

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

Studia **P**rawnoustrojowe

61

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY
Jarosław Dobkowski (redaktor naczelny)
Elżbieta Żebek (zastępca)
Denis Solodov (sekretarz)
Marta Romańczuk-Grącka (członek redakcji)

RADA NAUKOWA
Mar Jimeno Bulnes, Jozef Čentéš, Marek Chmaj, Janina Ciechanowicz-McLean,
Adam Czarnota, Ieva Deviatnikovaite, Marcelo Figueiredo, Anna Fiodorova,
Christopher Isike, Richard Lavers, Carmen Lázaro Guillamón,
Patricia Grazziotin Noschang, Ewa Guzik-Makaruk, Maria Luisa LoGiacco,
Maria Królikowska-Olczak, Dzevad Mahmutovic, Agnieszka Malarewicz-Jakubów,
Nataliia Martsenko, Ryszard Piotrowicz, Jānis Pleps, Olesya Radyshevska,
Bartosz Rakoczy, Bronisław Sitek, Janusz Sługocki, Bogusław Sygit, Mehdi Zakerian,
Iryna Zaverukha

REDAKTORZY TEMATYCZNI TOMU
Adam Bieranowski, Małgorzata Czuryk, Mirosław Karpiuk

RECENZENCI
Lista recenzentów zostanie zamieszczona w ostatnim numerze danego roku

REDAKCJA WYDAWNICZA
Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

SKŁAD I ŁAMANIE
Marian Rutkiewicz

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

Wersją pierwotną (referencyjną) kwartalnika „Studia Prawnoustrojowe”
jest wersja elektroniczna

PL ISSN 1644-0412 (print)
PL ISSN 2720-7056 (online)

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2023

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

Nakład: 70 egz.; ark. wyd. 27,6; ark. druk. 23,5
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 600

Spis treści

ARTYKUŁY

Adam Bułat , <i>Zakres kognicji Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Polskim Komitecie Olimpijskim w sprawach dyscyplinarnych</i>	5
Anna Chodorowska , <i>Obowiązek wskazania – na żądanie uprawnionego organu – informacji o powierzeniu pojazdu do kierowania a odpowiedzialność z art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń</i>	17
Wojciech Cieślak , <i>Zasady humanizmu i humanitaryzmu w polskim prawie karnym</i>	37
Teresa Gardocka , Dariusz Jagiełło , <i>Zwłoki ludzkie w świetle polskiego prawa</i>	49
Kornelia Grabowska-Biernat , <i>Nowelizacja art. 217c Kodeksu karnego wykonawczego a ograniczenie prawa do obrony</i>	63
Anna Hernacka-Janikowska , <i>(Nie)bezpieczeństwo dziecka w sieci – analiza krytyczna zjawiska sharentingu, troll parentingu i monetyzacji wizerunku dziecka</i>	77
Magdalena Ickiewicz-Sawicka , <i>Kryminologiczna ośnowa islamskiego fundamentalizmu religijnego – wybrane wymiary</i>	93
Dagmara Jaroszeńska-Choraś , <i>Pomiędzy prawem a etyką – wolność słowa w zawodzie adwokata w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka</i>	113
Justyna Konikowska-Kuczyńska , <i>Granice twórczości zależnej i inspirowanej w poglądach doktryny i orzecznictwa sądowego</i>	131
Samanta Kowalska , <i>Ekobójstwo – wielowymiarowe zagrożenie dla środowiska</i>	145
Anita Kubanek , <i>Kryptoreklama stosowana w influencer marketingu jako czyn nieuczciwej konkurencji i nieuczciwa praktyka rynkowa</i>	161
Przemysław Kuczkowski , <i>Prawne aspekty ustanawiania i finansowania stypendium okresowego dla zawodników e-sportowych przez gminy. Kазus miasta Sosnowca</i>	181
Marek Kulik , <i>Czy niestawiennictwo do odbycia czynnej służby wojskowej jest występkiem trwałym?</i>	199
Katarzyna Laskowska , <i>Wory w zakonie w Rosji jako zjawisko kryminologiczne</i>	213
Krzysztof Lipka , <i>Kilka uwag o roli NGO w tworzeniu globalnego ładu podatkowego</i>	233
Anna Majer , <i>Szkoda antymonopolowa. Zakres pojęciowy oraz przesłanki odpowiedzialności</i>	249
Katarzyna Maj-Serwatka , Anna Wichowska , <i>Prawno-finansowe uwarunkowania funkcjonowania miast metropolitalnych w Polsce w turbulentnym otoczeniu – doświadczenia po pandemii COVID-19</i>	267

Aleksander Maziarz , <i>Decyzja o niezbędności wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości w celu wykonania robót budowlanych</i>	291
Joanna Narodowska , <i>An overview of offences against monuments in the Polish law</i>	305
Michał Prusek , <i>W kwestii ujednolicenia dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej i górnej granicy wieku obrony obligatoryjnej</i>	327
Arkadiusz Tomczyk , <i>Pranie pieniędzy pochodzących z eko-przestępczości. Wyrafinowane przestępstwo czy prymitywny proceder?</i>	345
Janusz Wiśniewski , <i>Kilka refleksji odnośnie do trybów stosowania pracy zdalnej w świetle przepisów Kodeksu pracy</i>	357

Adam Bulat

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-7012-4207

adam.bulat@ukw.edu.pl

Zakres kognicji Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Polskim Komitecie Olimpijskim w sprawach dyscyplinarnych

Status Trybunału Arbitrażowego ds. Sportu przy Polskim Komitecie Olimpijskim

Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu (dalej jako TAS lub Trybunał) działający przy Polskim Komitecie Olimpijskim (dalej jako PKOl) jest stałym sądem polubownym, funkcjonującym na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego¹ (art. 45a ust. 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie²; dalej jako UOS), oraz organem rozstrzygającym spory wynikające z zaskarżenia ostatecznych decyzji dyscyplinarnych polskich związków sportowych (art. 45a ust. 3 UOS). W piśmiennictwie podnosi się, że regulacja zawarta w art. 45a ust. 3 UOS stanowi przykład tzw. arbitrażu przymusowego, który z mocy ustawy ma walor jurysdykcji wyjątkowej, łączącej w sobie elementy właściwe dla reżimu dobrowolnego sądownictwa polubownego oraz sądownictwa państwowego³. Eligiusz Krześniak identyfikuje potrzebę wyodrębnienia wyspecjalizowanych sądów polubownych działających w obszarze sportu, wskazując, że „zwykłe sądy ze sporami sportowymi po prostu nie dałyby sobie rady. Kariera sportowa trwa bowiem z reguły krótko, zaś wykluczenie sportowca z zawodów na określony czas lub kara dyskwalifikacji, jeżeli nie zostanie szybko uchylona, może w praktyce zniszczyć karierę sportowca”⁴.

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.

² T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1599.

³ Zob. K. Wach, *Konstrukcja arbitrażu przymusowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 6, s. 30 i wskazana tam literatura.

⁴ E. Krześniak, *Specyfika arbitrażu sportowego i przydatność stosowanych w nim reguł przy konstruowaniu regulaminów innych sądów polubownych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 7, s. 26.

Warto zauważyć, że arbitraż przymusowy (obligatoryjny), o którym mowa w art. 45a ust. 3 UOS, dotyczy jedynie „sporów wynikających z zaskarżenia ostatecznych decyzji dyscyplinarnych polskich związków sportowych”, a nie wszelkich decyzji podejmowanych przez polskie związki sportowe. Wymieniony przepis zaczął obowiązywać w dniu 22 września 2015 r. Został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 23 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁵. Mimo że orzeczenia wydawane w sprawach dyscyplinarnych przez TAS na mocy art. 45d ust. 2 UOS podlegają zaskarżeniu skargą kasacyjną, to do tej pory Sąd Najwyższy nie zdefiniował kryteriów, które pozwalałyby odróżnić „decyzje dyscyplinarne polskich związków sportowych” od innych rozstrzygnięć wydawanych przez te podmioty. W istocie więc zagadnienie stanowiące przedmiot niniejszego opracowania sprowadza się do zdefiniowania pojęcia sprawy dyscyplinarnej w ujęciu prawa sportowego, rozumianego w kategoriach szczególnej dyscypliny naukowej i dydaktycznej, a nie odrębnej gałęzi prawa⁶. Zaznaczyć przy tym należy, że zgodnie z art. 7 Konstytucji RP⁷ organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oczywiście przy tym jest, że zawarta we wskazanym przepisie norma prawna znajduje pełne zastosowanie do TAS działającego w charakterze przymusowego (obligatoryjnego) sądu arbitrażowego, bowiem tryb odwoławczy wskazany w art. 45c UOS został narzucony podmiotom prawa prywatnego prowadzącym działalność sportową przez akt prawa powszechnie obowiązującego w randze ustawy. Jak podnosi się w piśmiennictwie, na gruncie przepisów Konstytucji RP pojęciu władzy publicznej należy nadać szerokie znaczenie, odnoszące się do władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, a nadto obejmujące oprócz organów państwa także instytucje inne niż państwowe bądź samorządowe, o ile wykonują funkcje władzy publicznej⁸. Oznacza to, że TAS, decydując o swojej właściwości rzeczowej do rozpoznania danego sporu, musi każdorazowo dokonać wykładni pojęcia „decyzja dyscyplinarna polskiego związku sportowego”, bacząc przy tym, aby nie wykroczyć poza granice określone w art. 45a ust. 3 UOS.

⁵ Dz.U. z 2015 r., poz. 1321.

⁶ Zob. W. Górny, *Zakres prawa sportowego – analiza zjawiska*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 9, s. 33.

⁷ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁸ P. Tuleja, *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, 2016, Legalis.

Odpowiedzialność dyscyplinarna a odpowiedzialność regulaminowa w wyroku TAS z 3 stycznia 2023 r.

Trybunał w wyroku z 3 stycznia 2023 r. wskazał, że orzeczenie w przedmiocie weryfikacji wyniku meczu, tj. walkowera, miało charakter „represji” w stosunku do podmiotu poddanego kompetencji polskiego związku sportowego, ponieważ organy związku, stwierdzając, że klub sportowy naruszył reguły wynikające z odpowiednich regulaminów sportowych i nałożyły na niego „sankcję”. Co jednak najbardziej istotne, w dalszej części wyводу zaznaczono, że „w rozumieniu Trybunału sprawy regulaminowe dotyczą przede wszystkim technicznych reguł gry, zasad obowiązujących podczas rozgrywania zawodów, szczegółowych zasad obowiązujących w zakresie reguł dopuszczania zawodników do zawodów. Sprawy regulaminowe to są sprawy tego typu, że konieczne i możliwe jest ich rozpoznanie w trakcie trwania zawodów czy turnieju. Weryfikacja wyników meczu (...) po 13 dniach po jego rozegraniu w ocenie Trybunału nie ma nic wspólnego z postępowaniem regulaminowym”. W ramach podsumowania stwierdzono, że „wszelkie sprawy, które dotyczą zastosowania przez związek sportowy jakichkolwiek represji wobec członków, stanowią sprawy dyscyplinarne. Istotne jest stwierdzenie naruszenia przez dany podmiot określonej normy i w konsekwencji zastosowanie określonej dolegliwości. Przyjęcie szerokiego rozumienia pojęcia »sprawy dyscyplinarnej« ma na celu objęcie ochroną i zapewnienie realizacji konstytucyjnego prawa do sądu szerokiego gronu podmiotów”⁹.

Problematyka pojęcia „decyzja dyscyplinarna polskiego związku sportowego” w polskim prawie sportowym

Słusznie wskazuje E. Krześniak, że „jasne rozgraniczenie kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej od odpowiedzialności regulaminowej nie zawsze jest proste, a z punktu widzenia środków ochrony przysługujących sportowcom jest ono kluczowe wobec brzmienia przepisów rozdziału 9a ustawy o sporcie”¹⁰. Rozstrzygając przedmiotową kwestię, należy mieć na względzie, że polskie związki sportowe są podmiotami prawa prywatnego, niezależnymi od władzy państwowej, które jednak, jak zauważa Sławomir Fundowicz, w wielu sytuacjach „działają we władczych formach, podejmując władcze rozstrzygnięcia, zbliżone do decyzji administracyjnych”¹¹. Z uwagi na swoisty autonomiczny

⁹ Wyrok TAS przy PKOl z 3 stycznia 2023 r., sygn. akt TA 30/S/2022, niepubl., materiał w zbiorach autora.

¹⁰ E. Krześniak, *Komentarz do art. 45b ustawy o sporcie*, [w:] idem, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2020, Lex.

¹¹ S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013, s. 79.

charakter jakakolwiek ingerencja w wewnętrzne sprawy polskiego związku sportowego powinna mieć charakter wyjątkowy. Okoliczność ta zasadniczo sprzeciwia się stosowaniu wykładni rozszerzającej przy dokonywaniu wykładni pojęcia „decyzji dyscyplinarnej polskiego związku sportowego”. Należy jednak zgodzić się z poglądem wyrażonym przez TAS w cytowanym wyroku z 3 stycznia 2023 r., że „zakres spraw dyscyplinarnych nie może być zawężany, a zwłaszcza nie można ograniczać kompetencji Trybunału do kontroli orzeczeń wydawanych wyłącznie na podstawie przepisów zawartych w regulaminach dyscyplinarnych polskich związków sportowych”. O charakterze sprawy dyscyplinarnej powinien przede wszystkim decydować charakter prawny sankcji, która wieńczy dane postępowanie.

Sęk jednak w tym, że definicja sprawy dyscyplinarnej zaprezentowana we wskazanym orzeczeniu przez TAS, utożsamiająca w zasadzie jakakolwiek dolegliwość nałożoną na podmiot podlegający władztwu polskiego związku sportowego z sankcją mającą charakter dyscyplinarny, praktycznie neguje w polskim prawie sportowym istnienie systemu odpowiedzialności regulaminowej, co stoi w rażącej sprzeczności nie tylko z utrwaloną praktyką stosowaną przez polskie związki sportowe, ale także jest niezgodne z przepisami ustawy o sporcie, która w art. 16 ust. 2 stanowi wyraźnie, że nadzorem ministra właściwego do spraw kultury fizycznej nie są objęte decyzje dyscyplinarne i regulaminowe władz polskich związków sportowych związane z przebiegiem współzawodnictwa sportowego. Oznacza to, że decyzje dotyczące przebiegu współzawodnictwa sportowego mogą mieć charakter albo dyscyplinarny, albo regulaminowy, a wolą ustawodawcy jest, aby tylko te pierwsze, na podstawie art. 45a ust. 3 UOS, podlegały zaskarżeniu do TAS.

Z art. 16 ust. 2 UOS w żadnym wypadku nie wynika, że odpowiedzialność regulaminowa podmiotu podlegającego władztwu polskiego związku sportowego ogranicza się jedynie do decyzji podejmowanych w trakcie trwania danego meczu, zawodów czy turnieju. Przepis ten wręcz sprzeciwia się takiemu pojmowaniu odpowiedzialności regulaminowej. Wynika z niego bowiem, że decyzje regulaminowe są podejmowane przez władze polskich związków sportowych, które – co jest oczywiste – nie podejmują jakichkolwiek rozstrzygnięć zapadających bezpośrednio w czasie przeprowadzanych zawodów sportowych. Decyzje takie, ściśle związane ze współzawodnictwem sportowym, są podejmowane przez sędziów (ewentualnie jury zawodów), których w żaden sposób nie można utożsamiać z „władzami polskich związków sportowych”. Twierdzenia TAS w tym zakresie są zatem sprzeczne z przepisami prawa.

Ponadto nie powinno się zapominać o tym, że w poprzednim stanie prawnym, tj. przed wejściem w życie ustawy z dnia 25 października 2010 r. o sporcie, analizowana w niniejszym opracowaniu kwestia była uregulowana przez art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowa-

nym¹². Zgodnie z tym przepisem do TAS mogły być zaskarżone decyzje dyscyplinarne lub regulaminowe właściwych organów polskich związków sportowych, których przedmiotem były kwestie wskazane w punktach 1–6 przytoczonej jednostki redakcyjnej (wykluczenie lub skreślenie zawodnika, sędziego lub działacza sportowego ze związku, klubu lub innej organizacji sportowej; wykluczenie lub skreślenie klubu lub innej organizacji ze związku sportowego; dyskwalifikacja dożywotnia lub czasowa osób, o których mowa w pkt 1; pozbawienie zawodnika lub zespołu sportowego tytułu mistrza kraju albo zdobywcy Pucharu Polski; przeniesienie zespołu sportowego do niższej klasy rozgrywek; zakaz reprezentowania sportu polskiego w zawodach międzynarodowych lub międzynarodowych rozgrywkach pucharowych). Na mocy wskazanej wcześniej nowelizacji z dnia 23 lipca 2015 r. tylko częściowo odtworzono poprzednio obowiązującą regulację, zawężając „przymusową” kognicję TAS do rozpoznawania skarg na ostateczne decyzje dyscyplinarnych polskich związków sportowych. Sygnalizowane zmiany legislacyjne, oceniane przez pryzmat założenia o racjonalności prawodawcy, są kolejnym argumentem świadczącym o tym, że ustawodawca świadomie rozróżnia reżim odpowiedzialności dyscyplinarnej od reżimu odpowiedzialności regulaminowej.

Model przyjęty przez ustawodawcę, polegający na ograniczeniu kognicji TAS do spraw dyscyplinarnych, przy pominięciu spraw regulaminowych, spotkał się z krytyką w piśmiennictwie¹³. Negatywne oceny w tym względzie nie mogą jednak *de lege lata* skutkować „rozciągnięciem” pojęcia sprawy dyscyplinarnej na każde postępowanie, którego wynik może negatywnie wpływać na interes podmiotu prawa sportowego, a stanowią jedynie adresowane do ustawodawcy postulaty *de lege ferenda*.

Charakter rozstrzygnięcia jako kryterium rozgraniczające decyzje dyscyplinarne od regulaminowych

W przeszłości zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie sądów oraz trybunałów podejmowano się oceny podobnych rodzajowo zagadnień. Przykładowo wskazać można na rozwiązanie problemu dotyczącego przebiegu „linii demarkacyjnej” oddzielającej sankcję administracyjną od sankcji karnej¹⁴. Zaznaczyć przy tym należy, że żaden z odnotowanych w tej kwestii poglądów

¹² Dz.U. z 2005 r., Nr 155, poz. 1298 ze zm.

¹³ Zob. m.in. E. Krześniak, *Rodzaje postępowań przed Trybunałem – aktualny stan prawny i kwestie sporne (sprawy regulaminowe a dyscyplinarne)*, [w:] idem, *Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim. Na tle rozwiązań zagranicznych*, Warszawa 2016 i wskazana tam literatura.

¹⁴ Zob. m.in. A. Bułat, „Klubowy zakaz stadionowy” – sankcja administracyjna czy środek penalny?, *„Prokuratura i Prawo”* 2014, nr 9, s. 155–165.

nie zmierzał do tego, aby każdą dolegliwość, która spotka jednostkę, utożsamiać z kwestią odpowiedzialności karnej. Takie uproszczenie nadawałoby bowiem prawu karnemu swoisty „monopol” na stosowanie sankcji, co byłoby nie do pogodzenia z podstawowymi funkcjami pełnionymi przez pozostałe dziedziny prawa. Tymczasem nawet w publikacjach z zakresu teorii prawa, poruszających problematykę sankcji w ujęciu modelowym, podnosi się, że mnogość oraz wielorodzajowość sankcji prawnych, występujących w różnych dyscyplinach prawa oraz ustanawianych przez odmienne rodzajowo podmioty (publiczne bądź prywatne), utrudnia ich klasyfikację i typologię¹⁵. Przykładowo można wskazać, że różnego rodzaju sankcje, z którymi wiążą się rozmaite dolegliwości, są obecne m.in. w prawie administracyjnym (ogólnym oraz podatkowym), a nawet w prawie cywilnym¹⁶. W odniesieniu do płaszczyzny administracyjnej warto odwołać się do poglądu wyrażonego przez Mirosława Wincenciaka, który podnosi, że sankcje administracyjne to „nakładane w drodze aktu stosowania prawa przez organ administracji publicznej, wynikające ze stosunku administracyjnoprawnego ujemne (niekorzystne) skutki dla podmiotów prawa, które nie stosują się do obowiązków wynikających z norm prawnych lub aktów stosowania prawa”¹⁷.

Sygnalizowany problem był również poruszany w judykatach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz). Przełomowe w tej kwestii było orzeczenie ETPCz z 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i in. v. Holandia*¹⁸, ustanawiające trzy kryteria (nazywane w kolejnych orzeczeniach kryteriami Engela), dzięki którym definiuje się „oskarżenie w sprawie karnej” w autonomicznym rozumieniu art. 6 Europejskiej konwencji praw człowieka (dalej jako EKPCz)¹⁹. Wskazano w nim, że w procesie badania przedmiotowej kwestii, po pierwsze, należy sprawdzić, czy przepisy odnoszące się do danego zdarzenia stanowiącego przedmiot postępowania w myśl krajowego systemu prawnego wchodzi w skład prawa karnego, prawa dyscyplinarnego czy prawa administracyjnego. Zdaniem ETPCz jest to jednak dopiero początek badania. Zakwalifikowanie przez krajowego ustawodawcę danej kategorii ma jedynie formalny oraz relatywny charakter. Po drugie, należy wziąć pod uwagę „istotę konkretnej sprawy”. Kryterium to jest znacznie ważniejsze niż pierwsze z wymienionych. Cechą „oskarżenia w sprawie karnej” jest to, że postępowanie o dany czyn ma charakter powszechny, tzn. odnosi się do wszystkich

¹⁵ J. Niesiołowski, *Sankcje prawne*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2017, s. 290–291.

¹⁶ Zob. m.in. E. Łętowska, *Sankcje w prawie cywilnym – zarys problemu*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19, s. 1016–1023.

¹⁷ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 73.

¹⁸ Orzeczenie ETPCz z 8 czerwca 1976 r. w sprawie *Engel i in. v. Holandia*, nr aplikacji 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁹ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

osób. Ostatnią kategorią jest natura oraz dolegliwość grożącej za dany czyn sankcji²⁰.

Podobną metodę należy zastosować w przypadku zaistnienia wątpliwości, czy określona decyzja polskiego związku sportowego ma charakter dyscyplinarny albo regulaminowy. Hubert Radke wskazuje, że odpowiedzialność dyscyplinarną definiują przede wszystkim dwie okoliczności. Chodzi, po pierwsze, o fakt, że odpowiedzialność ta zawsze ma charakter subiektywny, a więc opiera się na zasadzie winy²¹. Zastrzec przy tym trzeba, że winę w tym przypadku należy, podobnie jak w prawie karnym materialnym, odnosić do „zarzucalności”, czyli negatywnej oceny zachowania sprawcy, wyrażającej się „w postawieniu mu zarzutu, że zachował się nie tak jak należało, mimo, że mógł zachować się inaczej”²². Drugą cechą odpowiedzialności dyscyplinarnej jest to, że orzekana w jego ramach kara musi mieć charakter dyscyplinarny, a nie regulaminowy²³. Charakter dyscyplinarny będą miały kary wskazane wprost w art. 45b ust. 5 UOS (upomnienie, nagana, zawieszenie, dyskwalifikacja czasowa lub dożywotnia, kara pieniężna, przeniesienie zespołu do niższej klasy rozgrywkowej, skreślenie ze związku, wykluczenie ze związku) oraz sankcje do nich rodzajowo podobne. Sankcjom dyscyplinarnym nadaje się wydźwięk prewencyjno-represyjny, gdyż stanowią swoistą karę za naruszenie przez obwinionego reguł zawartych w regulaminie dyscyplinarnym²⁴, który musi wypełniać minimalne standardy gwarancyjne zawarte art. 45b ust. 2–3 UOS.

Odpowiedzialność regulaminowa w sporcie także nie posiada definicji w przepisach UOS ani w innym akcie prawa powszechnie obowiązującego. Zastanawiając się jednak nad jej charakterem, warto przypomnieć wskazany wcześniej art. 16 ust. 2 UOS, który stanowi, że nadzorem ministra właściwego do spraw kultury fizycznej nie są objęte decyzje dyscyplinarne i regulaminowe władz polskich związków sportowych związane z przebiegiem współzawodnictwa sportowego. Zatem decyzja regulaminowa może dotyczyć przebiegu współzawodnictwa sportowego. Sankcje regulaminowe mają charakter obiektywny, co oznacza, że podstawą pociągnięcia danego podmiotu do tego rodzaju odpowiedzialności jest sam fakt naruszenia danej reguły organizacyjnej, nie istnieje zaś potrzeba badania winy sprawcy²⁵.

Odpowiedzialność dyscyplinarna wykazuje zatem pewne modelowe podobieństwa z odpowiedzialnością karną, zaś odpowiedzialność regulaminowa –

²⁰ Orzeczenie ETPCz z 8 czerwca..., § 82.

²¹ H. Radke, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe*, Warszawa 2018, s. 311–312.

²² J. Giezek, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2017, s. 166.

²³ H. Radke, [w:] M. Leciak (red.), op. cit., s. 311–312.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, s. 312.

z odpowiedzialnością administracyjną²⁶. Zasygnalizowana prawidłowość koresponduje ze spostrzeżeniem poczynionym przez Michała Leciaka, który – badając treść regulaminów dyscyplinarnych różnych polskich związków sportowych – zauważył, że zawierają one rozwiązania, które zazwyczaj są wzorowane na przepisach prawa karnego materialnego oraz procesowego²⁷.

Decyzje regulaminowe polskich związków sportowych a konstytucyjne prawo do sądu

Mimo że model cechujący się brakiem zaskarżalności ostatecznych decyzji regulaminowych polskich związków sportowych do TAS był krytykowany w doktrynie (pod kątem trafności zastosowanych rozwiązań legislacyjnych²⁸), to jednak nie uchybia on minimalnym gwarancjom konstytucyjnym wynikającym z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Jeżeli bowiem jakkolwiek zawodnik bądź klub sportowy uważa, że działanie polskiego związku sportowego, polegające na wydaniu danej decyzji regulaminowej, jest niezgodne z prawem (powszechnie obowiązującym bądź związkowym), może dochodzić swoich racji przed sądem powszechnym. W utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że członkowi stowarzyszenia przysługuje sądowa ochrona jego praw dotyczących stosunku prawnego członkostwa, zaś powództwo mające podstawę prawną w art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego jest prawnie dopuszczalne wtedy, gdy uchwała organu stowarzyszenia ingeruje w prawa podmiotowe członka²⁹. Pogląd ten z całą pewnością znajduje zastosowanie do uchwał podjętych przez organy polskiego związku sportowego, ponieważ na podstawie art. 7 ust. 3 UOS w sprawach nieuregulowanych w ustawie do polskiego związku sportowego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach. Przy rozważaniach dotyczących dopuszczalności drogi sądowej w relacjach zachodzących między podmiotem prawa sportowego i polskim związkiem sportowym trzeba wziąć pod uwagę zasadę tzw. monopolu polskiego związku sportowego, przejawiającą się przede wszystkim w tym, że polski związek sportowy ma wyłączne prawo do ustanawiania i realizacji reguł sportowych, organizacyjnych i dyscyplinarnych we współzawodnictwie organizowanym przez związek, z wyjątkiem reguł dyscyplinarnych dotyczących dopingu w sporcie (art. 13 ust. 1 pkt 2 UOS). Oznacza

²⁶ Ibidem.

