

# EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

3

nr

(46) lipiec-wrzesień 2018 r. - Warszawa



EUROPEJSKA  
WYŻSZA SZKOŁA  
PRAWA I ADMINISTRACJI

# EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

ISSN-2081-0903

## WYDAWCA

Europejska Wyższa Szkoła  
Prawa i Administracji,  
Warszawa ul. Grodzieńska 21/29

## KOMITET REDAKCYJNY

### Przewodniczący

Jerzy J. Wiatr

### Członkowie

Andrzej Bierć  
Dariusz Czajka  
Tadeusz Szymanek  
Roman Wieruszewski

## REDAKCJA

### Sekretarz redakcji

Tadeusz T. Nowacki

### Redaktor graficzny

Małgorzata Głuszczyk

## ADRES

03-750 Warszawa  
ul. Grodzieńska 21/29  
tel. +48 22 619 9011  
fax +48 22 619 5240

Tekstów niezamówionych redakcja nie zwraca. Zastrzega się możliwość zmiany tytułów i dokonywania skrótów w artykułach. Redakcja nie ponosi odpowiedzialności za treść ogłoszeń.

## PRENUMERATA

Informacji udziela dziekan  
Europejskiej Wyższej Szkoły  
Prawa i Administracji

## Od Redakcji

Co zwłaszcza zwraca uwagę w jesiennym numerze kwartalnika, to rosnąca aktywność na jego łamach najlepszych absolwentów EWSPiA (również całkiem niedawnych).

Wakacje się skończyły, zaczynamy więc nader poważnie: rozważaniami o praktycznych aspektach zdolności restrukturyzacyjnej przedsiębiorcy.

Mamy w numerze i inne nośne tematy prawne – jak RODO – ale także ważną polityczną przestrogę: przed upartyjnianiem cywilnej kontroli nad wojskiem.

Z wielkim zadowoleniem odnotowujemy – zaszczytny dla naszej uczelni – fakt zrecenzowania książki pamiątkowej poświęconej sędziemu SN Tadeuszowi Szymankowi przez wybitną uczoną, Pierwszą Prezes Sądu Najwyższego, prof. dr hab. Małgorzatę Gersdorf.

<b>Dariusz Czajka</b> , Podmiotowe i przedmiotowe przesłanki zdolności restrukturyzacyjnej przedsiębiorcy.....	5
<b>Jerzy J. Wiatr</b> , Cywilna kontrola nad siłami zbrojnymi: zasady konstytucyjne a praktyka.....	24
<b>Bogumił Władysław Smuk</b> , Konsumeryzm i RODO.....	32
<b>Filip Serbinowski</b> , Dni wolne i zwolnienia od pracy w święta religijne.....	41
<b>Karina Tatarczyk</b> , Rola i status prawny producenta filmowego w ujęciu prawnoporównawczym na przykładzie Polski, Francji, Kanady i Stanów Zjednoczonych.....	59
<b>Recenzje</b>	
„Życie według prawa” – recenzja książki pamiątkowej dedykowanej sędziemu Sądu Najwyższego Tadeuszowi Szymankowi: Wyzwania współczesnego prawa ( <b>Małgorzata Gersdorf</b> ).....	83
Tomasz Nałęcz, Strażnicy Rzeczypospolitej: prezydenci Polski w latach 1989–2017 ( <b>Jerzy J. Wiatr</b> ).....	88
Maciej Gdula, Nowy autorytaryzm 1989–2017 ( <b>Jerzy J. Wiatr</b> ).....	91

Dariusz Czajka

## Podmiotowe i przedmiotowe przesłanki zdolności restrukturyzacyjnej przedsiębiorcy

### Kryteria racjonalności i rzetelności w decyzji dłużnika

Dłużnik, którego przedsiębiorstwo znalazło się w kryzysie, winien sobie odpowiedzieć na fundamentalne pytania, przyjmując w procesie poszukiwania odpowiedzi następujące kryteria wartościujące:

- I. Czy ma on podmiotową zdolność restrukturyzacyjną?
- II. Czy w jego sytuacji istnieją przedmiotowe przesłanki skutecznego wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego i do tego brakuje okoliczności negatywnych?
- III. Czy istnieje potencjał sanacyjny w zadłużonej firmie?
- IV. Czy istnieje niebezpieczeństwo pokrzywdzenia wierzycieli?
- V. Jaki jest etap kryzysu ekonomiczno-finansowego?
- VI. Jaka jest wielkość i struktura zobowiązań bezspornych i spornych?
- VII. Czy w firmie są osoby zdolne przygotować i przeprowadzić plan restrukturyzacji? I czy przypadkiem nie są to zarazem osoby odpowiedzialne za kryzys w firmie?
- VIII. Kiedy i jaka decyzja będzie optymalna: dążenie do restrukturyzacji układowej czy upadłość likwidacyjna?
- IX. Jakie są skutki ekonomiczno-prawne i organizacyjno-zarządcze wyboru określonego trybu postępowania restrukturyzacyjnego?
- X. Jakie są źródła ryzyka oraz możliwości jego amortyzacji i zdywersyfikowania?

XI. Jaki jest timing podjęcia i wykonania decyzji?

XII. Jakie są alternatywne możliwości sanacji firmy? Jaki mamy wybór trybu postępowania restrukturyzacyjnego?

XIII. Jakie podjąć działania z zakresu policy mix – wzajemnie komplementarne oraz optymalne z punktu widzenia osiągnięcia celów postępowania restrukturyzacyjnego?

## I. Podmiotowa zdolność restrukturyzacyjna

Generalnie wszcząć postępowanie restrukturyzacyjne może przedsiębiorca oraz podmioty prawne wskazane w art. 4 ustawy prawo restrukturyzacyjne.

A zatem zgodnie z art. 4 ust. 1 przepisy ustawy stosuje się do:

- 1) przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), zwanej dalej Kodeksem cywilnym;
- 2) spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej;
- 3) wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem;
- 4) wspólników spółki partnerskiej.

Wyłączenia podmiotowe określone są w przepisie ustępu 2 art. 4 ustawy.

Nie można więc wszcząć postępowania restrukturyzacyjnego:

- 1) Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego;
- 2) banków państwowych;
- 3) zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji;
- 4) funduszy inwestycyjnych.

## II. Przedmiotowe przesłanki zdolności restrukturyzacyjnej

Skutecznie dłużnik może wszcząć postępowanie restrukturyzacyjne, gdy zaistnieją tzw. faktologiczne przesłanki pozytywne, a ponadto sąd rozpoznający wnioski nie stwierdzi zaistnienia przesłanek negatywnych.

Przesłanki pozytywne to:

- Zagrożenie niewypłacalnością;
- Niewypłacalność;
- Potencjał finansowy gwarantujący płynność procesu restrukturyzacyjnego.

Przesłanki negatywne to:

- Zagrożenie pokrzywdzeniem wierzycieli;
- Brak potencjału sanacyjnego.

### Zagrożenie niewypłacalnością

Zadłużony przedsiębiorca może, a nawet powinien wszcząć procedurę restrukturyzacyjną już w chwili, gdy antycypuje fakt zaprzestania w najbliższym okresie spłaty (choćby częściowo) swoich zobowiązań. Projekcja ta musi być oparta na obiektywnych faktach i oczywiście nie dotyczy tzw. taktycznej niewypłacalności spowodowanej przez samego dłużnika. A zatem przez dłużnika zagrożonego niewypłacalnością należy rozumieć dłużnika, którego sytuacja ekonomiczna wskazuje,

że w niedługim czasie może stać się niewypłacalny.

Gdy przedsiębiorca już na tak wczesnym etapie kryzysu rozpoczyna działania sanacyjne, ma zdecydowanie więcej szans na uzyskanie układu z wierzycielami, którzy docenią jego zapobiegliwość oraz racjonalność decyzji – i to podejmowanych w stosownym czasie, kiedy istnieje jeszcze potencjał sanacyjny.

Zagrożenie niewypłacalnością ma charakter obiektywny i dłużnik powinien je sobie uświadomić na podstawie pojawiających się niepokojących symptomów ekonomiczno-finansowych.

Abstrahując od wskaźników, należy przy dokonywaniu takiej oceny skupić się na dynamice zmian w rachunku wyników – obrazujących prostą relację między wielkością obrotów (wpływów) a kosztami ich uzyskania.

Jeżeli jest widoczne, że wpływy maleją bądź nie wykazują jakościowej pozytywnej zmiany, a koszty rosną lub też utrzymują się na wysokim poziomie – należy zadać pytanie, z jakich powodów ten stan istnieje. Jeżeli mimo to firma uzyskuje zadowalający zysk operacyjny, zdolny do zaspokojenia kosztów operacyjnych, inwestycyjnych oraz finansowania długu, to nie ma powodu do niepokoju; ale gdy zysk maleje lub też firma przełamała punkt oporu (tj. poziom tzw. *break point*) i zaczyna generować stratę na działalności gospodarczej – wówczas natychmiast należy podjąć decyzję o wszczęciu któregoś z trybów restrukturyzacyjnych. Tę prostą analizę należy uzupełnić oceną dynamiki zmian relacji pomiędzy

majątkiem aktywnym firmy a jego zobowiązaniami (zarówno tymi krótkoterminowymi, jak i długoterminowymi). Jeżeli aktywa tworzące wartość dodaną ulegają deprecjacji rynkowej lub dezintegracji – na przykład przez pozbywanie się ich – jeżeli rosną nieściągalne należności, to taki stan zwiastuje w niedalekiej przyszłości kłopoty i kryzys płynnościowy.

