 2005.

The countries of Central and Eastern Europe: Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Romania, Slovakia, Slovenia, Hungary, so the EU Member States were required to implement the Directive by 15<sup>th</sup> January 2005. Poland created a unified system of law in the form of laws packages, regulating the functioning of economic insurance market adopted to the EU requirements already in 2003<sup>2</sup>.

### **Directive 2002/92/EC from 9<sup>th</sup> December 2002 on the insurance mediation – its scope and definitions**

On 30<sup>th</sup> September 2002 The Ministers of Foreign Affairs in the EU countries have adopted the Directive of Insurance Mediation. The European Union Directive aims to create optimal conditions, so the European member

---

<sup>1</sup> The Directive 2002/92/EC dated 9.12.2002, concerning insurance mediation, came into effect on 15.01.2005.

<sup>2</sup> On 1.01.2003 the package of insurance acts, introducing new regulations concerning Polish economic insurance market came into effect, J.L. (D.U.) 2003, N. 122, amended 1151 with changes; J.L. (D.U.) 2003, N. 124, amended 1152 with changes; J.L. (D.U.) 2003, N. 124, amended 1154 with changes.

states of the Common Market (Single Market) were able to function in the field of financial services. The necessity of new directive adaptation is the result of both, the rapid development of new mediation forms, as well as the progressive economic integration of the EU member states. The Directive replaces the previously published Union acts – The Directive from 1976 and the Recommendation from 1991, because there were fundamental barriers to take up and operate the insurance and reinsurance activities of intermediaries in home market. The directive aims to strengthen the customers protection and to improve the possibility of choice in the insurance policies.

The definition of “insurance mediation” and “reinsurance” have been adopted. Insurance mediation has been defined as all activities concerning presentation, information, proposals or activities preparing to insurance contracts as well as the acts of insurance contracts or participation in the administration and enforcement of such agreements, in particular when the event of damage takes place. Reinsurance mediation means the same, except that it relates to reinsurance contracts.

It should be stressed that the Directive’s aim is not to eliminate from the member states’ vocabulary the following issues: insurance agent and insurance broker. The aim of insurance subject, accepted in the Directive, is to protect the agency’s interests of consumers whenever they have to deal with insurance intermediaries. A side effect is the creation of same platform for the competitive market activities of multiple operators.

According to the definition, any person who undertakes the insurance mediation and advising services related to the activity, for earnings, is called “an insurance intermediary”. The same definition concerns “a reinsurance intermediary”, except that it relates to a reinsurance business.

Throughout its content, the directive has consistently avoided the terms such as “insurance agent” or “insurance broker”, assuming that each entity (so bank, agent, post office, car dealership or broker), intermediating the insurance contracts, subject to the Directive regulations. As a result of adoption of such a formula, the protection of consumers’ interests should be identical in every case of mediation, independently from the service provider.

The Directive concerns people who do professional insurance activities, however, does not concern a different professional activity, such as a tax specialist and an accounting, who have the opportunity to provide professional advice in the field of insurance coverage. Member countries may not apply the Directive regulations in relation to people engaged in mediation services as an auxiliary activity, however, the activity should be an exception, as the protection of consumers’ interests<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Compare: art. 1, act 2, point d, e, The Directive.

The Directive provides that any person or company, undertaking insurance or reinsurance activities, must be registered in home Member State under certain minimum requirements. Their aim is to ensure competence and full professional services of an intermediary:

1) an appropriate knowledge and capacity to legal activities to the extent specified by the law of Member State regulations;

2) a good reputation;

3) being in possession of an insurance or other comparable security liability as a consequence of professional negligence;

4) providing every possible measure to protect customers from the intermediary's inability to transfer the premium to the insurance company, return the premium or transfer the amount resulting from the claim.

Regarding first requirement, the Directive allows Member States a certain flexibility in this field. The authorities establish requirements concerning intermediaries' qualification. They may also renounce the requirements of this decision if the people already carry out intermediary activities, and people occupying managerial positions in the company have the knowledge and skills "needed for their duties".

A good reputation, in principle, is an obvious thing, concerning police file of a natural person, a criminal record and past activities of avoiding bankruptcy. An agent should have the insurance liability business, regarding the entire territory of the Community. Such security should include at least 1 000 000 per claim and 1 500 000 for all claims per year.

Regarding fourth point, the Directive sets out various measures that can be taken by Member States and insurance intermediaries to protect their customers. Among these measures there is a provision in the contract that the premiums sent by the client to the intermediary are treated as if they were already paid to the insurer. But the compensation paid by the insurer to the intermediary is not treated as if that was paid to the customer, until the customer actually receives them. It is also possible for intermediaries to have cash reserves at a fixed rate of 4% of premium per year, but not less than 15 000 euros. Member States may adopt more stringent requirements, but only against intermediaries registered in their territory.

According to new Directive, Member States are required to provide a source of information about the details of insurance and reinsurance intermediaries' registration, their proper authorities and Member States where they operate. The new regulations stipulate that Member States should encourage the establishment of "adequate and effective" procedures of a Parallel resolution – of a dispute that would be necessary in case of disagreement between customers and insurance intermediaries. Their aim is to satisfy all dissatisfied customers in a no-judicial way, with existing relevant institutions.

The Directive stipulates that the insurance intermediary who intends to carry on business for the first time, but in different state from the one he is registered in, should inform the competent home authorities. The Directive allows the authorities of Financial Member States and other entities (for example: insurance companies or associations) to be involved in the process of insurance intermediaries' registration through the supervision or taking control over the appropriate authority of that State. The intermediary who did not register their business as well as insurance company using services, run the risk, which are "appropriate" sanctions that can be imposed by the appropriate authorities of the Member State.

### **Implementation of the Directive on Insurance Mediation**

Despite some differences in functioning of intermediaries insurance market in particular European countries, the legislators did not only intend to adjust the domestic legal regulations, according to EU requirements, but also to protect the consumer in a far-reaching field. The consumer's status has been strengthened by implementing the Insurance Mediation Directive in the European insurance market<sup>4</sup>. The introduction of new legal regulations and their transitional periods were also going to enable the operators, engaged till now in insurance mediation, to deal with new business conditions.

When, in particular, independent intermediaries or those active in more than one insurance company, were obliged to have liability insurance, the fact has become a significant cause of changes for this group of intermediaries.

The common market is constantly changing and adapting to new conditions. It must face many challenges<sup>5</sup>: globalization, structural changes, the growing importance of services in the economy, as well as changing EU itself, which from the Community of 12 countries has become a Union of 27 members.

The process of forming the internal market in insurance has essentially been completed. Insurance companies within the Union are the subject of official authorization and supervision by a Member State where the head office has its place. A uniform system allows insurance companies to conduct their activities throughout the EU, by the free activity establishment or guarantee the freedom of services provision<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> See: J. W. Przybytniowski, *Analiza porównawcza funkcjonowania pośrednictwa ubezpieczeniowego w Polsce i Niemczech po implementacji Insurance Mediation Directive z 2002 roku*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2009, no. 3, p. 151 and following.

<sup>5</sup> See: I. Jędrzejczyk, *Catastrophic risk and a necessity of using an insurance protection*, [in:] I. Jędrzejczyk, S. Bożyk-Węglarz, *The insurance of catastrophic risk in the European Union and the Global Changes*, Katowice 2007, pp. 9–10.

<sup>6</sup> See: J. Przybytniowski, op. cit., p. 151 and following.

The introduction of fundamental freedoms, including in particular the freedom of settlement, provision of services and freedom of the capital flow were necessary for new market's arise<sup>7</sup>. A person undertaking the economic activities in another Member State can benefit from free people's flow or the freedom in services provision. The distinction between these two freedoms is crucial because the operator has his obligations, imposed by host country's legal regulations<sup>8</sup>.

The freedom of movement<sup>9</sup> is understood as the EU citizens' right to move freely without visa and authorization, settlement<sup>10</sup>, making economic activity and employment, use of social aid in each Member State.

In insurance range this means that every insurance company, placed in one of Member States, has its right to lead the insurance business, in the form of a branch or representative office business in another Member State, providing simultaneously the possibility of acting, according to national treatment rules or subjective equal treatment entities.

The freedom of services provision<sup>11</sup> means the right to buy foreign services offered by foreign companies from the EU and also the right to sell these services. It allows the insurance company to establish its place or a branch in one of Member States, to operate in another Member State, without the necessity to create its own facility organization there, under the same conditions as native insurance companies.

## **Insurance mediation in the systems of German English, French and Polish law**

German market is highly developed among insurance markets in Europe. It is second the size of the EU markets and the fourth (after U.S., Japan and the United UK) in comparison to the market size in the world<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> See: J. Monkiewicz, *Ubezpieczenia w Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, p. 51 and following.

<sup>8</sup> See: I. Jędrzejczyk, J. W. Przybytniowski, *Transfrontier Insurance Services as Homogeneous European Market Development Direction*, *Vyvojove Trendy V Poisoovnictvie II. Progressive Trends in Insurance Industry – II*, 11–12.06.2008, Senec, Slovakia, available at: <www.spednet.sk/users/cerco/zbornik>.

<sup>9</sup> Art. 43-48 TWE.

<sup>10</sup> Compare: The European Court of Justice, issued in Case nr C-213/89 *Factoreme*.

<sup>11</sup> See: E. Sodolska, *Prawo ubezpieczeń w świetle postanowień Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, [in:] Z. Brodecki, M. Serwach, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Gdańsk 2005, p. 1282.

<sup>12</sup> W. Piaskowski, *Niemiecki rynek ubezpieczeniowy*, [in:] J. Monkiewicz (ed.), *Jednolity rynek ubezpieczeń w Unii Europejskiej. Procesy rozwoju i integracji*, Bydgoszcz – Warszawa, 2005, p. 235; CEA Statistics no. 34 and 36, *European Insurance In Figures*, July 2007 and October 2008; *Word Insurance in 2007*, Sigma no. 3/2008.

Legal solutions in Germany<sup>13</sup>, in force since 22<sup>nd</sup> May 2007<sup>14</sup>, regarding insurance mediation's functioning, are the result of a new attempt of normalization of overall issues related to the distribution of insurance services from both the subjective (entities categories in mediation), as well as objective (specification – what the insurance mediation is and what are the so-called activities of intermediary)<sup>15</sup>.

As for the insurance activity, according to German law, a division can be noticed – there are “independent intermediaries” – where insurance agents and brokers are included. There are also “dependent intermediaries”, including employees, i.e. people engaged in the activities of concrete insurance company<sup>16</sup>.

An insurance broker represents first of all the interests of his customer against the insurer and generally he works only for him. This is a person not attached to the permanent mediation but obliged to mediation when signing the insurance agreements in favor of the insured as the range of his professional activity and, at the same time, an insurance broker appears as a provider, offering his own product. The target audience for this service is both demand side and supply side of the insurance market. All the services provided by the insurance broker consist of many items and generally last for a longer period<sup>17</sup>. It is important that the broker has the client's mandate, and he receives a commission from the insurer<sup>18</sup>. A broker cannot be in any way depending on the insurer. In German legal system the permission from supervisory authority in the field of brokerage business is not required as in the activity stands the rule of “libertarian system”<sup>19</sup>.

According to German law, the insurance agent is a merchant registered in the commercial register (and therefore its activity is not ranked as, so called, free professions, like in France). German agents collect no premiums and do not eliminate damages. The agents are allowed by law to play the multiagents role and they are related to many insures, according to the contract. They work behalf and on behalf of insurance companies they represent. A multiagent can work, in some extent, independently from the insu-

<sup>13</sup> D. Goerz, Ch. Henseler, R. Perschk, *Versicherungsvermittlergesetz. Praxis-Leitfaden für den ungebundenen Versicherungsvertrieb zur EU-Vermittlerrichtlinie*, Mit allen Änderungen ab 22.05.2007 LexisNexis.

<sup>14</sup> Das Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts.

<sup>15</sup> See: J. Przybytniowski, op. cit., p. 152.

<sup>16</sup> See: H. Eichler, *Versicherungsrecht*, Karlsruhe 1976, pp. 83–84.

<sup>17</sup> See: W. Traub, *Marktfunktion und Dienstleistung des Versicherungsmaklers auf der Grundlage informationsökonomischer Ergebnisse*, Karlsruhe 1995, p. 49 and others.

<sup>18</sup> See: H.A. Griess, M. Zinnert, *Der Versicherungsmakler; Position und Funktion aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht, Ein Handbuch für die Praxis, Verlag Versicherungswirtschaft*, Karlsruhe 1992, p. 40.