²⁷ M. Leciak, *Charakter prawny odpowiedzialności dyscyplinarnej – uwagi w świetle nowelizacji ustawy o sporcie*, [w:] M. Leciak (red.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie – aktualne problemy prawne*, Toruń 2016, s. 14.

²⁸ Zob. m.in. E. Krześniak, *Rodzaje postępowań...*

²⁹ Zob. m.in. uchwała SN z 6 stycznia 2005 r., sygn. akt III CZP 75/04, *Legalis* nr 66563; postanowienie SN z 17 marca 2016 r., sygn. akt II CSK 182/15, *Legalis* nr 1460310; postanowienie SN z 21 września 2018 r., sygn. akt V CSK 561/17, *Legalis* nr 1857909.

to, że każda osoba uczestnicząca we współzawodnictwie sportowym podlega regulacjom uchwalonym przez polski związek sportowy i jest związana decyzjami wydawanymi przez organy tegoż związku.

Nie sposób przy tym zgodzić się z twierdzeniem, że pozostawienie decyzji regulaminowych polskich związków sportowych poza kognicją TAS narusza konstytucyjne prawo do sądu z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Jak trafnie uważa Bogusław Banaszak, „sprawiedliwe rozpatrzenie sprawy oznacza zastosowanie sprawiedliwej procedury – tzn. takiej, która powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. Wymóg sprawiedliwego postępowania zakłada bowiem dostosowanie jego zasad do specyfiki rozpoznawanych spraw”³⁰. Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego³¹ z całą pewnością stanowią procedurę pozwalającą na prawidłowe rozstrzyganie w przedmiocie zgodności z prawem decyzji regulaminowych wydawanych przez władze polskich związków sportowych. W kontekście potrzeby szybkiego eliminowania z obrotu prawnego nieprawidłowych decyzji mogących mieć negatywny wpływ na karierę sportowca (klubu sportowego) istotne jest to, że zgodnie z wymogami określonymi w art. 730¹ § 1 Kodeksu postępowania cywilnego jeżeli skarżący uprawdopodobni roszczenie oraz interes prawny, to uzyska zabezpieczenie, które w tego typu sprawach najczęściej przybierze formę wstrzymania wykonalności zaskarżonej (decyzji) uchwały. Zgodnie z art. 737 tego kodeksu sąd cywilny zobligowany jest do bezzwłocznego rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia nie później niż w terminie tygodnia od wpływu wymienionego wniosku do sądu. Regulacja ta pełni zatem tożsamą funkcję z instytucją wstrzymania wykonania decyzji dyscyplinarnej z art. 69 statutu TAS przy PKOl³².

Podsumowanie

W ramach podsumowania należy stwierdzić, że rozróżnienie odpowiedzialności dyscyplinarnej i regulaminowej w sporcie ma wymiar nie tylko normatywny, czyli wynikający z przytoczonych przepisów UOS, ale także jest zauważany w piśmiennictwie³³ i w praktyce legislacyjnej polskich związków sportowych.

W art. 45a ust. 3 UOS ustawodawca zastrzegł dla TAS kognicję w zakresie rozstrzygania sporów wynikających z zaskarżenia ostatecznych decyzji dyscyplinarnych polskich związków sportowych, co jednocześnie oznacza, że

³⁰ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 290–291 i wskazane tam orzecznictwo.

³¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805 ze zm.

³² Uchwała Zarządu PKOl z dnia 20 czerwca 2017 r.

³³ Zob. H. Radke, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe...*, s. 311–313.

poza zakresem zastosowania wymienionego przepisu znajdują się spory wynikające z decyzji regulaminowych. Podobnie w art. 16 ust. 2 UOS ustawodawca zdecydował się na wyłączenie spod nadzoru ministra właściwego ds. kultury fizycznej decyzji regulaminowych wydanych przez władze polskich związków sportowych, które związane są z przebiegiem współzawodnictwa sportowego. Autonomiczny charakter polskiego związku sportowego, w powiązaniu z nakazem ścisłej interpretacji przepisów kompetencyjnych, który znajduje zastosowanie nie tylko do organów administracji państwowej, ale także i do sądów³⁴, sprzeciwia się zbyt szerokiemu wykładaniu pojęcia „decyzji dyscyplinarnej polskiego związku sportowego”. Należy zatem uznać, że sam ustawodawca poprzez wskazanie przykładowych kar dyscyplinarnych w art. 45b ust. 5 UOS sugeruje, jakiego rodzaju rozstrzygnięcia mają charakter dyscyplinarny. Oczywiście zawarty w tym przepisie katalog kar nie ma charakteru enumeratywnego, jednakże to właśnie przez pryzmat charakteru oraz dolegliwości tych regulacji należy dokonywać oceny, czy decyzja wydana przez władze danego polskiego związku sportowego ma charakter dyscyplinarny, czy regulaminowy. Przykładowo wskazać można, że weryfikacja wyniku meczu ligowego dokonywana przez odpowiedni organ związkowy czy też decyzja danego organu związkowego (ligowego) odmawiająca przyznania licencji na grę w danych rozgrywkach ligowych nie mają charakteru sankcji dyscyplinarnej, ponieważ rozstrzygnięcia takie nie wykazują podobieństwa do żadnej z kar wskazanych w art. 45b ust. 5 UOS.

Wykaz literatury

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Bułat A., „Klubowy zakaz stadionowy” – sankcja administracyjna czy środek penalny?, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 9.
- Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Giezek J., [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Górny W., *Zakres prawa sportowego – analiza zjawiska*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 9.
- Krześniak E., *Komentarz do art. 45b ustawy o sporcie*, [w:] idem, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2020, Lex.
- Krześniak E., *Rodzaje postępowań przed Trybunałem – aktualny stan prawny i kwestie sporne (sprawy regulaminowe a dyscyplinarne)*, [w:] idem, *Kluby i organizacje sportowe w prawie polskim. Na tle rozwiązań zagranicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

³⁴ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 201–202 i wskazane tam orzecznictwo TK.

- Krześniak E., *Specyfika arbitrażu sportowego i przydatność stosowanych w nim reguł przy konstruowaniu regulaminów innych sądów polubownych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 7.
- Leciak M., *Charakter prawny odpowiedzialności dyscyplinarnej – uwagi w świetle nowelizacji ustawy o sporcie*, [w:] M. Leciak (red.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie – aktualne problemy prawne*, TNOiK, Toruń 2016.
- Łętowska E., *Sankcje w prawie cywilnym – zarys problemu*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 19.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Niesiołowski J., *Sankcje prawne*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Radke H., [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 7 Konstytucji RP*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, 2016, Legalis.
- Wach K., *Konstrukcja arbitrażu przymusowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 6.
- Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

Summary

Scope of the jurisdiction of the Polish Arbitration Court concerning disciplinary disputes in sport

Keywords: sports law, disciplinary liability, criminal law, Polish Court of Arbitration for Sport.

Polish sports associations make decisions of a diverse legal nature (e.g., disciplinary, statutory, organizational). However, a special appeal procedure, described in the provisions of the Act on Sport, applies only to disciplinary decisions. The aim of this article is a scientific reflection on the issue of cognition of the Polish Court of Arbitration for Sport, which is an appeal instance in disciplinary cases proceeded by Polish sports associations. To adopt a proper solution, there is a need to identify the differences between disciplinary decisions and other decisions made by the Polish sports associations.

Anna Chodorowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-9230-536X

anna.chodorowska@uwm.edu.pl

Obowiązek wskazania – na żądanie uprawnionego organu – informacji o powierzeniu pojazdu do kierowania a odpowiedzialność z art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń

Wstęp

W Polsce z roku na rok liczba samochodów osobowych dynamicznie się zwiększa. Z najnowszych dostępnych danych wynika, że 31 grudnia 2022 r. w bazach CEPiK zarejestrowanych było w Polsce 26,675 mln samochodów osobowych – o 577 tys. więcej (+2,2%) niż rok wcześniej¹. Według danych opublikowanych przez Europejski Urząd Statystyczny Polska w 2021 r. stała się unijnym liderem pod względem liczby samochodów przypadających na 1000 mieszkańców. Dane te wskazują, że na każde 1000 mieszkańców Polski przypada aż 687 samochodów. Jeszcze kilka lat temu w 2016 r. było to 571 samochodów, a w 2012 r. – 492². Sytuacja ta jest o tyle niebezpieczna, że wzrost liczby uczestników ruchu drogowego implikuje zwiększenie się liczby popełnianych przez nich wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji. Odpowiadając na zapotrzebowanie społeczne, związane ze skutecznym zwalczaniem patologii w ruchu drogowym, ustawodawca ustanawia wiele rozwiązań prawnych mających na celu ich eliminację. Jednym z nich jest dodanie do art. 96 Kodeksu wykroczeń paragrafu 3 jako reakcję na powtarzające się w praktyce sytuacje, kiedy przekroczenie dozwolonej prędkości zostało stwierdzone przez fotoradar, właściciel pojazdu został ustalony na podstawie numeru rejestracyjnego pojazdu, ale po wystawieniu mandatu karnego odmawiał jego przyjęcia i oświadczał, że to nie on prowadził pojazd, a na podstawie

¹ <https://www.pzpm.org.pl/pl/Rynek-motoryzacyjny/Roczniki-i-raporty> (data dostępu: 3.06.2023).

² Eurostat, *Samochody osobowe na 1000 mieszkańców*, https://ec.europa.eu/eurostat/data-browser/view/ROAD_EQS_CARHAB/default/table?lang=en (data dostępu: 31.05.2023).

samego zdjęcia nie można było ustalić, kto rzeczywiście pojazd prowadził. Kierując się zasadą odpowiedzialności indywidualnej, za wykroczenie przekroczenia prędkości odpowiada tylko prowadzący pojazd, zatem w sytuacji, gdy nie było innych dowodów, że to faktycznie właściciel prowadził pojazd, wystąpienie z wnioskiem o ukaranie przeciwko niemu było bezcelowe, a jeżeli właściciel nie wskazał, komu udostępnił pojazd, o odpowiedzialności za wykroczenie w ogóle nie mogło być mowy. Biorąc to pod uwagę, ustawodawca wprowadził przepis pozwalający na skuteczne ściganie sprawców wykroczeń i przestępstw drogowych oraz pociągnięcie do odpowiedzialności karnej rzeczywistych sprawców tych czynów.

Niniejsza publikacja poświęcona jest rozważaniom dotyczącym realizacji obowiązku z art. 78 ust. 4 ustawy Prawo o ruchu drogowym, jak również odpowiedzialności karnej wynikającej z art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń w przypadku niewypełnienia tego obowiązku przez zobowiązanego. Podjęto próbę uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy prawo do obrony w aspekcie braku konieczności przedstawiania dowodów na swoją niekorzyść, jak również nieobciążania się i osoby najbliższej wyłącza obowiązek określony w art. 78 ust. 4 ustawy Prawo o ruchu drogowym, a tym samym odpowiedzialność z art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń.

Zakres odpowiedzialności wykroczeniowej z art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń w zw. z art. 78 ust. 4 ustawy Prawo o ruchu drogowym

Przepis art. 96 § 3 k.w.³ sankcjonuje zachowanie polegające na niewskazaniu na żądanie uprawnionego organu, komu został powierzony pojazd do kierowania lub używania w określonym czasie. W piśmiennictwie i w orzecznictwie sądów funkcjonuje stanowisko, które należy podzielić, że obowiązek wskazania osoby, której powierzono pojazd do kierowania lub używania, ma ustawowe umocowanie. Jego źródłem jest art. 78 ust. 4 p.r.d.⁴, zgodnie z którym właściciel lub posiadacz pojazdu jest obowiązany wskazać – na żądanie uprawnionego organu – komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Trafnie w piśmiennictwie wskazuje się, że celem art. 78 ust. 4 p.r.d. jest nie tylko ustalenie ewentualnego sprawcy przestępstwa lub wykroczenia drogowego, ale również zapewnienie porządku w ruchu drogowym przez to, że pozwala na identyfikowanie wszystkich uczestników ruchu

³ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 289, 535, 803), dalej jako k.w.

⁴ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 760, 919), dalej jako p.r.d.

drogowego w każdym czasie⁵. Zaktualizowanie się obowiązku z art. 78 ust. 4 p.r.d. jest warunkiem *sine qua non* odpowiedzialności z art. 96 § 3 k.w.

Wykroczenie stypizowane w art. 96 § 3 k.w. w związku z odesłaniem do art. 78 ust. 4 p.r.d. ma charakter indywidualny. Podkreślił to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 13 września 2017 r.⁶, w którym wskazał, że wykroczenie z art. 96 § 3 k.w. zaliczane jest do tzw. wykroczeń indywidualnych, gdyż jego sprawcą może być jedynie osoba, na której ciąży obowiązek wskazania, na żądanie uprawnionego organu, komu powierzyła pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie⁷. Obowiązek taki, zgodnie z art. 78 ust. 4 p.r.d., ciąży nie tylko na właścicielu bądź współwłaścicielu pojazdu, ale także na posiadaczu. Posiadaczem pojazdu jest zarówno ten, kto pojazdem faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nim faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny), czyli osoba faktycznie władająca z tytułu prawnego cudzym pojazdem (art. 336 k.c.⁸). Należy również zauważyć, że posiadacz samoistny nie traci posiadania przez to, że oddaje innej osobie pojazd w posiadanie zależne (art. 337 k.c.). Bezsporne jest również, że adresatem obowiązku wymienionego w przepisie art. 78 ust. 4 p.r.d., w przypadku gdy pojazd jest objęty współwłasnością, jest każdy z jego współwłaścicieli czy współposiadaczy. Natomiast gdy właścicielem lub posiadaczem jest osoba fizyczna, taki obowiązek spoczywa na konkretnej osobie fizycznej.

W sytuacji gdy pojazd należy do podmiotu innego niż osoba fizyczna, zastosowanie ma ust. 5 art. 78 p.r.d. W przypadku gdy właścicielem (posiadaczem) pojazdu jest: osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, jednostka samorządu terytorialnego, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji, przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, zagraniczna jednostka organizacyjna, do udzielenia tejże informacji obowiązana jest osoba wyznaczona przez organ uprawniony do reprezentowania tego podmiotu na zewnątrz (prezes, dyrektor, kierownik, prokurent, pełnomocnik itp.), a w przypadku niewyznaczenia takiej osoby – osoby wchodzące w skład tego organu zgodnie

⁵ Por. postanowienie SN z 29 czerwca 2010 r., sygn. akt I KZP 8/10, OSNKW 2010, Nr 9, poz. 76; R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 581; A. Michalska-Warias, *Art. 96 § 3, [w:] T. Bojarski (red.), Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2020, Lex, s. 366; E. Grzęda, *Niedopuszczalna samodenuncjacja czy legalny obowiązek informacyjny?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3, s. 83.

⁶ Wyrok SN z 13 września 2017 r., sygn. akt IV KK 42/17, „Prokuratura i Prawo” (dodatek Orzecznictwo) 2017, nr 11, s. 6. Tak też: wyroki SR w Warszawie z 20 sierpnia 2019 r., sygn. akt V W 1687/19, Legalis nr 2243650 i z 20 sierpnia 2019 r., sygn. akt. V W 331/19, Legalis nr 2243083.

⁷ Właścicielem pojazdu jest ten, kto ma prawo własności w rozumieniu art. 140 Kodeksu cywilnego i może z wyłączeniem innych osób korzystać z pojazdu i rozporządzać nim.

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 326), dalej jako k.c.

z żądaniem uprawnionego organu oraz sposobem reprezentacji podmiotu. W tym przypadku ustalenie osób uprawnionych będzie wymagało dokonania stosownych ustaleń w oparciu o podstawę prawną, na jakiej dany podmiot funkcjonuje, np. ustawa, regulamin, statut, uchwała itp.⁹

Należy nadmienić, że ust. 5 art. 78 p.r.d. został dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw¹⁰. W założeniu projektodawcy rzeczzone rozwiązanie miało doprecyzować zasady realizacji obowiązku wskazania kto kierował pojazdem w czasie popełnienia wykroczenia, w przypadku gdy jego właścicielem (posiadaczem) są podmioty zbiorowe (np. osoby prawne, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty w stanie likwidacji). Celem projektodawcy było objęcie dyspozycją art. 78 ust. 5 p.r.d. wszystkich podmiotów zbiorowych i stworzenie ogólnej formuły prawnej, pozwalającej w przypadku tych podmiotów na jednoznaczne określenie podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji określonej w art. 78 ust. 4 p.r.d. Konieczność takiego uszczegółowienia dotychczas obowiązujących w tym zakresie przepisów miała wynikać także ze stale rosnącej liczby tzw. pojazdów służbowych, a w szczególności pojazdów użytkowanych przez podmioty gospodarcze, dodatkowo stanowiące własność osób trzecich (pojazdy leasingowane)¹¹.

W praktyce wystąpiła jednak wątpliwość, kto jest zobowiązany m.in. w spółce jawnej do wskazania – na żądanie uprawnionego organu – informacji komu powierzono pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, skoro w myśl art. 29 § 1 k.s.h.¹² każdy wspólnik ma prawo reprezentować spółkę. W tym miejscu należy podkreślić postanowienie Sądu Najwyższego z 28 czerwca 2018 r., w którym wskazano, że w rozumieniu art. 78 ust. 5 p.r.d. organem uprawnionym do reprezentowania jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną na zewnątrz, w tym przypadku spółki jawnej, są wspólnicy tej spółki, chyba że uprawnienie do reprezentacji spółki zostanie ograniczone w trybie art. 30 § 1 k.s.h. („umowa spółki może przewidywać, że wspólnik jest pozbawiony prawa do reprezentowania spółki, albo że jest uprawniony do jej reprezentowania tylko łącznie z innym wspólnikiem lub prokurentem”). Zakres prawa do reprezentacji w przypadku spółki jawnej został w kodeksie określony w sposób szeroki, gdyż w treści art. 29 § 2 k.s.h. wskazano, że dotyczy on wszystkich czynności sądowych i pozasądowych spółki. Reprezentacja dotyczy

⁹ Zob. M. Zbrojewska, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r., I KZP 8/10*, 2011, Lex; także: postanowienie SN z 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 1/18 „Prokuratura i Prawo” (dodatek Orzecznictwo) 2018, nr 10, s. 6.

¹⁰ Dz.U. Nr 225, poz. 1466 ze zm.

¹¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3179, Sejm VI kadencji, s. 25.

¹² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 739, 825), dalej jako k.s.h.

zatem występowania we wszystkich stosunkach prawnych z zakresu prawa cywilnego, administracyjnego, pracy oraz innych gałęzi prawa i może polegać np. na ujawnieniu stanowiska przedsiębiorcy na zewnątrz, składania odpowiednich oświadczeń przed organami władzy, organami administracji państwowej i organizacjami społecznymi, występowania przed organami orzekającymi. Osoby uprawnione do reprezentacji podmiotów zbiorowych na zewnątrz, przyjmując na siebie taką funkcję, muszą liczyć się z koniecznością wykonywania określonych obowiązków związanych z funkcjonowaniem tych podmiotów oraz konsekwencjami ich niewykonania. Zatem w ocenie Sądu Najwyższego, zgodnie z treścią art. 78 ust. 5 p.r.d., każdy wspólnik spółki jawnej, uprawniony do jej reprezentowania na zewnątrz, zobowiązany jest, na żądanie uprawnionego organu, do udzielenia informacji komu powierzono pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, a w przypadku niezrealizowania tego obowiązku może ponosić odpowiedzialność z art. 96 § 3 k.w. Jednocześnie powyższy obowiązek nie może spoczywać na osobach, które nie przyjęły na siebie zobowiązania do wykonywania określonych obowiązków podmiotów zbiorowych¹³. Pogląd ten zasługuje na aprobatę i rozwiewa powstałe wątpliwości dotyczące zobowiązanego w spółce jawnej do udzielenia wskazanej w art. 78 ust. 4 p.r.d. informacji.

Czynnikiem utrudniającym dochodzenie odpowiedzialności sprawcy omawianego wykroczenia jest częstokrotnie wyrażana w piśmiennictwie oraz orzecznictwie wykładnia art. 96 § 3 k.w., zgodnie z którą niewskazanie przez właściciela (posiadacza) pojazdu podmiotu, któremu powierzył pojazd do kierowania lub używania w określonym czasie, może być popełnione wyłącznie umyślnie¹⁴. Przyjęcie takiej wykładni powoduje, że konieczne staje się udowodnienie właścicielowi (posiadaczowi) pojazdu celowego wprowadzenia w błąd organów państwa poprzez twierdzenie, że nie potrafi wskazać kierującego pojazdem¹⁵. Wbrew powyższym twierdzeniom w doktrynie jednak przeważa pogląd, że wykroczenie z art. 96 § 3 k.w. może być popełnione albo umyślnie, albo nieumyślnie¹⁶. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia bowiem jego

¹³ Postanowienie SN z 28 czerwca 2018 r., sygn. akt I KZP 1/18, „Prokuratura i Prawo (dodatek Orzecznictwo) 2018, nr 10, s. 6; także: wyrok SN z 13 września 2017 r., sygn. akt IV KK 42/17, „Prokuratura i Prawo” (dodatek Orzecznictwo) 2017, nr 11, s. 6. Por. A. Michalska-Warias, *Art. 96 § 3*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex.

¹⁴ Zob. P. Nycz, *Strona podmiotowa wykroczenia z art. 96 § 3 k.w.*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 6, s. 99–101; wyrok SO w Jeleniej Górze z 15 marca 2013 r., sygn. akt VI Ka 68/13, *Legalis* nr 2150143; wyrok SO w Toruniu z 22 października 2013 r., sygn. akt IX Ka 434/13, *Legalis* nr 2021856; wyrok SO w Bydgoszczy z 12 lutego 2014 r., sygn. akt IV Ka 1161/13, *Legalis* nr 2001505.

¹⁵ Wyrok TK z 12 marca 2014 r., sygn. akt P 27/13, OTK-A 2014, Nr 3, poz. 30.

¹⁶ Zob. R.A. Stefański, op. cit.; W. Jankowski, *Art. 96 § 3*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2013, Lex, s. 484; zob. wyrok SO w Koszalinie z 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt V Ka 201/13, *Legalis* nr 2182378; wyroki SR we Wrocławiu z 28 stycznia 2013 r., sygn. akt VI W 1381/12, *Legalis* nr 2176498 i z 9 maja 2013 r., sygn. akt VI W 669/13, *Legalis* nr 2177188; wyrok SO w Elblągu z 8 stycznia 2014 r., sygn. akt VI Ka 483/13, *Legalis* nr 2008856.

zgodność z naczelną zasadą winy w prawie wykroczeń określoną w art. 5 k.w., zgodnie z którą wykroczenie można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, chyba że ustawa przewiduje odpowiedzialność tylko za wykroczenie umyślne. Ustawa musi zatem zawierać zastrzeżenie, że określonego zachowania można dopuścić się tylko umyślnie. W przepisie art. 96 § 3 k.w. brak jest natomiast zapisu (wyraźnego lub dorozumianego) ograniczającego karalność przewidzianych w nim zachowań do jedynie umyślnych. Należy zgodzić się z Mirosławem Granatem, sędzią Trybunału Konstytucyjnego, który w zgłoszonym do wyroku Trybunału Konstytucyjnego zdaniu odrębnym wskazuje, że ani przepis art. 96 § 3 k.w., ani 78 ust. 4 p.r.d. nie różnicują sytuacji, gdy ktoś chce zataić wiadomości na temat osoby, której powierzył pojazd, od sytuacji, w której nie potrafi sobie przypomnieć tej informacji. Strona podmiotowa czynu z art. 96 § 3 k.w. odnosi się do całokształtu znamion przedmiotowych tego typu, a zatem nieumyślnie wypełni te znamiona także osoba, która np. zapomniała o ciąży na niej obowiązku i dlatego też nie wskazała osoby, której powierzony został do kierowania lub używania pojazd. W razie przesądzenia, że sprawca nie pamięta, komu powierzył pojazd – a to z uwagi na znaczny upływ czasu oddzielający wystosowane żądanie od interesującego organ okresu, brak ciąży na właścicielu (posiadaczu) obowiązku prowadzenia rejestru użytkowników pojazdu, jak również brak dostępu do fotografii dokumentującej wykroczenie lub jej nieczytelność – niedopuszczalna wydaje się interpretacja prowadząca do nałożenia na obywatela obowiązku niemożliwego do zrealizowania, co prowadzić musi do braku możliwości postawienia takiemu obywatelowi w chwili czynu zarzutu winy, że nie wskazując osoby, której powierzył pojazd, zachował się w sposób sprzeczny z prawem, mimo że mógł dochować posłuchu normie prawnej. Nie sposób więc od potencjalnego sprawcy wymagać, by w okresie poprzedzającym niewskazanie skrupulatnie rejestrował w pamięci lub ewidencjonował w jakiś materialny sposób, komu w danym dniu i chwili powierzył swój pojazd. Nie ma także w systemie prawnym reguły ostrożnego postępowania, która nakazywałaby przechowywać w pamięci tak szczegółowe dane na wypadek możliwego w przyszłości zapytania ze strony uprawnionych organów. A zatem pomiędzy zaniechaniem wskazanym w art. 96 § 3 k.w. a kompleksem zachowań domniemanego sprawcy w przeszłości nie można zbudować powiązania uzasadniającego postawienie mu zarzutu z art. 96 § 3 k.w. Nie znajdzie tutaj zastosowania instytucja tzw. zawinienia na przedpolu czynu zabronionego¹⁷.

¹⁷ E. Grzęda, *Niedopuszczalna „samodenuncjacja” czy legalny obowiązek informacyjny? Uwagi na marginesie wyroków Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 2014 r. (P 27/13) i 30 września 2015 r. (K 3/13)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3, s. 91–92. Zob. K. Buchała, *Wina czynu a zawinienie na przedpolu czynu zabronionego*, [w:] E. Pływaczewski (red.), *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, Białystok 1998, s. 61–86.

Jednocześnie zgodnie z art. 78 ust. 4 p.r.d. ustawodawca przewidział przesłanki, których kumulatywne spełnienie zwalnia z obowiązku wskazania na żądanie właściwego organu osoby, której w oznaczonym czasie powierzono pojazd do kierowania lub używania, a dotyczy to sytuacji, gdy pojazd został użyty wbrew woli i wiedzy właściciela (posiadacza) przez nieznaną osobę, a właściciel (posiadacz) nie mógł temu zapobiec¹⁸. Wskazać w tym miejscu należy, że właściciel (posiadacz) pojazdu nie naraża się także na odpowiedzialność za wykroczenie określone w art. 96 § 3 k.w., gdy: wskaże siebie jako faktycznie prowadzącego pojazd, przedstawi dowód, że nie jest ani właścicielem, ani posiadaczem pojazdu, bądź wskaże, kto kierował pojazdem lub używał pojazdu¹⁹.