Warto także powiązać te symptomy z pogarszającymi się warunkami prowadzenia biznesu, tj. cyklem dekoniumkturalnym, ostrą konkurencją lub zmianami parametrów prawnych, w tym podatkowych.

## 2. Niewypłacalność

Tym bardziej gdy już zaistnieje fakt niewypłacalności, dłużnik może złożyć wniosek restrukturyzacyjny.

Przez dłużnika niewypłacalnego należy rozumieć dłużnika niewypłacalnego w rozumieniu ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2344 i 2491, zm. Dz.U. z 2018 r., poz. 398, 685, 1544 i 1629), zwanej dalej *Prawem upadłościowym*.

Zgodnie z art. 11 pu:

1. Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

1a. Domniemywa się, że dłużnik utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące.

2. Dłużnik będący osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania

pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

3. Do majątku, o którym mowa w ust. 2, nie wlicza się składników niewchodzących w skład masy upadłości.

4. Do zobowiązań pieniężnych, o których mowa w ust. 2, nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz zobowiązań wobec współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach, o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4.

5. Domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

6. Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie.

7. Przepisy ust. 2–6 nie mają zastosowania do spółek osobowych określonych w ustawie z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1577), zwanej dalej „Kodeksem spółek handlowych”, w których co najmniej jednym współnikiem odpowiadającym za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem jest osoba fizyczna.

## **Cechy strukturalne trwałości utraty zdolności płatniczej. Zagadnienia szczegółowe**

Analizując pojęcie obiektywnej utraty zdolności płatniczej, dłużnik winien przeprowadzić dwa testy o charakterze ekonomiczno-finansowym: retrospektywny oraz prospektywny.

Pierwszy wiąże się z analizą danych ekonomicznych zawartych w takich dokumentach, jak: bilans, rachunek wyników, sprawozdanie z przepływów gotówkowych, raport o stanie należności oraz wykaz i oszacowanie wartości aktywów informacji o zabezpieczeniach rzeczowych.

Drugi rodzaj testu odwołuje się do teorii prawdopodobieństwa oznaczającego projekcję przyszłych faktów ekonomiczno-prawnych i ich znaczenie dla zdolności płatniczej zadłużonego przedsiębiorstwa na podstawie pojawiających się tendencji oraz z uwzględnieniem dynamiki zmian mikro- i makroekonomicznych.

Struktura trwałego kryzysu finansowego w przedsiębiorstwach wyraża się z reguły splotem następujących faktów:

- a) ujemnym wynikiem finansowym (F01);
- b) wypowiedzeniem kredytów;
- c) brakiem wystarczającego pokrycia bieżących potrzeb gotówkowych na poziomie strumieni operacyjnych, finansowych oraz inwestycyjnych;
- d) niedostatecznym potencjałem sanacyjnym.

Konsekwencją tych faktów, sumujących się logicznie, jest dynamiczny proces deprecjacji wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa – często ujemna wartość netto jego majątku (stan niedoboru majątkowego).

Potencjał sanacyjny wyraża się w znalezieniu wiarygodnych źródeł mogących sfinansować proces odzyskiwania płynności w firmie.

Należy w tym kontekście zbadać możliwość finansowania kosztów związanych z obsługą zadłużenia z następujących źródeł:

- a) z bieżących wpływów przedsiębiorstwa,
- b) z nowego kredytu lub pożyczki,
- c) ze sprzedaży pakietu aktywów,
- d) z dopłat wspólników,
- e) z podwyższenia kapitału zakładowego albo
- f) z konwersji zobowiązań na akcje lub udziały.

Każdorazowo należy ocenić prawdopodobieństwo wystąpienia dopływu kapitału i wpływ tego zjawiska na odzyskanie – w sposób trwały – zdolności płatniczej przedsiębiorcy. Należy przy tym pamiętać, że potrzeby kapitałowe zadłużonego przedsiębiorstwa są dwojakiego rodzaju: jedne są związane z uruchomieniem spłaty bieżących zobowiązań, drugie przeznaczone są na utrzymanie procesu operacyjno-ekonomicznego w firmie, a nawet na inwestycje, jeżeli jest to konieczne do zachowania przedsiębiorstwa w ruchu; chyba że została podjęta uchwała o likwidacji – wtedy warto porównać wartość likwidacyjną aktywów z wartością zobowiązań, wraz z odsetkami.

Do tego typu analizy potrzebny jest tzw. **bilans pokrycia finansowego**, stanowiący projekcję wpływów i wydatków w dającym się przewidzieć czasie. Bilans ten odzwierciedla całokształt zachowań firmy – w tym sposób pozyskiwania i wykorzystania środków finansowych, łącznie ze wskazaniem strumienia finansowego wygenerowanego

z prawdopodobnych źródeł, które będą przeznaczone na spłatę wierzycieli – ukazując wartość i strukturę analityczną kosztów. Jeśli rzeczona projekcja wykaże, że nie ma szans na zysk operacyjny, brakuje możliwości uzyskania kapitału ze źródeł zewnętrznych, a majątek ulega systematycznej deprecjacji, mierzonej wartością rosnących odsetek – należy wówczas ogłosić upadłość.

Stan ujemnej wartości majątku – tzw. niedobór majątkowy – w przypadku osób prawnych dalej stanowi samoistną przesłankę dla stwierdzenia stanu niewypłacalności; jest to fakt, który wskazuje (przynajmniej z reguły) na brak potencjału sanacyjnego firmy.

Jeżeli w konsekwencji przeprowadzenia testu majątkowego okaże się, że zobowiązania przedsiębiorstwa przewyższają wartościowo aktywa należące do dłużnika – oznacza to, że występuje zjawisko **niedoboru majątkowego**. Należy jednak mieć na uwadze, że wartości nominalne, jakie są umieszczane w bilansie, zawierają tzw. **współczynnik anachroniczny**, co oznacza ich nieaktualność z uwagi na upływ czasu, dynamikę procesów ekonomiczno-prawnych zachodzących w firmie, a także fluktuacje wartości z tym związane. W przypadku zatem badania deficytu majątkowego liczy się faktyczna wartość majątku, rynkowa struktura jego aktywów – mierzona wedle realnej wartości zbywczej (czy to w wolnej sprzedaży rynkowej, czy też sprzedaży wymuszonej), to znaczy opartej na kryterium ceny zbycia możliwej do osiągnięcia na rynku wtórnym.

Przy ocenie wartości aktywów należy w szczególności zwrócić uwagę na współczynnik korekcyjny dotyczący wielkości środków trwałych oraz należności – gdyż z reguły wartość netto środków trwałych



w przedsiębiorstwie nie odpowiada ich wartości rynkowej; stawki amortyzacji w zbyt małym stopniu odzwierciedlają zużycie środków trwałych. Można znaleźć grupy środków, które w stosunku do ceny zakupu zostały całkowicie zamortyzowane, np. maszyny drukarskie, albo takie środki, które należy niezwłocznie wymienić – mimo że w sensie księgowym nie uległy jeszcze amortyzacji. To rynek wyznacza bowiem cenę realizacji koncepcji ekonomicznych bodących funkcją popytu i podaży, a nie anachroniczne zapisy księgowych. Także należności wykazywane w bilansie w środkach obrotowych stanowią przedmiot dyskontowania ich wartości, uwzględnivszy nie tyle ich rynkowe zależności, ile ekonomiczne możliwości dłużników.

W wypadku analizy bilansów zadłużonych firm to właśnie należności są wartością najbardziej złudną, a tym samym mało wiarygodną w ocenie realnych poziomów możliwych do uzyskania. Często okazuje się, że należności te są przedawnione bądź dotyczą firm niewypłacalnych lub nieistniejących.

Realna wycena należności powinna zatem być funkcją odpowiedzi na następujące pytania:

1. Jaka jest wartość należności przedawionych?
2. Ilu dłużników nie ma zdolności płatniczej i jaka jest szansa zaspokojenia należności po wszczęciu opcji egzekucyjnych?
3. Jaki jest poziom wiarygodności spornych?
4. Jaki procent należności byłby możliwy do odzyskania w drodze skargi pauliańskiej?

5. W jakim czasie i jakiej wartości świadczenia można odzyskać?

Wobec istnienia dużych rozbieżności między wyceną bilansową aktywów a ich przewidywaną wartością rynkową należy powołać biegłego, który dokona rzetelnej rynkowej wyceny aktywów.

Znowelizowane prawo upadłościowe wprowadziło kilka współczynników korekcyjnych, urealnijających test majątkowy (wyrażany stosunkiem aktywów do pasywów).

Powtórzmy: do zobowiązań pieniężnych, o których mowa w ust. 2, nie wlicza się zobowiązań przyszłych, w tym zobowiązań pod warunkiem zawieszającym oraz zobowiązań wobec współnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki lub innej czynności prawnej o podobnych skutkach – o których mowa w art. 342 ust. 1 pkt 4.

Domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeżeli zgodnie z bilansem jego zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość jego aktywów, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące.

### Test prawny

Do stwierdzenia niewypłacalności wymagane jest istnienie tzw. przesłanek związanych z istnieniem uprawdopodobnionych zobowiązań, których terminy płatności już nadeszły. Dowód na istnienie tego rodzaju faktów winien przedstawić wierzycieli (art. 24). Sąd każdorazowo winien zatem zwerfikować twierdzenia wierzyciela, przeprowadzając test prawny odpowiadający na następujące pytania:

1. Czy przedsiębiorstwo jest dłużnikiem i wobec ilu wierzycieli?
2. Czy wierzyciele-wnioskodawcy uprawdopodobnili swoje wierzycelności?
3. Czy istnieje spór co do istnienia wierzycelności?
4. Czy nie zostało wszczęte postępowanie naprawcze (podczas którego nie można ogłosić upadłości)?