<sup>19</sup> See: C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, p. 19 and others.

rance company. Although he is able to choose the insurer to start their cooperation<sup>20</sup>, large insurance companies treat this as a serious violation of the principle of loyalty and trust. In these circumstances, the situation of German agents is considered as the least favorable in the European Union<sup>21</sup>.

An insurance agent can be any person chosen by the insurer, but insurance broker, as he works for the insured, must be the inspection subject of States authorities. As opposed to brokers, agents are not sworn but have to go through market research in different ranges and they are not required to their opinion of the bestowal of confidence, competence assessment and usefulness<sup>22</sup>.

The insurance agent who is contractually related with "exclusivity" to only one insurer, is called the exclusive representative<sup>23</sup>. He is obliged to distribute only one insurance company's products. Working for other company is forbidden. He is not employed by the insurer, but operates independently. However, apart from the contractual provisions, he is related to insurer's regulations and rules. In this way, the autonomy granted to the agent by law is limited and in the field his position is similar to an employee working for an insurer.

In the system of English law the concept of "insurance intermediary" means a person not employed by insurer, who settles insurance for others who are not employed by the insurer. Among insurance intermediaries there is a distinction between insurance agents, insurance brokers and other intermediaries, independent from any insurer<sup>24</sup>. In English law an insurance agent is a person directly employed by the insurer or subjected to its superiority and even if the agent will not deal with the insured all the time, he will be related to the insurer<sup>25</sup>.

In English literature an insurance broker is defined as "an insurance agent of insured"<sup>26</sup>. An insurance broker acts on behalf of his customer. They are not associated with the insurer by any legal relationship nor the broker has any obligations<sup>27</sup>. The British Insurance Brokers' Council stresses that an insurance broker is able to choose the insurer completely on his own<sup>28</sup>.

Insurance brokerage in France has its legal insurance regulation in the Code des Assurances<sup>29</sup>. According to French legal system of intermediaries,

<sup>20</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>21</sup> See: D. Burg, *Cacophonie regne dans FUE L'Argus* from 15.03.1996.

<sup>22</sup> See: H.A. Griess, M. Zinnert, op. cit., p. 30.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> See: M. Clarke, *The law of insurance agent*, London 1980, p. 189.

<sup>25</sup> See: J. Birds, op. cit., pp. 174-175.

<sup>26</sup> Ibidem, pp. 175-176.

<sup>27</sup> Compare: Roberts v. Plaisted 1989, 2 Lloyd's Rep. 341.

<sup>28</sup> British Insurance Brokers's Council Consultative Document, The Regulation of Insurance Brokers 1976, p. 4.

<sup>29</sup> G. Courtieu, G. Croquez, *Code des Assurances, deuxième édition annotée*, Kargus - Paris 1979.

the insurance intermediaries are divided into three groups<sup>30</sup>: an insurer employees, who are obliged to obtain insurance (salesmen), insurance agents, insurance brokers.

Insurance mediation can be done by insurance or reinsurance agents or brokers (courtier). Insurance agents, partners or third parties, who in some insurance mediation companies have the power of management or administration, and some general agents in France must comply with the professional abilities. Insurance broker is required to possess the diploma of higher law education (private) with an option for the law insurance diploma or higher studies diploma of specialized law disciplines, or state school diploma on insurance<sup>31</sup>.

In Poland, the Directive 2002/92/EC of the European Parliament and European Union Council on insurance mediation has been implemented in the regulations of the Act on Insurance Mediation, which amended came into force on 9<sup>th</sup> April 2005. It introduced many significant changes in the field of insurance intermediaries' activities regulations. From the standpoint of protecting the rights of the insured, major changes in the Act on Insurance Mediation refer to customer's informative obligation, the obligation to improve professional skills, the cash flow guarantee provided by intermediaries. It also specifies regulations connected with insurance intermediaries' register, including the context of free activity in other UE Member States.

In Polish law regulations<sup>32</sup> insurance mediation is defined as intermediary's activity for payment in the field of actual operations or legal activities related to insurance contracts. It can only be done by insurance agents and insurance brokers.

In Polish market a broker is an intermediary, carrying out insurance activities on behalf of entity, looking for insurance protection. This may be natural or legal person who, after meeting several conditions defined by law, has got a permission from supervisory authority to engage in brokerage activities and could be found in insurance brokers' register<sup>33</sup>. But insurance agent is an entrepreneur, having an agency agreement, who signed up insu-

---

<sup>30</sup> See: E. Kowalewski, *Pośrednictwo ubezpieczeniowe*, [in:] J. Wąsiewicz (ed.), *Ubezpieczenia w gospodarce rynkowej*, t. I, Bydgoszcz 1994, p. 113 and J. Łazowski, *Wstęp do nauki o ubezpieczeniach*, Warszawa 1948, p. 246.

<sup>31</sup> Art. 513–1 and 513 (1) *Code des Assurances*. That regulation also refers to the certificate of trade schools and other schools, which determine the ability of professional insurance agent, or the relevant experience.

<sup>32</sup> The Act from 16<sup>th</sup> July J.L. (D.U) N. 124, amended. 1154, the act from 18.02.2005 concerning the Act of insurance mediation and some other Acts from 25.03.2005, J.L. (D.U), N. 48, amended 447.

<sup>33</sup> In art. 28 of Act from 22.05.2003, concerning insurance mediation and quoted earlier, there are conditions, natural or legal person has to meet when is interested in obtaining permission to engage in brokerage.



rance contract and could be found in insurance agents' register, concluded with an insurance and registered insurance agents<sup>34</sup>.

According to legal regulations, it is possible for an insurance agent to sign more than one agreement with several companies. Like Polish and German legislative solutions, English and French ones constitute the implementation of the IMD.

#### Conclusion

What made European markets approachable were new legislative solutions, requiring brokers' formal and legal requirements, necessary to obtain a permission to work as an insurance agent and broker. However, the unification of insurance mediation market in the EU will increase its competitiveness, which in practice should result in the improvement of services and customer care.

Concern expressions about the transparency of contractual insurance relation, which are widely used in European law (and taken from community achievements), can be helpful in the range of consumers' fundamental right to information.

Taking and expanding the insurance mediation activity (border services) became easier because of the implementation of the directive in practice. The increase of theoretical and practical knowledge is the effect of filling the information gap and, at the same, is the reason of insurance awareness and the increase of the economic position of insurance brokers.

The new requirements have eliminated many intermediaries from the market (especially those unprepared for the insurance distribution as an additional after-hours activity of substantial work). They have initiated a process of consolidation and connection in the range of brokerage companies and insurance agencies.

## Streszczenie

### *Pośrednictwo ubezpieczeniowe w świetle prawa europejskiego*

Słowa kluczowe: pośrednictwo ubezpieczeniowe, usługi aktuarialne, agent, broker, usługi ubezpieczeniowe.

Celem pracy jest przedstawienie problemu prawnego w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego w szerokiej perspektywie prawa europejskiego, a konkretnie dyrektywy 2002/92/WE z 30 września 2002 r. Jednolitość rynku pośrednictwa ubezpieczeniowego powoduje wzrost jego konkurencyjności w UE, a to oznacza poprawę jakości usług, jak również lepszą dbałość

<sup>34</sup> The Act if insurance mediation, art. 7.

o klientów. W niektórych krajach europejskich, głównie tych, które przystąpiły do gospodarki rynkowej po transformacji ustrojowej, rola mediatorów ubezpieczeniowych wzrasta. Analiza porównawcza w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego w Europie Środkowej i Wschodniej jest istotna z uwagi na nowe możliwości mediacji w rozwoju gospodarczym, podobne regulacje prawne i transgraniczność usług.

**Aryna Yuryna**

Odessa I.I. Mechnikov National University

## **The types of corporations in the legislation of the Ukraine, France, Germany and the USA (basic items)**

Legislations of France and Germany are the most similar to the legal system of Ukraine. The difficult and specific legal system of the USA essentially differs from the legal system of Ukraine.

It is possible to subdivide the corporations by many legal criterions: 1) by legal status; 2) by the purposes of activity; 3) by the legal regime of property; 4) by the staff of founders; 5) by the character of participants' rights; 6) by the way of organization etc.

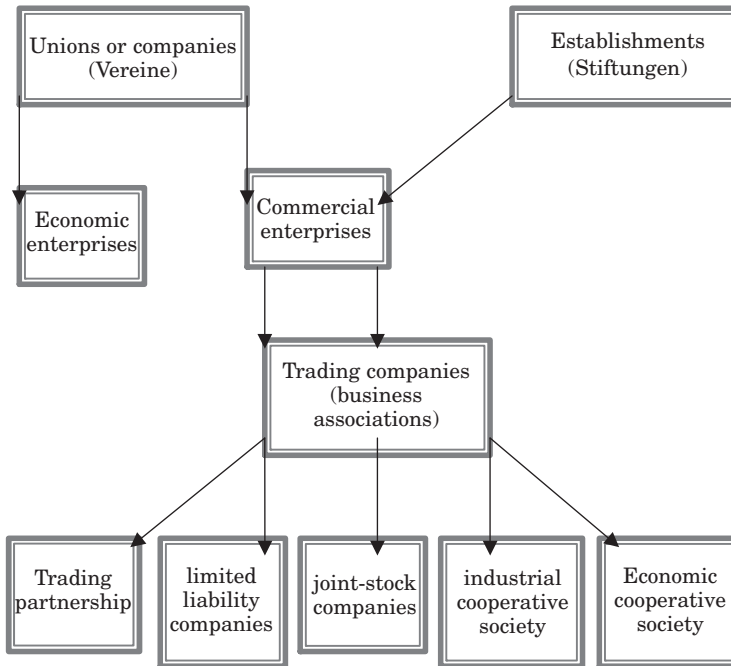
In the European Union the common classification by a legal status has been accepted. There are two types of corporations: these of public law and of private law. In Germany there are unions or companies (Vereine) and establishments (Stiftungen). Companies and unions can be divided into economic and commercial enterprises. Among trading companies (business associations) there are trading partnership, limited liability companies, joint-stock companies, industrial and economic cooperative societies (see table 1). The peculiarity is that companies can be both personable and not personable. The last includes a complete trade partnerships that are not legal entities, however, recognized under the law as carriers of certain civil rights and obligations and may sue and be sued in court.

Companies can be created for the purpose of conducting the economic, commercial enterprise or without that. If business is the purpose of the company's creation and activity – it is an economic, trading society (or the economic union).

It should be noted that terminology of German law makes no distinction in terms applicable to such models, the Ukrainian law instead recognizes the distinction between partnerships and companies. German law in all cases in relation to the total trading companies (that are not considered as legal entities), joint-stock companies and limited liability companies use the same term "Gesellschaft".

Table 1

## Types of corporations in Germany



Commercial (trade) associations – *Personenhandelsgesellschaften* – are divided into two types: full commercial partnership (*Offene Handelsgesellschaft*) and limited partnership (*Kommanditgesellschaft*).

In full partnership associations the participants are fully and severally liable. The purpose of a general partnership is trading activity. This means that by the form and extent it should conform to the concept of commercial activities. Therefore, the very general partnership is a merchant.

In a business turnover the full association operates under uniform firm. The firm of the full association should contain a surname of at least one of its participants and indications on the organizational-legal form. The name of the full association can include also surnames of all participants.

A general partnership is an independent economic unit which has its own name, may be a creditor and a debtor, may acquire property rights and other proprietary rights, may also act as a plaintiff and a defendant.

Unlike the Ukrainian legislation, the full association in Germany is not a legal entity – it has no legal personality. It is a so-called solidarity association. The property of participants of such associations belongs to them jointly: a separate participant of the association, which owns an individual share in it, does not get a separate quota (shares) in the association's property.

Quite often in the business of a merchant a person is involved only for his property investments – an individual or an entity. In the end of each business year the part of profit is paid to the private participant. The responsibility of the private participant for debts is limited by the sizes of its contribution. At the termination of the association the private participant has the right to receive the contribution in the monetary form.

An important feature of a limited liability company under German law is that this legal form may be used not only for doing business but also for any other activity that does not contradict the law.

A joint-stock company is defined as a company with its own legal personality – it is a legal entity. The company satisfies obligations to creditors only with the property. Thus, shareholders risk only the means enclosed by them in actions acquired. Limited partnership on shares is a kind of joint-stock company. This is a commercial partnership with an independent personality, in which at least one party is responsible to the creditors of unlimited partnership (personally answering participant or so-called full), and other participants participate in the authorized capital stock divided into actions, without personal responsibility for association's obligations (so-called limited partnerships shareholders).