Użycie przez ustawodawcę w treści art. 96 § 3 k.w. określenie „na żądanie uprawnionego organu” daje możliwość dość szerokiej interpretacji pojęcia „organ”. Jak podkreślił w wyroku z 8 października 2019 r. Naczelny Sąd Administracyjny, „użyte w tym przepisie pojęcie organu dotyczy jednostki organizacyjnej państwa, w której zakresie działania mieści się żądanie wskazania osoby wymienionej w dyspozycji tego przepisu. Organami uprawnionymi do żądania wskazania osoby, której w oznaczonym czasie powierzono pojazd do kierowania lub używania, będą jednostki uprawnione do kontroli ruchu drogowego oraz organy prowadzące szeroko rozumiane postępowanie karne, w tym o wykroczenia”²⁰. Organami uprawnionymi będą zatem organy uprawnione do dokonywania czynności w zakresie kontroli ruchu drogowego wskazane w dziale V p.r.d.²¹ Zgodnie z art. 129 ust. 1 p.r.d. czuwanie nad bezpieczeństwem i porządkiem ruchu na drogach, kierowanie ruchem i jego kontrolowanie należą do zadań Policji. Uprawnienia do dokonywania czynności w zakresie kontroli ruchu drogowego przyznano także Żandarmerii Wojskowej i wojskowym organom porządkowym (art. 129 ust. 4 p.r.d.). W tym zakresie przysługują im uprawnienia Policji określone w art. 129 ust. 2 p.r.d. W pewnym zakresie kompetencje te realizować może Straż Graniczna i organy Służby Celno-Skarbowej (art. 129 ust. 4a p.r.d.), Inspekcja Ochrony Środowiska (art. 129 ust. 4aa p.r.d.), Inspekcja Transportu Drogowego (art. 129a ust. 2 p.r.d.), Straż Leśna oraz Straż Park (art. 129c p.r.d.). Uprawnienia do żądania od właściciela lub posiadacza pojazdu wskazania komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie posiada również – na podstawie art. 129b ust. 3 pkt 7 p.r.d. – straż gminna (miejska).

¹⁸ Postanowienie SO w Białymstoku z 26 września 2012 r., sygn. akt VIII Kz 444/12, Lex nr 1294031.

¹⁹ Wyrok TK z 12 marca 2014 r., sygn. akt P 27/13, „Prokuratura i Prawo” 2014, Nr 9, poz. 49; wyrok SR w Warszawie z 20 listopada 2019 r., sygn. akt V W 1872/18, Legalis nr 2276879.

²⁰ Wyrok NSA z 8 października 2019 r., sygn. akt I GSK 1344/18, Lex nr 2778690.

²¹ Zob. A. Michalska-Warias, *Art. 96 § 3*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń...*, 2020, Lex; M. Leciak, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 677; W. Jankowski, op. cit.

W piśmiennictwie i w orzecznictwie sądów rozbieżność orzecznicza wywołała kwestia możliwości przyznania straży gminnej (miejskiej) kompetencji oskarżyciela publicznego w zakresie ścigania sprawców wykroczeń z art. 96 § 3 k.w. Uprawnienie straży do wystąpienia z wnioskiem o ukaranie za odmowę informacji przewidziane zostało w znowelizowanym przez ustawę Prawo o ruchu drogowym ustawą z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw²² przepisie art. 17 § 3 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Przyznanie strażnikom gminnym (miejskim) uprawnień rozstrzygnęło spór, czy mogą oni złożyć wniosek o ukaranie za niewywiązanie się z tego obowiązku. Stanowisko w tej sprawie zajął też Sąd Najwyższy, który wydawał na przemian sprzeczne wyroki. Z jednej strony pojawiło się stanowisko odmawiające straży gminnej (miejskiej) uprawnień oskarżyciela publicznego²³, a z drugiej można odnaleźć orzeczenia, w których takie uprawnienia się przyznaje²⁴. Ostatecznie uchwałą z 30 września 2014 r.²⁵ Sąd Najwyższy potwierdził uprawnienia straży w tym zakresie. Zgodnie z powyższą uchwałą, na podstawie przepisu art. 17 § 3 k.p.w.²⁶, straży gminnej (miejskiej) przysługują uprawnienia oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia z art. 96 § 3 k.w. Mogą one zatem żądać od właściciela lub posiadacza pojazdu wskazania komu powierzyli pojazd do kierowania lub używania w określonym czasie. Jednocześnie Sąd Najwyższy postanowił nadać przytoczonej uchwale moc zasady prawnej. Stanowisko to należy uznać za trafne i spotkało się również z pozytywną oceną w piśmiennictwie²⁷.

Zgodnie z powyższym można jednoznacznie stwierdzić, że uprawnienie do żądania wskazania osoby, której powierzono pojazd do kierowania lub używania, przysługuje organom, które mają status oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia (art. 17 k.p.w.), z tym że niektóre z nich tylko w obszarze ustawowego zakresu działania. Z żądaniem takim mogą

²² Dz.U. Nr 225, poz.1466.

²³ Zob. wyroki SN: z 12 grudnia 2013 r., sygn. akt III KK 431/13, Legalis nr 2243083; z 15 marca 2011 r., sygn. akt V KK 39/11, Legalis nr 428189; z 25 maja 2010 r., sygn. akt III KK 116/10, niepubl.

²⁴ Wyrok SN z 14 listopada 2011 r., sygn. akt V KK 252/11, Legalis nr 509619; postanowienie SN z 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V KK 403/13, Legalis nr 1163217.

²⁵ Uchwała 7 sędziów SN – Izba Karna z 30 września 2014 r., sygn. akt I KZP 16/14, OSP 2014, Nr 2, poz. 19, s. 261. Podobny pogląd SN wyraził w postanowieniu z 2 kwietnia 2014 r., sygn. akt V KK 378/13, Legalis nr 1002437.

²⁶ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1124), dalej jako k.p.w.

²⁷ Zob. W. Kotowski, *Obowiązek właściciela pojazdu do udzielenia informacji organowi procesowemu. Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 2014 r., I KZP 16/14*, 2014, Lex; A. Skowron, *O uprawnieniach straży gminnych (miejskich) do występowania w charakterze oskarżyciela publicznego przed sądem powszechnym. Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 2014 r., I KZP 16/14*, 2015, Lex.

wystąpić także organy prowadzące śledztwo lub dochodzenie (art. 311 i 312 k.p.k.²⁸).

Świadomość żądania uprawnionego organu a odmowa wskazania kierującego pojazdem przez właściciela (posiadacza) pojazdu

Zachowanie sprawcze na gruncie art. 96 § 3 k.w. wyraża się poprzez niewskazanie wbrew istniejącemu obowiązkowi – na żądanie uprawnionego organu – komu sprawca powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie sądów powszechnych i w doktrynie, niewskazanie polega na odmowie udzielenia odpowiedzi na konkretne żądanie organu, a zatem będzie to całkowite zaniechanie udzielenia odpowiedzi, udzielenie odpowiedzi wymijającej, zasłanianie się niepamięcią bądź udzielenie odpowiedzi negatywnej²⁹. Właściciel pojazdu narusza więc obowiązek wskazania osoby użytkującej pojazd, gdy wprost odmówi wskazania tej osoby albo nie udzieli odpowiedzi na zadane mu ustnie lub pisemnie w tym zakresie pytanie³⁰. W piśmiennictwie słusznie zwraca się uwagę, że brak odpowiedzi na pisemne żądanie uprawnionego organu może być oceniane w kategoriach analizowanego wykroczenia, pod warunkiem że adresat osobiście odebrał pismo zawierające to żądanie i nie udzielił na nie właściwej odpowiedzi lub w ogóle jej zaniechał³¹. Pewne wątpliwości mogą pojawić się w przypadku doręczenia pośredniego lub zastępczego (o ile nie ma innych dowodów), czy wskazane pismo zostało podjęte, odebrane przez zobowiązanego, właściwego do udzielenia odpowiedzi adresata³². Jak słusznie twierdzi Ryszard A. Stefański, inaczej trzeba ocenić sytuację, gdy pismo to nie zostało doręczone właścicielowi lub posiadaczowi pojazdu bezpośrednio, a zostało doręczone np. za pośrednictwem dorosłego domownika lub administratora domu (doręczenie pośrednie) czy też pozostawione w najbliższej placówce pocztowej operatora publicznego, jednostce Policji lub we właściwym urzędzie gminy (doręczenie zastępcze). Wskazane sposoby doręczania pism, jak zauważa

²⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 289, 535, 818), dalej jako k.p.k.

²⁹ R.A. Stefański, op. cit., s. 550 i nast. Podobnie: wyrok SR w Warszawie z 15 lipca 2020 r., sygn. akt V W 3263/19, Legalis nr 2479534; postanowienie SO w Białymstoku z 26 września 2012 r., sygn. akt VIII KZ 444/12, Lex nr 1294031.

³⁰ Postanowienie SO w Tarnowie z 28 grudnia 2004 r., sygn. akt II Waz 191/04, Legalis nr 69594; wyrok SO w Krakowie z 12 października 2017 r., sygn. akt IV 1Ka 227/17, Legalis nr 2051468; wyrok SR w Kaliszu z 10 stycznia 2022 r., sygn. akt II W 275/21, Lex nr 3406119.

³¹ Por. R.A. Stefański, op. cit., s. 550 i nast.; W. Jankowski, op. cit. Zob. także wyrok SR w Warszawie z 7 sierpnia 2019 r., sygn. akt V W 1206/19, Lex nr 2731631.

³² W. Jankowski, op. cit.

R.A. Stefański, mają charakter procesowy i nie można przenosić ich wprost na grunt prawa materialnego represyjnego, którym jest prawo wykroczeń³³. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z 30 września 2010 r.: „W sytuacji gdy doręczenie żądania, w zakresie o którym mowa w art. 78 ust. 4 p.r.d., nastąpiło w trybie art. 133 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 38 § 1 k.p.w., trzeba oddzielić procesowy aspekt doręczenia pisma, którego skuteczność może opierać się na domniemaniu, od materialnych podstaw odpowiedzialności, których nie można domniemywać”³⁴. Awizowanie przesyłki pocztowej, a nawet odmowa jej przyjęcia nie mogą być utożsamione z powzięciem przez adresata wiedzy na temat treści sformułowanego w przesyłce żądania. Uregulowanie zawarte w art. 133 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 38 § 1 k.p.w., stwarzające prawną fikcję uznania pisma za doręczone, nie ma zatem zastosowania do wezwań, o których mowa w art. 78 ust. 4 p.r.d. Słusznie więc w praktyce przyjmuje się, że obowiązek określony w art. 78 ust. 4 p.r.d. powstaje tylko wówczas, gdy uprawniony organ wystąpi ze stosownym żądaniem, a żądanie to dotrze do osoby zobowiązanej³⁵. Zatem po stronie właściciela lub posiadacza pojazdu musi istnieć świadomość żądania udzielenia takiej informacji. Ważne jest bowiem, czy adresat wiedział, że został wezwany przez uprawniony organ, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania oraz czy taką wiedzę rzeczywiście posiadał. Należy też pamiętać, że zgodnie z zasadą ciężaru dowodu to na uprawnionym organie spoczywa obowiązek udowodnienia tych okoliczności. Właściciela lub posiadacza pojazdu chroni bowiem zasada domniemania niewinności, co wyłącza możliwość domniemania świadomości wypełnienia znamiona wykroczenia z art. 96 § 3 k.w.

Należy również zauważyć, że dla przypisania odpowiedzialności sprawy nie ma znaczenia również forma odmowy wskazania kierującego pojazdem w określonym czasie – najważniejsze bowiem jest, aby oznaczała jednoznaczne stanowisko zobowiązanego, że nie chce obowiązkowi tego spełnić. Odmowa złożona na piśmie nie wymaga dalszej formy dokumentowania, zaś złożona ustnie winna być udokumentowana. Jeżeli okoliczności czynu nie budzą wątpliwości, utrwalenie czynności wyjaśniających można ograniczyć do notatki urzędowej, w innym przypadku czynność ta powinna zostać utrwalona w formie protokołu przesłuchania osoby, co do której istnieje uzasadniona podstawa do sporządzenia przeciwko niej wniosku o ukaranie (art. 54 § 3 i 4 k.p.w.).

³³ R.A. Stefański, op. cit., s. 550 i nast.; A. Mezglewski, [w:] A. Mezglewski, M. Nowikowska, J. Kurek, *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, 2022, Lex.

³⁴ Postanowienie SN z 30 września 2010 r., sygn. akt I KZP 15/10, Legalis nr 248202.

³⁵ Wyrok SO w Gliwicach z 5 września 2017 r., sygn. akt VI Ka 522/17, Lex nr 2425740.

Prawo do obrony oraz nieobciążania siebie i osoby najbliższej w kontekście art. 96 § 3 k.w. i art. 78 ust. 4 p.r.d.

Zasada *nemo tenetur se ipsum accusare* uważana jest powszechnie za naczelną zasadę procesu karnego w demokratycznym państwie prawa. Prawo do obrony jest fundamentalnym prawem obywatelskim, gwarantowanym Konstytucją RP oraz przepisami konwencji międzynarodowych, które Polska podpisała i ratyfikowała, a które przez to stały się częścią wewnętrznego porządku prawnego (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP). Prawo do obrony jest nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale też elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego³⁶. W piśmiennictwie podkreśla się doniosłość tego uprawnienia, które w swej istocie jest „prawem do ochrony jednostki przed wszelkimi ingerencjami w sferę wolności i praw, jakim zagraża bądź ze swej natury powoduje proces karny. Jest to zatem prawo do obrony człowieka, a nie jego roli czy statusu w procesie karnym”³⁷. W postępowaniu karnym prawo do obrony należy rozumieć szeroko. Art. 42 Konstytucji RP mówi bowiem o odpowiedzialności karnej, której towarzyszy prawo do obrony „we wszystkich stadiach postępowania”, czyli także w sprawach o wykroczenia. W uchwale z 26 kwietnia 2007 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że prawo do obrony, wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, odnosi się do wszystkich stadiów postępowania, a zawarty w tym artykule zwrot „każdy, przeciwko komu” nie musi zatem oznaczać, że prawo to przysługuje wyłącznie od *fazy in personam* postępowania przygotowawczego, gdyż proces karny posługuje się nie tylko pojęciem „podejrzany”, lecz również sformułowaniem „osoba podejrzana”. Jeżeli więc konstytucyjne prawo do obrony odnosi się do „wszystkich stadiów postępowania”, to prawo to służyć powinno również osobie faktycznie, a nie tylko formalnie podejrzanej³⁸.

Prawo do niedostarczania dowodów na własną niekorzyść jako takie nie może więc zostać ograniczone tylko do postępowania karnego w sensie ścisłym, bowiem obejmuje także postępowanie w sprawie o odpowiedzialność za wykroczenie.

Prawo do milczenia zazębia się z domniemaniami niewinności. W doktrynie prawo do milczenia może być rozumiane jako połączone z zasadą domniemania niewinności w sytuacjach, w których brakuje innych dowodów winy niż te, które można byłoby potencjalnie uzyskać przez zmuszenie podejrzanego do samooskarżenia³⁹.

³⁶ Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, OTK-A 2004, Nr 2, poz. 7.

³⁷ D. Dudek, *Konstytucyjna wolność człowieka a tymczasowe aresztowanie*, Lublin 1999, s. 202.

³⁸ Uchwała SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 4/07, Lex nr 244459; tak też: postanowienie SN z 15 stycznia 2020 r., sygn. akt I KZP 10/19, Lex nr 2766081.

³⁹ J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa* „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12, s. 36.

Kwestia prawa do obrony stała się również przedmiotem rozstrzygnięć Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPC), uznając prawo do obrony oraz wolność od samooskarżenia za elementy „składowe międzynarodowych standardów stanowiących o istocie rzetelnego procesu”. W orzecznictwie ETPC wskazuje się, że prawo do nieobciążania siebie jest przede wszystkim związane z poszanowaniem woli osoby oskarżonej do zachowania milczenia. ETPC podnosi również, że prawo do milczenia i wolność od samooskarżenia, wynikające z art. 6 § 1 Europejskiej konwencji praw człowieka⁴⁰, zapobiega sytuacji, w której prowadzący postępowanie uzyskuje dowody poprzez zmuszenie podejrzanego do zeznawania przeciwko sobie. Ponadto prawo do milczenia nie może być jedynie ograniczone do bezpośredniego przyznania się do przestępstwa, ale przysługuje w stosunku do każdej kwestii, która może być później wykorzystana na poparcie oskarżenia⁴¹. W badanych sprawach *Weh v. Austria* i *Rieg v. Austria* ETPC stwierdził, że „związek pomiędzy obowiązkiem skarżącego, wynikającym z normy prawa krajowego ujawnienia osoby kierującej jego samochodem a potencjalnym postępowaniem karnym przeciwko skarżącemu za przekroczenie prędkości pozostaje odległy i hipotetyczny. Bez wystarczająco konkretnego związku z tymże postępowaniem karnym użycie środków przymusu (np. nałożenie grzywny) w celu uzyskania informacji nie rodzi kwestii naruszenia prawa skarżącego do zachowania milczenia i jego przywileju nieobciążania się”⁴². Należy zwrócić uwagę również na art. 14 ust. 3 lit. g ratyfikowanego przez Polskę Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych ONZ, w myśl którego każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo – na zasadzie równości – do niezmuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu należy przyjąć, że zakres zastosowania zasady *nemo tenetur* jest szerszy niż gwarancje procesowe oskarżonego (podejrzanego). Chroni ona bowiem także każdego uczestnika postępowania karnego, który zobowiązany jest do składania oświadczeń procesowych (świadka, biegłego, strony postępowania), a który w razie ujawnienia przestępstwa mógłby być narażony na odpowiedzialność karną. Zatem chroni potencjalnego podejrzanego jeszcze przed postawieniem mu jakiegokolwiek zarzutu, od momentu popełnienia czynu⁴³.

⁴⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

⁴¹ D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Strasburg 2012, s. 65.

⁴² Wyroki ETPC z 8 kwietnia 2004 r. w sprawie *Weh v. Austria*, skarga nr 38544/97 i z 24 marca 2005 r. w sprawie *Rieg v. Austria*, skarga nr 63207/00. Zob. też wyrok ETPC z 20 października 1997 r., RJD 1997–VI, § 45–47, [w:] M.A. Marek (oprac.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka – orzecznictwo*, t. 1: *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, s. 42.

⁴³ Por. Z. Sobolewski, *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo ipsum accusare tenetur)*, Warszawa 1982, s. 11; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 356.

W orzecznictwie sądów funkcjonuje stanowisko, które należy podzielić, że odpowiedzialność za wykroczenie określone w art. 96 § 3 k.w. jest wyłączona, gdy właściciel (posiadacz) pojazdu uchyli się od obowiązku wskazania komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie w ramach prawa do obrony na podstawie art. 74 § 1 k.p.k. w zw. z art. 20 § 3 k.p.w., w sytuacji w której pojazd nikomu nie powierzał, sam tym pojazdem kierował lub go używał i dopuścił się wykroczenia⁴⁴. Podobnie w sprawie wypowiedział się w uzasadnieniu wyroku z 20 września 2015 r. Trybunał Konstytucyjny, wskazując, że przepis z art. 96 § 3 k.w. nie prowadzi do naruszenia wolności od samooskarżania: „Właściciel lub posiadacz pojazdu nie ma zatem obowiązku wskazania, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, jeżeli sam tym pojazdem kierował lub go używał i dopuścił się np. wykroczenia przekroczenia prędkości zarejestrowanego za pomocą urządzenia rejestrującego lub wykroczenia polegającego na niewłaściwym parkowaniu, a tym samym powyższe sytuacje nie są objęte odpowiedzialnością za wykroczenie z art. 96 § 3 k.w.”⁴⁵. Linia orzecznicza wyznaczona przez Trybunał Konstytucyjny jest realizowana także w sądownictwie powszechnym. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 11 lipca 2019 r.⁴⁶ stwierdził m.in.: „Sąd I instancji błędnie jednak założył, że obowiązek wskazania osoby, której pojazd został powierzony do kierowania lub używania w oznaczonym czasie nie doznaje żadnych ograniczeń (poza tym wymienionym wprost w treści art. 78 ust. 4 p.r.d.) i wobec tego właściciel lub posiadacz pojazdu musi się do niego bezwzględnie dostosować. Tymczasem w sytuacji kiedy właściciel lub posiadacz pojazdu sam pojazdem kierował lub go używał i dopuścił się w tym czasie popełnienia wykroczenia drogowego nie ma obowiązku wskazania, na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie”. Powyższy pogląd wyrażony przez orzecznictwo jest słuszny i bezdyskusyjny. Tożsame stanowisko w tej kwestii zajmuje również doktryna⁴⁷. W ocenie R.A. Stefańskiego w sytuacji gdy właściciel lub posiadacz

⁴⁴ Zob. wyrok SO w Sieradzu z 6 kwietnia 2022, sygn. akt II Ka 11/22, Legalis nr 2685086; wyrok SO w Warszawie z 25 września 2020 r., sygn. akt X Ka 508/20, Legalis nr 2505712; wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 29 kwietnia 2016 r., sygn. akt IV Ka 128/16, Legalis nr 2086406.

⁴⁵ Wyrok TK z 30 września 2015 r., sygn. akt K 3/13, OKT-A 2015, Nr 8, poz. 125, pkt III.4.8 uzasadnienia.

⁴⁶ Wyrok SO w Poznaniu z 11 lipca 2019 r., sygn. akt IV Ka 510/19, Legalis nr 2243090.

⁴⁷ Zob. R.A. Stefański, op. cit., teza 7.8. Odmienny pogląd wygłosił A. Skowron, zdaniem którego właściciel lub posiadacz pojazdu, do którego organ procesowy zwrócił się o wskazanie osoby kierującej w chwili wykroczenia, nie może uchylić się od tego obowiązku, nawet jeżeli to on sam pojazdem tym kierował. Prawo do obrony przysługuje bowiem oskarżonemu (obwinionemu) dopiero od momentu, gdy organ procesowy nabierze uzasadnionych podejrzeń, że sprawcą danego wykroczenia może być określona osoba, co na etapie wezwania do wskazania osoby, której powierzyło się pojazd, nie ma jeszcze miejsca. W sytuacji gdy takich podejrzeń nie posiada, a jedynie przypuszcza, nie można mówić jeszcze o stadium postępowania, które predestynuje właściciela (posiadacza) pojazdu do skorzystania z prawa do odmowy odpowiedzi na zadawane mu pytania –

pojazdu odmówił wskazania osoby, której powierzył pojazd do używania lub kierowania, gdy sam jest sprawcą wykroczenia, wykluczona jest możliwość przypisania odpowiedzialności za wykroczenie z art. 96 § 3 k.w. Uprawnienie do odmowy udzielenia takiej informacji – zdaniem R.A. Stefańskiego – mieści się w ramach tzw. kontratypu działania w ramach uprawnień. Autor przyjmuje zatem, że odmowa wskazania siebie jako sprawcy wykroczenia mieści się w prawie do obrony⁴⁸. Innymi słowy nie ma obowiązku samooskarżania siebie, co wynika z obowiązującej w polskim porządku prawnym zasady *nemo tenetur se ipsum accusare* wyprowadzanej z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP⁴⁹. Każdemu przysługuje konstytucyjne prawo do obrony, które wyraża się m.in. w tym, że żaden sprawca przestępstwa lub wykroczenia nie ma obowiązku współpracy z organami ścigania oraz dostarczania tym organom dowodów własnej winy. Korzystanie z prawa do obrony nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla obwinionego. Powołanie się na nie w sprawie o czyn z art. 96 § 3 k.w. nie może również stanowić żadnego dowodu sprawstwa w sprawie o wykroczenie, w związku z którym skierowane zostało wezwanie do wskazania osoby kierującej pojazdem⁵⁰. W żadnym przypadku, jak trafnie stwierdził Szymon Michór, nie można mówić o powstaniu odpowiedzialności właściciela lub posiadacza pojazdu z tytułu nieudzielenia informacji o sobie samym jako o osobie, względem której istnieją podstawy do wystąpienia z wnioskiem o ukaranie. Prowadziłoby to do niedopuszczalnego samooskarżenia i naruszenia wszelkich uprawnień procesowych służących obronie. Według rzeczzonego autora taka postawa właściciela pojazdu czy posiadacza nie może również zostać uznana przez organ prowadzący postępowanie bądź sąd za okoliczność wskazującą, iż to on kierował wtedy pojazdem. Tę okoliczność organ powinien wykazać, posługując się swoimi uprawnieniami procesowymi, ale w taki sposób, aby wniosek o ukaranie został poparty „mocnymi” dowodami, a nie wyłącznie domysłami⁵¹. W polskim porządku prawnym nie jest dopuszczalne domniemanie, że właściciel (posiadacz) pojazdu, który nie wskazał komu powierzył pojazd do kierowania (używania), jest sprawcą wykroczenia polegającego np. na przekroczeniu dopuszczalnej prędkości.

Odnosząc się do problematyki, czy właściciel pojazdu może uchylić się od wskazania komu powierzył pojazd do prowadzenia w określonym czasie, w przypadku gdy jest nią osoba najbliższa, należy podkreślić, że zmiany,

A. Skowron, *Glosa do wyroku TK z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13*, 2014, Lex; idem, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 34–35.

⁴⁸ R. A. Stefański, op. cit., teza nr 7.8.

⁴⁹ Postanowienie SR w Nysie z 24 lipca 2020 r. sygn. akt II W 534/20, Legalis nr 2421256. Por. postanowienie TK z 21 grudnia 2007 r., sygn. akt Ts 62/07, OTK-B 2008, Nr 2, poz. 69.

⁵⁰ M. Hotel, A. Rychlewska, *Niewskazanie osoby, której powierzyło się pojazd – z perspektywy prawa obwinionego do obrony*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 1(33), s. 68.

⁵¹ S. Michór, *Penalizacja nieudzielenia informacji w postępowaniu wykroczeniowym a art. 78 ust. 4 Prawa o ruchu drogowym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2008, t. 23, s. 199–206.

które legły u podstaw tego zagadnienia prawnego, wprowadziła ustawa nowelizująca Kodeks postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.⁵² Nadała ona m.in. art. 183 § 1 k.p.k. jego aktualne brzmienie, według którego świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie jedynie wtedy, gdy jej udzielenie mogłoby narazić jego lub osobę mu najbliższą „na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe”. Wyeliminowano zatem możliwość uchylenia się od odpowiedzi, gdy odpowiedź naraża świadka lub osobę dlań najbliższą tylko na odpowiedzialność za wykroczenie lub wykroczenie skarbowe.

Należy podzielić pogląd wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którym właściciel lub posiadacz pojazdu nie może uchylić się od wypełnienia obowiązku udzielenia odpowiedzi, określonego w art. 78 ust. 4 p.r.d., w sytuacji gdy powierzył pojazd osobie najbliższej, nawet jeżeli odpowiedź ta mogłaby narazić osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za wykroczenie⁵³. Podobne stanowisko zajęto w orzecznictwie ETPC, wskazując, że w przypadku gdy sprawcą wykroczenia jest osoba najbliższa dla właściciela pojazdu, to brak jest podstaw stwierdzenia niezgodności art. 78 ust. 4 p.r.d. w związku z art. 96 § 3 k.w. z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka⁵⁴.