### **Uprawdopodobnienie wierzycelności**

Zgodnie z formułą art. 24 *in fine*, jeżeli wniosek o ogłoszenie upadłości zgłasza wierzyciel, winien uprawdopodobnić swoją wierzycelność co do zasady, wysokości oraz terminu wymagalności.

Uprawdopodobnienie nie oznacza pewności (oczywistości), lecz wysoki stopień wiarygodności hipotezy, którą w postępowaniu sądowym należy zweryfikować lub sfalsyfikować. Stopień tego prawdopodobieństwa może być stwierdzony nieprawomocnym wyrokiem lub wystawieniem i przyjęciem faktury, wreszcie okolicznościami świadczącymi o istnieniu wymagalnego świadczenia, do spełnienia którego dłużnik zobowiązał się mocą określonej czynności prawnej lub zdarzenia mającego znaczenie normatywne. Realny spór co do zasady prawnej lub co do wysokości świadczenia (lub ewentualnie daty wymagalności) wyklucza znamię uprawdopodobnienia, uzasadniając jedynie konstatację o bezprzedmiotowości lub przedwczesności wniosku.

Zarzuty dłużnika w tym względzie mogą także dotyczyć następujących faktów:

- a) wykonania zobowiązania,
- b) jego wygaśnięcia,
- c) przedawnienia,
- d) cesji praw i obowiązków.
- e) nowacji stosunku zobowiązaniowego.

Ogłoszenie upadłości może nastąpić tylko wówczas, gdy istnieje co najmniej dwóch wierzycieli zadłużonego przedsiębiorcy. Istnienie pojedynczego niespłaconego wierzyciela daje natomiast możliwość wszczęcia egzekucji syngularnej (komorniczej). Dotyczy to jednak sytuacji posiadania wyłącznie jednego nominalnego wierzyciela; jeżeli bowiem dłużnik ma ich kilku, choćby nawet tylko wobec jednego nie realizował swoich zobowiązań, sąd upadłościowy jest uprawniony do badania istnienia przesłanek upadłościowych.

W każdym z rodzajów postępowania restrukturyzacyjnego dłużnik powinien dołączyć do wniosku **spis wierzycieli** – wskazując świadectwa ich wiarygodności.

### **Jaki jest rzeczywisty potencjał sanacyjny?**

#### **Istota potencjału sanacyjnego**

Nie ma sensu wszczynać postępowania restrukturyzacyjnego, gdy brak jest tzw. potencjału sanacyjnego – zdolnego przywrócić bieżącą płynność finansową i zdolność płatniczą zadłużonemu przedsiębiorcy.

Istnienie odpowiedniego potencjału sanacyjnego mierzymy na samym wstępie dwoma parametrami, odpowiadającymi na następujące pytania:

1. Czy dłużnik jest w stanie sprostać wydatkom samego postępowania restrukturyzacyjnego, bez mnożenia nowych bieżących zobowiązań?

2. Czy dłużnik jest w stanie uzyskać potencjał i zdolność restrukturyzacyjną na takim poziomie, by w przyszłości zadośćuczynić warunkom propozycji układowych i realizacji planu restrukturyzacyjnego?

Postępowanie restrukturyzacyjne ma za pośrednictwem układu dłużnika z wierzycielami układowymi zapobiec ogłoszeniu upadłości, a zatem bankructwu firmy.

Restrukturyzacja w zakresie celu immanentnego ma doprowadzić do sanacji ekonomiczno-finansowej przedsiębiorstwa przez odzyskanie trwałej zdolności płatniczej.

W konsekwencji należy zmierzyć tzw. potencjał sanacyjny firmy i możliwość wyzwolenia tego potencjału w stosownym czasie – czyli w momencie zapadalności terminów wykonania układu.

Potencjał sanacyjny oznacza istnienie aktywów zdolnych do tworzenia wartości dodanej w przedsiębiorstwie, a zatem generowania zysku, czyli przewyżki wpływów nad kosztami ich uzyskania.

Potencjał sanacyjny to inaczej uruchomienie kapitału intelektualnego, finansowego oraz energetycznego (organizacyjno-zarządczego i logistycznego) na takim poziomie, by firma mogła oferować produkt zdolny do uzyskania przewagi konkurencyjnej.

**Powtórzmy:** brak potencjału sanacyjnego to niemożność generowania zysku przez funkcjonujące przedsiębiorstwo.

Innymi słowy, jego aktywa nie są zdolne do tworzenia wartości ekonomiczno-finansowej zdolnej zagwarantować trwałą zdolność płatniczą na wszystkich trzech komplementarnych poziomach: operacyjnym, finansowym oraz inwestycyjnym.

Współczesne pojmowanie aktywów różni się wszakże od statycznego rozumienia tego pojęcia przez księgowych czy finansistów.

Należy zrozumieć, że zgoda na procesy sanacyjne pod kontrolą sądu winna opierać się na jednej generalnej przesłance, tzn. dużym prawdopodobieństwie odzyskania trwałej zdolności płatniczej przez zadłużone przedsiębiorstwo – w konsekwencji przeprowadzanej restrukturyzacji zobowiązań, aktywów i procesów gospodarczych.

Określeniu tego prawdopodobieństwa służy odpowiedź na następujące pytania:

1. Z jakich źródeł będzie finansowana spłata długów zrestrukturyzowanego układem, a także tych, które nie są objęte tym aktem prawa materialnego?
2. Czy firma w trakcie spłacania długów będzie w stanie finansować procesy operacyjne w firmie, a jeżeli zachodzi konieczność – także procesy inwestycyjne (konserwacyjne)?

Gdy brakuje realnych szans na zagwarantowanie płynności i rentowności tych procesów, należy spowodować szybką likwidację przez sprzedaż przedsiębiorstwa (w całości lub w zorganizowanych częściach). Wiarygodnej opinii na ten temat w bardziej skompliko-

wanych sytuacjach winien udzielić biegly sądowy lub nadzorca wyznaczony w postępowaniu zabezpieczającym – w trakcie badania zasadności wniosku upadłościowego.

Inaczej rzecz ujmując, potencjał sanacyjny jest funkcją istnienia trzech rodzajów kapitału: intelektualnego, finansowego oraz energetyczno-wolitywnego – na poziomie gwarantującym funkcjonalność przedsiębiorstwa zdolnego do generowania zysków, z których zaspokoi się wszystkie koszty: operacyjne, inwestycyjne oraz finansowania długu; oczywiście po dokonaniu niezbędnych zabiegów restrukturyzacyjnych.

## Zagrożenie pokrzywdzeniem wierzycieli

### Uwagi ogólne

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 8 ust. 1: „Sąd odmawia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli skutkiem tego postępowania byłoby pokrzywdzenie wierzycieli”.

Pokrzywdzenie wierzycieli należy rozumieć funkcjonalnie – odnosząc się do czterech kryteriów inferencyjnie związanych z owym zagrożeniem: celów postępowania restrukturyzacyjnego, racjonalności, rzetelności dłużnika oraz wykonalności propozycji układowych.

Ogólnym celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika przez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również w dro-

dze przeprowadzenia działań sanacyjnych, z zabezpieczeniem słusznych praw wierzycieli.

Z kontekstu semantycznego wynika, że ustawodawca przywidział (na zasadzie *coexistentia oppositorum*) równowagę dwóch – wydawałoby się – sprzecznych celów, tj. optymalnej ochrony praw dłużnika oraz jego wierzycieli.

W uzasadnieniu do ustawy prawo restrukturyzacyjne wyraźnie stwierdzono, że cele regulacji dążą do zapewnienia przedsiębiorcom i ich kontrahentom skutecznych instrumentów restrukturyzacji, z jednoczesną optymalną ochroną praw wierzycieli.

Koegzystencja tych wartości może zaistnieć na poziomie wzajemnych ustępstw i kompromisu, którego konsekwencją jest układ.

W tym znaczeniu sprzeczności leżące u podstawy pytania, co jest ważniejsze: interes wierzycieli czy dłużnika – można za pomocą instytucji układu przezwyciężyć w drodze pewnej syntezy. Konieczne jest w tym względzie stworzenie procesów komplementarnych; więcej – są one przesłanką urzeczywistnienia tej syntezy.

Owa komplementarność wartości mierzonych w sprzecznych relacjach jest istotą każdego procesu optymalizacyjnego. To klucz do sukcesu mediacji i koncyliacyjnego, uniwersalnego rozwiązywania konfliktów interesów. W konsekwencji: jeśli ochrona interesu zadłużonego przedsiębiorstwa daje większe szanse na optymalne w danych warunkach zaspokojenie praw wierzycieli (zarówno większościowych, jak i reprezentujących grupę mniejszościową), należy uruchomić w danej sprawie system prawny.

A zatem *coexistentia oppositorum* możliwa będzie jedynie w sytuacji grupowego układu – porozumienia,

w którego wyniku wierzyciele otrzymają w wersji układowej więcej, niż dostaliby w wersji przymusowej sprzedaży w formule upadłości likwidacyjnej; dłużnik natomiast może zachować swój ekonomiczno-prawny byt, realizując społecznie ważne cele – takie jak np. dokończenie deweloperskich procesów inwestycyjnych.