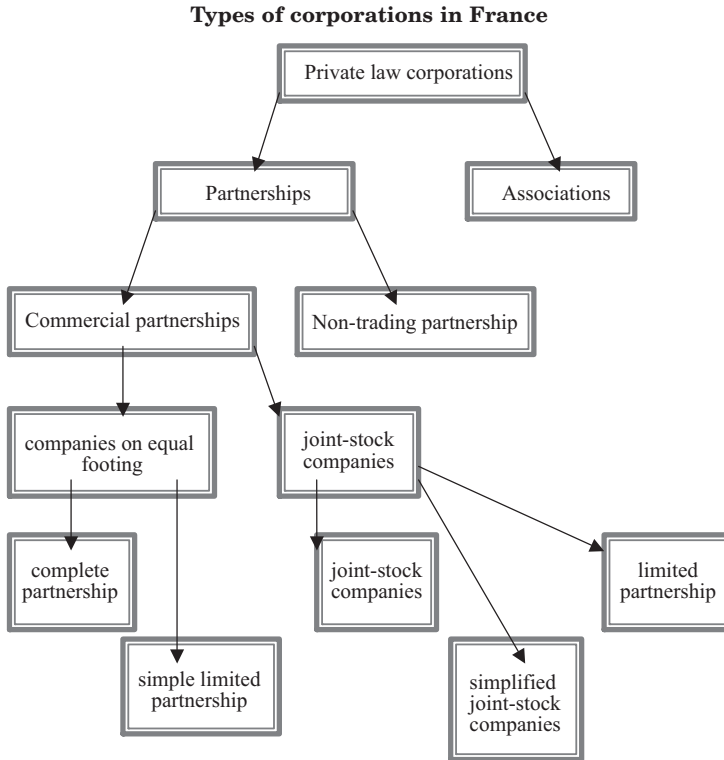
In France private law corporations are divided into partnerships and associations. There are two types of partnerships: commercial and non-trading<sup>1</sup>. Trading companies are subdivided in the companies on equal footing (a complete and simple limited partnership) and joint-stock companies (joint-stock and simplified joint-stock companies, limited partnership – see table 2). The peculiarity of limited partnerships is that the published reports are not needed.

The full association-company, which members act as businessmen and bear unlimited and joint liability for association's obligations, including company debts. This is the association of individuals and entities. According to French law a general partnership is a legal entity. Its members have the status of a merchant. They are jointly responsible for debts of the association and bear full (unlimited) responsibility. Thus it is important to consider that the rule about responsibility of participants of the full association on its debts operates not only during the existence of this legal person but also continues within five years after its liquidation. The participant can alienate the share only with the consent of other participants. For violation of this requirement the criminal liability in the form of imprisonment or in the form of the penalty is established.

---

<sup>1</sup> И.С. Кандафорова, *Гражданское и торговое право зарубежных стран*, Отдельные институты: Уч.пособие, „Одиссей”, 2003, р. 65.

Table 2



As for the limited partnership this legal form is not widespread. In Ukraine such partnership is called „faith-based”.

A simple limited partnership is a company on equal-footing which includes two types of participants: one or more single-parent members who are responsible for the company’s debts in proportion to their contributions, rather than on the status of a merchant; full members who have the status of members with full responsibility and a merchant with an unlimited and joint liability.

Among the members of this association there may be legal persons and individual businessmen. While general partners have the same status as a members of the general partnership, and apart from them in a limited partnership is involved a limited partner – those parties that do not bear a full and shared responsibility for the debts of the partnership and respond only to the extent of the size of their deposits.

In the United States there are partnerships and corporations. Corporations are divided into public and private corporations. There are also “half-public” corporations (which are created to satisfy population’s needs, for example, corporations in the field of water-supplying). Private corporations

are subdivided in business and non-profit corporations. There are a lot of types of commercial corporations: closely held and publicly held; sole and aggregate; domestic and foreign, etc.<sup>2</sup>

In European countries there are other types of associations: cartels, syndicates, industrial holdings, financial groups, trusts and concerns (monopoly union).

On the basis of what is presented above it is possible to draw a conclusion that a limited liability and joint-stock companies are the most significant and widespread organizational-legal forms of enterprise activity. Ways of forming the national legislations are the same in many countries. However, due to the peculiarities of national legislation, each country has its own specifics. Common element for nearly all countries is the use of various forms of organization of a legal entity.

In many countries a limited liability company and joint-stock company are the most important and common legal forms of entrepreneurial activity. This is because the company takes a form of organization of big business which allows to attract finance for entrepreneurial activities, as well as to contribute the most convenient and efficient business management. Limited Liability Company serves primarily to small and medium businesses.

Nowadays in Ukraine we can already speak about the superiority of joint-stock companies and limited liability companies, whose legal status is adequately regulated by the national legislation. Other legal forms of legal entities, especially given the country's economic development, deserve close attention and legal implementation through the adoption of laws regulating their legal status.

## Streszczenie

### ***Rodzaje korporacji w ustawodawstwie Ukrainy, Francji, Niemiec i USA (podstawowe zagadnienia)***

Słowa kluczowe: gospodarka rynkowa, korporacje, aspekty porównawcze.

Ukraińskiemu przejściu do gospodarki rynkowej towarzyszyło pojawienie się różnych form organizacyjno-prawnych działalności korporacji. Szerokie zagraniczne doświadczenie w organizacji pracy przedsiębiorstw odgrywa istotną rolę w poprawie cywilnego ustawodawstwa Ukrainy. W niniejszym artykule wyróżniono główne rodzaje korporacji na Ukrainie, we Francji, Niemczech i USA oraz dokonano charakterystyki porównawczej korporacji ukraińskich i zagranicznych.

---

<sup>2</sup> W. Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 1997, p. 476–483.





**Monika A. Ziniewicz**

Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Opłata adiacencka w Polsce i Niemczech**

### **Wprowadzenie**

Rozwój demograficzny oraz postępująca urbanizacja doprowadziły do znaczącego zwiększenia potrzeb infrastrukturalnych, m.in. poprzez zasadnicze powiększenie funkcjonalnych obszarów miejskich. W tej sytuacji w systemach planistycznych współczesnych państw wprowadza się przepisy prawne pozwalające uzupełniać działania inwestycyjne jednostek sektora publicznego w zakresie realizacji infrastruktury miejskiej służącej rozwojowi osadnictwa wkładem podmiotów prywatnych, zainteresowanych inwestycjami budowlanymi, zwłaszcza mieszkaniowymi<sup>1</sup>. Rząd, stwarzając takie instrumentarium gospodarki przestrzennej, ma na względzie priorytet działań gmin jako reprezentujących dobro wspólne. Odnosi się to m.in. do odpowiedniego wyposażenia gmin w dochody i źródła finansowania<sup>2</sup>.

Działania gminy zmierzające do dobra wspólnego mają na celu uporządkowany rozwój zagospodarowania gminy oraz tworzenie ładu przestrzennego. Jednak gmina nie zdoła sama udźwignąć ciężaru finansowego związanego z tą aktywnością. Bycie przez gminę aktywną w zakresie gospodarowania przestrzennego oznacza bowiem m.in.: wyznaczanie terenów pod urbanizację w najbliższym okresie, sporządzenie dla tych obszarów planów szczegółowych, dokonywanie niezbędnych komasacji (scaleń nieruchomości) i reparcelacji (podziałów nieruchomości), przeprowadzenia wykupu terenów lub wywłaszczenia, dokonywanie wymiany działek, podejmowanie budowy układu transportu oraz uzbrojenia technicznego i społecznego, nadzorowanie przebiegu procesów zagospodarowania od strony urbanistycznej oraz tworzenie własnych zasobów gruntowych<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> S.P. Marx, *Europäisches Planungsrecht und Public Private Partnerships im Städtebau*, Universität Kassel 2003, s. 16.

<sup>2</sup> A. Jędraszko, *Gospodarka przestrzenna w Polsce wobec standardów europejskich*, Urbanista, Warszawa 2008, s. 16.

<sup>3</sup> Ibidem.

Powyższe działania, szczególnie wyposażanie gruntów przeznaczonych w planach miejscowych pod urbanizację, wymagają dużych nakładów finansowych. Dlatego też jako sprawiedliwe potraktować należy rozwiązanie prawne stanowiące, że nie tylko podmioty sektora publicznego, których priorytetem działań jest dobro wspólne, ale również podmioty prywatne mają udział w tworzeniu uzbrojenia gruntów, tym bardziej iż ich nieruchomości są obsługiwane przez te urządzenia techniczne.

Wspomniane rozwiązania prawne mogą się opierać na władczych uprawnieniach lokalnych władz publicznych poprzez uzależnienie pozwoleń na nową zabudowę od wkładu inwestora w infrastrukturę publiczną bądź też opierać się na współpracy władz publicznych z prywatnymi inwestorami. W konsekwencji nie jest łatwo dokonać oceny, która forma partycypacji jest lepsza (umowa między podmiotem publicznym i prywatnym może być przez ten ostatni postrzegana jako władczo narzucona). Jednak warto zauważyć, iż przepisy te umożliwiają przyspieszenie realizacji zaplanowanych inwestycji publicznych lub realizację prywatnych inwestycji na obszarach innych niż pierwotnie planowane przez władze publiczne, w zależności od skali organizacyjnego i finansowego zaangażowania się w realizację tych przedsięwzięć podmiotów prywatnych<sup>4</sup>.

Polityka przestrzenna staje się coraz ważniejszym obszarem działań Unii i dlatego też od kilku lat Komisja Europejska zajmuje się tematyką rozwoju przestrzennego na obszarze Unii Europejskiej ze szczególną uwagą. Dziedzina zagospodarowania przestrzennego w Polsce i Niemczech również uwzględnia kierunki wytyczane przez Unię w postaci dokumentów. Pierwszym takim dokumentem była Europejska Perspektywa Rozwoju Przestrzennego<sup>5</sup> podjęta w Poczdamie 1999 r. Koncepcja ta nie ma charakteru wiążącego, lecz jedynie wskazuje wspólnie ustalone kierunki działań w ramach polityki przestrzennej<sup>6</sup>. Głównym jej celem jest zapewnienie różnorodności na obszarze Unii Europejskiej, gdyż polityka nie może poprzez wpływ na unijną strukturę przestrzenną i osadniczą ujednolicać tożsamości lokalnej i regionalnej<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> A. Nelicki, I. Zachariasz, *Ekspertyza. Rozwiązania prawne w wybranych państwach UE i USA zobowiązujące inwestorów budowlanych do zapewnienia – w porozumieniu z władzami lokalnymi – odpowiedniej infrastruktury publicznej (szkół, przedszkoli, terenów zielonych, dróg, itp.)*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 18.04.2008, s. 2–3.

<sup>5</sup> European Spatial Development Perspective (ESDP) – Europejska Perspektywa Rozwoju Przestrzennego to studium perspektyw rozwoju i zagospodarowania terytorium Unii Europejskiej, sporządzone przy szerokim udziale państw członkowskich, obejmujące także obszar krajów stowarzyszonych, przyjęte w Poczdamie w 1999 r. Dokument ten nie ma charakteru obligatoryjnego, jednak pełni ważną rolę opiniotwórczą w sferach administracji i biznesu oraz programowania średniookresowego w Unii Europejskiej, [online] <[www.funduszeuropejskie.gov.pl/Słownik/Strony/Europejska\\_Perspektywa\\_Rozwoju\\_Przestrzennego.aspx](http://www.funduszeuropejskie.gov.pl/Słownik/Strony/Europejska_Perspektywa_Rozwoju_Przestrzennego.aspx)>.

<sup>6</sup> J. Hernik, G. Olejniczak, *Planowanie przestrzenne w RFN*, Bydgoszcz – Kraków 2006, s. 14.

<sup>7</sup> ESDP, 1999, s. 17, [online] <[http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_en.pdf)>.