Zbieżne stanowisko w tym zakresie reprezentowane jest w orzecznictwie, zgodnie z którym odpowiednie stosowanie – z mocy art. 41 § 1 k.p.w. – w postępowaniu wykroczeniowym przepisu art. 183 § 1 k.p.k. nie oznacza, aby osoba przesłuchiwana w charakterze świadka w sprawie o wykroczenie mogła uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli jej udzielenie mogłoby narazić osobę dla niej najbliższą na odpowiedzialność tylko za wykroczenie⁵⁵. Uprawienie odmowy udzielenia odpowiedzi przez osobę rozpytywaną w sposób pozaprocesowy przez uprawniony organ żądający od niej informacji, która z mocy art. 78 ust. 4 p.r.d. ma obowiązek przekazać temu organowi, przysługuje jedynie w sytuacji, gdy owa informacja mogłaby narazić tę osobę bądź jej najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe.

Trybunał Konstytucyjny stanął również na stanowisku, iż „informacja o powierzeniu pojazdu osobie najbliższej nie jest tożsama z informacją o tym, kto prowadził lub używał pojazd w chwili popełnienia wykroczenia drogowego. Wskazanie na żądanie uprawnionego organu, komu właściciel lub posiadacz

⁵² Dz.U. Nr 17, poz. 155.

⁵³ Wyrok TK z 30 września 2015 r., sygn. akt K 3/13, OTK-A 2015, Nr 8, poz. 125.

⁵⁴ Zgodnie z art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka „każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej”.

⁵⁵ Uchwała SN z 30 listopada 2004 r., sygn. akt I KZP 26/04, Lex Polonica nr 370754; zob. także wyroki SO w Warszawie z 4 lutego 2020 r., sygn. akt VI Ka 527/19, Legalis nr 2352896 i z 29 stycznia 2020 r., sygn. akt VI Ka 335/19, Lex nr 2977707; wyrok SR w Warszawie z 3 stycznia 2018 r., sygn. akt IV W 1931/17, Legalis nr 2148603.

pojazdu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, nie przesądza o ewentualnej odpowiedzialności wskazanej osoby za wykroczenie drogowe utrwalone przez urządzenie rejestrujące. W ocenie Trybunału obowiązek wskazania komu właściciel (posiadacz) powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, zabezpieczony sankcją grzywny za wykroczenie, jest istotowo innym obowiązkiem niż obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa statutowanym przez art. 240 k.k. i art. 304 § 1 k.p.k. Przepis art. 78 ust. 4 p.r.d. dotyczy wyłącznie obowiązku wskazania, komu został powierzony pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, a nie obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa bądź nawet wykroczenia. Przepis ten statuuje zatem obowiązek wskazania okoliczności faktycznej. Powierzenie innej osobie pojazdu nie jest przestępstwem po stronie właściciela, a jego przyjęcie przestępstwem po stronie użytkownika. Nie ma więc mowy o zawinieniu nie tylko kryminalnym, ale nawet wykroczeniowym zarówno powierzającego, jak i użytkownika pojazdu”⁵⁶.

Ustawa nie zrównuje osoby, której pojazd został powierzony, z osobą kierującą tym pojazdem. Zatem organ nie zwraca się z zapytaniem o wskazanie osoby, która popełniła wykroczenie – zwraca się wyłącznie o wskazanie osoby, której pojazd został powierzony do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Wobec tego wskazanie osoby, której został powierzony pojazd do używania lub kierowania, nie jest więc w żadnym razie tożsame z oskarżeniem tej osoby o popełnienie czynu zabronionego. Osoba, której pojazd powierzono, mogła np. bez zgody lub wiedzy właściciela powierzyć ten pojazd jeszcze innej osobie, pojazd powierzony mógł zostać jej skradziony czy też wystąpiły okoliczności, które np. z uwagi na działanie w stanie wyższej konieczności nie pozwolą na przypisanie jej odpowiedzialności za wykroczenie

Zasadniczo treść art. 78 ust. 4 p.r.d. nie pozostawia żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do obowiązku wskazania przez właściciela lub posiadacza pojazdu komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, a można tylko stwierdzić, że orzecznictwo jedynie doprecyzowało, iż ma on taki obowiązek nawet wówczas, gdy powierzył tej pojazd osobie najbliższej.

Podsumowanie

Przepis art. 96 § 3 k.w. do polskiego porządku prawnego wprowadzono na mocy ustawy z dnia 29 października 2010 r., której celem było ograniczenie liczby wypadków drogowych oraz ich ofiar za pomocą nowoczesnego, spraw-

⁵⁶ Wyroki TK z 30 września 2015 r., sygn. akt K 3/13, OTK-A 2015, Nr 8, poz. 125 i z 12 marca 2014 r., sygn. akt P 27/13, OTK-A 2014, Nr 3, poz. 30; postanowienie TK z 8 stycznia 2016 r., sygn. akt Ts 329/15, OTK-B 2016, poz. 21.

dzionego w innych państwach Unii Europejskiej efektywnego systemu automatycznej kontroli prędkości pojazdów. Osiągnięcie tego celu nie byłoby możliwe bez przepisów pozwalających skuteczniej egzekwować przestrzeganie przez kierujących pojazdami przepisów ruchu drogowego. W uzasadnieniu projektu przytoczonej ustawy czytamy: „(...) Z poprawą bezpieczeństwa będziemy mieć do czynienia dopiero wtedy, gdy na istniejącej i stale rozbudowywanej sieci dróg wdrożony zostanie skuteczny system egzekwowania od kierowców właściwych zachowań, w tym w szczególności w zakresie przestrzegania przepisów ruchu drogowego obejmujących także przepisy dotyczące stosowania się do ograniczeń dopuszczalnych prędkości maksymalnych. Efekt taki osiągalny jest wyłącznie poprzez wdrożenie odpowiednich rozwiązań systemowych z użyciem automatycznych urządzeń wspomagających, do których zaliczyć należy w szczególności video i fotorejestratory naruszeń sprzęgnięte z systemami automatycznego pomiaru prędkości pojazdów”⁵⁷. Brak karnoprawnego zabezpieczenia art. 78 ust. 4 p.r.d. prowadziłby do tego, że obowiązek mógłby być powszechnie ignorowany, stając się martwą literą prawa. W konsekwencji ustalanie sprawców przestępstw i wykroczeń drogowych w wielu przypadkach byłoby w ogóle niemożliwe, a efekt zapobiegawczy i wymuszający przestrzeganie przepisów o bezpieczeństwie w ruchu drogowym z użyciem radarów praktycznie żaden. Brak art. 96 § 3 k.w. spowodowałby, że w sytuacji naruszenia przepisów ruchu drogowego, utrwalonej za pomocą urządzenia rejestrującego, właściciele lub posiadacze pojazdu notorycznie uchylaliby się od obowiązku wskazania komu powierzyli pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. W konsekwencji system automatycznej kontroli prędkości pojazdów nie spełniłby zakładanego celu, tzn. wymuszania przestrzegania ograniczeń prędkości i tym samym ograniczenia liczby wypadków drogowych oraz ich ofiar⁵⁸. Racjonalny ustawodawca, dążąc do skutecznego zwalczania patologii w ruchu drogowym, musi tak konstruować przepisy prawne, aby odtwarzane z nich normy nakazujące określone zachowania były następnie realizowane⁵⁹. Jak wskazano w literaturze, „poszerzenie bezpieczeństwa łączy się ze zwiężaniem praw i wolności obywatelskich, a poszerzanie praw i wolności obywatelskich oznacza zwiężanie pola bezpieczeństwa”⁶⁰. Konieczne jest zatem wskazanie, choćby w przybliżeniu, „linii równowagi” między tymi wartościami w kontek-

⁵⁷ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 29 października 2010 r. o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3179, Sejm VI kadencji.

⁵⁸ Zob. wyrok TK z 12 marca 2014 r., sygn. akt P 27/13, OTK-A 2014, Nr 3, poz. 30; wyrok SN z 13 września 2017 r., sygn. akt IV KK 42/17, „Prokuratura i Prawo” 2017, Nr 11, poz. 7.

⁵⁹ Ze stanowiska Sejmu, sygn. akt SK 64/13, BAS-WPTK 2558/13, Internetowy Portal Orzeczeń; A. Sadło-Nowak, *Odpowiedzialność za niewskazanie osoby, której powierzono pojazd do kierowania lub używania*, [w:] I. Nowicka, A. Sadło-Nowak (red.), *Współczesne problemy wykroczeń. Materialnoprawna i procesowa problematyka wykroczeń*, Szczepiński 2016, s. 29.

⁶⁰ J. Boć, *O konstytucyjnych uregulowaniach wyrównywania strat legalnych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 1997, nr 38, s. 29.

ście zasady demokratycznego państwa prawnego⁶¹. Tworząc przepisy prawne, ustawodawca powinien jednocześnie baczyć na to, aby unormowania te nie naruszały praw i wolności obywatelskich wskazanych przede wszystkim w przepisach Konstytucji RP. Cel nie może bowiem uświęcać środków. Nie jest zatem dopuszczalne naruszenie istoty praw wolnościowych w imię innych zasad, nawet tak istotnych, jak bezpieczeństwo publiczne.

Wykaz literatury

- Czabański J., Warchol M., *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 12.
- Grzęda E., *Niedopuszczalna „samodenuncjacja” czy legalny obowiązek informacyjny? Uwagi na marginesie wyroków Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 2014 r. (P 27/13) i 30 września 2015 r. (K 3/13)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 3.
- Hotel M., Rychlewska A., *Niewskazanie osoby, której powierzyło się pojazd – z perspektywy prawa obwinionego do obrony*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 1(33).
- Jankowski W., *Art. 96 § 3*, [w:] T. Grzegorzczak, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2013, Lex.
- Leciak M., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Marek M.A. (oprac.), *Europejski Trybunał Praw Człowieka – orzecznictwo*, t. 1: *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Zakamycze, Kraków 2001.
- Mezglewski A., [w:] A. Mezglewski, M. Nowikowska, J. Kurek (red.), *Prawo o ruchu drogowym. Komentarz*, 2022, Lex.
- Michalska-Warias A., *Art. 96 § 3*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, 2020, Lex.
- Michalska-Warias A., *Art. 96 § 3*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex.
- Michór S., *Penalizacja nieudzielenia informacji w postępowaniu wykroczeniowym a art. 78 ust. 4 Prawa o ruchu drogowym*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2008, t. 23.
- Nycz P., *Strona podmiotowa wykroczenia z art. 96 § 3 k.w.*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 6.
- Sobolewski Z., *Samooskarżenie w świetle prawa karnego (nemo ipsum accusare tenetur)*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1982.
- Sadło-Nowak A., *Odpowiedzialność za niewskazanie osoby, której powierzono pojazd do kierowania lub używania*, [w:] I. Nowicka, A. Sadło-Nowak (red.), *Współczesne problemy wykroczeń. Materialnoprawna i procesowa problematyka wykroczeń*, WSPol, Szczytno 2016.
- Skowron A., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13*, 2014, Lex.
- Skowron A., *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

⁶¹ S. Michór, *Realizacja prawa do obrony w postępowaniu wykroczeniowym a art. 78 ust. 4 ustawy Prawo o ruchu drogowym*, „Palestra” 2009, z. 1–2, s. 103.

- Stefański R.A., *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Vitkauskas D., Dikov G., *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Rada Europy, Strasburg 2012.
- Zbrojewska M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2010 r., I KZP 8/10*, 2011, Lex.

Summary

Obligation to indicate – at the request of an authorized body – the information on roadworthiness car certification and liability under Article 99 § 3 of the Code of Petty Offences

Keywords: law on petty offences, vehicle owner, vehicle driver, photo radar, liability, right to defence.

The author deliberates on Article 96 § 3 of the Code of Petty Offences, punishing refusal to indicate at the request of an authorised body to whom the owner or keeper of a vehicle has entrusted the vehicle to drive or use in a defined period (Article 78 Section 4 of The Road Traffic Act). The purpose of this article is to present a set of entities obliged under the norms and entities authorized to request information from the owner or the holder of the vehicle about that who he has been assigned the vehicle to drive or use on time. In addition, special attention was on circumstances which, even though they constituted cases of non-compliance with the standard resulting from Art. 78 sec. 4 Act of the Law on Road Traffic could not be result in liability for the offense in question. The article also contains an analysis of past judicial concerning extent of rights of defence in the context of liability for a petty offence from Art. 96 paragraph 3 of the Code of Petty Offences. The author indicates that provision of the Code of Petty Offences in a significant not way limits the rights of defence.

Wojciech Cieślak

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-2747-2871

wojciech.cieslak@uwm.edu.pl

Zasady humanizmu i humanitaryzmu w polskim prawie karnym

I. Wielu z nas, prawników, wykazuje bardzo wyraźnie zauważalną potrzebę porządkowania materiałów służących w codziennej pracy. Dotyczy to zarówno zadań prawnika-praktyka, który porządkuje dany zbiór bytów konkretnych, np. sporządzając wykaz dowodów rzeczowych, numerując kolejne karty akt sprawy czy przedstawiając, w określonej sekwencji, argumenty w piśmie procesowym, jak i – a może nawet przede wszystkim – pracy prawnika-teoretyka, którego ambicją jest niejednokrotnie zaproponowanie przejrzystej i klarownej klasyfikacji bytów idealnych – pojęć lub instytucji prawnych, czy wreszcie dążeń dydaktyka, dla którego często pierwszoplanowym zadaniem będzie właściwe usystematyzowane i zsyntetyzowane wiadomości, które chciałby przekazać swoim studentom. Jedną z metod takiego porządkowania czy syntetyzowania jest formułowanie tzw. zasad prawnych. Są to pewne dyrektywy, tzw. wypowiedzi normatywne o charakterze ogólnym, stanowiące ważną wskazówkę w procesie stanowienia i stosowania prawa. Część autorów wyróżnia wśród nich zasady naczelne, mające znaczenie dla określonej gałęzi prawa, a nawet dla całego systemu prawa¹. Podstawą dla uznania, że na gruncie danego systemu prawnego obowiązuje określona zasada, są zazwyczaj akceptowane przez naukę, judykaturę i ogół adresatów wartości tego systemu, wyznaczające kierunki jego rozwoju i funkcjonowania; bywa i tak, że podstawą obowiązywania danej zasady prawnej jest przepis czy grupa przepisów należących do danego systemu prawa i w odniesieniu do takich dyrektyw używa się niekiedy określenia „reguła”, co ma ją odróżnić od innych zasad². Jedną z takich właśnie zasad jest zasada humanizmu czy – jak chcą inni –

¹ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 117; idem, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 205–207; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 206.

² Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*; także: W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 42.

humanitaryzmu, określona w treści przepisu art. 3 Kodeksu karnego, który stanowi, że „kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka”.

II. W moim przekonaniu, aby jednak w pełni uchwycić sens tej dyrektywy, warto rzucić okiem na pewien proces, który doprowadził do umieszczenia jej w polskim systemie prawnym. Przedstawiając ewolucję prawa karnego, Marian Cieślak podkreślił m.in., że „linia rozwojowa prawa karnego nie jest krzywą płynną, pełno w niej załamań, nawrotów. Ogólnie jednak biorąc, można ponad wszelką wątpliwość stwierdzić dominującą tendencję ewolucyjną w postaci postępującego łagodzenia tego prawa. Coraz większą uwagę skupia się na pytaniu, czy reakcja karna w ogóle jest niezbędna, konieczna w danym wypadku i czy jest niezbędna w takim kształcie jakościowym i ilościowym. Wiąże się to, z jednej strony, z postępującym uświadomieniem sobie »społecznym kosztów« reakcji karnej, z drugiej – z postępującą (pomimo wszelkich wynaturzeń i zagrożeń, w które obfituje wiek XX) humanizacją życia społecznego, a zwłaszcza z postępami, jakie notuje w zakresie prawa i w świadomości społeczeństw doktryna praw człowieka. W skazanym widzi się w dalszym ciągu osobę ludzką, podmiot praw, które tylko w zakresie koniecznym mogą być ograniczone (...)»³. W tym ujęciu zatem postępujące łagodzenie represji karnej poprzez ograniczanie, w myśl zasady *poena ultima ratio*, zakresu stosowania prawa karnego, które w swym działaniu zawsze przecież pociąga za sobą wyrządzenie innemu człowiekowi większej czy mniejszej dolegliwości oraz eliminowania szczególnie drastycznych form reakcji prawnokarnej, byłoby zgodne z podstawowymi założeniami humanizmu, rozumianego jako pewna postawa moralna i intelektualna, wyrażającym się w uznaniu człowieka za wartość najwyższą i źródło wszelkich innych wartości⁴, które to założenie można wyrazić syntetycznie stwierdzeniem „wszystko przez człowieka i wszystko dla człowieka”⁵. I rzeczywiście, trudno byłoby pogodzić podobną postawę z akceptacją dla stosowania w życiu społecznym środków, które co najmniej nie uwzględniałyby takiej perspektywy⁶. Nie może zatem dziwić fakt, że członkowie

³ M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 48 i przywołana tam literatura. Zob. także M. Filar, S. Frankowski, K. Poklewski-Kozieł, A. Spotowski, A. Wąsek, [w:] S. Frankowski (red.), *Prawo karne państw Europy Zachodniej*, Warszawa 1982; S. Strycharz, *Wybrane problemy karania na tle tendencji depenalizacyjnych*, Warszawa 1982, s. 43–68.

⁴ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1: A–K, Warszawa 1978, s. 758; J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych*, Warszawa 1980, s. 289; zob. także D. Tanalski, *Wolność człowieka. Personalizm a marksizm*, Warszawa 1968, s. 17–18.

⁵ B. Suchodolski, *Rozwój współczesnej filozofii człowieka*, Warszawa 1967, s. 88.

⁶ Należy jednak odnotować pojawiające się w ostatnich latach głosy poświęcone „możliwym oddziaływaniom posthumanizmu na paradygmatyczny obecnie związek nastawienia humanistycznego z prawem karnym”, gdzie ów posthumanizm to „stanowiący przede wszystkim (...) zbiór przekonań (ustaleń, paradygmatów) rzucający radykalne wyzwanie tradycyjnie (klasycznie) ujmowanemu

komisji do spraw reformy prawa karnego, utworzonej po zmianach społeczno-ustrojowych, jakie zaszły na początku lat 90. ubiegłego wieku, uznali, że „nowe prawo karne musi przyjąć nową aksjologię odpowiadającą demokratycznemu państwu prawa, w którym prawo karne służy ochronie systemu podstawowych wartości i nie jest przede wszystkim instrumentem polityki. Myślą przewodnią nowego prawa karnego musi być ochrona godności człowieka, zarówno jako pokrzywdzonego, jak i sprawcy przestępstwa, a także ochrona dóbr służących człowiekowi, jego rozwojowi i pokojowemu współżyciu z innymi ludźmi”⁷. W toku prac legislacyjnych pojawił się też postulat zapisania wprost w ustawach karnych zasady humanizmu. Myśl ta nie była nowa. Wskazane idee stanowiły przesłankę do sformułowania już wcześniej w doktrynie polskiego prawa karnego zasady humanizmu, stanowiącej jedną z naczelných dyrektyw tej gałęzi prawa we wszystkich współczesnych systemach prawnych⁸. Znaczenie tej reguły zgodnie podkreślało, jeszcze pod rządami kodyfikacji karnych z 1969 r., wielu przedstawicieli nauk penalnych⁹, zaś jej treść najbardziej bodaj szczegółowo przedstawił M. Cieślak, akcentując, że jest ona wskazówką, zgodnie z którą „organy państwowe i społeczne powinny mieć na oku dobro człowieka, działać w sposób ludzki i życzliwy, uznając nienaruszalne prawo człowieka do życia, uwzględniając szacunek dla jego osoby i jego ludzkiej godności oraz unikając zwiększenia dolegliwości i ograniczeń ponad miarę niezbędną dla realizacji celów prawa”¹⁰. I choć w takim ujęciu zasada humanizmu

nastawieniu humanistycznemu w prawie karnym”. Zob. T. Snarski, *Posthumanizm prawa karnego?*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Gracka, M. Kurzyński (red.), *In dubio pro humanitate. W stulecie urodzin Profesora Mariana Cieślaka*, Olsztyn 2023, s. 72.

⁷ Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego, „Państwo i Prawo” 1994, z. 31.

⁸ Zasada humanizmu/humanitaryzmu znajduje swe oparcie w normach Konstytucji RP, tj. w art. 30 o treści: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych” oraz w art. 40 o treści: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”, a także w międzynarodowych aktach praw człowieka, ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską, tj. w art. 7 i w art. 10 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, art. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka, Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanicznego lub poniżającego traktowania albo karania z dnia 10 grudnia 1984 r. (t.j. Dz.U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378 ze zm.) oraz w innych umowach międzynarodowych. Zob. uwagi S. Lelentala, [w:] idem, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. szóste, Warszawa 2017, s. 41 i nast.; A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2015, s. 48.

⁹ Por. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1974, s. 11; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 37; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 91–92; A. Grześkowiak, [w:] A. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 214–215; A. Marek, *Prawo karne. Część ogólna*, Bydgoszcz 1992, s. 243–244; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. trzecie, Warszawa 1995.

¹⁰ M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 48; idem, *Zasada humanizmu jako naczelną dyrektywą w sferze prawa karnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji UG” 1985, nr 13, s. 90. Zob. także A. Wąsek, *Problematyka odpowiedzialności karnej w okresie prac nad reformą prawa karnego*, [w:] A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości*,

byłaby regułą odnoszącą się do całego systemu prawa, to przecież szczególny wymiar uzyskałaby ona na gruncie prawa karnego, które operuje narzędziami tak głęboko ingerującymi w prawa jednostki, że jedynie szczególnie uważne posługiwanie się nimi może złagodzić konflikt między nimi a uzasadnioną ochroną interesów innych ludzi czy zbiorowości. Realizując zatem powierzone im zadania, organy państwa powinny działać zgodnie z ich treścią, co na gruncie prawa karnego dotyczy zwłaszcza stanowienia norm określających zasady odpowiedzialności, system sankcji i reguł jej ustawowego wymiaru oraz właściwego stosowania tych przepisów w toku wykładni przepisów, stosowania środków przymusu procesowego, sądowego wymiaru sankcji oraz wykonania kary i innych środków¹¹.

III. Przedstawione w poprzednim punkcie szczegółowe wskazania, wynikające z zasady humanizmu oraz postulat jej zapisania w ustawach, zostały na ogół dobrze przyjęte w nauce polskiego prawa karnego. Część autorów jednak oponowała przeciwko takiemu rozwiązaniu, podkreślając, że wyobrażenie o możliwości realizacji co do tak ujętej zasady humanizmu jest iluzją, proponując jednocześnie, niejako w zamian, przyjęcie dyrektywy humanitaryzmu, która miałaby przede wszystkim odnosić się głównie do stosowania kar i innych środków penalnych¹². Taki kierunek obrali też ostatecznie twórcy Kodeksu karnego z 1997 r., formułując w art. 3 zasadę humanitaryzmu o treści następującej: „Kary oraz środki karne przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka”. Zastanawiający jest jednak pewien dysonans pomiędzy taką treścią przepisu a odpowiadającym mu fragmentem uzasad-

prawach człowieka i miłosierdziu, Lublin 1988, s. 87; A. Spotowski, *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9, s. 115.

¹¹ Z zasadą humanizmu związana jest najściślej zasada równości wobec prawa. Zakłada ona, że wszyscy ludzie są równi, wszak każdy z nich jest nosicielem najwyższej wartości – człowieczeństwa, a w związku z tym wszelkie inne różnice, jakie pomiędzy nimi występują, muszą zejść na dalszy plan (tak: I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1987, s. 37–38). Idea ta przenika do zasady humanizmu i sprawia, że owa reguła na gruncie prawa karnego ma dwa aspekty oblicza. W jej obrębie mieścić się będzie bowiem zarówno dyrektywa dla podejmowania działań zmierzających do zapewnienia szczególnej ochrony takich dóbr, jak życie, zdrowie i wolność każdego człowieka, jak i nakaz humanitarnego traktowania oskarżonego i skazanego czy wreszcie wskazani dla poszanowania godności, tak pokrzywdzonego, jak również i sprawcy. Uwzględnienie obu tych aspektów zasady humanizmu, z zachowaniem między nimi właściwych proporcji, decyduje o pełnej jej realizacji (zob. A. Marek, *Prawo karne. Część szczególna*, Bydgoszcz 1992, s. 244).

¹² L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. trzecie, Warszawa 1999, s. 27–28 i – konsekwentnie – w wyd. siedemnastym (Warszawa 2011, s. 26). Autor ten wyrażał obawy, że zbyt ogólnie rozumiana zasada humanizmu mogłaby prowadzić do uprzywilejowania interesów jednostki w relacji do interesów ogólnospołecznych. Podobnie: H.J. Bartsch, *Zakaz stosowania tortur i złego traktowania w europejskim systemie ochronnym*, [w:] J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 279. Odmienne: A. Wąsek, [w:] M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2012, s. 23 (aktualizacja M. Kulik).

nienia rządowego projektu Kodeksu karnego, w którym wywodzi się, że „kodeks z 1997 r. zawiera wprost wymaganie, aby odpowiedzialność karna oraz związane z nią kary i środki stosowane były z uwzględnieniem zasad humanizmu oraz z poszanowaniem godności człowieka. Zawarta w kodeksie norma nie ma znaczenia deklaratoryjnego, lecz powinna stanowić zasadniczą dyrektywę wymiaru kary i stosowania innych środków będących prawnokarną reakcją na popełnienie czynu zabronionego”¹³. Dziś już trudno określić, czy przedstawiona rozbieżność jest wynikiem omyłki lub niestaranności w redagowaniu ostatniej wersji uzasadnienia, czy też wyrazem stanowiska komisji, które można w najprostszej postaci ująć następująco: jednym ze wskazań wywodzonych z humanizmu byłby nakaz humanitarnego traktowania oskarżonego/skazanego, ale i – jak się wydaje – innych uczestników procesu. Gdyby jednak uznać, że mamy do czynienia z pewnym uchybieniem twórców obecnej ustawy karnej, polegającym na stawianiu znaku równoważności pomiędzy humanizmem a humanitaryzmem, to należałoby taką tezę zanegować. Jeżeli bowiem w ogóle podjąć próbę określenia relacji między zakresem pojęć „humanizm” i „humanitaryzm”, to należy chyba przyjąć, że pozostają one w stosunku podrzędności, tzn. zachowanie każdego humanisty winno odznaczać się humanitaryzmem¹⁴, lecz nie każdy, kto postępuje humanitarnie, musi być humanistą¹⁵. Próby uchwycenia relacji pomiędzy tymi pojęciami nie ułatwia w żaden sposób posłużenie się przez ustawodawcę i autorów uzasadnienia projektu rządowego liczbą mnogą: wszak w przepisie i w uzasadnieniu mowa jest o zasadach humanitaryzmu i zasadach humanizmu. Można zatem odnieść wrażenie, że możemy mówić o dwóch zbiorach dyrektyw charakteryzujących się wspólnymi właściwościami, między którymi jednak nie zachodzi relacja wymienności

¹³ Uzasadnienie do projektu...