Należy podkreślić, że interes, jakim jest zapobieżenie upadłości dłużnika i umożliwienie mu dalszej realizacji działalności gospodarczej, musi być zsynchronizowany z interesem grupowym większości wierzycieli akceptujących propozycje układowe – przy braku rażącego pokrzywdzenia wierzycieli mniejszościowych (tj. głosujących przeciwko układowi).

Z tego wynika inferencyjnie wywiedziona reguła, że sądy rozpoznające wnioski dłużników w przedmiocie wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego powinny stosować domniemanie dobrej wiary oraz dopuszczać (przez wszczęcie postępowania) możliwość podejmowania przez wierzycieli decyzji co do przyjęcia układu na zgromadzeniu.

Tylko w sytuacjach oczywistych, gdy z dowodów wynika brak realnej możliwości wykonania propozycji układowych, wniosek powinien być oddalony już na samym wstępie – jako nieracjonalny, a tym samym krzywdzący wierzycieli.

Egzemplifikacją tego stanu rzeczy jest fragment uzasadnienia do ustawy prawo restrukturyzacyjne, który określa, że nowe prawo wprowadza zasadę subsydiarności

postępowania upadłościowego jako *ultima ratio* – wobec ekonomicznego fiaska restrukturyzacji.

### **Brak prawdopodobieństwa pokrzywdzenia wierzycieli – aspekty aksjologiczne**

Zakaz pokrzywdzenia wierzycieli w swej celowościowej intencji odwołuje się do aksjologicznego kanonu państwa prawa osadzonego na zasadzie sprawiedliwości.

Konkretnie układ, jako forma wzajemnych ustępstw w zakresie ochrony interesu wierzycieli, musi mieć jednak swoje granice, odzwierciedlające dopuszczalne proporcje.

Doktryna ta wiąże się zasadą sprawiedliwości sformułowanej w art. 2, 31 oraz 32 Konstytucji RP, a zatem trzech reguł: równego traktowania osób należącej do tej samej kategorii interesu, zakazu dyskryminacji oraz proporcjonalności.

Z aksjologicznego punktu widzenia, mając na uwadze cele optymalizacyjne postępowania restrukturyzacyjnego – pokrzywdzenie wierzycieli zachodzi, gdy stwierdzone zostanie w sposób oczywisty, że mierząc tzw. koszt i możliwość opcji alternatywnej, tj. ogłoszenia upadłości likwidacyjnej, określona kategoria wierzycieli objętych z prawnego punktu widzenia układem zostałyby w zdecydowanie większym stopniu zaspokojona przez likwidację upadłościową niż przez układ restrukturyzacyjny.

### **Racjonalność i rzetelność decyzyjna zarządu**

Pokrzywdzenie wierzycieli na zasadzie prawdopodobieństwa może nastąpić także w sytuacji, gdy dotychczas zarząd popełnił strategiczne błędy, a nie dokona-

no zmiany składu personalnego centrum decyzyjnego przed złożeniem wniosku lub nie zagwarantowano realizacji celów ekonomicznych oraz prawnych w postępowaniu restrukturyzacyjnym przez osoby legitymujące się wiedzą, doświadczeniem oraz dyspozycjami rzetelności i racjonalności działania.

Mimo że nowe prawo restrukturyzacyjne nie określa już (i nie uzależnia) przesłanek dopuszczalności wszczęcia postępowania od występowania niezależnych i wyjątkowych okoliczności utraty zdolności płatniczej, należy odnieść się do kwestii dotychczasowej racjonalności, rzetelności i uczciwości dłużnika – personifikowanego przez organy zarządu. Ma to bowiem wpływ na wiarygodność procesu restrukturyzacyjnego na wszystkich jego etapach, a także daje rękojmię wykonania układu. Oczywiście, że można (a nawet należy) zmienić dotychczas funkcjonujący zarząd, dobierając tym razem racjonalne i rzetelne osoby – legitymujące się zdolnością podejmowania optymalnych decyzji ekonomiczno-prawnych.

W takim przypadku argument uzasadniający dotychczasową nierzetelność lub nawet nieuczciwość członków zarządu nie powinien mieć charakteru konkluzywnego – pod warunkiem jednak, że nowy zarząd legitymuje się wiedzą i doświadczeniem koniecznymi do rozwiązywania problemów restrukturyzacyjnych.

## Wykonalność

W fundamentalnym orzeczeniu z 25 listopada 1995 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że samo prawdopodobieństwo niewykonania układu jest przesłanką burzącą porządek publiczny przez pokrzywdzenie wierzycieli.

Zatem należy wstępnie ustalić, czy istnieją gwarancje tego, że dłużnik w wyniku zakładanych działań restrukturyzacyjnych (zarówno ekonomicznych, jak i organizacyjno-zarządczych oraz związanych z restrukturyzacją zobowiązań układowych i pozaukładowych) odzyska zdolność płatniczą opartą na konkretnym potencjale sanacyjnym i okaże się zdolny do zachowania płynności finansowej nie tylko w czasie trwania postępowania restrukturyzacyjnego, ale i w fazie wykonania układu. Warunkiem *sine qua non* jest tutaj występowanie właśnie potencjału sanacyjnego.

## Utrata zdolności płatniczej jako potencjalna podstawa zagrożenia wykonalności propozycji układowych

Przesłanki utraty zdolności płatniczej mają pośredni wpływ na wykonalność propozycji układowych oraz ich realność; należy zatem odnieść się do konkretnych przyczyn stwierdzających, czy mają one charakter wewnętrzny, czy też zewnętrzny, notoryjny czy czasowy, możliwy do wyeliminowania itd. Im bardziej mają one charakter niezależny, wyjątkowy, czasowy oraz związany z dopuszczalnym ryzykiem gospodarczym – tym większa szansa, by realne propozycje układowe zostały wykonane (często z dowartościowaniem potencjału intelektualnego i energetycznego w postaci wiedzy i doświadczenia nowych członków zarządu i doradcy restrukturyzacyjnego).

Oczywiście należy dodać do tego założenia i to, że dany sektor rynku zagwarantuje adekwatny popyt na produkty oferowane przez firmę dłużnika, uwzględniając siłę konkurencji.

Jak zauważa D. Olszewski, pierwsza grupa przyczyn obejmuje zjawiska zachodzące na szczeblu makroekonomicznym, związane z ogólną sytuacją w kraju (np. recesja), polityką fiskalną, monetarną rządu, działaniami administracji publicznej, w tym samorządowej, opóźniającymi procesy inwestycyjne (casus osiedla Włodarzewska) itp. Chodzi zatem o zjawiska, które niezależnie od działalności decyzyjnej przedsiębiorcy i poza jego wpływem powodują obniżenie poziomu lub utratę zdolności płatniczej.

Zjawiska należące do drugiej grupy zachodzą na szczeblu branży (konkurencja, znaczne pogorszenie zdolności kredytowej nabywców mieszkań itd.).

Trzecia grupa zjawisk zachodzi na poziomie samego przedsiębiorstwa, a konkretnie centrum decyzyjnego, która ma przemożny wpływ na kondycję finansową firmy. Dotyczy to nieracjonalności decyzyjnej mierzonej zgodnością lub niezgodnością z czterema regułami optymalizacji decyzji ekonomiczno-prawnej w firmie:

1. Podporządkowaniem się pewnej logice faktów i dostępnej wiedzy o rynku, konkurencji i kontrahentach, a odrzuceniem myślenia i ocen życzeniowych w tym zakresie – przesłaniających obiektywny stan rzeczy;
2. Zagwarantowaniem potencjału implementacyjnego zdolnego zrealizować pod względem merytorycznym, technologicznym, organizacyjnym, finansowym

oraz prawnym (zasada legalności) wdrażane decyzje sanacyjne bądź likwidacyjne;

3. Zgodnością z przyjętym planem strategicznym – przy czym należy wcześniej zbadać koszt oraz dostępność opcji alternatywnych;
4. Racjonalnością w zakresie zarządzania ryzykiem, jego identyfikacją oraz oceną prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych skutków – przewidując w razie czego wdrożenie planu B, amortyzujące to ryzyko.

## Ryzyko

Działalność, która wiąże się z ryzykiem, charakteryzuje się dwoma cechami: prawdopodobieństwem wystąpienia określonego wyniku oraz skalą zmienności wszystkich możliwych wyników.

Sąd Najwyższy już wiele lat temu przyjął spójną koncepcję na temat dopuszczalnego ryzyka, uznając, iż jego podjęcie w sprawach gospodarczych przedsiębiorstwa jest dopuszczalne bez narażenia się na zarzut braku należytej staranności, jeśli ryzyko to jest ograniczone oraz gdy przemawia za tym racja gospodarcza i dobro całego przedsiębiorstwa. Ponadto w innym orzeczeniu SN słusznie zauważył, że w warunkach gospodarki rynkowej nie sposób ogarnąć wszystkich zagrożeń, jakie mogą stać się udziałem przedsiębiorcy.

Ważny jest również timing, czyli podejmowanie decyzji i ich wdrażanie w czasie, gdy system przedsiębiorstwa, jego potencjał ekonomiczno-finansowy oraz prawny jest podatny na stymulacje oraz korekty restrukturyzacyjne.

## Środki finansujące postępowanie restrukturyzacyjne

Wykonalność strategii sanacyjnej przedsiębiorstwa dłużnika wiąże się generalnie z odpowiedzią na dwa pytania:

1. Czy firma dłużnika jest w stanie zagwarantować płynność finansową procesu restrukturyzacyjnego w fazie trwania postępowania restrukturyzacyjnego?

oraz

2. Czy dłużnik jest w stanie utrzymać zdolność płatniczą – po zatwierdzeniu przez sąd układu – w fazie jego implementacji?