Europejskie prawo porządku przestrzennego poruszane jest również w Strategii Lizbońskiej (2000), Strategii Goeteborskiej (2001), Agendzie Rotterdamskiej (2004), Porozumieniu Bristolskim (2005), Karcie Lipskiej (2007), Zielonej księdze w sprawie spójności terytorialnej (2008) oraz programie *European Spatial Planning Observation Network* (ESPON). Problematyka dziedzin poruszanych w wymienionych dokumentach Unii Europejskiej dotyczy m.in. rozwijania zagospodarowania przestrzennego. Natomiast gospodarka przestrzenna to działalność mająca doprowadzić do racjonalnego wykorzystania przestrzeni w zakresie zgodnym z potrzebami społeczeństwa. W znaczeniu planistycznym zagospodarowanie przestrzenne stanowi całość czynności planowanego rozmieszczenia ludności, mieszkań, infrastruktury społecznej, technicznej i gospodarczej w celu racjonalnego zagospodarowania, funkcjonowania i użytkowania danego obszaru<sup>8</sup>. Reasumując, zagospodarowanie przestrzenne to stan przestrzeni, a więc stan terenów, zabudowy, urządzeń infrastruktury technicznej, społecznej i ekonomicznej, a także środowiska wynikły z prowadzonej gospodarki przestrzeni. Te elementy składają się na rozwój osadnictwa. Natomiast rozwój osadnictwa, czyli urbanizacja, warunkuje budowę lokalnej infrastruktury technicznej oraz stosowanie instrumentów realizacyjnych planowania przestrzennego (podział nieruchomości, scalenie i podział nieruchomości).

Niemieckie prawo w zakresie planowania i zagospodarowania przestrzennego dzieli się na prawo porządku przestrzennego i planowania krajowego oraz prawo budowlane. Prawo porządku przestrzennego i planowania krajowego nadaje ramy planowaniu makroregionalnemu – krajowemu i regionalnemu, za które odpowiedzialne są kraje członkowskie i federacja. Prawo budowlane określa natomiast zasady użytkowania i ochrony terenów oraz realizacji inwestycji, w tym zwłaszcza zabudowy mieszkaniowej oraz przemysłowej i usługowej, za co odpowiedzialne są gminy<sup>9</sup>.

Prawo porządku przestrzennego i planowania krajowego tworzy federalna ustawa o porządku przestrzennym z 1965 r.<sup>10</sup> oraz ustawy krajów związkowych o planowaniu krajowym. Ustawa o porządku przestrzennym nie zawiera ustaleń odnośnie do całościowego planowania przestrzennego dla terytorium Republiki Federalnej Niemiec, lecz organizacyjne, proceduralne i merytoryczne przepisy w zakresie zagospodarowania przestrzennego na szczeblu federalnym i krajowym. Prawo budowlane składa się natomiast z federalnej ustawy Kodeks budowlany (*Baugesetzbuch*) przyjętej w 1960 r.<sup>11</sup> oraz ustaw

<sup>8</sup> R. Cymerman, *Prognoza skutków finansowych uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, Olsztyn 2006, s. 5.

<sup>9</sup> H. Izdebski, A. Nelicki, I. Zachariasz, *Zagospodarowanie przestrzenne. Polskie prawo na tle standardów demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2007, s. 14.

<sup>10</sup> Tekst ogłoszony 18 sierpnia 1997 r. (BGBl. I S. 2081).

<sup>11</sup> Tekst ogłoszony 27 sierpnia 1997 r. (BGBl. I S. 2141).

krajów związkowych normujących kwestie wydawania pozwoleń na budowę i wymogów technicznych budowli.

Podstawowym aktem regulującym planowanie i zagospodarowanie przestrzenne w Polsce, zarówno na poziomie centralnym, regionalnym, jak i lokalnym, jest ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>12</sup> oraz wydane na jej podstawie akty wykonawcze. Warunki techniczne, jakim muszą odpowiadać budowle oraz związane z nimi urządzenia, a także procedury dopuszczające do wzniesienia budowli na określonym gruncie reguluje u nas ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane<sup>13</sup>. Z kolei ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>14</sup> reguluje zasady nakładania i pobierania opłat związanych z budową przez organy publiczne infrastruktury miejskiej oraz kwestie podziałów nieruchomości.

## Geneza opłat adiacenckich w państwach środkowej Europy – Niemcy i Polska

Pierwszą regulacją prawną prawa kontynentalnego Europy w zakresie udziału w kosztach budowy lokalnej infrastruktury technicznej właścicieli nieruchomości przyległych do tej infrastruktury był dekret Napoleona I z dnia 16 września 1807 r., w którym przewidziano podatek w wysokości połowy wzrostu wartości gruntu wywołanego publicznymi działaniami, takimi jak: odwodnienie terenów podmokłych, irygacja terenu, wybudowanie drogi czy urządzenie publicznych placów<sup>15</sup>. Następnie zagadnienie to było regulowane w dekreście Księstwa Warszawskiego z dnia 11 grudnia 1812 r. w sprawie prac budowlanych oraz konserwacji dróg i w dobrach koronnych Księstwa Warszawskiego oraz związanych tym kosztów<sup>16</sup>.

Państwem wnoszącym największy wkład w rozwój omawianej instytucji w Europie były Prusy. Istotne znaczenie dla niemieckiego systemu prawnego miało skodyfikowanie prawa w *Landrechcie pruskim* z 5 lutego 1794 r.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Dz.U. nr 80, poz. 717 z późn. zm.

<sup>13</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623 z późn. zm.

<sup>14</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., nr 102, poz. 651 z późn. zm.

<sup>15</sup> Cyt. za M. Gdesz, W. Gerloff, *Die Wert zu Wachssteuer in Literatur und Gesetzgebung w Schmolers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft i deutschen Reiche*, 1913, s. 1485–1497.

<sup>16</sup> *Ustawodawstwo Księstwa Warszawskiego 1812–1813*, Warszawa 1969, s. 84; Zob. szerzej na ten temat M. Gdesz, *Opłaty adiacenckie jako forma udziału właścicieli nieruchomości w kosztach realizacji infrastruktury technicznej – studium administracyjnoprawne*, Poznań 2004, s. 18.

<sup>17</sup> Sporządzony przez Svareza na polecenie Fryderyka II wśród w życie 1 czerwca 1794 r. Był to zbiór obszerny, zawierający zarówno przepisy z prawa państwowego i administracyjnego, jak i prawa sądowego (prywatnego i karnego). Ustawodawca pruski chciał osiągnąć zupełność

*Landrecht pruski*, czyli właściwie „Powszechne prawo krajowe dla państw królewsko-pruskich” (z niem. *Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten*) to pochodzący z 1794 r. zbiór praw obowiązujących w Prusach. Akt ten upoważnił władzę policyjną do ustanawiania *Fluchtlinien* – granic obszaru zarezerwowanego dla dróg publicznych, natomiast nie przewidywał opłat z tytułu wybudowania urządzeń lokalnej infrastruktury publicznej<sup>18</sup>. W latach trzydziestych XIX w. zaczął się w Niemczech proces rozwoju osadnictwa, który spowodował konieczność wprowadzenia adekwatnych środków prawnych regulujących zasady zagospodarowania terenów publicznych. Rezultatem tego było wprowadzenie w 1845 r. ustawy o podziale działek i zakładaniu nowych osiedli oraz o liniach regulacyjnych. Jednak koszt urządzenia ulic, założenia podziemnych instalacji nadal w całości obciążał władze lokalne, gdy tymczasem właściciele nieruchomości położonych w pobliżu osiągalni korzyści w postaci istotnego wzrostu wartości ich nieruchomości. Dlatego w latach sześćdziesiątych XIX w. władze lokalne zaczęły wnioskować, aby parlament pruski wprowadził regulacje, które odciążąłyby częściowo władze od ponoszenia tych kosztów. Rozwiązaniem doraźnymi, jak się później okazało, było realizowanie lokalnej infrastruktury publicznej wraz z prywatnymi przedsiębiorstwami budowlanymi (*Baugesellschaften*) oraz ustawa z dnia 20 lutego 1868 r. *Fluchtliniengesetz* czy *Enteignungsgesetz* z 1874 r. – regulujący kwestie wywłaszczeń<sup>19</sup>.

Zasadnicze znaczenie miała pruska ustawa z dnia 2 lipca 1875 r. *Fluchtliniengesetz*<sup>20</sup>. Dotyczyła ona wyznaczania i dokonywania zmian ulic i placów w miastach i miejscowościach. Wprowadziła dopuszczalność przeniesienia na właścicieli nieruchomości sąsiednich kosztów budowy i oświetlenia dróg przylegających do ich nieruchomości. Konstrukcja udziału właścicieli w kosztach budowy była oparta na obliczeniach całości wydatków na budowę drogi i podzieleniu tej sumy pomiędzy właścicieli przyległych nieruchomości proporcjonalnie do długości granicy działki przyległej do drogi<sup>21</sup>. Akt ten

---

zbioru drogą kazuistycznego gromadzenia jak największej liczby rozwiązań szczegółowych. Jednak został uznany za zawyły i terminologicznie niewprawny. Był to typowy kodeks okresu przejścia od feudalizmu do kapitalizmu określanego mianem tzw. pruskiej drogi. Obok norm nawiązujących do ideologii oświecenia regulował instytucje na wskroś feudalne (oprócz definicji własności jako nieograniczonego władztwa nad rzeczą, zawierał postanowienia o instytucjach własności podzielonej, jak lenna czy fideikomisy). Jego założenia podstawowe opierały się jeszcze na feudalnej strukturze społecznej z jej podziałami stanowymi. Obowiązywał do 1 stycznia 1900 r., kiedy to wprowadzono *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), zob. [online] <[www.prawomania-cy.pl/landrecht-pruski.html](http://www.prawomania-cy.pl/landrecht-pruski.html)>.

<sup>18</sup> Zob. szerzej na ten temat M. Gdesz, *Opłata adiacencka...*, s. 18.

<sup>19</sup> Zob. M. Gdesz, *Opłata adiacencka...*, s. 19.

<sup>20</sup> Ustawa dotycząca zakładania i zmiany ulic i placów w miastach i miejscowościach wiejskich z dnia 2 lipca 1875 r., [w:] Zbiór Ustaw Królestwa Pruskiego, s. 561.

<sup>21</sup> M. Gdesz, *Czy wzrost wartości nieruchomości powinien stanowić miernik obliczania opłat adiacenckich?*, [w:] G. Liszewski (red.), *Opłaty samorządowe w Polsce – problemy praktyczne*, s. 102.

wprowadził instytucję przejścia na rzecz podmiotu publicznego własności terenu przeznaczanego pod nowo projektowane ulice oraz dopuścił możliwość przeniesienia na właścicieli nieruchomości sąsiednich kosztów budowy i oświetlenia dróg przylegających do ich nieruchomości. Akt ten znacznie zredukował koszty ponoszone przez władze lokalne związane z rozbudową miast. M. Gdesz podkreśla, iż w omawianej ustawie można upatrzeć się pierwszego uregulowania kontraktów planistycznych (*stadtebauliche Verträge*) oraz opłat wnoszonych przez właścicieli z tytułu kosztów urządzenia dróg<sup>22</sup>. Zdaniem doktryny omawiany akt prawny to jeden z ważniejszych wzorców dla innych europejskich systemów prawnych<sup>23</sup> i konstrukcje w nim zawarte zostały recypowane m.in. w prawie polskim. Obecnie w Niemczech zagadnienia budowy urządzeń infrastruktury technicznej oraz opłat adiacenckich regulowane są w kodeksie budowlanym.

Geneza polskiej regulacji opłat adiacenckich wywodzi się z ustawodawstwa pruskiego. Pierwszą regulacją w ustawodawstwie polskim była ustawa z dnia 10 grudnia 1920 r. o budowie i utrzymaniu dróg publicznych w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>24</sup>. Według art. 23 tej ustawy osoby, które ponoszą szczególne korzyści z tytułu realizacji inwestycji publicznych lub też nadmiernie zużywające drogi, mogły być podciągnięte do udziału w kosztach budowy i utrzymania dróg, o ile przedtem nie nastąpiła dobrowolna w tym względzie ugoda. Ustawa ta różnicowała podmioty uprawnione do nakładania takich kosztów w zależności od tego, jaki podmiot był uprawniony do budowy drogi.

Kolejną regulacją w tym zakresie było rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 16 lutego 1928 r. o prawie budowlanym i zabudowaniu osiedli<sup>25</sup> (dalej jako r.p.b.z.o.). Stosownie do art. 174 tego rozporządzenia koszty pierwszego urządzenia ulic do szerokości 20 m mogą być w całości lub części przełożone przez gminę na:

- właścicieli przyległych do tych ulic działek w stosunku do osiągniętych przez nich korzyści wskutek urządzenia ulicy;
- właścicieli działek nieprzylegających do urządzonych ulic o tyle, o ile wskutek tego urządzenia osiągają szczególne korzyści, a przepisy miejscowe ustanowiły obowiązek udziału tych właścicieli w pokryciu kosztów tego urządzenia.