¹⁴ Najnowsze dzieje świata dostarczają jednak zbyt wielu przykładów działań niehumanitarnych podejmowanych rzekomo dla dobra człowieka i ludzkości; dodajmy, że niekiedy owe okrutne postępowanie nie było często czynnikiem złej woli, a szczerego, choć niewątpliwie błędnego, przekonania o konieczności takich działań na danym etapie drogi wiodącej ku ogólnemu szczęściu.

¹⁵ Podobnie: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 1999, s. 51: „Humanizm jest pojęciem szerszym od humanitaryzmu”, a także A. Marek, *Prawo karne*, wyd. szóste, Warszawa 2005, s. 246 oraz J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. trzecie, Warszawa 2007, s. 98. W tym kontekście warte niewątpliwie odnotowania, choć nie w pełni klarowne, jest stanowisko W. Zalewskiego, który wyraził pogląd, że „jeżeli mówimy o zasadzie humanizmu, a nie idei humanizmu w prawie karnym, treść normatywna tak rozumianej zasady humanizmu i humanitaryzmu pozostaje jednaka. Wydaje się, że nie ma przeszkód do rekonstruowania w oparciu o art. 3 właśnie zasady humanizmu” – W. Zalewski, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do artykułów 10–31*, Warszawa 2011, s. 266–267. Pewien problem polega tu na wprowadzeniu do wywodu obok pojęcia zasad (co do którego do zakresu znaczeniowego na gruncie prawa karnego brak jest poważniejszych wątpliwości) także „zasad normatywnych” oraz „idei” i przeciwstawieniu tych określeń przynajmniej w odniesieniu do humanizmu. Wydaje się jednak, że próba przekazania myśli, zgodnie z którą humanizm w prawie karnym miałby skonkretyzować się wyłącznie w postulatcie humanitarnego traktowania uczestników procesu, jest zbyt daleko idącym uproszczeniem.

zakresów. Z zasady humanizmu można ewentualnie wyprowadzać szczególną dyrektywę humanitaryzmu, ale nie na odwrót i w żadnym razie owa szczególna dyrektywa nie wyczerpuje zakresu zasady humanizmu.

Niezależnie od tego, czy rozdzźwięk pomiędzy deklarowanymi przez członków komisji kodyfikacyjnej założeniami nowego Kodeksu karnego (i treścią uzasadnienia projektu rządowego) a treścią przepisu był wynikiem przeoczenia, czy świadomym działaniem, nie ulega wątpliwości, że zamierzeniem twórców nowych kodyfikacji karnych było stworzenie mechanizmów karnoprawnych, które w optymalny sposób odpowiadałyby ideom humanizmu oraz zbudowania ram, w których organy stosujące normy prawa karnego funkcjonowałyby zgodnie z zasadami humanitaryzmu¹⁶, przy czym owa zgodność powinna występować na każdym z etapów szeroko pojętego stosowania sankcji, począwszy od decyzji o uruchomieniu ścigania, poprzez staranne rozpoznanie występowania albo braku przesłanek odpowiedzialności karnej, wybór sankcji, poczynając od tej najmniej dolegliwej, określenie jej niezbędnej (według wiedzy na tym etapie procesu) miary, po decyzję dotyczącą jej wykonania, reżimu, w jakim miałyby być ona wykonywana, modyfikację dotyczące przebiegu wykonywania kary, aż po ewentualne orzeczenie korygujące niezbędną miarę dolegliwości i wreszcie uznanie skazania za niebyłe¹⁷.

Należy jednak dodać, że o ile silne zaakcentowanie zasady humanizmu (humanitaryzmu) w Kodeksie karnym było rozwiązaniem nowym, to na gruncie prawa karnego wykonawczego funkcjonowało ono od lat niemal trzydziestu. Oto bowiem zgodnie z art. 7 § 3 ustawy z dnia 14 maja 1969 r. Kodeks karny wykonawczy¹⁸ „kary wykonuje się w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego”, pozostający w związku z treścią przepisu § 2 tego artykułu, który stanowił, że „ograniczenie praw skazanego nie może

¹⁶ Wydaje się, że w literaturze zgodnie przyjmuje się, że zasadę humanitaryzmu należy interpretować jako dyrektywę skierowaną do organów stosujących prawo karne, aby te w wykonywaniu swych obowiązków dążyły do minimalizowania cierpień i innych dolegliwości przyczynianych człowiekowi przy stosowaniu norm tej gałęzi prawa i wskazania odnoszące się do stosowania sankcji karnych tylko w granicach prawa i w zakresie niezbędnym dla realizacji jego zadań – zob. A. Wąsek, [w:] M. Filar (red.), op. cit., s. 23–24 i przywołana tam literatura (aktualizacja M. Kulik); M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 42. W literaturze wskazuje się, że pierwsze postulaty humanitaryzacji prawa karnego przywoływane były w XVIII w. (C. Thomasius i C. Beccaria) – zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 50.

¹⁷ W moim przekonaniu zawężanie zakresu pojęcia „stosowanie”, mające postać, według obecnej redakcji, uwzględniającej zmiany, jakie od 1989 r. zaszły w kodeksowym instrumentarium: „kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu”, do stadium wykonawczo-likwidacyjnego procesu, jest pomyłką. „Stosowanie” obejmować powinno i wcześniejsze chronologicznie ujmując, fazy procesu, od momentu gdy zostanie dostatecznie uprawdopodobniony fakt stanowiący rację ewentualnego późniejszego zastosowania i wykonania sankcji, poprzez weryfikację poglądu o potrzebie jego stosowania, wymierzenie z określeniem miary, wykonanie, likwidację skutków przestępstwa, aż po jego zatarcie.

¹⁸ T.j. Dz.U. z 1969 r., Nr 13, poz. 98 ze zm.

przekraczać granic niezbędnych do prawidłowego wykonania orzeczonej kary lub zastosowanego środka”. W tym kontekście zasadę humanitaryzmu interpretowano jako poszanowanie ludzkiej godności oraz ograniczenie uprawnień skazanego tylko do granic niezbędnych do prawidłowego wykonania kary, zwłaszcza kary pozbawienia wolności¹⁹. Jednocześnie podkreślano, że zasada ta stanowi generalną dyrektywę dla kształtowania polityki kryminalnej, formułowania przepisów wykonawczych, wykładni norm prawa karnego wykonawczego oraz wszystkich regulacji związanych z polityką wykonywania orzeczeń²⁰.

Podobną formę ma obecny odpowiednik tego przepisu, tj. art. 4 Kodeksu karnego wykonawczego²¹. Podobna treść przepisów nie przekłada się jednak na nadanie im tożsamego znaczenia i zakresu. Zatem już w uzasadnieniu projektu podkreślano, że nawiązuje on do art. 10 Międzynarodowego paku praw obywatelskich i politycznych, zaś projektowane przepisy w znacznie bardziej wyczerpujący sposób określają prawa i obowiązki skazanych, zwłaszcza tych, wobec których orzeczono karę pozbawienia wolności oraz tymczasowo

¹⁹ Zob. S. Paweła, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 32: „Przepis art. 7 § 2 i 3 jest ustawową granicą, poza którą nie może sięga ograniczanie praw Skazanego w postępowaniu wykonawczym. Tą generalną linią jest zasada, że ograniczenie praw skazanego nie może przekraczać granic niezbędnych do prawidłowego wykonania orzeczonej kary lub zastosowanego środka i że wykonuje się je w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej. Dlatego wszystkie formy postępowania, które by nie były zgodne z celami kary, np. traktowanie kary jako zemsty lub odwetu, powodowanie udręki fizycznej i poniżanie godności osobistej, uniemożliwianie skazanym obrony, powierzanie skazanym czynności, które zawierają w sobie elementy władzy dyscyplinarnej, celowe wystawienie skazanych na widok publiczny i narażanie na zniewagi i podobne formy postępowania, są niehumanitarne, sprzeczne z ustawą i niedopuszczalne”. Zob. także S. Walczak, *Prawo penitencjarne. Zarys systemu*, Warszawa 1972, s. 264–265.

²⁰ „Przepis art. 7 § 2 i 3 jest normą o charakterze programowym, wyrażającym zasadę humanitaryzmu i poszanowania godności przy wykonywaniu orzeczeń w sprawach karnych. Jest to generalna dyrektywa dla polityki penitencjarnej i praktyki wykonywania orzeczeń. Poza tym omawiany przepis ma charakter normy programowej, jeśli chodzi o formułowanie przepisów wykonawczych do ustawy, a także dla wykładni przepisów kodeksu karnego wykonawczego oraz innych przepisów normujących lub związanych z dziedziną wykonywania orzeczeń” – S. Paweła, op. cit., s. 33. Należy podkreślić, że wejście w życie 1 stycznia 1970 r. Kodeksu karnego wykonawczego było rezultatem wieloletnich starań polskich penitencjarystów, wśród których bardzo istotna rola przypadła prof. Emilowi Stanisławowi Rappaportowi – zob. S. Lelental, *Wprowadzenie*, [w:] C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przeł. E.S. Rappaport, Łódź 2014, s. II–XVII. Zob. także uwagi B. Stańdo-Kaweckiej, *Problemy spójności prawa karnego – uwagi na tle kodyfikacji prawa karnego*, [w:] W. Zalewski, J. Potulski, T. Snarski (red.), *Zbrodnia i kara. Refleksje o przeszłości, teraźniejszości i przyszłości prawa karnego. Księga upamiętniająca Profesora Jarosława Warylewskiego*, Gdańsk 2022, s. 269 i nast.

²¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r., Nr 90, poz. 577 ze zm.), art. 4: „§ 1. Kary, środki karne, środki kompensacyjne, przepadek, środki zabezpieczające i środki zapobiegawcze wykonuje się w sposób humanitarny, z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego. Zakazuje się stosowania tortur lub niehumanitarnego albo poniżającego traktowania i karania skazanego. § 2. Skazany zachowuje prawa i wolności obywatelskie. Ich ograniczenie może wynikać jedynie z ustawy oraz z wydanego na jej podstawie prawomocnego orzeczenia”.

aresztowanych, zaś wszystkie ograniczenia praw i wolności obywatelskich muszą mieć oparcie w przepisach prawa²².

Należy zaznaczyć, że kodyfikacje karne z 1997 r., oprócz wyrażonej wprost zasady humanitaryzmu, niosły za sobą szereg rozwiązań, które należało uznać za autentyczne przejawy humanizacji instrumentów tej gałęzi prawa. Na czoło wysuwało się tu niewątpliwie zniesienie kary śmierci. Ale przecież należałoby wskazać także inne rozwiązania. Tak zatem na gruncie Kodeksu karnego należy zwrócić uwagę na wyłączenie możliwości orzeczenia kary grzywny w sytuacji, gdy sprawca nie ma możliwości jej uiszczenia – art. 58 § 2 Kodeksu karnego (uchylony jednak z dniem 1 lipca 2015 r. na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²³, z inicjatywy zwolenników zaostrzenia represji karnej), zatarcie z mocy prawa w przypadku skazania za czyn, który w związku ze zmianą ustawy nie jest zagrożony karą (art. 4 § 4 Kodeksu karnego) czy szczególne, łagodniejsze zasady wymiaru kary i nadzwyczajnego złagodzenia kary w stosunku do nieletniego i młodocianego (art. 10 § 3, art. 54 i art. 60 § 1 *in fine* Kodeksu karnego). Także przepisy procesowe i wykonawcze przewidywały szereg norm, w których bez trudu odnajdziemy postulaty humanitarnego traktowania podejrzanych, oskarżonych i skazanych. Warto wskazać tu ograniczenie stosowania tymczasowego aresztowania (art. 259 §§ 2 i 3 Kodeksu postępowania karnego), normy regulujące niektóre aspekty wykonywania tymczasowego aresztowania (art. 260 Kodeksu postępowania karnego), obo-

²² „Na czoło rozdziału III projekt wysuwa przepis stanowiący, że kary wykonuje się w sposób humanitarny z poszanowaniem godności ludzkiej skazanego (art. 4 § 1). Taką samą treść zawiera przepis art. 7 § 3 k.k.w., ale jego obecne usytuowanie w projekcie w sposób wyraźniejszy nawiązuje do artykułu 10 Międzynarodowego Paku Praw Obywatelskich i Politycznych. Należy też podkreślić, że projekt w sposób znacznie bardziej wyczerpujący normuje sytuację prawną skazanego niż czyni to obowiązujący kodeks karny wykonawczy. Przepisy art. 7 i 8 dotyczą skazanych na wszystkie rodzaje kar i środków, a także – w zakresie określonym w ustawie – tymczasowo aresztowanych. Z treści przepisów art. 4 § 2 oraz art. 5 § 2 wynika szereg ważnych konstatacji dla określenia statusu prawnego osób skazanych. Po pierwsze, osoby te bez względu na rodzaj zastosowanej wobec nich kary lub orzeczonego środka zachowują prawa i wolności obywatelskie. Jest to szczególnie ważne dla osób pozbawionych wolności, a więc skazanych, tymczasowo aresztowanych i umieszczonych w zakładach zabezpieczających. Po drugie, ograniczenie praw i wolności obywatelskich tych osób może wynikać jedynie z ustawy i przepisów wydanych na jej podstawie oraz z prawomocnego orzeczenia lub decyzji uprawnionego organu. Ograniczenie obywatelskich praw i wolności skazanego w oparciu o inne podstawy wskazane w art. 4 § 2, a więc przez sąd lub uprawniony organ administracji, dotyczyć może konkretnych praw lub wolności obywatelskich (np. praw wyborczych w ramach pozbawienia praw publicznych), przy czym te orzeczenia i decyzje również oparte być muszą na przepisach prawa” – tak: Projekt kodeksu karnego wykonawczego wraz z uzasadnieniem, „Państwo i Prawo” 1994, z. 7–8 (wkładka), s. 72. Zob. J. Stasiolek, *Humanitaryzm wykonywania kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), op. cit., s. 279 i nast.; E. Mazur, *Zasada humanitaryzmu i poszanowania godności w oddziaływaniach penitencjarnych*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), op. cit., s. 291 i nast.

²³ Dz.U. z 2015 r., poz. 396 ze zm.

wiązki ciążące na organie procesowym w związku z zastosowaniem tymczasowego aresztowania (art. 260–262 Kodeksu postępowania karnego), ograniczenia w zakresie stosowania poręczenia majątkowego (art. 266 § 2 Kodeksu postępowania karnego) czy możliwość warunkowego przedterminowego zwolnienia, nawet w wypadku skazania na dożywotnie pozbawienie wolności oraz regulacje dotyczące odroczenia wykonania kary²⁴ lub przerwy w jej wykonaniu. Wyrazem humanizmu było także poświęcenie większej uwagi pokrzywdzonemu, a zwłaszcza jego procesowym uprawnieniom, czy dążenie do takiego ukształtowania postępowania, aby ograniczyć ryzyko wtórnej wiktymizacji²⁵. Jak słusznie bowiem podnosi się w literaturze, zasada humanitaryzmu odnosi się do każdej osoby, która znalazła się w polu działania prawa karnego²⁶. Trudno tu jednak oprzeć się gorzkiej refleksji. Otóż wiele z tych słusznych rozwiązań zostało zmienionych przez kreatorów polityki kryminalnej, kształtowanej w myśl ich wyobrażeń o prawdziwych czy rzekomych preferencjach części społeczeństwa, część zaś skarykaturowana jest przez praktykę, gdzie np. tymczasowe aresztowanie nie jest ostatecznością, a codziennością, przy czym bywa, że stanowi nawet dogodny środek „zmiękczenia” podejrzanego, zaś warunkowe przedterminowe zwolnienie przez same sądy określone była jako dobrodziejstwo i jako szczególny akt łaski. Trudno doprawdy nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że humanizacja życia społecznego, w tym szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości, może i jest pewną zauważalną tendencja, ale przecież nie wolną od niespodziewanych zwrotów i regresów.

IV. Reasumując, należy stwierdzić, że zasada humanitaryzmu, stanowiąca regułę prawną w przepisach Kodeksu karnego i Kodeksu karnego wykonawczego, jest pochodną – jak się wydaje – od zasady humanizmu i ma stałe miejsce w naszym systemie prawnym. Obie te zasady znajdują swoje odbicie w wielu szczegółowych uregulowaniach ustawowych. Należy postulować, by pełniły doniosłą rolę jako pewne ramowe założenia w procesie stanowienia prawa i były istotną wskazówką interpretacyjną na wszystkich etapach stosowania prawa, przyczyniając się do lepszego zrozumienia treści i sensu przepisów²⁷. I aby były wykorzystywane jako dyrektywa kolizyjna, pozwalająca rozstrzygnąć ewentualną kolizję norm w myśl zasady *in dubio pro humanitate*.

²⁴ J. Raglewska, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności a zasada humanitaryzmu*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), op. cit., s. 326 i nast.

²⁵ Odnosnie do wiktymizacji wtórnej zob. E. Bieńkowska, [w:] L. Mazowiecka (red.), *Wiktymizacja wtórna – geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, Warszawa 2012, s. 69 i nast.

²⁶ Tak m.in.: M. Melezini, [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, seria: System Prawa Karnego, t. 5, Warszawa 2017, s. 169; M. Trafny, *Zasada humanitaryzmu w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 3, s. 37–38.

²⁷ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 304.

Wykaz literatury

- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1987.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1989.
- Bartsch H.J., *Zakaz stosowania tortur i złego traktowania w europejskim systemie ochronnym*, [w:] J. Skupiński, J. Jakubowska-Hara (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Wyd. Scholar, Warszawa 1995.
- Bieńkowska E., [w:] L. Mazowiecka (red.), *Wiktymizacja wtórna – geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Bojarski M., [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, PWN, Warszawa 1980.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, PWN, Warszawa 1984.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, PWN, Warszawa 1990.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. trzecie, PWN, Warszawa 1995.
- Cieślak M., *Zasada humanizmu jako naczelną dyrektywa w sferze prawa karnego*, „Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji UG” 1985, nr 13.
- Cieślak W., *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Frankowski S. (red.), *Prawo karne państw Europy Zachodniej*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1982.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Gardocki L., *Prawo karne*, wyd. siedemnaste, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Grześkowiak A., [w:] A. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, PWN, Warszawa 1986.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. szóste, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Lelental S., *Wprowadzenie*, [w:] C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, przeł. E.S. Rappaport, Wyd. UŁ, Łódź 2014.
- Marek A., *Prawo karne*, wyd. szóste, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Marek A., *Prawo karne. Część ogólna*, Branta, Bydgoszcz 1992.
- Marek A., *Prawo karne. Część szczególna*, Branta, Bydgoszcz 1992.
- Mazur E., *Zasada humanitaryzmu i poszanowania godności w oddziaływaniach penitencjarnych*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), *In dubio pro humanitate. W stulecie urodzin Profesora Mariana Cieślaka*, Wyd. UWM, Olsztyn 2023.
- Melezini M., [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, seria: System Prawa Karnego, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Pawela S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972.
- Raglewska J., *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności a zasada humanitaryzmu*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), *In dubio pro humanitate. W stulecie urodzin Profesora Mariana Cieślaka*, Wyd. UWM, Olsztyn 2023.

- Snarski T., *Posthumanizm prawa karnego?*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), *In dubio pro humanitate. W stulecie urodzin Profesora Mariana Cieślaka*, Wyd. UWM, Olsztyn 2023.
- Spotowski A., *Zasada humanizmu jako dyrektywa reformy prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9.
- Stańdo-Kawecka B., *Problemy spójności prawa karnego – uwagi na tle kodyfikacji prawa karnego*, [w:] W. Zalewski, J. Potulski, T. Snarski (red.), *Zbrodnia i kara. Refleksje o przeszłości, teraźniejszości i przyszłości prawa karnego. Księga upamiętniająca Profesora Jarosława Warylewskiego*, Wyd. UG, Gdańsk 2022.
- Stasiołek J., *Humanitaryzm wykonywania kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*, [w:] W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, M. Kurzyński (red.), *In dubio pro humanitate. W stulecie urodzin Profesora Mariana Cieślaka*, Wyd. UWM, Olsztyn 2023.
- Strycharz S., *Wybrane problemy karania na tle tendencji depenalizacyjnych*, Wyd. UW, Warszawa 1982.
- Suchodolski B., *Rozwój współczesnej filozofii człowieka*, PWN, Warszawa 1967.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1: A–K, PWN, Warszawa 1978.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1974.
- Tanalski D., *Wolność człowieka. Personalizm a marksizm*, Książka i Wiedza, Warszawa 1968.
- Tokarski J. (red.), *Słownik wyrazów obcych*, PWN, Warszawa 1980.
- Trafny M., *Zasada humanitaryzmu w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 3.
- Walczak S., *Prawo penitencjarne. Zarys systemu*, PWN, Warszawa 1972.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 1998.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. trzecie, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Wyd. Arche, Gdańsk 1999.
- Wąsek A., *Problematyka odpowiedzialności karnej w okresie prac nad reformą prawa karnego*, [w:] A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu*, RW KUL, Lublin 1988.
- Wąsek A., [w:] M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. trzecie, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010.
- Zalewski W., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do artykułów 10–31*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

Summary

Principles of humanism and humanitarianism in Polish criminal law

Keywords: criminal law, executive criminal law, humanism, humanitarianism.

The article is an analysis of the principles of humanism and humanitarianism in criminal law. Both principles are reflected in many detailed statutory regulations, especially in substantive and executive criminal law. The

purpose of this analysis is to determine the content of these principles, their function and practical significance at the stage of lawmaking and application. The main conclusion of the author is the postulate that these principles should be used primarily as a conflict directive, allowing to resolve a possible conflict of norms in accordance with the principle of *in dubio pro humanitate*.

Teresa Gardocka

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-2923-9379

tgardocka@swps.edu.pl

Dariusz Jagiello

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-9609-5635

djagiello@swps.edu.pl

Zwłoki ludzkie w świetle polskiego prawa

Wstęp

Autorzy postawili sobie za cel zweryfikowanie hipotezy, że pojęcia zwłok i szczątków ludzkich nie są w polskim prawie dostatecznie precyzyjnie określone. Nie jest też jasne, czy ochrona czci zmarłego dotyczy dóbr osobistych osoby zmarłej, czy też prawa osób najbliższych do pamięci o tej osobie.

W badaniu tych kwestii oraz zagadnienia obecnie dozwolonych form pochowania zwłok posłużono się metodą analizy dogmatycznej szeregu polskich ustaw, które odnoszą się do postępowania wobec ciała człowieka zmarłego (pobierania części ciała do przeszczepów, zachowań przestępnych w stosunku do zwłok, form pochówku, a także specyficznych praktyk religijnych lub artystycznych, których przedmiotem są ludzkie zwłoki).

Autorzy rozważają nadto kwestię momentu, w którym ciało człowieka staje się zwłokami i czy to pojęcie odnosi się także do płodów ludzkich, części ludzkich zwłok i zarodków wytworzonych *in vitro*. Opowiadają się za szerokim rozumieniem pojęcia „zwłoki ludzkie”. Wprawdzie po śmierci człowieka nie są chronione jego dobra osobiste, chyba że można je odnieść do osoby, której dobrem osobistym jest pamięć o zmarłym, to jednak ze względu przede wszystkim na moralność publiczną cały szereg zachowań w przestrzeni publicznej wobec zwłok ludzkich nie powinno być dopuszczalne. Pojęcie artefaktu w odniesieniu do zwłok ludzkich może być związane z upływem czasu. Wskazówką byłoby trwanie pamięci o konkretnej osobie lub konkretnym zdarzeniu historycznym, zwłoki mogą być uznane za artefakt po zaniknięciu takiej pamięci. We współczesnym świecie nie wydaje się usprawiedliwione tworzenie nowych relikwii.

Co do osób anonimowych, publiczne pokazywanie ich ciał jako artefaktu nie powinno być dopuszczalne ze względu na cześć należną zwłokom w kulturze niemal wszystkich społeczności.

Konkluzją rozważań dotyczących dopuszczenia nowych praktyk funeralnych jest postulat szerokiego ich dopuszczenia, jeżeli nie stoją temu na przeszkodzie względy kulturowe, sanitarne lub ekologiczne.

Moment, w którym ciało ludzkie staje się zwłokami

Ciało człowieka w chwili, w której nastąpiła jego śmierć, staje się w pojęciu prawa zwłokami ludzkimi. Człowiek stanowi *integrum* elementów fizycznych i duchowych i z tego rodzaju całością związana jest chroniona konstytucyjnie jego przyrodzona godność (por. art. 30 Konstytucji RP), wynikająca z samego faktu bycia człowiekiem. Dopóki człowiek żyje, godność ta podlega ochronie prawnej we wszystkich aspektach. Ochronę zapewnia zarówno prawo cywilne, jak i prawo karne, poczynając od ochrony życia każdego człowieka. Norma konstytucyjna, zapewniająca ochronę życia, jako jedyna posługuje się określeniem „każdy człowiek”, co ma podkreślać, że ochrona życia ludzkiego nie jest zależna od żadnych jego cech (stanu zdrowia, wieku, świadomości itd.) poza tą jedną – że jest człowiekiem. W związku z tym pojęciem „zwłoki ludzkie” można objąć każdą fizyczną postać człowieka, który zmarł, więc zarówno martwy płód ludzki, jak i zarodek ludzki (wytworzony *in vitro*) pozbawiony życia¹, a nawet osobne części ciała człowieka². Wszystkie te okresy życia człowieka są obecnie objęte karnoprawną ochroną przed pozbawieniem życia, chociaż zarówno zakres jego ochrony, a także grożące za pozbawienie życia kary są różne.

Życie płodu ludzkiego (ciąża, dziecko poczęte, dziecko w łonie matki – możliwe są rozmaite określenia fazy życia płodowego człowieka) chronią przepisy o niezgodnym z prawem przerywaniu ciąży (art. 152 i nast. Kodeksu

¹ Dyskusja dotyczyła kwestii, czy płód ludzki martwo urodzony stanowi zwłoki w ich rozumieniu dla potrzeb ochrony prawnej. L. Peiper napisał, że nie stanowi zwłok ludzkich płód martwo urodzony – konieczne jest, by żył, choćby krótko, poza organizmem matki. Por. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 361. Pogląd ten był odosobniony, pozbawiony zresztą wówczas, a dziś – wobec możliwości rozwoju życia *in vitro* – tym bardziej racjonalnego uzasadnienia. Poglądy na temat tego, co jest zwłokami ludzkimi, przedstawili B. Sygit, M. Romańczuk-Grącka, *Kryminalizacja zachowań przeciwko zmarłym*, [w:] B. Sygit, T. Kuczur (red.), *Aktualne problemy kryminalizacyjne*, Toruń 2013, s. 13.