W fazie badania wniosku sąd winien przede wszystkim odpowiedzieć sobie na pierwsze z postawionych pytań.

Przypomnijmy, że sąd odmawia otwarcia postępowania układowego lub sanacyjnego również wtedy, gdy nie została uprawdopodobniona zdolność dłużnika do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu.

Wynika to z założenia ustawodawcy, że dłużnik nie może prowadzić postępowania zmierzającego do zawarcia układu kosztem nowych wierzycieli. Jest on zatem zobowiązany do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania oraz zaspokajania zobowiązań powstałych po jego otwarciu.

A zatem środki na realizację celów w postępowaniu restrukturyzacyjnym określamy nie tylko w wąskim aspekcie zagwarantowania finansowania kosztów samego postępowania przed sądem, ale także

zagwarantowania źródeł finansujących zobowiązania powstające oraz zapadalne po dacie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego.

Wynika to z synchronicznej wykładni przepisów art. 5 ust. 2 oraz art. 150 ust. 1 ustawy w pierwszym zakresie.

Natomiast art. 150 ust. 1 stanowi, że „Układ obejmuje:

- wierzytelności osobiste powstałe przed dniem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, odsetki za okres od dnia otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego,
- wierzytelności zależne od warunku, jeżeli warunek ziścił się w czasie wykonywania układu”.

*A contrario* zatem: wierzytelności osobiste powstałe po otwarciu postępowania, a także wierzytelności nieobjęte układem winny być zaspokajane ze środków potencjału sanacyjnego na bieżąco w czasie trwania postępowania restrukturyzacyjnego, chyba że dłużnik dwustronnymi ugodami prolonguje wymagalność spłat związanych z wierzytelnościami zabezpieczonymi rzeczowo.

W konsekwencji do wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego należy przedstawić *pro forma* prognozę rachunku zysków i strat na czas trwania postępowania we wszystkich jego fazach.

Poniżej podaję przykład takiego bilansu pokrycia finansowego



PROGNOZA RACHUNKU ZYSKÓW I STRAT firmy X					
				Prognoza	
Wyszczególnienie		Jedn. miary	2017	2018	
A. Przychody netto ze sprzedaży produktów, usług, towarów i materiałów		tys. PLN	56 611,2	66 609,8	
	I. Przychody netto ze sprzedaży produktów i usług	tys. PLN	56 611,2	66 609,8	
	II. Przychody netto ze sprzedaży towarów i materiałów	tys. PLN			
B. Koszt sprzedanych produktów, usług, towarów i materiałów		tys. PLN	37 418,9	48 761,6	
	I. Koszt wytworzenia sprzedanych produktów i usług	tys. PLN	37 418,9	48 761,6	
	II. Wartość sprzedanych towarów i materiałów	tys. PLN			
C. Zysk (strata) ze sprzedaży brutto (A-B)		tys. PLN	19 192,3	17 848,2	
D. Koszty sprzedaży		tys. PLN	1 227,9	1 128,7	
E. Koszty ogólnego zarządu		tys. PLN	5 416,5	5 026,4	
F. Zysk (strata) ze sprzedaży netto (C-D-E)			12 547,9	11 693,1	
G. Pozostałe przychody operacyjne		tys. PLN	-	-	
H. Pozostałe koszty operacyjne		tys. PLN	-	-	
I. Zysk (strata) z działalności operacyjnej (F+G-H)		tys. PLN		12 547,9	11 693,1
J. Przychody finansowe		tys. PLN	-	-	

I. Dywidendy i udziały w zyskach		tys. PLN			
II. Odsetki		tys. PLN			
III. Zysk ze zbycia inwestycji		tys. PLN			
IV. Aktualizacja wartości inwestycji		tys. PLN			
V. Inne		tys. PLN			
K. Koszty finansowe		tys. PLN	7 849,7	5 443,2	
I. Odsetki		tys. PLN	7 093,1	5 443,2	
	- kredyty i pożyczki	tys. PLN	4 361,1	2 857,9	
	- obligacje	tys. PLN	2 678,1	2 569,1	
	- leasing	tys. PLN	54,0	16,3	
II. Strata ze zbycia inwestycji		tys. PLN			
III. Aktualizacja wartości inwestycji		tys. PLN	756,6		
IV. Inne		tys. PLN			
L. Zysk (strata) z działalności gospodarczej (I+J-K)			4 698,2	6 249,8	
M. Wynik zdarzeń nadzwyczajnych		tys. PLN			
N. Zysk (strata) brutto (L +/- M)		tys. PLN	4 698,2	6 249,8	
O. Podatek dochodowy		tys. PLN	808,7	1 103,5	
P. Pozostałe obowiązkowe zmniejszenia zysku (zwiększenia straty)					
R. Zysk (strata) netto (N-O-P)		tys. PLN	3 889,5	5 146,4	

## **Charakter wiarytelności (podmiotowy i przedmiotowy). Badanie wstępnej skłonności koncyliacyjnej wierzycieli**

Niebagatelne znaczenie dla wstępnej projekcji ewentualnego pokrzywdzenia wierzycieli w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy jest zbadanie wstępnej dyspozycji grupy wierzycieli układowych co do możliwości głosowania za propozycjami układu.

Działa tutaj znana zasada: *volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda).

Warto odwołać się w tym miejscu do charakteru prawnego układu.

O. Buber podkreśla, że układ jest dobrowolnie zawartą umową, którą dłużnik i wierzyciele przez wzajemne ustępstwa uchylają spór między sobą i niepewność co do uzasadnionych roszczeń, aby zapewnić sobie ich realizację poza egzekucją syngularną czy generalną.

Charakterystyczną cechą tej instytucji prawa materialnego jest to, że układ obowiązuje nie tylko tych wierzycieli, którzy na propozycje układowe się zgodzili, ale i tych, którzy nie zajęli wobec propozycji układowych żadnego stanowiska lub nawet nie zgodzili się na proponowane warunki, pozostając jednak w mniejszości.

Działa tutaj – jak podkreślono w uzasadnieniu do ustawy – zasada dominacji grupowego (zbiorowego) interesu wierzycieli.

Skłonność koncyliacyjna wierzycieli warunkowana jest treścią propozycji układowych oraz ich zdolnością implementacyjną, która jest funkcją dotychczasowej rzetelności i racjonalności dłużnika, a także potencjału sanacyjnego jego przedsiębiorstwa. Niebagatelne w tym kontekście znaczenie mają: etap, źródła i struktura kryzysu, który dotknął zadłużone przedsiębiorstwo. Jeżeli w trakcie przygotowywania decyzji o wszczęciu postępowania restrukturyzacyjnego dłużnik zrobi wstępny sondaż wśród wierzycieli i dostrzeże szanse na uzyskanie progów większościowych w czasie głosowania, wówczas powinien jak najszybciej złożyć wniosek restrukturyzacyjny lub rozpocząć procedurę zbierania głosów w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu.

Dobrze jest, gdy dłużnik przed złożeniem wniosku dysponuje wstępną zgodą w zakresie głosowania większościowej grupy wierzycieli za propozycjami układowymi, co może być kluczowym argumentem za otwarciem postępowania i realizacją zasadniczych celów (uzasadnionych zarówno aksjologicznie, jak i prakseologicznie), warunkowanych optymalnym zagwarantowaniem interesów większości wierzycieli.

Nie można jednak zapominać o interesach wierzycieli mniejszościowych, którzy mogą głosować przeciwko układowi. Na etapie badania wniosku trudno jest ten fakt ustalić choćby na zasadzie prawdopodobieństwa, jednakże formułując propozycje układowe, dłużnik winien kierować się i tym, by nadmiernie nie krzywdzić potencjalnych wierzycieli mniejszościowych.

Dlatego propozycje układowe należy tak określić, by po pierwsze były jednako- we dla wierzycieli należących do tej samej kategorii interesu, a po drugie – co jest równie istotne – by potencjalnie wierzyciele

głoszący przeciwko propozycjom układowym w sposób oczywisty nie mieli szansy otrzymać większego zaspokojenia swoich praw w tzw. opcji alternatywnej, tj. upadłości likwidacyjnej i realizacji planu podziału.

J. Rawls, twórca współczesnej teorii sprawiedliwości, sformułował zasadę słusznych preferencji; stwierdził on, że istotą sprawiedliwego systemu prawnego, opartego na określonej dystrybucji praw i obowiązków, jest takie urządzenie instytucji materialnoprawnych, by w konsekwencji chroniły i były korzystne dla najmniej uprzywilejowanych – i były otwarte dla najszerzej grupy adresatów na zasadzie równości.

Przymusowość stwarzana przez większościową grupę w warunkach układu (gdzie wymagany jest próg wartościowy 2/3) musi mieć swoje granice odzwierciedlające określone proporcje w naruszeniu interesu mniejszości. Innymi słowy, większość wybierająca daną koncepcję ochrony własnego interesu nie może niszczyć fundamentów ekonomicznych mniejszości, opowiadającej się przeciwko przegłosowanej koncepcji. Z drugiej strony system winien chronić większość przed nieuzasadnioną obstrukcją tych wierzycieli, którzy nie mają skłonności koncyliacyjnej nie z przyczyn racjonalnych, lecz jedynie psychologiczno-mentalnych.

Konkretyzując: pojęcie nadmiernego pokrzywdzenia oznacza więc konieczność przyjęcia warunków wstępnych będących odpowiedzią na następujące pytania:

■ Jaki wpływ na interesy wierzycieli głoszących przeciwko układowi ma zawarcie układu na warunkach przegłosowanych przez większość wierzycieli?