W owym rozporządzeniu uregulowana została również kwestia urządzenia ulic i dróg oraz placów, skwerów i parków przeznaczonych do użytku publicznego, przewidzianych w planie zabudowania na wspomnianym obszarze na wypadek, gdyby gmina do urządzenia nie przystępowała. Otóż według

<sup>22</sup> M. Gdesz, *Opłata adiacencka...*, s. 20.

<sup>23</sup> A. Sutcliffe *Towards the Planned City*, St. Martini's Press 1981.

<sup>24</sup> Dz.U. z 1921 r., nr 6 poz. 32.

<sup>25</sup> Dz.U. nr 23, poz. 202 z późn. zm.

art. 64 w takiej sytuacji władza mogła zobowiązać właścicieli działek obszaru parcelacji do urządzenia i utrzymania w stanie zdatnym do użytku wymienionej infrastruktury publicznej do użytku publicznego na koszt własny w sposób ustanowiony przez gminę dla danej dzielnicy i pod kontrolą organów gminy. Ogólna powierzchnia terenu zajętego przez ulice i drogi, place, skwery i parki, do których urządzenia mógł być zobowiązany właściciel obszaru podlegającego parcelacji, nie mogła przekraczać 25% łącznej powierzchni wszystkich działek budowlanych przewidzianych w planie parcelacji, gdy powierzchnia działek nie przekracza 15 hektarów i 35% łącznej powierzchni tychże działek, gdy ta ostatnia przekracza 15 hektarów. Gmina miała obowiązek przejąć urządzenia do dalszego utrzymywania na żądanie ich właścicieli, po zabudowaniu przez nich co najmniej 1/3 działek. W tym przypadku wspomniane urządzenia powinny były być przekazywane gminie bezpłatnie na własność w stanie wolnym od ciężarów hipotecznych i długów (art. 67 r.p.b.z.o.).

Następnie instytucja opłat adiacenckich została uregulowana w ustawie z dnia 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach<sup>26</sup> (dalej jako u.g.t.m.o.). Ten akt regulował tylko jeden rodzaj opłat adiacenckich. Stosownie do art. 28 osoby fizyczne i prawne będące właścicielami terenów położonych w granicach administracyjnych miast i osiedli są obowiązane do wnoszenia z tytułu wzrostu wartości ich nieruchomości na skutek wybudowania ze środków publicznych urządzeń infrastruktury. Ustawodawca wyróżniał dwa typy opłaty: opłata za pierwsze urządzenie ulic i placów komunikacyjnych oraz opłata za urządzenia komunalne – wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i elektryczne.

Do wydania obligatoryjnej decyzji o naliczeniu lub nienaliczeniu opłat adiacenckich właściwe było prezydium rady narodowej miasta i osiedla. Partycypowanie osób fizycznych i prawnych następowało w formie opłat rocznych. Wysokość opłaty określało się na podstawie stawek opłat zawartych w cenniku ustalonym przez prezydium powiatowej rady narodowej zgodnie z wytycznymi rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 lipca 1962 r. o pokrywaniu kosztów pierwszego urządzenia ulic i placów komunikacyjnych oraz innych urządzeń komunalnych<sup>27</sup>.

Powyższą ustawę zastąpiła ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości (dalej jako u.g.g.w.n.)<sup>28</sup>. Ustawa ta po raz pierwszy udział w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej określiła jako „opłatę adiacencką” (art. 48 ust. 1). Termin ten

<sup>26</sup> Dz.U. z 1969 r., nr 22, poz. 159 z późn. zm.

<sup>27</sup> Dz.U. z 1969 r., nr 5, poz. 41; por. R. Cymerman (red.), *Opłaty adiacenckie*, Olsztyn 2010, s. 8; S. Żróbek, R. Żróbek, J. Kuryj, *Gospodarka nieruchomościami z komentarzem do wybranych procedur*, Katowice 2006, s. 189.

<sup>28</sup> Dz.U. z 1985 r., nr 22 poz. 99 z późn. zm.

wywodzi się od słowa łacińskiego *adiectum*, *adicere*, *adieci* – ‘dołączyć, dorzucić, dodać’, a w tym przypadku można mówić o dodaniu nowej wartości do istniejącej wartości nieruchomości<sup>29</sup>. Nie zdefiniowano natomiast ustawowo urządzeń infrastruktury technicznej, co przysparzało wiele problemów prawnych przy jej ustalaniu<sup>30</sup>. W roku 1990 dokonano nowelizacji tej ustawy<sup>31</sup> i w art. 17a ust. 6 wprowadzono drugi rodzaj opłat adiacenckich. Były one naliczane w sytuacjach wzrostu wartości nieruchomości na skutek przeprowadzenia scalenia i podziału gruntu przeznaczonego pod skoncentrowane budownictwo jednorodzinne<sup>32</sup>, w wyniku którego powstały wydzielone działki budowlane. Chodziło tu o grunty zabudowane i przeznaczone do zabudowy, z wyjątkiem gospodarstw rolnych i związanych z gospodarstwem leśnym. Opłata tym razem nie była naliczana obligatoryjnie, tylko fakultatywnie – jak obecnie w przypadku budowy urządzeń infrastruktury technicznej i podziału nieruchomości.

M. Gdesz wskazuje, iż opłata adiacencka po nowelizacji została oderwana od okoliczności związanych z wybudowaniem urządzeń zwiększających wartość nieruchomości i stała się opłatą pobieraną z tytułu wzrostu wartości nieruchomości spowodowanego bądź przeprowadzeniem postępowania scaleniowego, bądź wybudowaniem urządzeń infrastruktury technicznej<sup>33</sup>. Wysokość obu rodzajów opłat określano jako 50% przyrostu wartości gruntu spowodowanego działaniami gospodarki nieruchomościami.

Wysokość udziału właściciela w kosztach wyposażenia gruntu była uzależniona od położenia nieruchomości. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania wysokości udziału w kosztach budowy urządzeń komunalnych, energetycznych i gazowych<sup>34</sup> uzależniło położenie nieruchomości od trzech stref: miasta o liczbie ludności ponad 100 tys., pozostałe miasta oraz obszary wsi. Udział wyrażony procentowo był uzależniony od danej strefy i rodzaju urządzenia – wynosił od 2% (np. sieć gazowa na obszarze wsi) do 15% (np. sieć ciepłownicza na obszarze wsi). Analogicznie do ustawy o gospodarce terenami miastach i osiedlach, jak słusznie zauważył M. Gdesz, nadal obowiązywała „norma powierzchniowa” stanowiąca górną granicę dla takiego sposobu ustalania opłaty. Wynosiła ona 500 m<sup>2</sup>, ale jeżeli grunt był przeznaczony w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego pod budownictwo zagrodowe lub zabudowany takimi budynkami – 2000 m<sup>2</sup>. Jeżeli natomiast powierzchnia nieruchomości

<sup>29</sup> R. Cymerman (red.), op. cit., s. 8.

<sup>30</sup> S. Żróbek, R. Żróbek, J. Kuryj, op. cit., s. 189.

<sup>31</sup> Dz.U. z 1990 r., nr 79, poz. 464 z późn. zm.

<sup>32</sup> Pojęcie „skoncentrowane budownictwo jednorodzinne” zdefiniowane zostało jako budowa, co najmniej 10 jednorodzinnych budynków mieszkalnych w formie zorganizowanej przestrzennie.

<sup>33</sup> M. Gdesz, *Czy wzrost wartości nieruchomości...*, s. 105.



była większa do normatywu, to udział w kosztach wzrastał o 10% opłaty ustalonej dla powierzchni normatywnej za każde 100 m<sup>2</sup> powierzchni gruntu, a w przypadku gruntu rolnego za każdy 1000 m<sup>2</sup>. Jednak ten wzrost nie mógł przekroczyć 50% wysokości opłaty ustalonej dla powierzchni normatywnej<sup>35</sup>.

Największy wpływ na dzisiejszą konstrukcję opłat adiacenckich miało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 16 lipca 1991 r. w sprawie szczegółowych zasad ustalania wysokości udziału w kosztach budowy urządzeń komunalnych, energetycznych i gazowych<sup>36</sup>. W tym akcie prawnym określono materialne przesłanki do ustalania opłat adiacenckich. Opłata adiacencka wynosiła 50% różnicy powstałej między wartością gruntu przed wybudowaniem urządzeń komunalnych, energetycznych i gazowych a wartością gruntu po ich wybudowaniu. Na poczet opłaty adiacenckiej nalicza się wartości świadczeń wniesionych w czynie społecznym, gotówce lub naturze na rzecz realizacji określonego urządzenia. Opłaty adiacenckie wносиło się do gminy i ustalał je zarząd gminy w drodze decyzji, zgodnie z uchwałą rady gminy. Na wniosek zobowiązanego mogły być rozłożone na raty roczne płatne przez okres do 10 lat. Termin wykonania zobowiązania określała decyzja o ustaleniu opłaty, lecz nie był on krótszy niż 30 dni, licząc od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna<sup>37</sup>. Zmianą rozporządzenia z 1993 r.<sup>38</sup> wskazano, iż opłatę adiacencką ustala się w formie opłaty jednorazowej po wybudowaniu każdego z urządzeń, jeżeli zostały stworzone warunki do korzystania z tych urządzeń lub podłączenia się do nich.

Następny etap w historii prawodawstwa opłat adiacenckich rozpoczął się dnia 1 stycznia 1998 r., kiedy to weszła w życie do dzisiaj obowiązująca ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>39</sup>. Tym razem zdecydowano się całościowo uregulować instytucję opłat adiacenckich w akcie rangi ustawy i dlatego powołana ustawa nie zawiera delegacji do wydania rozporządzenia wykonawczego<sup>40</sup>. Wprowadziła ona kolejny rodzaj opłaty adiacenckiej z tytułu wzrostu wartości nieruchomości spowodowanego jej podziałem. Przepis art. 98 ust. 4 był jednak niejasno sformułowany i wywarł negatywny wpływ na interpretację tej instytucji w orzecznictwie sądów administracyjnych.

<sup>34</sup> Dz.U. nr 48, poz. 242.

<sup>35</sup> M. Gdesz, *Czy wzrost wartości nieruchomości...*, s. 105. Zob. również przepisy omawianego rozporządzenia § 2 i 3.

<sup>36</sup> Dz.U. nr 72, poz. 314.

<sup>37</sup> Por. § 2 i inne rozporządzenia.

<sup>38</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 kwietnia 1993 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie szczegółowych zasad ustalania wysokości udziału w kosztach budowy urządzeń komunalnych, energetycznych i gazowych (Dz.U. nr 27, poz. 121).

<sup>39</sup> Tekst pierwotny Dz.U. z 1997 r., nr 115, poz. 741; obecnie: Dz.U. z 2010 r., nr 102, poz. 651 z późn zm.

<sup>40</sup> M. Gdesz, *Czy wzrost wartości nieruchomości...*, s. 106.

Podsumowując genezę opłat adiacenckich, należy zwrócić uwagę na kolejność ich powstawania. Opłata z tytułu wzrostu wartości na skutek budowy urządzeń infrastruktury technicznej została wprowadzona w 1961 r., następnie w 1990 r. wprowadzono opłatę adiacencką z tytułu wzrostu wartości na skutek przeprowadzenia scalenia i podziału, zaś w 1998 r. został wprowadzony ostatni rodzaj opłaty adiacenckiej – z tytułu wzrostu wartości nieruchomości na skutek przeprowadzenia podziału nieruchomości. Poza tym do 1991 r. ustalenie opłat adiacenckich było oparte na sztywnych stawkach, w większości zależnych od długości frontu działki przyległego do drogi publicznej i nie miało żadnego związku z obliczanym indywidualnie wzrostem wartości nieruchomości. Słusznie zauważa M. Gdesz, iż przez kilkadziesiąt lat opłata była formą refinansowania kosztów budowy lokalnej infrastruktury publicznej<sup>41</sup>. Dzisiejsza definicja opłat nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż istotą opłaty adiacenckiej jest przechwycenie przez gminę części korzyści w postaci wzrostu wartości nieruchomości za przeprowadzone działania, zdarzenia publicznoprawne.