² Pojęcie „zwłoki ludzkie” określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1910) w § 2 jako „ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży”. Rozporządzenie to w § 8 nakazuje postępować analogicznie jak ze zwłokami ze szczątkami ludzkimi w postaci popiołów powstałych w wyniku spopielenia zwłok; pozostałościami zwłok wydobytych przy kopaniu grobu lub w innych okolicznościach; częściami ciała ludzkiego, odłączonymi od całości.

karnego³), zaś życie zarodków ludzkich chroni ustawa o leczeniu niepłodności (art. 83⁴). Ustawa chroni przed zniszczeniem tylko zarodki ludzkie zdolne do prawidłowego rozwoju, czyli poddane już badaniu genetycznemu. Inne zarodki można bezkarnie zniszczyć, z czego nie wynika jednak, że powinny być po obumarciu traktowane inaczej niż szczątki ludzkie.

Wobec zwłok ludzkich osoby bliskie, wymienione w art. 10 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych⁵, mają obowiązek ich pochowania. Wydaje się, że obecnie obowiązek pochowania dotyczy także dzieci martwo urodzonych, bo tylko na wniosek osób uprawnionych do pochowania zwłoki te mogą być spopielone przez zakłady opieki zdrowotnej, dysponujące odpowiednimi urządzeniami do tego celu⁶. Przepis art. 10 nie określa obecnie kolejności uprawnień⁷. Każda z osób wymienionych ma równe uprawnienia do pochowania zwłok. Niewywiązanie się z tego obowiązku nie ma żadnej sankcji, a zastępczo, gdy żadna z wymienionych osób nie czyni tego, wykonuje go gmina właściwa ze względu na miejsce zgonu (szczególna regulacja dotyczy osób pozbawionych wolności), chyba że właściwy starosta zadecyduje o przekazaniu zwłok uczelni medycznej dla celów dydaktycznych i naukowych (art. 10 ust. 2 ustawy o cmentarzach⁸).

Człowiek za życia może na piśmie wyrazić wolę oddania swoich zwłok uczelni medycznej dla celów badawczych i dydaktycznych (art. 10 ust. 6 ustawy o cmentarzach), może także zarejestrować sprzeciw wobec pobrania z jego zwłok materiału do przeszczepów.

Co do pierwszego uprawnienia, realizacja nawet ujawnionej woli zmarłego nie jest możliwa przymusowo wobec innej decyzji osób uprawnionych do pochowania zwłok, zaś wzruszenie zarejestrowanego za życia sprzeciwu także nie jest możliwe.

Po analizie norm odnoszących się do dysponowania za życia swoim ciałem po śmierci, można uznać to prawo za dość iluzoryczne. Tylko prawidłowo zarejestrowany za życia sprzeciw co do pobrania części ciała do przeszczepów nie jest wzruszalny decyzją osób bliskich.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138).

⁴ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 o leczeniu niepłodności (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 442).

⁵ Ustawa z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1947).

⁶ Zob. § 7 ust. 4 rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1910).

⁷ Procedowany od 2020 r. projekt zmian w ustawie o cmentarzach i chowaniu zmarłych (zob. EW-020-387/21) wydaje się to zmieniać. Proponowane nowe brzmienie art. 10 wprowadzie określa tylko nieco inny krąg osób uprawnionych, nie wspominając o kolejności uprawnień, ale już proponowany art. 12a w ustępie 10 wyraźnie określa kolejność prawa do przechowywania urny z prochami, zgodną z wyliczeniem art. 10.

⁸ Zasady przekazywania zwłok uczelniom określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok dla celów naukowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 129, poz. 1067).

System sprzeciwu wobec pobrania ze zwłok ludzkich materiału do przeszczepów został przyjęty w polskiej ustawie⁹ (art. 5) ze względu na to, że – jak sądzono – zapewni większą liczbę tkanek lub narządów do przeszczepów, bo niewiele osób za życia złoży w sposób prawem przewidziany sprzeciw głównie dlatego, że o śmierci nie myślą. Istniejąca w ustawie możliwość stwierdzenia przez bliskich zmarłego, że nie dopuszczał możliwości użycia części swego ciała do przeszczepów, wyrażając swą wolę w innej formie niż zarejestrowanie sprzeciwu (art. 10 ustawy transplantacyjnej), spowodowała, iż materiału do przeszczepów jest niewiele¹⁰. A jako że Polacy nie rozmawiają o śmierci, nie prowadzi się albo prowadzi w bardzo niewielkim zakresie akcje informacyjne o tym, że ofiarowanie części swego ciała po śmierci dla ratowania zdrowia czy życia innych ludzi jest szlachetnym darem serca.

Bliscy zmarłego mają także wpływ na przeprowadzenie sekcji zwłok, z wyjątkiem zarządzonej przez prokuratora w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa (art. 209 Kodeksu postępowania karnego), zaś możliwość ekshumacji jest ograniczona prawnie (art. 15 ustawy o cmentarzach), chyba że ma związek z prowadzonym postępowaniem karnym (art. 210 Kodeksu postępowania karnego), wówczas bliscy nie mogą się ekshumacji sprzeciwić. Jest to jedna z dopuszczalnych czynności prowadzących do uzyskania dowodu procesowego i o jej przeprowadzeniu decyduje wyłącznie prokurator¹¹.

Dobra osobiste człowieka a pamięć o zmarłym i jej ochrona

W świetle prawa dobra osobiste człowieka zmarłego przestają być bezpośrednim przedmiotem ochrony zarówno prawa cywilnego (art. 23 i nast. Kodeksu cywilnego), jak i prawa karnego (zniesławienie i zniewaga)¹², zwłoki ludzkie objęte są natomiast specyficzną ochroną jako przedmiot (rzecz) szcze-

⁹ Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2280), dalej jako ustawa transplantacyjna.

¹⁰ Por. E.M. Guzik-Makaruk, *Transplantacja narządów, tkanek i komórek. Wybrane aspekty kryminologiczne i prawnokarne*, Białystok 2016, s. 19–44.

¹¹ Przykładem takiej sytuacji są tzw. ekshumacje ofiar smoleńskich czy sprawa *Solska i Rybicka v. Polska* – wyrok ETPC z 20 września 2018 r., połączone skargi nr 30491/17 i nr 31083/17, Legalis. Szerzej na ten temat: D. Jagiełło, *Taktyka kryminalistycznych czynności dowodowych*, Warszawa 2019, s. 268–269.

¹² Odmienne: J. Mazurkiewicz, P. Szymaniec, „*Nie wszystkich umrę, wiele ze mnie tu zostanie...*”. *Kulturowe i prawne aspekty pochówku, wizerunku zwłok oraz napisów nagrobnych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2019, nr 46, s. 262. Autorzy są zwolennikami istnienia/zachowania dóbr osobistych *post mortem*. Na tej koncepcji opierają również postulat, by miejsce pochówku było zgodne z wyrażoną za życia wolą zmarłego. Przywołują przy tym liczne, interesujące przykłady z orzecznictwa sądowego, dotyczące naruszenia czci lub tylko woli osoby zmarłej.

gólnego rodzaju¹³. Nie znaczy to, że pamięć dotycząca zmarłego nie jest w żaden sposób chroniona prawem. Przedmiotem ochrony jest szczególne dobro osobiste osób bliskich zmarłego w postaci pamięci o zmarłym, które jest chronione przepisami prawa cywilnego dotyczącymi dóbr osobistych osób żyjących, które zachowały tę pamięć. Ochrona ta jest zatem ograniczona czasem w takim sensie, że trwa dopóty, dopóki żyją osoby bliskie pamiętające zmarłego. Później pamięć o zmarłych może mieć tylko charakter historyczny.

Ochrona dóbr osobistych osób żyjących w postaci wspomnienia o zmarłym nie może także stanowić ograniczenia badań historycznych, w których brali udział ludzie już nieżyjący. Były jednak podejmowane takie próby¹⁴.

Pierwsza w Polsce sprawa cywilna z art. 53o ustawy o IPN odnosiła się do książki *Dalej jest noc. Losy Żydów w wybranych powiatach okupowanej Polski* (2018) profesorów Jana Grabowskiego i Barbary Engelking. Proces zakończył się w lutym 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zobowiązał autorów do publicznego przeproszenia powódki, 84-letniej kobiety, którą wspierała w postępowaniu sądowym organizacja Reduta Dobrego Imienia. Autorów pozwano o naruszenie jej dobra osobistego, jakim miała być cześć zmarłego krewnego, o którym w książce wspomniano, że wspierał Niemców w prześladowaniu Żydów i przywłaszczył sobie własność zamordowanych. Następnie Sąd Apelacyjny uznał pozew za nieuzasadniony i oddalił powództwo w całości¹⁵.

Pewne działania w stosunku do zwłok ludzkich są zakazane z innych niż ochrona samych zwłok przyczyn. I tak zakaz pobierania komórek rozrodczych ze zwłok ludzkich¹⁶ uzasadniony jest ochroną interesów dzieci, które mogłyby zostać poczęte z użyciem takich komórek, mianowicie ich prawa do posiadania obojga rodziców. Podobne uzasadnienie dotyczy zakazu implementowania zarodków utworzonych *in vitro* po śmierci jednego z dawców komórek rozrodczych¹⁷.

Nie można też nie wspomnieć o ochronie zwłok i miejsca spoczynku zmarłego przez prawo karne. Kodeks karny w art. 262 penalizuje znieważenie zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego. Przestępstwo takie było przewidziane też we wszystkich poprzednio obowiązujących polskich Kodeksach karnych. Uzasadnieniem penalizacji jest szeroko rozumiana moralność publiczna, a odpowiedzialność karna nie jest zależna od tego, czy owo znieważe-

¹³ Szerzej: T. Gardocka, *Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika?*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut (red.), *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Wybrane zagadnienia*, Wrocław 2015, s. 268–280.

¹⁴ W ustawie o Instytucji Pamięci Narodowej postulowano wprowadzenie art. 55a i 55b. Szerzej: T. Gardocka, D. Jagiełło, *Pamięć narodowa a relacje międzynarodowe Polski*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2020, nr 42(4), s. 353 i nast.

¹⁵ Por. M. Dekel, *Poland's current memory politics are rewriting history*, <https://www.boston-review.net/articles/polands-current-memory-politics-are-rewriting-history/> (data dostępu: 29.12.2022).

¹⁶ Art. 24 ustawy transplantacyjnej.

¹⁷ Art. 18 ust. 1 ustawy transplantacyjnej.

nie dotknęło dóbr osobistych innej osoby¹⁸. O tym, co stanowi bezpośredni przedmiot ochrony przepisu dotyczącego znieważenia zwłok ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego, wypowiada się również Marta Romańczuk-Grącka¹⁹, która wydaje się podzielać wcześniejsze poglądy, że zasadniczym motywem penalizacji tego rodzaju zachowań były interesy szeroko pojętej opinii publicznej, co my nazywamy szeroko pojętą moralnością publiczną.

Szczątki ludzkie jako artefakt

W kulturze mają swe miejsce artefakty stanowiące zwłoki człowieka lub części tych szczątków. Przykładami są zarówno szczątki pochodzące z czasów prehistorycznych (człowiek z Cromagnon stanowiący eksponat wystawiony w British Museum w Londynie), z głębokiej starożytności (szczątki ofiar wybuchu Wezuwiusza zachowane i eksponowane w Pompejach czy egipskie mumie), jak i relikwie będące przedmiotem kultu religijnego chrześcijan.

Jeżeli chodzi o eksponaty muzealne, będące szczątkami ludzkimi, stały się one artefaktami przede wszystkim przez upływ czasu. W obszarze cywilizacji zachodniej nie dopuszczamy myśli, by artefaktem mogły stać się szczątki osób zmarłych stosunkowo niedawno, nie tylko za życia obecnych pokoleń, ale także za życia osób, dla których wypadki zakończone ich śmiercią, stanowią bliską im historię, np. ofiary II wojny światowej czy zagłady Żydów. Nie dopuszczamy myśli, by zbiorowe odsłonięte groby tych ludzi mogły być po odpowiednim przygotowaniu (np. zasłonięciu szkłem) eksponowane jako artefakty dostępne dla publiczności. Chociaż już fragmenty szczątków ludzkich (np. włosy obcięte ofiarom Holokaustu w obozie Auschwitz) stanowią przedmiot ekspozycji ku przestrodze kolejnych pokoleń, którym mają unaocznic rozmiar dokonanych zbrodni.

Innym problemem są relikwie – zarówno te chrześcijańskie, jak i związane z kultem o charakterze politycznym (np. wystawione na widok publiczny zwłoki Lenina). Te związane z kultem politycznym mają zapewne na celu przedłużanie pamięci historycznej widokiem zwłok osoby, której kultu dotyczą i są bardziej wyrazistym odpowiednikiem grobowca. Ludzie żywiej reagują na widok ciała zmarłego niż miejsca pamięci w postaci grobowca czy pomnika. Przeciwnieństwem takiego kultu zwłok bywa chęć zniszczenia szczątków osób, które ze względu na swe zbrodnie mają być zapomniane po wsze czasy, np. zwłoki straconych w Norymberdze w 1946 r. zbrodniarzy nazistowskich zo-

¹⁸ Na temat znamion tego przestępstwa zob. analizę: R.A. Stefański, *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10, s. 21 i nast.

¹⁹ Zob. M. Romańczuk-Grącka, *Z problematyki kwalifikacji prawnej znieważania zwłok, prochów ludzkich lub miejsca spoczynku zmarłego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31, s. 165.

stały spopielone, a popioły rozsypane w nieznanym miejscu, by pamięć o nich nie przetrwała, a miejsce pochówku dla nikogo nie mogło być tym miejscem, gdzie przechowywana jest o nich pamięć²⁰. Podobnie uczyniono z prochami Adolfa Eichmanna, straconego w 1962 r. w izraelskim więzieniu. Ma to znaczenie przede wszystkim symboliczne, równie – chociaż przeciwnie – istotne, jak wzmacnianie pamięci przez wystawianie zwłok na widok publiczny w mauzoleum zamiast je pochować.

Współcześnie spotykamy się również z wystawianiem w celach zarobkowych odpowiednio spreparowanych zwłok osób zmarłych. Przykładem takim jest wystawa spreparowanych zwłok, zatytułowana *Human Bodies*, gdzie ekspozyty mają pokazać laikom budowę ciała ludzkiego po odsłonięciu warstw skóry. Ta kontrowersyjna wystawa pokazywana jest w wielu miastach Europy, także w Warszawie.

Relikwie o charakterze religijnym mają w kościele katolickim długą tradycję, wysmiewaną przez jednych w dziełach literackich²¹, dla innych, także współczesnych, stanowiąc przedmiot czci czy nawet kultu religijnego. Trudno uwierzyć, że w XXI w. części ciała Jana Pawła II (krew, ząb) stały się relikwią, czyli przedmiotem czci wyznawców. Pytanie, czy takie traktowanie części zwłok, a niekiedy całych zwłok (np. zmumifikowane ciało świętego męczennika w cerkwi w Charkowie), np. wystawianie ich na widok publiczny, jest zgodne z prawem, szczególnie gdy nie może być usprawiedliwione upływem długiego czasu od śmierci. Z pewnością traktowanie fragmentów ciała jako przedmiotu kultu religijnego nie stanowi przestępnego znieważenia zwłok lub szczątków ludzkich, wręcz przeciwnie – w zamiarze wyznawców jest formą czci dla tych szczątków. Natomiast zamienianie części zwłok ludzkich w relikwie wydaje się naruszać prawo w tej części, w której określa ono, co wolno legalnie uczynić ze zwłokami ludzkimi według polskiego prawa.

Dozwolone w Polsce formy pochowania zwłok ludzkich

Dopuszczalne formy pochowania zwłok są obecnie w Polsce bardzo ograniczone. Zgodnie z ustawą o cmentarzach zwłoki można pochować w grobie ziemnym lub je skremować, a spopielone prochy zamknąć w jednej urnie,

²⁰ Podobne przypadki możemy odszukać w Polsce, np. do dziś nie jest znane dokładne miejsce pochówku Zdzisława Marchwickiego, nazywanego Wampirem z Zagłębia. Obecnie narosła legenda odnośnie do ewentualnej pomyłki wymiaru sprawiedliwości i tła politycznego związanego z jego skazaniem, zaś miejsce pochówku nie zostało podane do publicznej wiadomości. Kolejni autorzy literatury faktu próbują te kwestie odświeżać. Por. P. Semećuk, *Wampir z Zagłębia*, Kraków 2016 (i kolejne wydanie tej książki z 2021 r., sygnowane jako nowe, uzupełnione o rzekomy pamiętnik wampira).

²¹ Np. Sanderus, który handlował m.in. mlekiem Matki Boskiej; jedna z postaci występująca w powieści *Krzyżacy* H. Sienkiewicza.

którą trzeba umieścić w grobie lub w miejscu do tego przeznaczonym (kolumbarium, katakumby) na cmentarzu. Wyjątki w postaci pochowania nie na cmentarzu robi się dla osób o wyjątkowym statusie, których zwłoki bywają składane w miejscach historycznych (np. złożenie zwłok Prezydenta Lecha Kaczyńskiego i Marii Kaczyńskiej na Wawelu). Nie wolno tworzyć obecnie grobów poza terenem cmentarnym, chociaż takie groby historyczne są faktycznie tolerowane m.in. w ogrodach pałacowych²². Na przestrzeni ostatnich lat dopuszczalne formy pochówku były ograniczane. Jeszcze w ostatnich latach XX w. istniały łąki czy pola pamięci, gdzie po świeckiej ceremonii rozsypywano popioły ze skremowanych zwłok. Obecnie już nie toleruje się oficjalnie takiej formy pochówku, chociaż kontrola nad tym, co dzieje się z popiołami, nie istnieje. Z pewnością nie chodzi o względy sanitarne ani też o brak społecznej akceptacji dla takiej formy pochówku. Wydaje się, że cmentarze, które są obecnie w ogromnej większości wyznaniowe, zarządzane przez kościoły i związki wyznaniowe, ze względu na własne przekonania ich dysponentów ściśle opierają się o regulacje ustawy o cmentarzach, która wylicza dopuszczalne prawnie formy pochowania zwłok.

Ocena prawna „nowych praktyk funeralnych” z punktu widzenia polskiego prawa

Zwyczaje pogrzebowe panujące w różnych krajach świata, z uwagi na odmienne uwarunkowania kulturowe, są inne od tych panujących w Polsce. Kilkadziesiąt lat temu większość pogrzebów realizowano w formie tradycyjnego pochówku w grobie z wykorzystaniem trumny, podczas gdy kremacja stanowiła odstępstwo. Dziś statystycznie częściej wybierane są pochówki z uprzednią kremacją. Zwolennicy argumentują to ograniczoną liczbą miejsc na cmentarzach (argument ekologiczny), a także mniejszymi kosztami całego pochówku²³.

Na drugim biegunie należy przywołać stanowisko Anetty Breczko, która stwierdziła, że wraz z medykacją współczesnego świata coraz bardziej pogłębia się postawa profanacji, szczególnie obecna w nowoczesnych szpitalach, gdzie wyraziste staje się zinstytucjonalizowanie śmierci. Ciała ludzkie pod-

²² Czy też złożenie zwłok producenta filmowego Piotra Woźniaka-Staraka w rodzinnej miejscowości Fuleda w woj. warmińsko-mazurskim.

²³ *Rekordowa liczba śmierci i kremacji. Ponad pół miliona pogrzebów w ubiegłym roku*, <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C1047689%2Crekordowa-liczba-smierci-i-kremacji-ponad-pol-miliona-pogrzebow-w-ubieglym> (data dostępu: 18.12.2022). Zwolennicy kremacji twierdzą również, że pozwala ona osiągnąć efekt podobny do tego, który zachodzi w ziemi podczas średnio 20 lat, czyli w sposób kontrolowany na obrócenie się ciała w proch. Poza tym są osoby twierdzące, że ogień w ramach kremacji spowoduje swoiste oczyszczenie.

dawane są pewnym zrutynizowanym procedurom. Bywają traktowane rzeczowo, obojętnie czy wręcz niehumanitarnie²⁴.

W świecie znane są kremacje polowe, np. w Indiach zwłoki pali się na stosach usytuowanych nad rzekami – najczęściej nad świętą dla Hindusów rzeką Ganges. Tu wskazać trzeba, że do kremacji używa się drewna (nawet 200–300 kg na jedną kremację) oraz materiałów łatwopalnych – nafty czy spirytusu. Wybór zależy od zamożności rodziny. Odnośnie do ludzi ubogich stosuje się papier lub słomę, co nie gwarantuje pełnego spopielenia ciała.

Alternatyw dla kremacji jest wiele. Przykładowo w USA czy w Wielkiej Brytanii wykonywana jest tzw. eko-kremacja, zwana biokremacją, resomacją czy akwamacją²⁵. Polega ona na poddaniu ciała działaniu specjalnego roztworu (mieszanek wody i wodorotlenku potasu) w komorze ciśnieniowej (w resomatorze). W temperaturze 160°C pod ciśnieniem przeprowadza się proces alkalicznej hydrolizy, którego efektem jest rozkład ciała. Końcowym efektem jest pozostanie białych kości, a także płynu biologicznego złożonego z aminokwasów, peptydów, cukrów i z soli. Następnie kości pokruszone na proch przekazuje się rodzinie osoby zmarłej. Pozostały płyn wylewa się do ziemi w powstałych na tę okoliczność parkach pamięci, czasem prosto na łąki lub pola. Szczątki zmarłego zamienione w ciecz można wykorzystać np. jako płynny nawóz, zwłaszcza że metoda ta niszczy całkowicie wszelki ślad tożsamości, włącznie z kodem DNA²⁶.

Mimo że metoda ta określana jest mianem nowej, patent na jej wykonywanie uzyskał w 1888 r. Amos Herbert Hobson. Rozsławiona została szczególnie w 2022 r. za sprawą poddania akwamacji ciała zmarłego aktywisty arcybiskupa z RPA Desmonda Mpilo Tatu, który za walkę z apartheidem otrzymał w 1984 r. Pokojową Nagrodę Nobla²⁷.

²⁴ A. Breczko, *Wybrane problemy biojustanologii – spór o zakres autonomii woli człowieka w dysponowaniu ciałem po śmierci*, [w:] Z. Władek, J. Stelmasiak, W. Gogłóza, K. Kukuryk (red.), *Biojursprudence. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, Lublin 2013, s. 162. Zob. też: M. Romańczuk-Grącka, *Badania naukowe, medyczno-sądowe i kryminalistyczne jako okoliczności wyłączające bezprawność czynu z art. 262 k.k.*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczecin 2015, s. 551–559.

²⁵ Zwłoki można poddać akwamacji w USA (20 stanów), Kanadzie (trzy prowincje: Saskatchewan, Ontario i Quebec), Republice Południowej Afryki (prawo zezwala na wodną kremację od listopada 2019 r., lecz oferuje ją jedynie jeden zakład), Meksyku (od 2019 r. i świadczy ją największy dostawca usług pogrzebowych w kraju), Australii (prowincje Wiktorii, Nowa Południowa Walia, Queensland, Australia Południowa i Australijskie Terytorium Stołeczne) i w Wielkiej Brytanii.

²⁶ A. Breczko, op. cit., 165; M. Romańczuk-Grącka, *Znaczenie biojursprudenencji w kształtowaniu prawa karnego na przykładzie ochrony godności zwłok ludzkich w obliczu nowych praktyk funeralnych*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 81–82.

²⁷ <https://www.wprost.pl/swiat/10587475/desmond-tutu-nie-zyje-jego-zwloki-poddane-beda-akwamacji.html> (data dostępu: 17.12.2022).

Kolejną wartą przywołania metodą jest promesja (*promession*), która pojawiła się w Szwecji, kiedy pod koniec lat 90. XX w. szwedzka biolog Susanne Wiigh-Mäsak zakładała możliwość poddania ciała zmarłego działaniu bardzo niskiej temperatury. Autorka metody wywodzącej się z nurtu ekologicznego opracowała sposób szybkiego przekształcania ludzkich zwłok w bogaty w składniki pokarmowe dla roślin humus, czyli kompostowanie martwego ciała. Metoda polega na poddaniu zwłok procesowi liofilizacji (pozbawienie wody), a następnie sproszkowaniu (postać granulatu) przy użyciu ultradźwięków i umieszczeniu w biodegradowalnej trumnie, np. ze skrobi kukurydzianej, którą następnie zakopuje się niezbyt głęboko (ok. 20 cm), aby tlen miał do niej dostęp, sadząc jednocześnie w tym miejscu rośliny ozdobne. Jest to realizacja idei recyklingu w stosunku do martwego ciała²⁸. Na miejscu pochówku umieszcza się sadzonkę drzewa lub krzewu, co pozwala oznaczyć miejsce pochówku, a zarazem stanowi symbol nowego życia narodzonego na prochu życia, które już dobiegło końca. Metoda promesji, testowana głównie na świniach, do tej pory nie zyskała wielu zwolenników.

Nowatorskimi formami pochówków określić można: karbonizację, liofilizację, hibernację, plastynację, pochówek kosmiczny i cybernekropolię²⁹. Znałe są także działania mające na celu uwiecznienie człowieka np. w diamentie (tzw. nekrobizuteria, zmierzająca do ukazania pozostania w bliskości z ukochaną osobą zmarłą³⁰).

Twórcą i głównym propagatorem kolejnej formy konserwacji zwłok jest Günther von Hagens, który stworzył technikę plastynacji polegającej na zastąpieniu cieczy organicznych tworzywami syntetycznymi w ramach złożonego procesu, następnie na utwardzeniu tak przetworzonych zwłok, które stają się prawie niezniszczalne. Z wykorzystaniem tej metody proponuje się przetwarzanie twarzy zmarłego (plastynację), a następnie zawieszenie w galerii przodków w domu zamiast masek pośmiertnych. Tak przetworzone zwłoki składają się w 70% z tworzywa sztucznego (plastikowa wieczność)³¹. Interesująca jest wypowiedź Ewy M. Guzik-Makaruk odnośnie do niedopuszczalności w Polsce plastynacji zwłok celem ich publicznej prezentacji³². Autorzy ni-

²⁸ P. Morcinec, *Ostatnia posługa wobec martwego ciała*, „Wykłady” 2010, nr 6, s. 28; idem, *Bioetyka personalistyczna wobec zwłok ludzkich*, Opole 2009, s. 158–159.

²⁹ P. Morcinec, *Ostatnia posługa...*, s. 21.

³⁰ Proces produkcyjny nekrodiaamentów jest analogiczny jak w naturze, ale przyspieszony. Wysokie ciśnienie i temperatura ok. 3000°C prowadzą do karbonizacji zwłok. Pozostaje ok. 30% masy w postaci węgla, który zostaje odpowiednio „sprasowany”. Z jednych zwłok można stworzyć kilkanaście sztuk diamentów, zależnie od wielkości. Por. R. Morcinec, *Bioetyka personalistyczna...*, s. 153–157; *Diament ze zmarłego. Straszliwa nekro-bizuteria to popularny biznes na Zachodzie*, <https://wgospodarce.pl/informacje/17260-diament-ze-zmarlego-straszliwa-nekro-bizuteria-to-popularny-biznes-na-zachodzie> (data dostępu: 18.12.2022).

³¹ P. Morcinec, *Ostatnia posługa...*, s. 23–25; idem, *Bioetyka personalistyczna...*, s. 157–158.