■ Czy wierzyciele głoszący przeciwko układowi w opcji alternatywnej otrzymaliby lepsze lub równe warunki spłaty w danej funkcji czasu, z uwzględnieniem ich zarezerwowania do określonej grupy zaspokajania w opcji upadłościowej?

A zatem stosując logiczno-funkcjonalną metodę wykładni prawa, przewidującą koherencję pomiędzy celami ustawy a normatywnymi środkami ich realizacji, sąd winien przeprowadzić test wartości opcji alternatywnych i odpowiedzieć sobie na następujące pytania:

1. Czy układ, czy upadłość w większym stopniu zaspokoi prawa wierzycieli?
2. Co należy rozumieć przez miarę zaspokojenia dla poszczególnych wierzycieli mniejszościowych, potencjalnie głoszących przeciwko układowi?
3. Jak oceniać ryzyko niezrealizowania celów układu i funkcję czasu zaspokojenia w alternatywnych opcjach?

Ad 1. Do podstawowych pojęć ujętych w tych przepisach, które wymagają właściwej interpretacji, zaliczyć możemy prawdopodobieństwo wyższego stopnia zaspokojenia w trybie układowym w upadłości oraz kryterium dotychczasowego zachowania się dłużnika – dającego gwarancję realizacji koncepcji sanacyjnej lub niedającego takiej gwarancji.

Fakty kryjące się w desygnacie tych pojęć stwarzają (bądź też nie) podstawę do wszczęcia opcji likwidacyjnej, która – jak już wspomniano – ma charakter ultymatywny (upadłość jako *ultima ratio*).

Prawdopodobieństwo zaspokojenia w wyższym stopniu wierzycieli w postępowaniu układowym w upadłości stwarzało konieczność zastosowania testu ekonomiczno-prawnego, odpowiadającego na pytanie, czy istnieje (opierając się na dotychczasowych faktach) potencjał sanacyjny zdolny zagwarantować środki finansowe mające wartość wyższą niż te, które można by było uzyskać przy likwidacji przedsiębiorstwa w upadłości. Tryb układowo-sanacyjny powinien dawać możliwość prowadzenia w dalszym ciągu działalności gospodarczej, która pod warunkiem jej rentowności może generować wolne środki finansujące zadłużenie. Także redukcja kosztów związanych z zadłużeniem (czy też sprzedaż zbędnych aktywów) może przynieść wymierny pozytywny skutek zwiększający przepływy gotówkowe netto. Takie możliwości generalnie nie są możliwe w opcji likwidacyjnej, gdzie prowadzenie działalności gospodarczej jest wyjątkiem – nie mówiąc już o zdeprecjonowanej wartości ekonomicznej samych aktywów, które z reguły uzyskują w czasie likwidacji niższą wartość, niż to się dzieje w funkcjonującym przedsiębiorstwie.

Ad 2. Miara zaspokojenia jest funkcją kilku czynników, takich jak wartość realizacji prawa każdego wierzyciela, czas i warunki spłaty. Mierzy się przy tym koszt pieniądza w czasie.

Gdy propozycje układowe dłużnika w sposób istotnie dyskryminacyjny przewidują warunki spłaty na rażąco gorszym

poziomie w opcji układowej niż wersji likwidacyjnej, sąd powinien rozważyć koncepcję oddalenia wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego.

Należy uprawdopodobnić, że w każdej kategorii interesu ujętego w propozycjach układowych wierzyciele zostaną potraktowani w taki sposób, że odzyskają więcej (i to w szybszym, bo zwykle kilkunastomiesięcznym czasie, niż miałyby to miejsce w razie upadłości likwidacyjnej).

Należy to jeszcze uwiarygodnić opinią biegłego.

Ad 3. Także kryterium ryzyka i funkcji czasu wskazywać powinno na większą wartość opcji restrukturyzacyjnej względem upadłości likwidacyjnej

### **Zakaz obstrukcji**

Trzeba przy tym uwzględnić ocenę wpływu postanowień układu na sytuację finansową wierzyciela głosującego przeciwko układowi. Wierzyciele mniejszościowi, tj. ci, którzy mogą zagłosować przeciwko propozycjom układowym, muszą jednak wykazać się określonym stopniem racjonalności, eliminującym zarzut obstrukcji z ich strony. Przeciwno takiej obstrukcji istnieje przecież swoisty pręgierz – określony w przepisie art. 119 ust. 3 ustawy, a stanowiący, że układ zostaje przyjęty, chociażby nie uzyskał wymaganej większości w niektórych z grup wierzycieli, jeżeli wierzyciele mający łącznie dwie trzecie sumy wierzytelności przysługujących głosującym wierzycielom głosowali za przyjęciem układu, a wierzyciele z grupy lub grup, które wypowiedziały się przeciw przyjęciu układu, zostaną zaspokojeni na podstawie układu w stopniu nie mniej korzystnym, niż w przypadku przeprowadzenia postępowania upadłościowego.

Gdy zatem wierzyciel głoszący przeciwko propozycjom układowym robi to ze świadomością, że w opcji upadłościowej nie otrzymałby większego zaspokojenia (lub nawet nie otrzymałby nic!) – można domniemywać, że działa w warunkach psychologicznej obstrukcji, która zdecydowanie nie powinna jednak niweczyć woli większości.

W kontekście każdego składanego wniosku restrukturyzacyjnego i treści tam zawartych – włączając załączniki – należy w podsumowaniu stwierdzić, że:

1. Układ w wersji zaproponowanej przez dłużnika w sposób optymalny zaspokaja wierzycieli w zdecydowanie wyższym stopniu, niż miałyby to miejsce w opcji upadłościowo-likwidacyjnej;
2. Realizacja celów postępowania będzie miała miejsce w krótszej funkcji czasu; doświadczenie dotychczas przeprowadzanych upadłości firm deweloperskich wskazuje, że proces realnej sprzedaży niedokończonych inwestycji syndyk rozpoczyna dopiero po upływie co najmniej kilkunastu miesięcy od daty ogłoszenia upadłości, a wartość degradowanego (przez upływ czasu i brak środków na konserwację majątku masy) uzasadnia przekonanie, że opcja układowa daje optymalne warunki realizacji celów ochrony praw wierzycieli *in genere*.
3. Ryzyko niepowodzenia – wobec istnienia potencjału sanacyjnego – jest znikome;
4. Skłonność koncyliacyjna wierzycieli przewyższa większość 2/3 – wymaganą, aby propozycje układowe były przyjęte na zgromadzeniu wierzycieli;
5. Nie ma zagrożenia rażącego pokrzywdzenia wierzycieli mniejszościowych.

Jerzy J. Wiatr

## Cywilna kontrola nad siłami zbrojnymi: zasady konstytucyjne a praktyka

Do podstawowych kanonów demokracji należy zasada podporządkowania sił zbrojnych władzom cywilnym. Wynika to z jednego z podstawowych warunków, bez spełnienia których nie można uznać danego systemu za demokratyczny. Jest to zasada, iż sprawowanie wszystkich funkcji władczych opiera się na – wyrażonej bezpośrednio lub pośrednio – woli obywateli. Dowódcy wojskowi nie są wprawdzie wybierani przez obywateli, ale o powierzeniu im stanowisk dowódczych decydują politycy mający demokratyczny mandat – jako wybrani w demokratycznych wyborach lub powołani na stanowisko przez demokratycznie wybrany parlament.

Demokratyczna kontrola nad siłami zbrojnymi oznacza respektowanie czterech podstawowych zasad, którymi są:

- 1) wyłączne prawo cywilnych władz państwowych decydowania zarówno o wojnie i pokoju, jak również o wielkości sił zbrojnych oraz wysokości środków budżetowych przeznaczonych na cele wojskowe;
- 2) wyłączne prawo tych władz mianowania na stanowiska dowódcze w siłach zbrojnych i awansowania na kolejne stopnie oficerskie;
- 3) podporządkowanie wojskowego wymiaru sprawiedliwości sądom powszechnym i jego działanie na podstawie ustaw uchwalonych przez władzę ustawodawczą;
- 4) autonomia władz wojskowych w wewnętrznych sprawach funkcjonowania sił zbrojnych – pod warunkiem, że w tych działaniach nie naruszają one poprzednio sformułowanych zasad cywilnej kontroli nad siłami zbrojnymi (Wiatr 2017:159).

Cywilna kontrola nad siłami zbrojnymi nie stanowi monopolu systemów demokratycznych. Tradycyjne monarchie lub współczesne systemy totalitarne podporządkowują siły zbrojne cywilnemu ośrodkowi kierowniczemu; dodajmy, że w systemach totalitarnych było to jednym z podstawowych warunków zapewnienia sobie przez partię rządzącą monopolu w zakresie dysponowania środkami przemocy, co – według klasycznej definicji totalitaryzmu wprowadzonej przez Carla Friedricha i Zbigniewa Brzezińskiego (Friedrich i Brzeziński 1956) – było nieodłączną częścią syndromu totalitarnego. W ZSRR i w Niemczech rok 1938 zaznaczył się definitywną likwidacją autonomicznej pozycji dowódców wojskowych, przy czym w pierwszym z tych państw miało to postać krwawej czystki dowództwa radzieckich sił zbrojnych (Erikson 1962: 504-506). Partyjna kontrola nad wojskiem nie wykluczała odgrywania przez wojskowych istotnej roli politycznej – zwłaszcza w sytuacjach kryzysowych. Tak na przykład wojskowi radzieccy odegrali kluczową rolę w walce o władzę, która rozegrała się w kierownictwie partyjnym po śmierci Stalina (Kolkowicz 1967), a chińscy wojskowi po śmierci Mao Zedonga (Joffe 1987). W okresie późniejszym, gdy rządy partii komunistycznych w większym lub mniejszym stopniu odchodziły od modelu totalitarnego, wojskowi uzyskiwali większą autonomię, a zarazem (mając swą reprezentację w kolektywnym kierownictwie

partii rządzącej) w większym lub mniejszym stopniu mogli wpływać na politykę państwa. W warunkach głębokiego kryzysu politycznego w Polsce lat osiemdziesiątych stali się nawet dominującą (faktycznie, choć nie formalnie) siłą polityczną.