### **Udział podmiotów prywatnych w działaniach gmin z zakresu gospodarki przestrzennej w Polsce i Niemczech**

Na proces budowy urządzeń infrastruktury technicznej wpływ mają przepisy z zakresu zagospodarowania przestrzennego, w Niemczech uregulowane razem z zagadnieniem opłat adiacenckich w *Baugesetzbuch* (dalej jako BauG). W celu realizacji swoich ustawowych obowiązków w zakresie planowania zagospodarowania przestrzennego gminy (*Gemeinde*) mają prawo uchwalania: planu wykorzystania terenów (*Flächennutzungsplan*) określającego m.in. rozmieszczenie infrastruktury publicznej, a także kategoryzującego tereny gminy w zależności od przewidywanej zabudowy. Plany te są wiążące dla wszystkich podmiotów publicznych w realizacji ich zamierzeń przestrzennych i nie zawierają przepisów wiążących dla podmiotów prywatnych (§ 5 BauGB)<sup>42</sup>.

Odpowiednio w Polsce podstawą prawną zagospodarowania przestrzennego jest ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. W celu określenia polityki przestrzennej gminy, w tym lokalnych zasad zagospodarowania przestrzennego, rada gminy podejmuje uchwałę w sprawie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania

<sup>41</sup> Ibidem, s. 107.

<sup>42</sup> A. Nelicki, I. Zachariasz, *Planowanie przestrzenne a udział podmiotów prywatnych w budowie infrastruktury publicznej. Rozwiązania polskie a wybranych krajów UE i USA*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 10, s. 32.

przestrzennego (art. 9 i 10 u.p.z.p.). Studium sporządza się dla obszaru w granicach administracyjnych gminy. Ustalenia studium są wiążące dla organów gminy przy sporządzaniu planów miejscowych. Studium nie jest aktem prawa miejscowego. Określa jedynie politykę przestrzenną.

Kolejnym dokumentem planistycznym zawężającym ustalenia planu wykorzystania terenów jest w Niemczech plan zabudowy (*Bebauungspläne*), tworzony dla fragmentów obszaru gminy przewidzianego pod zabudowę. Jest to tzw. wiążący plan budowlany, wprowadzający po stronie publicznej nakaz wybudowania przewidzianych w planie elementów infrastruktury technicznej i społecznej oraz stwarzający zakazy i nakazy w zakresie zabudowy dla podmiotów prywatnych (§ 8–9 BauGB). Plany zabudowy są w swoich postanowieniach rozwinięciem ustaleń planów wykorzystania terenów i nie mogą być z nimi sprzeczne<sup>43</sup>.

Rozwiązania niemieckie kładą nacisk na bezpośrednie uwzględnianie w planie zagospodarowania przestrzennego planów inwestycyjnych w zakresie infrastruktury oraz ich kosztów. Widać wyraźnie, iż w tym systemie dopuszczenie intensyfikacji sposobu używania danego terenu (poprzez zabudowę mieszkaniową, handlową) możliwe jest jedynie odpowiednio do istniejącej infrastruktury. Rozwój przestrzenny danej miejscowości odbywa się tylko w ramach wydolności istniejących sieci infrastrukturalnych albo pod warunkiem ich odpowiedniej rozbudowy<sup>44</sup>.

W polskim systemie instrumentem gospodarki przestrzennej jest miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego (MPZP), będący odpowiednikiem planu zabudowy w Niemczech, choć nie gwarantuje on na obszarze swojego obowiązywania budowy urządzeń infrastruktury technicznej. Mimo iż jest aktem prawa miejscowego i kształtuje sposób wykonywania prawa własności, to nie zobowiązuje gminy do wybudowania przewidzianych w planie elementów infrastruktury technicznej i społecznej.

Jednocześnie w komentarzach do obowiązującej ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym podkreśla się znaczenie ekonomicznej oceny efektywności różnych wariantów zagospodarowania terenu objętego planem<sup>45</sup>. Mimo że wykonanie przez gminę prognozy kosztów budowy infrastruktury publicznej jest obowiązkiem prawnym, wymaganym przepisami wykonawczymi do ustawy, to dokonanie takich prognoz i ocen nie jest żadną podstawą prawną uzależnienia dopuszczenia terenu pod zabudowę, tak że w efekcie prawo polskie dopuszcza nowe osadnictwo (lub jego uzupełnienie) na terenach nieprzygotowanych do tego infrastrukturalnie. W Niemczech jednoznacznie wykluczone jest uchwalenie planu zabudowy określającego

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> H. Izdebski, A. Nelicki, I. Zachariasz, *Zagospodarowanie przestrzenne...*, s. 27.

<sup>45</sup> E. Radziszewski, *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Przepisy i komentarz*, Warszawa 2006, s. 20–21.

obowiązki w zakresie uzbrojenia terenów i niewywiązywanie się gminy z obowiązku wybudowania urządzeń i dróg przewidzianych w planie. Ustawa rygorystycznie określa, iż uzbrojenie terenu powinno nastąpić najpóźniej do dnia oddania budynków do użytkowania. Niewywiązywanie się z tego obowiązku może prowadzić do stosowania wobec gminy środków nadzorczych, do ustanowienia zarządu komisarycznego<sup>46</sup>. Ustawodawstwo polskie takich regulacji nie zawiera.

## Opłaty adiacenckie w Polsce i Niemczech

W niemieckim systemie prawnym opłaty z tytułu lokalnej publicznej infrastruktury uregulowane są niejako dwutorowo. Z jednej strony opłaty z tytułu wybudowania nowej infrastruktury regulują przepisy ustawy budowlanej, a pozostałe opłaty (modernizacje infrastruktury, poszerzenia dróg) – przepisy prawa poszczególnych landów wprowadzające opłaty lokalne. Zasady obciążania opłatami adiacenckimi regulują § 127–135 BauGB, przy czym § 127 dotyczy pierwszego urządzenia ulicy, natomiast przepisy lokalne (landowe) regulują kwestie danin z tytułu ulepszeń istniejących dróg. Nie mogą być więc stosowane wobec ulepszeń istniejącej infrastruktury publicznej<sup>47</sup>.

W polskim systemie prawnym opłaty adiacenckie regulują przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami, konkretnie dział III „Wykonywanie, ograniczanie lub pozbawianie praw do nieruchomości”. Obecnie są to trzy rodzaje: opłata z tytułu budowy urządzeń infrastruktury technicznej, z tytułu scalenia i podziału nieruchomości oraz z tytułu podziału nieruchomości. Zasadnicza kwestia różniąca obie opłaty w omawianych państwach to podstawa jej naliczenia. W Niemczech opłata uzależniona jest od realnego kosztu budowy urządzeń infrastruktury technicznej. W Polsce natomiast od 1991 r., po nowelizacji ustawy z 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczeniu nieruchomości, opłata adiacencka związana jest ze wzrostem wartości nieruchomości.

Stosownie do § 127 BauGB opłaty adiacenckie pobierane są budowę lokalnej infrastruktury technicznej, przy czym pkt 2 tego paragrafu enumeratywnie wymienia, co należy rozumieć pod pojęciem infrastruktury technicznej. Pojęcie lokalna infrastruktura obejmuje:

- rozbudowę publicznych ulic, dróg i placów;
- budowę dróg w osiedlach, ścieżki dla pieszych (również ścieżki rowerowe);
- budowę dróg zbiorczych, w którym to pojęciu mieszczą się publiczne ulice, drogi i place, których konieczność realizacji wynika z planu budowlanego;

<sup>46</sup> Cyt. za A. Nelicki, I. Zachariasz, *Planowanie przestrzenne...*, s. 32; P. Kwaśniak, *Plan miejscowy z systemie zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2008, s. 183; Z. Niewiadomski, *Planowanie przestrzenne. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 123.

<sup>47</sup> M. Gdesz, *Opłata adiacencka...*, s. 228.

- budowę parków, terenów zielonych (z wyjątkiem placów zabaw);
- budowę obiektów służących ochronie przeciwko uciążliwościom środowiskowym.

Spod regulacji opłat adiacenckich wyjęta została budowa urządzeń kanalizacyjnych, elektrycznych, gazowych, ciepłowniczych i wodociągowych. W polskiej sytuacji prawnej natomiast, zgodnie z art. 143 ust. 2 u.g.n., przez budowę urządzeń infrastruktury technicznej rozumie się budowę drogi oraz wybudowanie pod ziemią, na ziemi albo nad ziemią przewodów lub urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłowniczych, elektrycznych, gazowych i telekomunikacyjnych. W Republice Federalnej Niemiec budowa tych urządzeń może być współfinansowana w formie porozumień urbanistycznych (*Erschließungsvertrag*) zawieranych przez organ administracji publicznej z podmiotami prywatnymi (developerami) (§ 124 BauGB).

Niemiecki kodeks budowlany określa jednoznacznie koszty poniesione przez gminę na realizację lokalnej infrastruktury publicznej, które mogą być zrefinansowane w formie przymusowych opłat adiacenckich. Stosownie do § 128 BauGB do kosztów realizacji lokalnej infrastruktury publicznej zalicza się:

- nabycie i przygotowanie terenu dla realizacji infrastruktury;
- wydatki na budowę danej inwestycji;
- wydatki na adaptację istniejących obiektów do systemu lokalnej infrastruktury publicznej.

Ponadto w kosztach tych zawiera się wartość publicznego terenu przeznaczanego pod realizację infrastruktury, udostępnionego przez gminy. W kosztach tych nie uwzględniono natomiast kosztów budowy tuneli, mostów, wiaduktów<sup>48</sup>.

W polskim systemie o kosztach budowy urządzeń infrastruktury publicznej nie wspomina się w przepisach prawa, nie są również wyszczególnione koszty naliczenia opłaty adiacenckiej, np. koszty wyceny pojedynczej nieruchomości czy koszty postępowań administracyjnych. Należy wskazać, iż te ostatnie są dodatkowymi kosztami ponoszonymi przez organy administracji lokalnej w naszym kraju, ponieważ pierwszymi kosztami były realne koszty budowy urządzeń infrastruktury technicznej, od których opłata w Polsce nie jest uzależniona.

W Niemczech opłaty są pobierane od właścicieli (wieczystych dzierżawców) nieruchomości wyposażonych w pierwsze urządzenie infrastruktury technicznej – dzięki temu mogą być przeznaczone pod zabudowę lub przeznaczone na cele działalności gospodarczej. Nie można obciążyć jednak tych właścicieli, którzy sami zrealizowali lokalną infrastrukturę techniczną lub przysługuje im według kodeksu budowlanego żądanie o jej zrealizowanie. Jeżeli zaś właściciel albo jego poprzednik prawny ponieśli uprzednio koszty

<sup>48</sup> Ibidem, s. 229.

na poczet realizacji lokalnej infrastruktury publicznej, to nie mogą być ponownie obciążeni kosztami podłączenia tych urządzeń do gminnej infrastruktury. W przypadku opłat refinansujących gmina pokrywa przynajmniej 10% kosztów realizacji infrastruktury technicznej (§ 129 BauGB). Według § 130 BauGB koszty związane z realizacją lokalnej infrastruktury technicznej mogą być oceniane na podstawie faktycznie poniesionych kosztów budowy lub standardowych stawek kosztów realizacji lokalnej infrastruktury technicznej ustalonych w prawie miejscowym gminy.

Stosownie do powyższego ustalany jest koszt realizacji infrastruktury lokalnej. Opłata jest określana dla konkretnej inwestycji infrastruktury albo poszczególnych elementów infrastruktury z wyraźnym określeniem granic terenu, dla którego wprowadza się opłatę refinansującą. „Władza gminna ma przy tym wybór metody obliczania kosztów realizacji infrastruktury, dopuszczalne jest również łączenie obydwu metod. Tak ustalona wysokość kosztów po odjęciu udziału gminy i ewentualnie dotacji innych podmiotów stanowi sumę opłat refinansujących”<sup>49</sup>.

Suma opłat refinansujących jest rozkładana pomiędzy właścicieli nieruchomości zobowiązanych do jej poniesienia. Kryteria ustalania opłaty określone są w § 131 BauGB to: typ i zakres wykorzystania nieruchomości na cele budowlane, powierzchnia nieruchomości oraz długość boku działki przyległego do infrastruktury lokalnej. Kryteria te mogą być łączone w prawie miejscowym. Treść pierwszego kryterium musi być ustalona na podstawie rozporządzenia o zabudowie terenów zgodnie z ich przeznaczeniem (*Baunutzungsverordnung*). I tak, rozróżnienie typu potencjalnej zabudowy może nastąpić w oparciu o typy wyróżnione w § 1–11 (np. na cele mieszkaniowe, komercyjne, przemysłowe). Typy zabudowy określone są w § 16 ww. rozporządzenia (powierzchnia działki przeznaczona pod zabudowę, powierzchnia zabudowy, ilość kondygnacji, dopuszczalna wysokość budynku). W praktyce gminy w ramach tego kryterium posługują się kryterium dopuszczalnej powierzchni zabudowy i ilości kondygnacji<sup>50</sup>.