³² E. Guzik-Makaruk, *Plastynacja – sztuka, piękno, prowokacja, patologia?*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 43, s. 116 i nast.

niejszego artykułu podzielają pogląd autorki, że ta forma nie jest w Polsce dopuszczalna.

Inną praktyką funeralną jest malowanie farbami zawierającymi w swym składzie prochy pokremacyjne³³. Niektóre z nich wykorzystuje się do wykonywania tatuaży (zjawisko szczególnie powszechne w Wielkiej Brytanii, gdzie również zapanowała moda na malowanie obrazów farbami zawierającymi skremowane prochy ludzkie³⁴).

Przedstawione metody nie są w Polsce legalne. Zgodnie z ustawą o cmentarzach prochy nie mogą być przechowywane przez bliskich lub rozsypane. Możliwe jest złożenie ich w grobie lub kolumbarium. Ciało można zatopić w morzu, ale tylko w sytuacji, gdy śmierć nastąpiła na statku, który znajduje się daleko od portu. Rozsypywanie popiołów niezależnie od wyrażonej uprzednio woli zmarłego wypełnia znamiona art. 262 Kodeksu karnego. Z uwagi na brzmienie ustawy o cmentarzach nie można ponadto udzielić zezwolenia np. na pochowanie spopielenych szczątków pod drzewem na terenie prywatnej posesji lub na rozsypanie tam prochów³⁵.

Co do produkcji nekrobiżuterii, plastynacji zwłok czy namalowania obrazu farbami pochodzącymi z prochów ludzkich, nie można wykluczyć, że wraz z upływem czasu, np. po śmierci zleceniodawców, produkty wytworzone tymi metodami będą przedmiotem odsprzedaży czy kradzieży, a to spowoduje zwielokrotnienie zachowań obecnie przestępczych.

Projekt zmian w ustawie o cmentarzach³⁶ zawiera jednak dopuszczenie nowych (ekologicznych) form postępowania z ciałami zmarłych, mianowicie biourny, drzewa i ogrody pamięci. Są one w projekcie zdefiniowane w następujący sposób:

- biourna – zamykane naczynie służące do umieszczenia prochów wraz z nasionami lub sadzonka drzewa lub krzewu oraz niezbędnymi substancjami,

³³ P. Morcinec, *Ostatnia posługa...*, s. 26.

³⁴ W Polsce głośna była sprawa obrazu szwedzkiego artysty Carla Michaela von Hausswolfa, który twierdził, że namalował go popiołem zebrany z pieców krematoryjnych nazistowskiego obozu koncentracyjnego na Majdanku. Wystawienie akwareli w jednej z galerii w mieście Lund na południu Szwecji wzbudziło kontrowersje, a wystawę zamknięto. Artysta wyjaśniał, że prochy zebrał podczas wizyty w muzeum na Majdanku w 1989 r., kiedy przygotowywał materiał do wystawy w Kazimierzu Dolnym, ostatecznie nie wykorzystał popiołu. Do pomysłu powrócił w 2010 r., gdy „prochy wysypał ze słoika i zmieszał je z wodą”. Powstała „farba”, którą namalował niewielki prostokątny obraz przedstawiający szarobrazowe linie. Postępowanie umorzono z uwagi na okres przedawnienia karalności czynu popełnionego w 1989 r. i brak jurysdykcji w sprawie o czyn z 2010 r. popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej. Por. <https://polskieradio24.pl/5/3/Artykul/758319,Szwedzki-obraz-z-prochow-Majdanka-Ruszylo-sledztwo> (data dostępu: 18.12.2022); <https://polskieradio24.pl/5/3/artykul/820326,obraz-z-popiolu-ofiar-majdanka-sledztwo-umorzono> (data dostępu: 18.12.2022).

³⁵ Por. wyrok NSA z 19 maja 1997 r., sygn. akt SA/Ka 1717/95, Lex nr 117441. Szerzej: I. Sierpowska, *Śmierć w ujęciu prawa administracyjnego*, Warszawa 2020.

³⁶ Zob. przypis 7.

którego właściwości umożliwiają wzrost tego drzewa lub krzewu w naturalnych warunkach (projektowany art. 1a pkt 2);

- drzewo pamięci – drzewo lub krzew wyrosły z biurny umieszczonej w grobie biournowym w ogrodzie pamięci (projektowany art. 1a pkt 6);
- grób biournowy – grób urnowy ziemny przeznaczony wyłącznie do chowania biurny (projektowany art. 1a pkt 8);
- ogród pamięci – niezabudowane, wydzielone miejsce, usytuowane na terenie cmentarza, wolne od grobów, kolumbariów, katakumb i pól pamięci, na którym znajdują się groby biournowe (projektowany art. 1a pkt 18);
- pole pamięci – niezabudowane, wydzielone miejsce, usytuowane na terenie cmentarza, wolne od grobów, kolumbariów lub katakumb, służące do rozsypywania prochów (projektowany art. 1a pkt 20).

Projekt dopuszcza także przechowywanie urny z prochami pochodzącymi ze skremowania zwłok w domu przez osobę najbliższą, pod warunkiem zgłoszenia miejsca, gdzie urna jest przechowywana. Będzie to mogło być tylko miejsce zamieszkania takiej osoby najbliższej. Trudno stwierdzić, czy jest to wystarczające poluzowanie „dyscypliny pogrzebowej” wynikającej z ustawy cmentarzach. Wydaje się, że zakazy w tej mierze powinny być oparte o kryterium ewentualnego zagrożenia sanitarnego i uwzględniać postulaty wynikające z ekologii oraz zmieniającej się obyczajowości (kultury) społeczeństwa.

Wnioski

Analiza aktów prawnych odnoszących się do zwłok i szczątków ludzkich z nimi zrównanych prowadzi do wniosku, że jest to regulacja bardzo tradycyjna, zawierająca wiele niejasności i liczne nieuzasadnione ograniczenia, a także niejednoznaczna – bo już kwestia, co obejmuje pojęcie „zwłoki ludzkie” i rzeczy z nimi zrównane, nie jest jasna, szczególnie co do obumarłych („zniszczonych”) zarodków wytworzonych *in vitro*. Tradycyjna dlatego, bo zawiera nieuzasadnione, ani względami sanitarnymi, ani kulturowymi, ani ekologicznymi ograniczenia rodzaju dopuszczalnych prawnie sposobów pochowania zwłok ludzkich. Także podejście do zwłok i szczątków jako artefaktu nie tylko toleruje artefakty powstałe historycznie (m.in. relikwie), co jest usprawiedliwione, ale również nie przeciwdziała ani nie napiętnuje tworzenia nowych relikwii (np. części zwłok Jana Pawła II czy uznanej za świętą Kościoła katolickiego siostry Faustyny), a nawet wydaje się przymykać oczy na handel tymi nowymi relikwiami. Tradycyjna również w tym sensie, że nie dopuszcza łączenia pamięci o zmarłym z przechowywaniem jego popiołów, nie pozwala też na dziełenie popiołów między kilka najbliższych zmarłemu osób.

Opublikowany w 2020 r. projekt zmian w ustawie o cmentarzach budzi pewne nadzieje, że stosunek do szczątków ludzkich stanie się nie tylko łaskaw-

szy dla pozostałych na tym świecie bliskich, ale także pozwoli na zapewnienie skutecznej egzekucji oświadczonej za życia woli człowieka, co należy uczynić z jego ciałem po śmierci. Pierwszym krokiem do zmiany podejścia prawnego wydaje się być uświadomienie sobie problemów obecnych czasów w tym zakresie i praw człowieka do podejmowania za życia decyzji dotyczących losów jego szczątków po śmierci, ograniczanych miejsc służących pochówkom, prawa bliskich do swoistego miejsca pamięci o zmarłym. Czasy się zmieniają, a wraz z tym powinna zmieniać się tradycja.

Wykaz literatury

- Breczko A., *Wybrane problemy biojustanatologii – spór o zakres autonomii woli człowieka w dysponowaniu ciałem po śmierci*, [w:] Z. Władek, J. Stelmasiak, W. Gogłóza, K. Kukuryk (red.), *Biojursprudencja. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, Wyd. Muz. Polihymnia, Lublin 2013.
- Dekel M., *Poland's current memory politics are rewriting history*, <https://www.boston-review.net/articles/polands-current-memory-politics-are-rewriting-history/>.
- Gardocka T., *Czy zwłoki ludzkie są rzeczą i co z tego wynika?*, [w:] J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut (red.), *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka. Wybrane zagadnienia*, Oficyna Wydawnicza WPAiE UWr, Wrocław 2015.
- Gardocka T., Jagiello D., *Pamięć narodowa, a relacje międzynarodowe Polski*, „*Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem*” 2020, nr 42(4).
- Guzik-Makaruk E.M., *Plastynacja – sztuka, piękno, prowokacja, patologia?*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2019, nr 43.
- Guzik-Makaruk E.M., *Transplantacja narządów, tkanek i komórek. Wybrane aspekty kryminologiczne i prawnokarne*, Temida2, Białystok 2016.
- Mazurkiewicz J., Szymaniec P., *„Nie wszystkim umrę, wiele ze mnie tu zostanie...”*. *Kulturowe i prawne aspekty pochówku, wizerunku zwłok oraz napisów nagrobnych*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2019, nr 46.
- Morciniec P., *Bioetyka personalistyczna wobec zwłok ludzkich*, Opole 2009.
- Morciniec P., *Ostatnia posługa wobec martwego ciała*, „*Wykłady*” 2010, nr 6.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego*, Wyd. Leon Frommer, Kraków 1936.
- Romańczuk-Grącka M., *Badania naukowe, medyczno-sądowe i kryminalistyczne jako okoliczności wyłączające bezprawność czynu z art. 262 k.k.*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, WSPol, Szczecino 2015.
- Romańczuk-Grącka M., *Znaczenie biojursprudencji w kształtowaniu prawa karnego na przykładzie ochrony godności zwłok ludzkich w obliczu nowych praktyk funeralnych*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, ElSet, Olsztyn 2015.
- Romańczuk-Grądzka M., *Z problematyki kwalifikacji prawnej znieważania zwłok, prochów ludzkich oraz miejsca spoczynku zmarłego*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2016, nr 31.
- Semczuk P., *Wampir z Zagłębia*, Znak, Kraków 2016.

- Sierpowska I., *Śmierć w ujęciu prawa administracyjnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Stefański R. A., *Przestępstwo znieważenia zwłok, prochów ludzkich lub grobu (art. 262 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10
- Sygit B., Romańczuk-Gracka M., *Kryminalizacja zachowań przeciwko zmarłym*, [w:] B. Sygit, T. Kuczur (red.), *Aktualne problemy kryminalizacyjne*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2013.

Summary

Human remains in Polish law

Keywords: law, human remains, burial, new funeral practices.

The goal of the authors was to verify the hypothesis, that the Polish law does not define the concepts of the human corpse and remains precisely enough. It is also unclear whether the protection of the respect for the deceased is concerned with protecting the personal interests of the deceased person or the right of relatives to honour this person. While researching this matter and the issue of currently allowed burial practices we used the method of dogmatic analysis of several Polish laws that are concerned with dealing with the body of a deceased person (organ harvesting for transplantations, criminal behaviour towards the corpse, allowed burial forms and specific religious or artistic practices, concerned with the human corpse).

We considered the issue of the moment, in which the human body becomes a corpse and whether this concept also applies to human fetuses, parts of human remains and embryos created *in vitro*. We advocate for a wide understanding of the concept of human corpse. We acknowledge that after an individual's death their personal interests are not protected, unless they can be attributed to a person, whose personal interest is the memory of the deceased. However, mainly because of the concern for public morality, many behaviours towards a human corpse in the public space should not be allowed. The concept of an artifact can be applied to a human corpse due to the passing of time. An indicator is a lasting memory about a certain person or a certain historical event, remains can be considered an artifact after such memory has ceased to exist. In the modern world, the creation of new relics seems unjustified.

When it comes to anonymous persons, public display of their bodies as an artifact should not be allowed due to the respect given to human corpses in the cultures of almost all societies.

The conclusion of considering new funeral practices, is postulating for a wide permission of them, unless there are cultural, sanitary or ecological issues in the way.

Kornelia Grabowska-Biernat

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6890-3183

kornelia.grabowska@o2.pl

Nowelizacja art. 217c Kodeksu karnego wykonawczego a ograniczenie prawa do obrony

Wstęp

Zgodnie z polską procedurą karną tymczasowe aresztowanie jest jednym ze środków zapobiegawczych, jednocześnie uważanym za najbardziej restrykcyjny środek ze względu na charakter izolacyjny. Regulacje Kodeksu postępowania karnego¹ stanowią, że w sytuacji gdy inny środek zapobiegawczy jest wystarczający, tymczasowego aresztowania się nie stosuje (art. 257 § 1 k.p.k.). Ponadto normy k.p.k. przewidują szereg ograniczeń jego stosowania (art. 259 k.p.k.).

Przedmiotem analizy dokonanej w niniejszym artykule jest norma prawna dotycząca możliwości porozumiewania się obrońcy z osobą tymczasowo aresztowaną, tj. dokonanie analizy art. 217c Kodeksu karnego wykonawczego po zmianach wprowadzonych ustawą o zmianie ustawy kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw². Celem wprowadzonych zmian była – zgodnie ze stanowiskiem Ministra Sprawiedliwości – „poprawa warunków bezpieczeństwa jednostek penitencjarnych, ochrona społeczeństwa przed sprawcami najcięższych przestępstw, poprawa warunków wykonywania obowiązków przez funkcjonariuszy i pracowników Służby Więziennej oraz usprawnienie procedur związanych z wykonywaniem kar pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania”³.

Wprowadzone zmiany art. 217c k.k.w. nasuwają wiele wątpliwości, które dotyczą możliwości realizowania w sposób niczym niezakłócony z zagwaran-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1375 ze zm.), dalej jako k.p.k.

² Art. 217c ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2023 r., poz. 127), dalej jako k.k.w.

³ Ocena skutków regulacji projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy z dnia 20 listopada 2020 r., s. 1.

owanego w Konstytucji RP prawa do obrony⁴ na wszelkich etapach postępowania. Podejmując rozważania nad tematem, należy dokonać analizy uprawnień przysługujących osobom tymczasowo aresztowanym w kontekście możliwości korzystania przez nich ze środków porozumiewania na odległość w celu korzystania z przysługującego prawa do obrony.

Osoby tymczasowo aresztowane

W polskiej procedurze karnej tymczasowe aresztowanie jest jednym ze środków zapobiegawczych uregulowanych w art. 258 k.p.k. Środek ten jest orzekany jedynie przez sąd na wniosek prokuratora. W uzasadnieniu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania prokurator jest zobowiązany do wskazania okoliczności i dowodów, które z dużą dozą prawdopodobieństwa wskazują na sprawstwo podejrzanego. Nadto niezbędne jest wykazanie, że istnieje prawdopodobieństwo utrudniania postępowania przygotowawczego przez podejrzanego, wpływania na jego przebieg bądź popełnienia przez podejrzanego innego ciężkiego przestępstwa.

Tymczasowe aresztowanie, z uwagi na to, że jest określone jako najsurowszy z przewidzianych w k.p.k. środków zapobiegawczych, może być stosowane jedynie w uzasadnionych i ściśle określonych w kodeksie przypadkach⁵. Ustawodawca wskazał ponadto w art. 257 § 1 k.p.k., że środek ten może być stosowany jedynie w sytuacji, gdy pozostałe przewidziane przez przepisy prawa środki zapobiegawcze są niewystarczające.

Sposób wykonywania analizowanego środka zabezpieczającego został uregulowany w art. 214 k.k.w., który stanowi, że „tymczasowo aresztowany korzysta co najmniej z takich uprawnień, jakie przysługują skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym w zakładzie karnym typu zamkniętego i nie stosuje się do niego ograniczeń innych niż te, które są konieczne do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, utrzymania porządku i bezpieczeństwa w areszcie śledczym oraz zapobieżenia wzajemnej demoralizacji tymczasowo aresztowanych”⁶.

Wykonywanie tymczasowego aresztowania jest szczegółowo uregulowane przede wszystkim w art. 207–223a k.k.w. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 207 k.k.w. sposób realizacji omawianego środka zabezpieczającego ma na celu przede wszystkim zapewnienie prawidłowego toku postępowania karnego⁷.

⁴ Art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483), dalej jako Konstytucja RP.

⁵ K. Dąbkiewicz, *Tymczasowe aresztowanie*, Warszawa 2012, s. 37–38.

⁶ Art. 214 k.k.w.

⁷ Z. Hołda, J. Hołda, J. Migdał, B. Żórawska, *Prawo karne wykonawcze*, Warszawa 2021, s. 313.

Z uwagi na powyższe w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych k.k.w. przewiduje możliwe do zastosowania ograniczenia związane np. ze sposobem rozmieszczenia ich na terenie placówki (art. 212, 212a, 212b), zakaz posiadania poszczególnych przedmiotów (art. 216 § 1 zdanie drugie), ograniczenia widzeń tymczasowo aresztowanych (art. 217) czy też analizowane w niniejszym artykule prawo do korzystania ze środków łączności w postaci możliwości odbywania rozmów telefonicznych (art. 217c)⁸.

Pomimo szeregu ograniczeń przewidzianych w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych, należy podkreślić, że sposób wykonywania środka zabezpieczającego nie może naruszać uprawnień procesowych przewidzianych zgodnie z art. 207a k.k.w. w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych. Przede wszystkim wymienić należy prawo do porozumiewania się z obrońcą, pełnomocnikiem będącym adwokatem albo radcą prawnym oraz przedstawicielem niebędącym adwokatem ani radcą prawnym, który został zaaprobowany przez Przewodniczącego Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do reprezentowania skazanego przed tym Trybunałem, podczas nieobecności innych osób oraz korespondencyjnie⁹.

Rozpoczynając rozważania na temat możliwości telefonicznego kontaktowania się z osobą tymczasowo aresztowaną, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na fakt, że uprawnienie to stanowi element prawa do obrony przysługującego tym osobom.

Geneza zapewnienia tymczasowo aresztowanemu prawa do obrony

Podstaw prawnych realizacji w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych prawa do obrony należy upatrywać w dokumentach o charakterze międzynarodowym. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych¹⁰ w art. 14 ust. 3 lit. d wskazuje, że „każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do obecności na rozprawie, bronięcia się osobiście lub przez obrońcę przez siebie wybranego; do otrzymania informacji, jeżeli nie posiada obrońcy, o istnieniu powyższego prawa oraz posiadania obrońcy wyznaczonego dla niej w każdym przypadku, kiedy interesy sprawiedliwości tego wymagają, bez ponoszenia kosztów obrony w przypadkach, kiedy oskarżony nie posiada dostatecznych

⁸ J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Kraków 2002, rozdz. I, pkt 2, ppkt 2.2; T. Szymanowski, J. Migdał, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Warszawa 2014, s. 427.

⁹ J. Izydorczyk, op. cit., rozdz. I, pkt 2, ppkt 2 i nast.

¹⁰ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38).

środków na ich pokrycie”¹¹. Uprawnienie przysługujące każdemu oskarżonemu wykonywania w stosunku do niego rzetelnego prawa do obrony zostało potwierdzone w art. 6 ust. 3 lit. b Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który stanowi, że „każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości przygotowania obrony”¹². Regulacje dotyczące zapewnienia prawa do obrony zostały także uwzględnione w Europejskich regułach więziennych, przede wszystkim regule 98.2: „Zapewnia się wszystkie niezbędne warunki, aby pomóc więźniom śledczym w przygotowaniu własnej obrony i kontaktach z ich przedstawicielami prawnymi”¹³.

Ustawodawca w art. 215 k.k.w. zawarł regulacje dotyczące prawa do obrony oraz sposobu jego realizowania. Jednak aby dokonać analizy szczegółowych przepisów dotyczących prawa do obrony, należy sięgnąć do jego genezy w ustawodawstwie krajowym, mianowicie do art. 42 ust. 2 Konstytucji RP, określającego prawo do obrony w postępowaniu karnym i innych postępowaniach represyjnych.

Prawo do obrony zagwarantowane w Konstytucji RP stanowi fundamentalną zasadę, na której oparte jest postępowanie karne. Jest też jednym ze standardów demokratycznego państwa prawnego. Należy klasyfikować je jako prawo osobiste, tj. przysługujące każdej osobie, co do której zostało wszczęte postępowanie karne¹⁴. Można rozpatrywać je w dwóch ujęciach – materialnym i formalnym. W ujęciu materialnym prawo do obrony oznacza możliwość osobistego udziału w postępowaniu każdej osobie, co do której postępowanie karne zostało wszczęte. Natomiast prawo do obrony w ujęciu formalnym oznacza możliwość korzystania przez osobę, co do której toczy się postępowanie karne, z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu¹⁵.

Zapewnienie tymczasowo aresztowanemu swobodnego kontaktu z obrońcą ma podstawowe znaczenie dla zagwarantowania mu prawa do obrony. Zostało to potwierdzone w orzecznictwie sądów powszechnych i Trybunału Konstytucyjnego, który badał zgodność art. 73 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) z art. 42 ust. 2 i art. 78 Konstytucji RP i wskazał, że „uprawnienia obrońcy to nie tylko możliwość przeglądania akt postępowania karnego – zapoznawania się z ma-

¹¹ Ibidem, poz. 167.

¹² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

¹³ Europejskie reguły więzienne z dnia 11 stycznia 2006 r., stanowiące zalecenia Rec. (2006)2 Komitetu Ministrów Rady Europy.

¹⁴ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1–2, Warszawa 1999, s. 909; R.A. Stefański, *Środki zapobiegawcze w nowym k.p.k.*, Warszawa 1998, s. 43–44.

¹⁵ P. Wiliński, *Zasady procesu karnego*, cz. 2, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 3, Warszawa 2019, s. 777.

terialem dowodowym, ale przede wszystkim kontakt z jego mocodawcą. To na podstawie osobistego kontaktu obrońca pozyskuje faktyczną wiedzę o czynie sprawcy oraz okolicznościach zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, buduje strategię obrony, zgłasza wnioski dowodowe i współdziała z innymi obrońcami występującymi w sprawie”¹⁶.

W stosunku do osób tymczasowo aresztowanych zagwarantowane w Konstytucji RP prawo do obrony powinno być realne i efektywne, co oznacza, że kontakt z obrońcą powinien być stosunkowo swobodny i w miarę możliwości łatwy, tj. umożliwiony np. za pomocą środków porozumiewania się na odległość, czyli choćby telefonów. W przeciwnym razie, tj. w przypadku utrudniania lub zakazywania takiego kontaktu, można rozważać, czy nie doszło do naruszenia konstytucyjnego prawa do obrony¹⁷.

Szczegółowe zasady korzystania przez tymczasowo aresztowanego ze środków łączności w celu kontaktu z obrońcą zostały uregulowane w k.k.w.

Zasady korzystania przez tymczasowo aresztowanego z prawa do kontaktu telefonicznego z obrońcą na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw

Realizacja zagwarantowanego w Konstytucji RP prawa do obrony w aspekcie wykonawczym w odniesieniu do osób tymczasowo aresztowanych i ich możliwości do porozumiewania się z obrońcą za pośrednictwem aparatu telefonicznego została uregulowana w art. 217c k.k.w. Przepis ten został dodany do k.k.w. na mocy ustawy z dnia 24 lipca 2003 r.¹⁸ który stanowił, że „tymczasowo aresztowany nie może korzystać z aparatu telefonicznego oraz innych środków łączności przewodowej i bezprzewodowej”¹⁹. W cytowanym brzmieniu ta norma prawna obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r.²⁰

Dokonanie zmiany wskazanego przepisu było podyktowane koniecznością wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 2014 r. w sprawie K 54/13, wydanego w wyniku rozpatrzenia wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie omawianej normy z Konstytucją RP. Trybunał orzekł,

¹⁶ Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. akt SK 39/02, cz. III, pkt 3.

¹⁷ L. Garlicki, *Prawo Konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017, rozdz. 4.

¹⁸ Ustawa z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003 r., Nr 142, poz. 1380).

¹⁹ Ibidem, art. 217c.

²⁰ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 395).

że „bezwzględny zakaz kontaktu telefonicznego oskarżonego pozbawionego wolności z obrońcą narusza konstytucyjne prawo do obrony. (...) Swobodne porozumiewanie się oskarżonego ze swoim obrońcą stanowi element konstytucyjnego prawa do obrony i należy do fundamentów rzetelnego procesu sądowego, w którym umożliwia się przygotowywanie obrony i realizowanie jej w toku postępowania. Porozumiewanie się obrońcy i jego klienta powinno być co do zasady nieskrępowane, wolne od kontroli i innych, nadmiernych utrudnień. Ograniczenia tych kontaktów są dopuszczalne, jednak muszą mieć ważną podstawę i być rzetelnie uzasadnione”²¹. W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepis ten jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Mając na uwadze treść przedstawionego wyroku Trybunału Konstytucyjnego, rząd w uzasadnieniu projektu zmiany ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 r. wprowadził do art. 217c k.k.w. nowe uprawnienie, przyznające tymczasowo aresztowanym możliwość kontaktu telefonicznego. W uzasadnieniu swego projektu rząd wskazał, że taka postać regulacji ma na celu zagwarantowanie rzetelnego wykonywania prawa do obrony²².

Co ważne, brzmienie art. 217c k.k.w. było tożsame z tekstem regulacji zaproponowanym w rządowym projekcie. Zgodnie z nim „tymczasowo aresztowany za zgodą organu, do którego dyspozycji pozostaje, może korzystać z aparatu telefonicznego na zasadach określonych w regulaminie organizacyjno-porządkowym wykonywania tymczasowego aresztowania”²³. Wskazana norma prawna przewidywała także możliwość odmowy udzielenia zgody na kontakt telefoniczny, jedynie w sytuacjach wprost wynikających z przepisu, tj. w przypadku wystąpienia uzasadnionej obawy, że taki sposób porozumiewania się może być wykorzystany do utrudniania postępowania karnego albo popełnienia przestępstwa²⁴. Mimo tego, jak słusznie wskazał Stefan Lelental, umożliwienie osobom tymczasowo aresztowanym korzystania z porozumiewania się telefonicznego, choćby z pewnymi zastrzeżeniami, stanowiło zasadniczą zmianę w porównaniu do wcześniej obowiązującej regulacji²⁵.

W czerwcu 2022 r. do Sejmu RP wpłynął projekt ustawy o zmianie Kodeksu karnego wykonawczego oraz niektórych innych ustaw. Stanowił on efekt prac legislacyjnych przeprowadzonych w Ministerstwie Sprawiedliwości oraz Centralnym Zarządzie Służby Więziennej. Celem, który przyświecał ustawodawcy do podjęcia prac nad nowelizacją, była m.in. poprawa poziomu bezpieczeństwa w jednostkach penitencjarnych, a także ochrona przed sprawcami

²¹ Wyrok TK z 25 listopada 2014 r., sygn. akt K 54/13, Dz.U. z 2014 r., poz. 1707.

²² Uzasadnienie rządowego projektu do ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw.

²³ Art. 217c ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2015 r., poz. 369).

²⁴ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2015, art. 217c.