W okresie przechodzenia dawnych państw komunistycznych do demokracji wielu badaczy stawiało pytanie, jaką rolę odegra wojsko. Niektórzy (Huntington 1991:231-253) widzieli główne zagrożenie dla „trzeciej fali demokracji” w konflikcie między wojskiem a nowymi władzami cywilnymi i proponowali szereg środków zaradczych. Doświadczenie niemal trzydziestu lat prowadzi do optymistycznego wniosku, że nowym demokracjom nie zagraża niebezpieczeństwo ze strony wojskowych – co nie oznacza, że nie stoją one przed innymi zagrożeniami.

We wczesnej fazie demokracji dawnych państw komunistycznych wojskowi najczęściej zachowywali neutralność. W dwóch państwach – Polsce i Rumunii – odegrali oni istotną rolę, przyczyniając się do zmiany systemu: w Polsce przez zainicjowanie i wspieranie procesu negocjowanej reformy systemu, a w Rumunii przez wsparcie rewolucji skierowanej przeciw totalitarnej dyktaturze partii komunistycznej (Bebler 1996, Wiatr 2005).

Demokratyczną kontrolę nad siłami zbrojnymi od kontroli sprawowanej w systemach niedemokratycznych różni nie tylko to, że sprawujący tę kontrolę politycy pochodzą z demokratycznych wyborów, lecz także to, że ramy i zasady tej kontroli ujęte są w ścisłe normy konstytucyjne. Podporządkowanie sił zbrojnych władzom cywilnym jest powszechną zasadą demokracji, ale formy tej kontroli zależne są od



przyjętego modelu demokratycznego systemu politycznego. W pokomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej dominują rozwiązania konstytucyjne dające parlamentom i powoływanym przez nie rządom kluczową rolę, co nie wyklucza jednak przyjmowania rozwiązań mieszanych, przyznających prezydentom istotne uprawnienia.

Klasyczne rozróżnienie systemów prezydenckich i parlamentarnych (Riggs 1988, 1997) opiera się na tym, kto decyduje o powołaniu i odwołaniu ludzi sprawującymi kierownictwo władzy wykonawczej. W modelu prezydenckim jest to prezydent, w modelu parlamentarnym zaś – parlament. Francuski system mieszany wyróżnia się tym, że premier i ministrowie podlegają zarówno prezydentowi, który ich powołuje i ma prawo ich odwołać, jak i Zgromadzeniu Narodowemu, które udziela rządowi wotum zaufania – i może spowodować jego odwołanie w trybie uchwalenia wotum nieufności.

Polski system konstytucyjny stanowi odmianę systemu parlamentarnego, gdyż Rada Ministrów uzależniona jest od zaufania wyrażanego jej przez Sejm. Cechą szczególną polskiego systemu jest jednak znacznie silniejsza pozycja prezydenta, mającego szeroki zakres kompetencji – co powoduje, że współpraca prezydenta z rządem jest niezbędnym warunkiem harmonijnego funkcjonowania władz państwowych (Wiatr 2001). W okresie poprzedzającym uchwalenie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku występowały napięcia dotyczące cywilnej kontroli nad siłami zbrojnymi, nie wynikały one

wszakże z politycznych ambicji wojskowych, ale raczej z rywalizacji między prezydentem Wałęsą a rządem koalicji SLD-PSL kierowanym przez premiera Waldemara Pawlaka (Wiatr 1997).

Dwudziestoletnie doświadczenie obowiązywania Konstytucji RP pokazało, że system ten sprawdza się dość dobrze, także w latach, gdy prezydent i większość parlamentarna wywodzili się z różnych obozów politycznych. Pozytywną ocenę polskiego systemu formułują także kompetentni autorzy zagraniczni (Carrier 2016). Nie znaczy to jednak, by w systemie tym nie pojawiały się dysfunkcje skłaniające do dyskusji nad możliwymi i pożądanymi modyfikacjami tego systemu.

Dotyczy to między innymi sposobu, w jaki Konstytucja RP ujmuje kwestię demokratycznej kontroli nad siłami zbrojnymi. Podstawowe znaczenie ma tu artykuł 134, który stanowi, co następuje:

*„1. Prezydent Rzeczypospolitej jest najwyższym zwierzchnikiem Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej.*

*2. W czasie pokoju Prezydent Rzeczypospolitej sprawuje zwierzchnictwo nad Siłami Zbrojnymi za pośrednictwem Ministra Obrony Narodowej.*

*3. Prezydent Rzeczypospolitej mianuje Szefa Sztabu Generalnego i dowódców rodzajów Sił Zbrojnych na czas określony. Czas trwania kadencji, tryb i warunki odwołania przed jej upływem określa ustawa.*

*4. Na czas wojny Prezydent Rzeczypospolitej, na wniosek Prezesa Rady Ministrów, mianuje Naczelnego Dowódcę Sił Zbrojnych. W tym samym trybie może on Naczelnego Dowódcę Sił Zbrojnych odwołać. Kompetencje Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasady jego podległości konstytu-*

*tucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej określa ustawa.*

*5. Prezydent Rzeczypospolitej, na wniosek Ministra Obrony Narodowej, nadaje określone w ustawach stopnie wojskowe.*

*6. Kompetencje Prezydenta Rzeczypospolitej, związane ze zwierzchnictwem nad Siłami Zbrojnymi, szczegółowo określa ustawa”.*

Artykuł 134 czytać należy w związku z artykułem 146, stanowiącym (w ust. 4 pkt 8), że Rada Ministrów „zapewnia bezpieczeństwo zewnętrzne państwa”, artykułem 149 ust. 1 – stanowiącym, że „Ministrowie kierują określonymi działami administracji państwowej lub wypełniają zadania wyznaczone im przez Prezesa Rady Ministrów. Zakres działania ministra kierującego działem administracji rządowej określają ustawy”, a także w związku z artykułem 159, określającym jednoznacznie tryb odwołania ministra w trybie uchwalenia przez Sejm wotum nieufności.

Konstytucja stanowi więc, że Prezydent RP swoje uprawnienia i obowiązki zwierzchnika Sił Zbrojnych realizuje „za pośrednictwem” ministra, na którego powołanie lub odwołanie nie ma wpływu gwarantowanego przez konstytucję. Demokratyczna kontrola nad siłami zbrojnymi zależy więc od tego, jak układa się współpraca prezydenta z ministrem, który mu nie podlega i na którego powołanie prezydent nie ma – podkreślmy to raz jeszcze – konstytucyjnie zagwarantowanego wpływu.

Takie rozwiązanie przyjęte zostało w warunkach, gdy wcześniejsze regulacje – zawarte w noweli z 1989 roku do Konstytucji PRL, wprowadzającej urząd Prezydenta RP, oraz w tak zwanej Małej Konstytucji z 1992 roku – dawały prezydentowi znaczne (choć nieprecyzyjne

określone) uprawnienia, między innymi dotyczące mianowania Ministra Obrony Narodowej. Był to więc krok w kierunku ustanowienia parlamentarnego (a nie mieszanego czy półprezydenckiego) systemu rządów.

Doświadczenia niemal dwudziestu lat, które nastąpiły po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 roku, potwierdzały zasadność przekonania autorów ustawy zasadniczej, iż w sprawach związanych z bezpieczeństwem zewnętrznym współpraca najwyższych władz państwowych układać się będzie harmonijnie. Było tak nie tylko wtedy, gdy prezydent wywodził się z obozu politycznego sprawującego rząd, lecz także w dwóch okresach, gdy prezydent współdziałał musiał z rządem powołanym przez większość parlamentarną wywodzącą się z innego obozu. Tak właśnie zdarzyło się w latach 1997–2001 (prezydent Kwaśniewski i rząd premiera Buzka) oraz w latach 2007–2010 (prezydent Kaczyński i rząd premiera Tuska). Jeśli nawet pojawiały się wówczas napięcia między prezydentem a rządem, to nie obejmowały one jednak sfery obrony narodowej. W tej dziedzinie konsekwentnie przestrzegana była bowiem zasada nadrzędności interesu narodowego nad partyjnymi podziałami.

Ku zaskoczeniu obserwatorów polskich i zagranicznych, w pierwszej połowie parlamentarnej kadencji 2015–2019 wystąpiły poważne napięcia w relacjach między prezydentem Andrzejem Dudą

a ministrem obrony narodowej Antonim Macierewiczem. Po wielu miesiącach, gdy napięcia te były skutecznie ukrywane przed opinią publiczną, stały się one jawne w drugiej połowie 2017 roku i zakończyły się zdymisjonowaniem ministra Macierewicza – formalnie decyzją premiera Morawieckiego, ale faktycznie w wyniku nieformalnego nacisku wywieranego przez prezydenta (być może także wskutek niezadowolenia wyrażanego przez sojuszników). Szczegółowy opis tego konfliktu stanie się możliwy dopiero wtedy, gdy ujawnione zostaną osłonięte tajemnicą państwową kulisy sporu między dwoma przedstawicielami najwyższych władz państwowych odpowiedzialnych za bezpieczeństwo zewnętrzne państwa. Doświadczenie to skłania jednak do rozważenia możliwych zmian artykułu 134 Konstytucji RP.