Niemiecka ustawa budowlana określa jedynie ogólne ramy zasad ustalania opłat refinansujących. Szczegółowe warunki narzuca prawo miejscowe. Stosownie do § 132 BauGB prawo miejscowe określa:

- rodzaj infrastruktury objętej opłatami (§ 129 BauGB),
- sposób obliczania i podział kosztów, standardową stawkę kosztów realizacji danego typu urządzenia (§ 127 pkt 3 BauGB),
- etapy realizacji infrastruktury publicznej,
- definiowanie pojęcia zakończenia realizacji infrastruktury.

Prawo do ustalenia i pobrania opłaty powstaje, co do zasady, po zrealizowaniu danej instalacji infrastrukturalnej. Jednak w pewnych sytuacjach

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Cyt. za: ibidem, s. 233; Driehaus § 18 nr 30.

opłata z tytułu wybudowania infrastruktury może być ustalona wcześniej. Zgodnie z § 133 pkt 3 BauGB, sytuacja taka jest dopuszczalna, jeżeli została wydana zgoda na zabudowę działki albo jeżeli zrealizowanie lokalnej infrastruktury publicznej jest przewidywane w perspektywie nie dłuższej niż 4 lata. Jeżeli jednak od momentu zażądania opłaty upłynęło ponad 6 lat, a wciąż nie została zakończona inwestycja, to opłaty te na żądanie właściciela podlegają zwrotowi. Przy czym zwrotowi podlega wpłacona kwota podwyższona o odsetki obliczone według stawki dyskontowej *Deutsche Bundesbanku* podwyższonej o 2%<sup>51</sup>.

Należałoby tutaj wspomnieć, iż w niemieckim prawie oprócz opłat adiacenckich przewidziane jest też porozumienie urbanistyczne (*Erschließungsvertrag*), czyli druga forma uczestniczenia podmiotów prywatnych w budowie lokalnej infrastruktury technicznej. Zgodnie z § 124 ust. 1 BauGB, gmina może zawierać umowy dotyczące obowiązku realizacji lokalnej infrastruktury publicznej o charakterze cywilnoprawnym. Umowa taka musi być zawarta, co do zasady, w formie pisemnej. Daje ona możliwość przerzucenia na właścicieli całości kosztów inwestycji infrastrukturalnej. Strony, w granicach swobody umów, mogą wówczas objąć (co jest bardzo istotne) jej zakresem dowolny rodzaj infrastruktury publicznej. Ustawa budowlana wskazuje jedynie, że obowiązki wynikające z umowy muszą być proporcjonalne do skutku, jaki spowoduje ulepszenie terenu przez jego uzbrojenie<sup>52</sup>.

W Niemczech ww. instytucja wiązana jest z procedurą scalenia i podziału działek. „Daje to możliwość rozwiązania większości kwestii związanych z wcieleniem w życie uregulowań planistycznych na drodze porozumienia w oparciu o cywilnoprawną metodę regulacji”<sup>53</sup>. W Polsce w przypadku tej procedury stosuje się instytucję ugody administracyjnej, w której wójt, burmistrz, prezydent miasta wraz z uczestnikami tej procedury ustalają terminy i sposób wnoszenia opłat adiacenckich przez podpisanie protokołu uzgodnień. W razie niedojścia do ugody, o terminie i sposobie zapłaty rozstrzyga rada gminy, podejmując uchwałę o scaleniu i podziale nieruchomości. Termin ustalony w uchwale nie może być krótszy niż termin wybudowania urządzeń infrastruktury technicznej (art. 107 u.g.n.). W art. 4 tej ustawy ustawodawca zamieścił definicje wybranych pojęć, którymi należy się posługiwać, dokonując interpretacji tego aktu prawnego. Z definicji wynika, iż istnieją trzy rodzaje opłat adiacenckich:

- opłata związana z budową urządzeń infrastruktury technicznej,
- opłata związana ze scaleniem i podziałem,
- opłata związana z podziałem nieruchomości.

<sup>51</sup> Ibidem, s. 234.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 230.

<sup>53</sup> Ibidem.

Zdaniem A. Lorek, biorąc pod uwagę przesłanki ustawowe pozwalające na ustalenie poszczególnych rodzajów tych opłat, trzeba stwierdzić, że „opłata adiacencka” jest pojęciem zbiorczym<sup>54</sup>. Na odrębność regulacji prawnych dotyczących każdej z nich zwrócił uwagę także NSA w uchwale z 22 listopada 1999 r.<sup>55</sup> Obecnie, pomimo że opłaty adiacenckie swoje źródło mają jedynie w ustawie o gospodarce nieruchomościami oraz w jednym dziale – *Wykonywanie, ograniczanie lub pozbawianie praw do nieruchomości*, to o odrębności każdego rodzaju tej opłaty świadczy to, iż są one umieszczone w odrębnych rozdziałach. Przepisy te można stosować „odpowiednio” względem siebie tylko w sytuacji, gdy przepis ustawy wyraźnie tak stanowi (art. 98a u.g.n. dotyczący opłaty adiacenckiej związanej z podziałem nieruchomości odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów art. 144 ust. 2, art. 146 ust. 1a, art. 147 i art. 148 ust. 1–3 u.g.n., które regulują opłatę adiacencką związaną z budową urządzeń infrastruktury technicznej).

Stosownie do art. 98a ust. 1, 107 ust. 4, 145 ust. 1 u.g.n. wójt, burmistrz, prezydent miasta ustala opłatę adiacencką w drodze decyzji administracyjnej. Kompetencja w tym zakresie została przekazana organowi wykonawczemu gminy. Ustawodawca zdecydował, aby trzy rodzaje opłat adiacenckich pobierał jeden organ. Wynika to z tego, iż wykonywanie instrumentów realizacyjnych gospodarki nieruchomościami i planowania przestrzennego, z których może wyniknąć pobranie opłat, leży w kompetencji organu wykonawczego gminy (art. 25 ust. 2 u.g.n., art. 3 ust. 1 u.p.z.p., art. 15 ust. 1 u.p.z.p.) Wynika to również z tego, iż wójt, burmistrz, prezydent miasta ma przyznaną kompetencję do wykonywania budżetu gminy (art. 30 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym), stąd pobiera opłaty, które stanowią źródło dochodu gminy<sup>56</sup>.

Stosownie do art. 17 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, organami wyższego stopnia w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego (gminy) są samorządowe kolegia odwoławcze. Kolegia są organami właściwymi do rozpatrywania odwołań od decyzji ustalających opłaty adiacenckie.

Z obecnej regulacji prawnej wynika, iż organ gminy może ustalić opłatę adiacencką w wyniku przeprowadzonego podziału oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej (art. 98a ust. 1, 145 ust. 1 u.g.n.), natomiast w wyniku scalenia i podziału, po spełnieniu przesłanek, organ jest zobowiązany do jej ustalenia (art. 107 ust. 4 u.g.n.). W przypadku art. 107 ust. 4, gdy podejmowana jest decyzja związana, nie ma miejsca na uznanie administracyjne – w sytuacji ziszczenia się ustawowych przesłanek opłata adiacencka

<sup>54</sup> A. Lorek, *Opłata adiacencka i renta planistyczna*, Wrocław 2010, s. 16.

<sup>55</sup> Uchwała składu 5 sędziów NSA z dnia 22 listopada 1999 r., OPK 21/99.

<sup>56</sup> H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Warszawa 2003, s. 45.



zostanie naliczona. Taka regulacja prawna nie narusza zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP). Natomiast ustalanie opłaty adiacenckiej w wyniku podziału nieruchomości oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej oparte jest na uznaniu administracyjnym i takie rozwiązanie prawne w przypadku, gdy różne podmioty znalazłyby się w takiej samej sytuacji prawnej pod względem warunków ustawowych koniecznych do ustalenia tego rodzaju daniny publicznej, stanowiłoby niewątpliwie naruszenie zasady równości i mogło doprowadzić do nadużyć. Dalej należy wskazać, iż fakultatywność wydania decyzji ustalającej wysokość opłaty adiacenckiej w wyniku dwóch wspomnianych procedur prowadzi do tego, że gmina może dobrowolnie zrezygnować z przydzielonych jej w drodze ustawy źródeł dochodu. Wówczas to bez uzasadnionej przyczyny zmniejsza swoje potencjalne możliwości realizacji postawionych przed nią zadań<sup>57</sup>.

Decyzja ustalająca opłatę adiacencką z tytułu podziału oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej jest skierowana do właścicieli (współwłaścicieli) nieruchomości, użytkowników (współużytkowników) wieczystych, którzy wnieśli opłaty roczne za cały okres użytkowania wieczystego, lub którzy są zwolnieni od ponoszenia opłat rocznych (art. 98a, art. 144 u.g.n.). Natomiast decyzja ustalająca opłatę adiacencką z tytułu scalenia i podziału nieruchomości jest skierowana do uczestników, którzy otrzymali nowe nieruchomości wydzielone w wyniku scalenia i podziału (art. 107 ust. 1 u.g.n.). Uczestnikami postępowania w sprawie scalenia i podziału nieruchomości, według art. 103 ust. 1 u.g.n., są właściciele (współwłaściciele) nieruchomości; użytkownicy (współużytkownicy) wieczystości nieruchomości, jeżeli nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste (a więc wszyscy użytkownicy wieczystości, łącznie z tymi, którzy wnoszą opłaty roczne z tytułu użytkowania wieczystego); samoistni posiadacze nieruchomości, którzy niejako „zastępują” właścicieli nieruchomości, co stanowi pewnego rodzaju odmiennosc na tle regulacji prawnej dwóch pozostałych rodzajów opłat adiacenckich<sup>58</sup>.

Z powyższej analizy wynika, iż zakres podmiotowy opłaty adiacenckiej z tytułu scalenia i podziału nieruchomości różni się od zakresu podmiotowego pozostałych opłat. Będzie to miało związek z podwójnym obciążeniem użytkowników wieczystych w sytuacji scalenia i podziału, ponieważ obligatoryjnie poniosą oni zobowiązanie opłaty adiacenckiej oraz zapłacą za wzrost wartości nieruchomości z tego tytułu przy aktualizacji opłaty rocznej. W doktrynie spotyka się również stanowisko, iż te dwie opłaty nie są obciążeniem dla właścicieli, tylko zwykłym zobowiązaniem publicznoprawnym oraz cywilnoprawnym i nie należy z ich nakładania zrezygnować<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Wyrok NSA z 14 stycznia 2003 r., I SA 2293/02, [online] <www.orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>58</sup> A. Lorek, op. cit., s. 98.

<sup>59</sup> G. Bieniek (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2008, s. 412–413.

Według art. 4 pkt 11 u.g.n., warunkiem koniecznym do pobrania opłaty adiacenckiej jest wzrost wartości nieruchomości spowodowany głównie działalnością gminy. Kolejnym warunkiem ustalenia jej wysokości jest podjęcie przez radę gminy uchwały o wysokości stawki procentowej tej opłaty w zależności od przeprowadzanej procedury. Następnie może być podjęta decyzja o jej ustaleniu przez właściwy organ w postępowaniu administracyjnym we wskazanym przez przepisy prawne terminie (3 lata w przypadku podziału nieruchomości oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej). W przypadku scalenia i podziału termin ustala się w ugodzie lub w uchwale o scaleniu i podziale nieruchomości. Wynika z tego, że wzrost wartości nieruchomości spowodowany działaniami wskazanymi w ustawie jest cechą wspólną w zagadnieniu opłat adiacenckich oraz ich istotą. Elementem wspólnym jest również ustalenie stawki procentowej w uchwale oraz wskazanie terminu materialnego, który w przypadku upływu skutkuje niemożnością nawiązania stosunku materialnego.

Elementy różniące opłaty adiacenckie od siebie w aspekcie przesłanek materialnych to zdarzenia prawne i faktyczne, które powodują wzrost wartości nieruchomości. Mianowicie w przypadku podziału jest to zatwierdzenie projektu podziału decyzją ostateczną (art. 98a ust. 1a u.g.n.), w przypadku scalenia i podziału – wejście w życie uchwały o scaleniu i podziale nieruchomości, zaś w przypadku budowy urządzeń infrastruktury technicznej – stworzenie warunków do podłączenia do urządzeń infrastruktury technicznej lub do korzystania z wybudowanej drogi (art. 145 ust. 1 u.g.n.).

Należy zwrócić uwagę na wskazany przez ustawodawcę termin do ustalenia opłaty. Na tle tej regulacji pojawiło się pytanie, czy termin dotyczy decyzji administracyjnej wydanej w I, czy w II instancji. Stanowiska doktryny oraz orzecznictwa były różne do czasu wydania przez NSA wyroku z dnia 11 stycznia 2010 r.<sup>60</sup> Tezy omawianego wyroku głoszą wyraźnie, iż mając na względzie brzmienie art. 98a ust. 1 u.g.n., należy uznać, że ustalenie opłaty adiacenckiej powinno nastąpić decyzją ostateczną przed upływem terminu wskazanego w tym przepisie (3 lata). Odmiennie zagadnienie to kształtuje się w przypadku art. 145 ust. 2 u.g.n., bowiem wspomniany tam trzyletni termin dotyczy rozstrzygnięcia przez organ I instancji o ustaleniu opłaty adiacenckiej<sup>61</sup>. Dokonując analizy przepisu 107 ust. 4 u.g.n. i stosując analogię do tez przytoczonych wyroków, należy uznać, iż opłata adiacencka z tytułu scalenia i podziału musi być ustalona w określonych terminie w ugodzie lub w uchwale o scaleniu i podziale decyzją ostateczną.

<sup>60</sup> Wyrok NSA z dnia 11 stycznia 2010 r., I OPS 5/09, [online] <[www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)>.

<sup>61</sup> Uchwała NSA z dnia 27 lipca 2009 r. I OPS 4/09, [online] <[www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)>.

Opłata adiacencka stanowi pewną część przyrostu wartości nieruchomości. W zależności od rodzaju opłaty stawka procentowa wynosi odpowiednio maksymalnie 30% lub 50% wzrostu wartości nieruchomości (art. 98a ust. 1, art. 107 ust. 1, art. 146 ust. 2 u.g.n.).

Sprawa określenia wartości nieruchomości jest elementem odróżniającym każdą z omawianych opłat. Różnice spowodowane są tym, iż wzrost wartości nieruchomości jest spowodowany różnymi zdarzeniami. W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu podziału nieruchomości wartość nieruchomości przed i po podziale określa się według cen na dzień wydania decyzji o ustaleniu opłaty adiacenckiej (art. 98a ust. 1 u.g.n.). Stan nieruchomości przed podziałem przyjmuje się na dzień wydania decyzji zatwierdzającej podział nieruchomości, a stan nieruchomości po podziale przyjmuje się na dzień, w którym decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna albo orzeczenie o podziale stało się prawomocne, przy czym nie uwzględnia się części składowych nieruchomości (art. 98a ust. 1 u.g.n.).

W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu scalenia i podziału nieruchomości wartość nieruchomości przed scaleniem i podziałem oraz nieruchomości przydzielonych w wyniku scalenia i podziału określa się według cen na dzień wejścia w życie uchwały o scaleniu i podziale nieruchomości (§ 12 ust. 3 r.s.p.n.). Stan nieruchomości przed scaleniem i podziałem przyjmuje się na dzień wejścia w życie uchwały o przystąpieniu do scalenia i podziału nieruchomości, a stan po scaleniu i podziale nieruchomości przyjmuje się na dzień wejścia w życie uchwały o scaleniu i podziale nieruchomości (§ 12 ust. 1 r.s.p.n.).

W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu budowy urządzeń infrastruktury technicznej wartość nieruchomości przed wybudowaniem urządzeń infrastruktury technicznej i po ich wybudowaniu określa się według cen na dzień wydania decyzji o ustaleniu opłaty adiacenckiej (art. 146 ust. 3 u.g.n.). Stan przed wybudowaniem i stan po wybudowaniu przyjmuje się na dzień wydania decyzji o ustaleniu opłaty adiacenckiej (art. 146 ust. 3 u.g.n.).

Stawka procentowa jest elementem wspólnym konstrukcji prawnej omawianych opłat. Wynika to z tego, iż istotą każdej opłaty jest podzielenie się osiągniętą korzyścią, czyli wzrostem wartości nieruchomości w procencie ustalonym przez gminę. Różnica tkwi tylko w poziomie i sposobie jej ustalania.

W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu podziału nieruchomości wysokość stawki procentowej opłaty adiacenckiej ustala w drodze uchwały rada gminy w wysokości nie większej niż 30% różnicy wartości nieruchomości (art. 98a ust. 1).

W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu scalenia i podziału wysokość stawki procentowej opłaty adiacenckiej ustala rada gminy w uchwale o scaleniu i podziale w wysokości nie większej niż 50% różnicy wartości nieruchomości (art. 107 ust. 1 i 2).

W przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu budowy urządzeń infrastruktury technicznej wysokość stawki procentowej opłaty adiacenckiej ustala w drodze uchwały rada gminy w wysokości nie większej niż 50% różnicy wartości nieruchomości (art. 146 ust. 2).

Należy tutaj przytoczyć stanowisko NSA w sprawie ustalania zerowej stawki procentowej, czego przepisy prawa jasno nie wykluczają. Sąd orzekł, iż ustalenie stawki procentowej opłaty adiacenckiej w wysokości 0% stanowi rezygnację ze źródła dochodów gminy określonego w ustawie – jest zatem obejmieniem przepisów konstytucyjnych i ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>62</sup>.

Obowiązek wniesienia opłaty adiacenckiej jest tak samo skonstruowany w przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu podziału nieruchomości oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej. Powstaje bowiem po upływie 14 dni od dnia, w którym decyzja o ustaleniu opłaty adiacenckiej stała się ostateczna; w przypadku rozłożenia na raty obowiązek ten dotyczy wpłacenia pierwszej raty (art. 148 ust. 1 w zw. art. 98a ust. 1). Obowiązek ten w przypadku opłaty adiacenckiej z tytułu scalenia i podziału nieruchomości ustawodawca pozostawił w gestii:

- wójta, burmistrza, prezydenta miasta oraz osób zobowiązanych do zapłaty opłaty adiacenckiej, którzy mają możliwość zawarcia ugody administracyjnej przez podpisanie protokołu uzgodnień,
- rady gminy podejmującej uchwałę o scaleniu i podziale nieruchomości, w razie niedojścia do powyższej ugody (art. 107 ust. 3 u.g.n.).

## Wnioski

Na tle rozwiązań obowiązujących w Niemczech polskie regulacje prawne są ubogie. Sama ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym nie zawiera przepisów mogących być podstawą zobowiązania inwestorów prywatnych do budowy infrastruktury publicznej. Jak wykazała ankieta Unii Metropolii Polskich, wśród miast członkowskich opłata adiacencka pełni minimalną rolę. Niektóre miasta (Katowice, Lublin i Rzeszów) w ogóle nie stosują tego instrumentu<sup>63</sup>.

Przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami regulujące kwestię opłaty adiacenckiej nie czynią z niej użytecznego instrumentu przenoszenia części kosztów wybudowania infrastruktury technicznej na jej użytkownika. Po pierwsze, opłata nakładana jest wtórnie – po wybudowaniu infrastruktury (i to z możliwością rozłożenia jej wnoszenia na 10 lat), a jej ustalenie ma charakter uznaniowy. Po drugie, nie jest powiązana z kosztem budowy, lecz

<sup>62</sup> Wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2003 r., I SA 2293/02, [online] <[www.orzeczenia.nsa.gov.pl](http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl)>.

<sup>63</sup> A. Nelicki, I. Zachariasz, *Planowanie przestrzenne...*, s. 35.

wzrostem wartości nieruchomości wynikającej z jej wybudowania (art. 146 ust. 1). W efekcie, procedura nakładania opłaty jest skomplikowana oraz kosztowna, bowiem oprócz kosztów postępowań administracyjnych obecne są również koszty wyceny przez rzeczoznawcę wzrostu wartości terenu w wyniku budowy urządzeń infrastruktury technicznej z wykluczeniem wzrostu wartości działki z innych przyczyn. Skutkuje to łatwym wzruszeniem decyzji o nałożeniu opłaty w wyniku postępowania odwoławczego. Sposób naliczania opłaty adiacenckiej jest zresztą podobny jak w przypadku renty planistycznej. Konstrukcja prawna, a także sam fakt istnienia dwóch opłat – nakładanych w istocie na niemal tę samą korzyść odnoszoną przez właściciela gruntu – są niezbyt dobrze oceniane zarówno pod względem celowości, jak i możliwości ich ściągania<sup>64</sup>. Ponadto opłata z tytułu podziału nieruchomości, z racji, iż nie jest związana w żaden sposób z rekompensatą kosztów administracyjnych, ponieważ procedura podziału na wniosek (związana z opłatą adiacencką) jest w całości opłacana przez osobę wnioskującą podział nieruchomości, powinna być włączona w przyszłości do podatku katastralnego. Tak samo powinno się stać w przypadku procedury scalenia i podziału nieruchomości. W tym przypadku należałoby jeszcze rozdzielić od siebie procedurę budowy urządzeń infrastruktury technicznej w ramach procedury scalenia i podziału nieruchomości.

Warto zwrócić uwagę na podstawowy fakt – w polskim systemie zagospodarowania brakuje ścisłego powiązania pomiędzy planowaniem przestrzennym i decyzjami dopuszczającymi nową zabudowę a obowiązkiem zapewnienia odpowiedniej infrastruktury technicznej i społecznej. W ocenie ekspertów mających doświadczenie w planowaniu zagospodarowania przestrzennego w innych państwach UE, w zasadniczym stopniu to właśnie taka sytuacja prawna decyduje o niewydolności polskiego systemu prawa zagospodarowania przestrzennego<sup>65</sup>. W praktyce ustawy z 7 lipca 1994 r. o zagospodarowaniu przestrzennym<sup>66</sup>, jak i ustawy obecnie obowiązującej w żaden sposób nie powiązано obowiązku budowy infrastruktury z zabudową przewidywaną miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Sytuacja przedstawia się tak, iż „gmina może uchwalić plan miejscowy i nie wybudować zaplanowanej w nim infrastruktury”. Czyli niezrealizowany plan jest podstawą do wydawania pozwoleń na budowę.

Niemiecki system, oparty na zasadzie odpowiedzialności władz publicznych za niezbędną infrastrukturę techniczną, uzależnia zgodę na intensyfikację sposobu użytkowania terenu od wkładu finansowego lub wykonawczego inwestora w zapewnienie niezbędnej infrastruktury.

<sup>64</sup> W. Nurek, *Renta planistyczna w praktyce*, „Nieruchomości” 2006, nr 8, s. 27–28.

<sup>65</sup> A. Jędraszko, op. cit., s. 97.

<sup>66</sup> Tekst jedn. Dz.U. 1999 r., nr 15 poz. 139 z późn. zm.

## Summary

### *Adjacent fee in Poland and Germany*

Keywords: spatial economy, adjacent fee, technical infrastructure, participation.

The construction and maintenance of technical infrastructure (roads, water supply, sewerage, gas, energy) condition for the development of settlements is one of the public tasks carried out by public funds. Regulations of the European Union provide for the transfer costs of construction of technical infrastructure facilities for private entities. Replenishment of funding for the building by private financial participation in the construction of infrastructure is the participation of these entities in the costs incurred by local authorities of public administration and subordinate organizational units. Entities are being made to bear "adjacent fees" compensate, at least in part, the expenditure of local public administration.

Participation of private entities in the construction of technical infrastructure in Poland is regulated by the Act of August 21, 1997 about land management. In Germany the question of burden of private entities with construction of technical infrastructure from the public allowances is regulated in the German Building Code (Baugesetzbuch of 27 August 1997).

In this paper the Polish system of private participation in the construction of technical infrastructure as a public task was showed. The participation of these entities is in the form of optional fees. These adjacent fees dependent on the growth of property value, of the current regulation. The background for the assessment of the Polish system of private participation in building the technical infrastructure is the regulations of the German system of participation in the construction of technical infrastructure (associated also with adjacent fees), which is considered as mature system characterized by restrictive and spatial certainty.