Jeśli zachowana ma być rola Prezydenta jako najwyższego zwierzchnika Sił Zbrojnych – co uważam za celowe – jego pozycja wobec Ministra Obrony Narodowej powinna zostać inaczej określona. Możliwe wydają mi się dwa rozwiązania.

Pierwszym byłoby wprowadzenie do Konstytucji prawa odwołania Ministra Obrony Narodowej decyzją Prezydenta RP w wypadku poważnego naruszenia przezeń możliwości realizowania przez Prezydenta jego konstytucyjnych obowiązków. Uprawnienie to można byłoby obwarować pewnymi ograniczeniami, na przykład w postaci prawa Prezesa Rady Ministrów do odwołania się w tej sprawie do Sejmu, który mógłby decyzję Prezydenta uchylić kwalifikowaną większością 3/5 głosujących.

Drugim rozwiązaniem byłaby zmiana ustępu drugiego *in fine* w art. 134 – w ten sposób, że zostałyby usunięte słowa „za pośrednictwem Ministra Obrony Narodowej”. Konsekwencją takiego rozwiązania byłoby zredukowanie roli ministra do kierowania pracami administracji rządowej w zakresie przygotowania państwa do realizacji zadań obrony narodowej, zwierzchnictwo nad Siłami Zbrojnymi byłoby natomiast realizowane przez prezydenta za pośrednictwem innego organu, na przykład podległego prezydentowi Biura Bezpieczeństwa Narodowego. Takie uregulowanie wymagałoby też zmodyfikowania art. 146 – przez wskazanie, że Rada Ministrów realizuje swe uprawnienia w zakresie bezpieczeństwa zewnętrznego państwa we współpracy z Prezydentem Rzeczypospolitej czy też „przy zachowaniu uprawnień Prezydenta jako najwyższego zwierzchnika Sił Zbrojnych”. Jest to wariant bardziej radykalny, trudniejszy do pogodzenia z parlamentarnym charakterem polskiej demokracji.

Zdaję sobie jednak sprawę, że każde z tych rozwiązań oznaczałoby odejście od czysto parlamentarnego charakteru polskiej demokracji. Byłoby jednak logiczne, jeśli utrzyma się – co uważam za konieczne – zasadę sprawowania przez prezydenta obowiązków najwyższego zwierzchnika Sił Zbrojnych RP. Ten obszar obowiązków prezydenta jest na tyle ważny, że nie powinno się uzależniać jego funkcjonowania od dobrej woli osób zajmujących wysokie stanowiska w państwie.

Odrębnym problemem jest konstytucyjne zagwarantowanie pozycji najwyższych rangą wojskowych. Sprawowanie przez cywilne władze państwa kontroli nad wojskiem nie powinno pozbawiać wojskowych możliwości realnego wpływania na kierunki polityki obronnej państwa.

Charles de Gaulle, jeszcze jako młody i szerzej nieznany wojskowy, trafnie wskazał na to, że „pewien typ równowagi tendencji w państwie jest konieczny; trzeba zgodzić się, że ci, którzy wydają polecenia, i ci, którzy kierują armią, powinni rozumieć się nawzajem... Politycy i wojskowi muszą współpracować” (De Gaulle 1932: 152-153).

Bliską współpracę cywilnych polityków i zawodowych wojskowych postulował przed laty Samuel P. Huntington (1957: 464). Jego śladami poszedł najwybitniejszy z żyjących amerykańskich politologów zajmujących się problemami wojskowymi Dale Herspring. W dwóch wydanych ostatnio książkach (Herspring 2005, 2013) autor ten przedstawił koncepcję współodpowiedzialności polityków i wojskowych za obronę narodową. Zaleca on politykom respektowanie ośmiu zasad:

- 1) poszanowania wojskowej kultury, wojskowych norm zachowania i wartości;
- 2) akceptowania współodpowiedzialności za sprawy bezpieczeństwa narodowego;
- 3) respektowania symboli wojskowych;
- 4) akceptowania konieczności posiadania sił zbrojnych zdolnych do realizacji stawianych przed nimi zadań;
- 5) stosowania zasady, że o awansach wojskowych decydują wzglę-

dy merytoryczne, bez ingerencji czynników politycznych;

- 6) ograniczenia ucywilniania wojska;
- 7) nakazu ostrożności przy wprowadzaniu zmian, gdyż zbyt radykalna zmiana podważa należyte stosunki między władzami cywilnymi i wojskowymi;
- 8) akceptowania prawa wojskowych do wyrażania własnego zdania, a nawet sprzeciwu, gdy nie zgadzają się z decyzjami polityków (Herspring 2017: 290-292).

Rekomendacje te stanowią swego rodzaju wytyczne dla polityków, ale nie zawierają rozwiązań konstytucyjnych. Ich znaczenie widzę przede wszystkim w tym, że przestrzegają one przed zjawiskiem, które w ostatnich latach stało się plagą polskiego systemu obrony narodowej: upartyjnieniem cywilnej kontroli nad wojskiem – skutkującym falą przedwczesnych odejść ze służby wojskowych o wielkim doświadczeniu i wysokiej pozycji zawodowej.

Czy można w tej sprawie polegać wyłącznie na dobrej woli polityków? Wprawdzie doświadczenie niemal całego okresu Trzeciej Rzeczypospolitej wskazuje, że politycy ci chcą i potrafią respektować zasadę współodpowiedzialności, to jednak ostatnie parę lat skłania do ostrożności.

Wyrazem ostrożności byłoby wbudowanie w polski system konstytucyjny takiej instytucji, w której zasiadali by politycy i najwyżsi rangą wojskowi, a także wyposażenie tego ciała w istotne uprawnienia co do ustalania kierunków polityki obronnej. Byłaby to innowacja konstytucyjna wzmacniająca system obrony narodowej i dostosowująca go do zmieniających się okoliczności politycznych.

**CYTOWANA LITERATURA:**

- Bebler Anton (1996), "Post-Communist Civil-Military Relations in Central-Eastern Europe" [w:] Aleksandra Jasińska-Kania i Jacek Raciborski, red., *Naród, władza, społeczeństwo*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR: 311-323
- Carrier Martin (2016), *Executive Politics in Semi-Presidential Regimes: Power Distribution and Conflicts between Presidents and Prime Ministers*, Lanham–Boulder–New York–London: Lexington Books
- Gaulle Charles de (1932), *Le Fils de l'épée*, Paris: Librairie Berger–Levrault
- Erickson John (1962), *The Soviet High Command, 1918–1941*, New York: St. Martin's Press
- Friedrich Carl J., Brzezinski Zbigniew K. (1956), *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Cambridge: Harvard University Press
- Herspring Dale R. (2005), *The Pentagon and the Presidency: Civil-Military Relations from FDR to George W. Bush*, Lawrence: Kansas University Press
- Herspring Dale R. (2013), *Civil-Military Relations and Shared Responsibility: A Four Nations Study*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press
- Huntington Samuel P. (1957), *The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Cambridge–London: The Belknap Press of Harvard University Press
- Huntington Samuel P. (1991), *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman–London: University of Oklahoma Press
- Joffe Ellis (1987), *The Chinese Army After Mao*, London: Weidenfeld & Nicolson
- Kolkowicz Roman (1967), *The Soviet Military and the Communist party*, Princeton: Princeton University Press
- Riggs Fred W. (1988), "The Survival of Presidentialism in America: Paraconstitutional Practices", *International Political Science Review*, vol. 9, no. 4: 247-278
- Riggs Fred W. (1997), "Presidentialism versus Parliamentarism: Implications for Representativeness and Legitimacy", *International Political Science Review*, vol. 18, no. 3: 253-278
- Wiatr Jerzy J. (1997), "Military Politics and Society in Poland During the Democratic Transition" [w:] Anton Bebler, red., *Civil-Military Relations in Post-Communist States: Central and Eastern Europe in Transition*, Westport–London: Praeger: 77-85
- Wiatr Jerzy J. (2001), *Prezydent w systemie demokratycznym*, Koszalin: Wydawnictwo Uczelniane Bałtyckiej Wyższej Szkoły Humanistycznej
- Wiatr Jerzy J. (2005), "The Post-Communist Military in New Democracies" w: Anton Bebler, red. *Sodobno vojaštvo in družba*, Ljubljana: Fakulteta za družbene vede: 269-283
- Wiatr Jerzy J. (2017). *Tarcza i miecz: Socjologiczne zagadnienia bezpieczeństwa narodowego*, Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek

**słowa kluczowe:** demokracja, konstytucja, obrona narodowa, prezydent, wojsko

**Summary:**

The principle of civilian control over the armed forces constitutes one of the crucial criteria of democracy. Civilian control over the armed forces functions also in non-democratic regimes, including Nazi Germany, the Soviet Union and other communist states, but in democracy it has stronger base in the constitutional system. Polish Constitution of 1997 provides for division of responsibility for national secu-

rity between the President and the Council of Ministers. While this system functioned remarkably well for a long time, recent developments – the conflict between president Duda and minister Macierewicz – showed that amending the constitution in direction of strengthening the position of the president and giving high ranking military greater role in formulating strategy of national defense would have positive impact on national defense.

Cena detal. - 30 zł (z 5% VAT) • nr indeksu 388602