²⁵ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 217c.

najcięższych rodzajowo przestępstw i usprawiedliwienie procedur związanych z wykonywaniem kar oraz środka zabezpieczającego w postaci tymczasowego aresztowania²⁶. Jako jedno z rozwiązań wyszczególnionych w projekcie wskazano „uregulowanie sposobu realizacji przez skazanego i tymczasowo aresztowanego rozmów telefonicznych za pomocą samoinkasującego aparatu telefonicznego i innych środków łączności oraz zmianę zasad kontroli rozmów w zakładach karnych typu zamkniętego i typu otwartego”²⁷. W konsekwencji ustawa z dnia 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw wprowadziła w życie zasadnicze modyfikacje normy prawnej wyrażonej w art. 217c k.k.w.

Wprowadzone zmiany nadały nowe brzmienie § 1 oraz dodały §§ 1a–c w art. 217c k.k.w., które stwarzają tymczasowo aresztowanym możliwość realizacji prawa do obrony w zakresie kontaktu z obrońcą za pomocą samoinkasujących aparatów telefonicznych. Jednocześnie analizowana norma prawa umożliwiła wprowadzenie zakazu korzystania z innych środków komunikacji niż samoinkasujący aparat telefoniczny. Jak słusznie zauważa Jerzy Lachowski, w świetle dyspozycji art. 217c § 1 pkt 2 k.k.w. wskazany zakaz ma charakter bezwzględny, o czym świadczy użyte sformułowanie „nie może korzystać”. W konsekwencji organ dysponujący nie może wyłączyć lub ograniczyć zastosowania powyższego zakazu również poprzez wydanie zarządzenia odpowiedniej treści²⁸.

W odniesieniu do kwestii zakresu podmiotowego rzeczzonego zakazu należy wskazać, że ma on zastosowanie do każdej osoby, z którą osoba tymczasowo aresztowania chciałaby się porozumiewać za pośrednictwem innych niż aparat telefoniczny środków łączności przewodowej lub bezprzewodowej.

Z uwagi na dyspozycję § 1 art. 217c k.k.w, szczegółowe zasady korzystania przez osoby tymczasowo aresztowane z aparatu telefonicznego zostały określone w §§ 25–28 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania²⁹.

Zgodnie z § 25 ust. 2 wskazanego rozporządzenia, który został uznany za uchylony, „organ dysponujący w zarządzeniu podaje numer telefonu oraz imię i nazwisko odpowiednio obrońcy lub pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym lub osoby najbliższej”³⁰.

²⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 21 czerwca 2022 r., druk nr 2376.

²⁷ Ibidem.

²⁸ J. Lachowski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 217c.

²⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2022 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania (Dz.U. z 2022 r., poz. 2848).

³⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania (Dz.U. z 2016 r., poz. 2290), uznany za uchylony, § 25 ust. 2.

Wskazana regulacja budziła istotne obawy dotyczące naruszania prawa do obrony w postaci kontaktu telefonicznego z obrońcą z uwagi na to, że ogranicza i odsuwa w czasie jego realizację, najczęściej z przyczyn techniczno-organizacyjnych. Przyczyny te sprowadzały się do kwestii rozpoznania wystosowanego przez obrońcę wniosku o wyrażenie zgody na kontakt telefoniczny przez organ, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany, w formie zarządzenia o wyrażeniu zgody na taki kontakt.

Czas niezbędny do podjęcia czynności techniczno-organizacyjnych związanych ze złożeniem, rejestracją, rozpoznaniem wniosku, a także fizycznym wydaniem zarządzenia i zgłoszeniem się z tym zarządzeniem do aresztu śledczego znacznie ogranicza prawo tymczasowo aresztowanego do kontaktu telefonicznego z obrońcą.

Dodatkowe utrudnienie do korzystania z prawa do obrony stanowi regulacja § 1a art. 217c k.k.w., stanowiącego że „tymczasowo aresztowany może korzystać co najmniej raz w tygodniu w terminach ustalonych w porządku wewnętrznym obowiązującym w areszcie śledczym z samoinkasującego aparatu telefonicznego”³¹ m.in. do kontaktu z obrońcą. Do tej pory k.k.w. nie przewidywał uprawnień do określenia minimalnej liczby rozmów telefonicznych. Praktyką wielu jednostek penitencjarnych było umożliwianie wykonywania telefonów do obrońców znacznie częściej, w niektórych przypadkach nawet codziennie. W konsekwencji wprowadzenie ustawowej regulacji może prowadzić do zmiany regulacji wewnętrznych jednostek na niekorzyść osób tymczasowo aresztowanych.

Znowelizowane przepisy k.k.w. dopuszczają co prawda możliwość skorzystania przez osoby tymczasowo aresztowane z dodatkowej, wykraczającej poza terminy wymienione w porządku wewnętrznym jednostki penitencjarnej rozmowy z podmiotami, o których mowa w art. 8 § 3 k.k.w., za zgodą dyrektora zakładu karnego lub aresztu śledczego, jednak może to nastąpić jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Dotyczy to sytuacji, gdy terminy wyznaczonych czynności procesowych wymagają niezwłocznego przeprowadzenia rozmowy. Nie można przy tym uznać za zasadne twierdzenia, że kontakty obrońcy z tymczasowo aresztowanym powinny być uzależnione od wyznaczonych czynności procesowych podejmowanych w sprawie, gdyż realizowanie niczym nieskrępowanego prawa do obrony jest możliwe jedynie, gdy jest dostępne do zrealizowania na różnych etapach postępowania w zależności od potrzeb uzyskania takiego kontaktu przez tymczasowo aresztowanego oraz jego obrońcę. Zatem omawiane prawo nie może być w żaden sposób ograniczane pod względem częstotliwości oraz czasu³². Zgodnie z regulacją art. 217c

³¹ Art. 217c § 1a k.k.w.

³² Uwagi Rzecznika Praw Obywatelskich do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, znak sprawy: IX.022.1.2021, s. 11.

§ 2 k.k.w. „organ, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje, wydaje zarządzenie o zgodzie na korzystanie z aparatu telefonicznego, chyba że zachodzi uzasadniona obawa, że zostanie ona wykorzystana: 1) w celu bezprawnego utrudniania postępowania karnego; 2) do popełnienia przestępstwa, w szczególności podżegania do przestępstwa”³³.

Zarządzenie o zgodzie na kontakt telefoniczny powinno być wydane przez organ dysponujący bezzwłocznie³⁴. Jak słusznie zauważają Anna Drozd i Jacek Szymański, problem czasowy związany z rozpoznaniem takiego wniosku pojawia się w praktyce. Mianowicie proces ten od momentu złożenia wniosku może trwać kilka lub kilkanaście dni, w czasie których brak jest możliwości kontaktu telefonicznego tymczasowo aresztowanego z obrońcą, co może stanowić istotny problem w realizacji prawa do obrony, w szczególności na początkowym etapie postępowania³⁵.

W świetle dyspozycji nowo wprowadzonego cytowanego § 2, należy podkreślić, że wymienia on wprost przesłanki, które skutkują brakiem wydania zgody na korzystanie przez tymczasowo aresztowanego z aparatu telefonicznego. Jak podkreśla J. Lachowski, „żadne inne podstawy nie mogą stanowić przyczyny odmowy wyrażenia zgody na korzystanie z aparatu telefonicznego przez tymczasowo aresztowanego”³⁶. W tym miejscu należy podkreślić, że organ, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany, nie może odmówić mu zgody na kontakt z obrońcą, jednak znowelizowana regulacja pozostawia możliwość niejako utrudnienia kontaktu poprzez wydanie zgody na jednorazowy kontakt telefoniczny. Powyższe wynika z tego, że prawo tymczasowo aresztowanego z obrońcą może być umożliwione jedynie na skutek decyzji wydanej przez organ dysponujący.

Zgodnie z regulacją zawartą w § 3, gdy „tymczasowo aresztowany pozostaje do dyspozycji kilku organów, wymagana jest zgoda każdego z nich [na kontakt telefoniczny z obrońcą], chyba że organy te zarządzają inaczej”³⁷. Dodatkowo w § 3a jako zasadę przyjęto rozwiązanie dotyczące obowiązywania zarządzenia o „zgodzie na wielokrotne korzystanie z aparatu telefonicznego do kontaktu z obrońcą do chwili zakończenia wykonywania tymczasowego aresztowania, bez względu na zmianę organu, do którego dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje”³⁸. Zgoda ta przestaje obowiązywać po przekazaniu sprawy do sądu, tj. po wniesieniu aktu oskarżenia. W tej sytuacji niezbędne jest wydanie nowego zarządzenia przez sąd. Natomiast do momentu

³³ Art. 217c § 2 k.k.w.

³⁴ § 190 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2017 r., poz. 1206).

³⁵ A. Drozd, J. Szymański, *Tymczasowe aresztowanie*, Wrocław 2020, s. 43.

³⁶ J. Lachowski, op. cit., art. 217c k.k.w.

³⁷ Art. 217c § 3 k.k.w.

³⁸ Art. 217c § 3a k.k.w.

dostarczenia go do aresztu śledczego osoba tymczasowo aresztowana nie może wykonywać połączeń telefonicznych do obrońcy³⁹.

Co istotne, zgodnie § 4 analizowanego przepisu prawa decyzja w przedmiocie udzielenia zgody na kontakt telefoniczny jest zaskarżalna. W przypadku wydania przez organ zarządzenia o braku zgody na korzystanie z aparatu telefonicznego tymczasowo aresztowanemu lub jego obrońcy przysługuje zażalenie, które rozpoznaje sąd, do którego dyspozycji pozostaje. Natomiast zażalenia na zarządzenia prokuratora rozpoznaje prokurator nadrzędny. Zgodnie z dyspozycją § 339 ust. 5 regulaminu urzędowania sądów powszechnych „zażalenie na zarządzenie o odmowie wyrażenia zgody na korzystanie z aparatu telefonicznego sąd powinien rozpoznać w ciągu 48 godzin od chwili otrzymania zażalenia”⁴⁰. Dodatkowo §§ 5 i 6 tego przepisu prawa wskazują na możliwość realizacji uprawnienia wynikającego z normy art. 217c § 1 k.k.w. przez przywięzienne zakłady pracy.

Osoba tymczasowo aresztowana, jak i oskarżona, zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania karnego, może posiadać maksymalnie trzech obrońców. W sytuacji gdy rzeczywiście tymczasowo aresztowany posiada więcej niż jednego obrońcę, ma prawo uzyskania możliwości do wykonania połączenia telefonicznego z każdym z nich. Czas połączeń telefonicznych z obrońcom nie jest limitowany⁴¹.

Jednakże utrudnienie korzystania z tego prawa pojawia się w kontekście konieczności zgłoszenia prośby o doprowadzenie do aparatu telefonicznego celem kontaktu z obrońcą. W porządku wewnętrznym każdej jednostki penitencjarnej ustalane są konkretne dni i godziny, w jakich jest możliwe wykonanie połączenia. Tymczasowo aresztowany może wskazać w swej prośbie, w jakiej godzinie chciałby wykonać połączenie, ale nie ma gwarancji, że taka prośba zostanie spełniona. W związku z tym może zdarzyć się sytuacja, że obrońca nie odbiera telefonu z uwagi na inne podejmowane przez niego czynności. Przepisy prawa nie określają liczby podejmowanych prób połączenia przez tymczasowo aresztowanego. Porządek wewnętrzny reguluje czas korzystania z aparatu telefonicznego, którego nie należy utożsamiać z czasem trwania rozmowy⁴². Wobec czego za niezgodną z prawem należy uznać odmowę podję-

³⁹ § 107 ust. 6 rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz.U. z 2020 r., poz. 869).

⁴⁰ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2022 r., poz. 2514).

⁴¹ § 28 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2022 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania (Dz.U. z 2022 r., poz. 2848).

⁴² Ibidem.

cia ponownej próby połączenia telefonicznego, w przypadku gdy osoba, z którą próbuje się nawiązać połączenie, nie odbiera.

Z kolei § 28 ust. 3 regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania przewiduje możliwość wydania w stosunku do tymczasowo aresztowanego zgody na wykonanie dodatkowego połączenia. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach tymczasowo aresztowany może wystąpić do dyrektora aresztu śledczego z pisemną prośbą o wyrażenie zgody na wykonanie dodatkowego połączenia telefonicznego. W piśmie powinny zostać wskazane wyjątkowe okoliczności, które przemawiają za wydaniem zgody. Dyrektor jednostki ma prawo, ale nie obowiązek, do udzielenia zgody, wobec czego ma pozostawioną pełną swobodę przy dokonaniu oceny wskazanych w piśmie okoliczności i na tej podstawie udzielać lub odmawiać zgody na dodatkowe połączenie.

Wnioski

W myśl art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każda osoba, przeciwko której toczy się postępowanie karne, ma prawo do prowadzenia obrony na wszystkich etapach toczącego się postępowania. Zgodnie z regulacją art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „prawo do obrony może podlegać ograniczeniom, jednak te ograniczenia mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, nie mogą też naruszać istoty wolności i praw”⁴³. Co prawda zmiany wprowadzone ostatnią nowelizacją k.k.w. zostały wprowadzone w drodze ustawy, to dokonanie ich szczegółowej analizy prowadzi do wniosku, że nie spełniają one przesłanki konieczności wprowadzenia ograniczenia możliwości i częstotliwości kontaktu telefonicznego tymczasowo aresztowanego z obrońcą. W dalszej perspektywie może to prowadzić do naruszenia przysługującego im prawa do obrony.

Zgodnie z treścią znowelizowanego przepisu rozmowy tymczasowo aresztowanego z obrońcą „mogą być prowadzone co najmniej raz w tygodniu w terminach określonych w porządku wewnętrznym zakładu karnego lub aresztu śledczego”⁴⁴. Takie brzmienie normy prawnej – zdaniem autorki – rodzi uzasadnioną obawę, że zostanie wprowadzona zasada jednej rozmowy telefonicznej w tygodniu z podmiotami określonymi w art. 8 § 4 k.k.w. Powoduje to kolejną, jeszcze dalej idącą obawę – że w sytuacji gdy tymczasowo aresztowany w jednym tygodniu skorzysta z możliwości kontaktu telefonicz-

⁴³ Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

⁴⁴ Art. 217c § 1a k.k.w.

nego z rodziną, funkcjonariusze Służby Więziennej będą mogli odmówić takiej osobie kontaktu z obrońcą, gdyż wykorzystał już możliwość przeprowadzenia rozmowy telefonicznej w danym tygodniu. W konsekwencji kontakt telefoniczny z obrońcą sprowadzony do jednej rozmowy w tygodniu nie daje gwarancji wykonywania obrony w należyty sposób i właściwego reprezentowania interesów osób osadzonych w toczących się postępowaniach karnych. Dodatkowo należy podkreślić, że prawo do obrony wymaga, by kontakt z obrońcą był swobodny, a także możliwie łatwy, również w przypadku tych podejrzanych, którzy są już pozbawieni wolności. W związku z tym realizacja prawa do obrony nie powinna być limitowana i uzależniona od częstotliwości i czasu trwania rozmów.

Oczywiście, jak wskazano w poprzedniej części artykułu, tymczasowo aresztowanemu przysługuje prawo do wykonania dodatkowego połączenia telefonicznego w uzasadnionych wypadkach, gdy na taką konieczność wskazują wyznaczone terminy czynności procesowych. Jednak ustawodawca pozostawił dużą swobodę decyzyjną w stosunku do organów rozpatrujących takie wnioski. Co więcej, możliwość wykonywania skutecznego i niczym nieskrępowanego prawa do obrony jest możliwa, gdy nie jest ograniczona żadnymi wytycznymi, w tym wyznaczonymi terminami czynności procesowych. Kontakty tymczasowo aresztowanego z obrońcą mogą wymagać znacznie większej intensyfikacji na różnych etapach postępowania.

W odniesieniu do kwestii praktycznych należy wskazać, że rozwiązanie przyjęte w znowelizowanej ustawie, dotyczące konieczności wystosowania wniosku do organu, do którego dyspozycji pozostaje tymczasowo aresztowany o udzielenie zgody na kontakt telefoniczny, stanowi nieuzasadnioną zwłokę w realizacji przysługującego prawa do obrony. Mimo że treść art. 217 § 2 k.k.w. wskazuje, iż organ procesowy ma obowiązek wydania takiej zgody, a jej odmowa może nastąpić jedynie w ściśle określonych w tej normie prawnej przypadkach, to czas potrzebny na podjęcie czynności czysto technicznych związanych ze sformułowaniem i złożeniem wniosku oraz jego rozpatrzeniem powoduje na tym etapie postępowania ograniczenie realizacji prawa do obrony. Co więcej, wydania kolejnej zgody na kontakt telefoniczny tymczasowo aresztowanego z obrońcą wymaga sytuacja, w której przeciwko tymczasowo aresztowanemu toczy się przed innym organem kolejne postępowanie karne. W takim wypadku niezbędne jest uzyskanie zgody na kontakt, wydanej przez wszystkie organy, do których dyspozycji tymczasowo aresztowany pozostaje. Problemy techniczne może również powodować zmiana sygnatury akt sprawy, jednostki prokuratury prowadzącej postępowanie czy skierowanie sprawy na drogę postępowania sądowego.

Podsumowując, można wywnioskować, że znowelizowana norma prawna art. 217c k.k.w., regulująca wykonywanie kontaktów telefonicznych między tymczasowo aresztowanym a obrońcą, w znacznym stopniu ogranicza to pra-

wo. Ponadto nakłada wymóg spełnienia dodatkowych czynności technicznych w postaci złożenia stosownego wniosku o umożliwienie kontaktu. Co istotne, znowelizowane przepisy prawa nie przewidują żadnych innych, nowych rozwiązań, które zabezpieczałyby realizację efektywnego i realnego prawa do obrony w odniesieniu do możliwości kontaktu telefonicznego osoby tymczasowo aresztowanej z obrońcą.

Wykaz literatury

- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Dąbkiewicz K., *Tymczasowe aresztowanie*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Drozd A., Szymański J., *Tymczasowe aresztowanie*, Wyd. Prawo Anny, Wrocław 2020.
- Garlicki L., *Prawo Konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1–2, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Holda Z., Holda J., Migdał J., Żórawska B., *Prawo karne wykonawcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Izydorczyk J., *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Lachowski J., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Stefański R.A., *Środki zapobiegawcze w nowym k.p.k.*, Wolters Kluwer, Warszawa 1998.
- Szymanowski T., Migdał J., *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Wiliński P., *Zasady procesu karnego*, cz. 2, seria: System Prawa Karnego Procesowego, t. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

Summary

Amendment of article 217c of the Executive Penal Code and the restriction of the right to defence

Keywords: Executive Criminal Law, right to defence, remand prisoner, telephone contact, contact with a defence lawyer.

The Constitution of the Republic of Poland in Art. 42 sec. 2 guarantees all persons against whom criminal proceedings are pending the right to defence. The implementation of this right in relation to persons under temporary arrest manifests itself, among others, in contacting the attorney by phone. This issue has been regulated in Art. 217c of the Executive Penal Code. The recent amendment to this provision of law raises many doubts regarding the possibility of the uninterrupted exercise of the right to defence guaranteed in

the Constitution of the Republic of Poland at all stages of the proceedings. This article aims to analyze the rights of persons under temporary arrest in the context of their ability to use means of distance communication to exercise their rights of defence. In addition, consider whether the changes introduced by the legislator have a real impact on implementing this right in practice. The current legal norm regulating telephone contact between a detained person and a defence lawyer significantly limits this right. In addition, it imposes on the detained person or his defender the obligation to perform additional technical activities in the form of submitting an appropriate request for contact. This leads to a time limitation of the exercise of the right to defence, which should be unrestricted at every stage of the proceedings.

Anna Hernacka-Janikowska

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-2393-8950

annahernacka@interia.pl

(Nie)bezpieczeństwo dziecka w sieci – analiza krytyczna zjawiska sharentingu, troll parentingu i monetyzacji wizerunku dziecka

Wstęp

Rozwój nowych technologii i mediów społecznościowych spowodował, że coraz więcej osób chętnie dzieli się swoją codziennością z innymi użytkownikami Internetu, często czyniąc to bez większej refleksji na temat udostępnianych informacji czy zdjęć. Nie jest dziś rzeczą skomplikowaną, by np. dowiedzieć się, gdzie pracują poszczególni użytkownicy sieci lub gdzie spędzili swoje ostatnie wakacje. O ile jednak dorośli są głównymi decydentami udostępnianych przez siebie informacji, o tyle bardzo często wizerunek dziecka jest wykorzystywany bez zgody samych zainteresowanych. Mimo że Internet i media społecznościowe są dużą częścią naszego codziennego życia oraz stanowią istotny dla młodego pokolenia środek komunikowania i rozrywki, wypełniając znamiona niekiedy stałego elementu socjalizacji, to jednak zautomatyzowane działania i nadmierna ekspozycja pewnych treści oraz informacji w Internecie może budzić poważne wątpliwości nie tylko natury etycznej czy moralnej, ale również prawnej.

Warto wskazać, tworząc ilościowy obszar niniejszych rozważań, jaka jest skala korzystania z Internetu oraz mediów społecznościowych. Zgodnie ze statystykami w styczniu 2023 r. 5,16 mld ludzi na świecie korzystało z Internetu (64,4% całej populacji), a z mediów społecznościowych – 4,76 mld ludzi (59,4% światowej populacji)¹.

¹ *Digital population worldwide*, <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/> (data dostępu: 27.02.2023).

Istota sharentingu

Jednym z kluczowych zagadnień z perspektywy poruszanej problematyki jest zjawisko sharentingu, które definiowane jest jako nadmierne udostępnianie w sieci wirtualnej wizerunku swojego dziecka i informacji z nim związanych. Termin ten powstał poprzez połączenie słów *share* ('dzielić się, rozpowszechniać, udostępniać') oraz *parenting* ('pełnienie roli rodzicielskiej i bycie rodzicem')². Areną, na której dochodzi do upubliczniania wizerunku dziecka, są najczęściej media społecznościowe, a dokładniej prywatne konta rodziców. Ponadto sharenting stanowi pewnego rodzaju obszar wymiany doświadczeń, myśli i informacji istotnych z perspektywy wychowania dziecka³.

Zgodnie z jedną z definicji sharenting polega na „(...) regularnym zamieszczaniu w mediach społecznościowych szczegółowych informacji (zdjęć, filmików i innych treści) o swoich dzieciach”⁴. Dodatkowym desygnatem dla przedmiotowego zjawiska zdaniem Obserwatorium Językowego Uniwersytetu Warszawskiego jest bezrefleksyjność działań rodziców⁵.

Istota troll parentingu

Innym niebezpiecznym z perspektywy dobra dziecka zjawiskiem jest troll parenting, który definiowany jest najczęściej jako udostępnianie i dzielenie się treściami, które w sposób bezpośredni kompromitują dzieci bądź ukazują trudne, wstydlive momenty z ich życia⁶. Rodzice umieszczają tego typu treści na swoich serwisach społecznościowych. Ponadto została stworzona specjalna strona internetowa *Reasons My Son Is Crying*, na której zamieszczane są zdjęcia płaczących dzieci opatrzone podpisami powodów, przez które dziecko na zdjęciu znajduje się w tak trudnej emocjonalnie chwili, np. „Nie pozwoliłem mu otworzyć puszek z piwem”, „Odkrył, że zupa jest domowa”, „Zjadłem krawca, którego włożyła mi do ust”⁷.

² A. Brosch, *Sharenting – nowy wymiar rodzicielstwa?*, „Świat Małego Dziecka” 2017, nr 17(42), s. 380.

³ P. Uram, M. Reiter, O. Graf, *Sharenting – kreowanie i ochrona wizerunku dzieci w social mediach*, „Pedagogika Społeczna” 2020, nr 2(76), s. 155.

⁴ J. Uliasz, *Prawna ochrona prywatności oraz wolności dzieci w internecie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, nr 110, s. 287.

⁵ Hasło: sharenting, <https://nowewyrazy.uw.edu.pl/haslo/sharenting.html?pdf=1> (data dostępu: 13.03.2023).

⁶ B. Chrostowska, *Sharenting – skala i wielowymiarowość zjawiska (nierozważnego) ujawniania przez rodziców informacji o dzieciach w mediach społecznościowych*, „Problemy Wczesnej Edukacji” 2018, nr 4(43), s. 59.

⁷ *Reasons My Son is Crying*, <https://www.facebook.com/ReasonsMySonCry> (data dostępu: 29.01.2023).

Zdjęcia te, które w przypadku odbiorcy mogą stanowić wątpliwe walory etyczno-moralne, dla rodziców są element zabawnych momentów z życia dziecka. Co więcej, rodzice często udostępniają zdjęcia dzieci, które są nagie albo w samej bieliźnie. Jak wynika z badań, które realizował australijski rząd i komisarz ds. bezpieczeństwa wirtualnego dzieci, ponad połowa zdjęć znajdująca się na portalach pedofilskich pochodziła właśnie z mediów społecznościowych rodziców⁸.

Istota monetyzacji wizerunku dziecka

Poprzez termin „monetyzacja wizerunku dziecka” mamy na myśli takie wykorzystanie wizerunku dziecka, aby uzyskać korzyść materialną. Podstawą dla dalszych rozważań będzie zjawisko monetyzacji w obliczu mediów społecznościowych. W ramach rozważań podjętych w niniejszym artykule wyłączeniu podlegać będzie m.in. spot reklamowy, którego idea jest zaaranżowanie scen pod konkretny scenariusz. Zatem monetyzacja wizerunku dziecka stanowi działanie zaplanowane i najczęściej z prawnego punktu widzenia sformalizowane.

Wspomniane zjawisko polega przede wszystkim na ukazywaniu życia codziennego w mediach społecznościowych i temporalnym lokowaniu określonych produktów w celu uzyskania korzyści majątkowej. Korzyścią może być zapłata finansowa lub wręczenie reklamowanego produktu. Żeby mówić o efektywnej monetyzacji, należy uprzednio zbudować odpowiednie grono odbiorców, osób obserwujących, którzy skłonni będą np. zakupić reklamowany produkt. Pożądane jest również pozostawianie komentarzy, reakcji w odpowiedzi na obserwowany film lub zdjęcie, a także ich udostępnianie szerszemu gronu odbiorców. Sceny wymagające zareklamowanie danego produktu, choć z życia codziennego, są dokładnie analizowane i aranżowane tak, by trafiły do jak największej liczby obserwujących. Uchwycone są odpowiednie momenty, kadry, oświetlenie, które w realiach niestudijskich wypełniają założoną estetykę.

Dzieci występujące w tego typu materiałach promocyjnych często nie są świadome sytuacji, w której się znajdują. Na negatywne przesłanki płynące z tych procesów zwróciła uwagę norweska partia Venstre, która złożyła projekt, w którym zakazuje się publikacji wizerunku i danych dziecka w celach komercyjnych, a zatem np. podczas współpracy reklamowej rodziców dziecka w mediach społecznościowych⁹. Zgodnie z argumentacją partii „kiedy każdy aspekt

⁸ L. Battersby, *Millions of social media photos found on child sites exploitation sharing sites*, <https://www.smh.com.au/national/millions-of-social-media-photos-found-on-child-exploitation-sharing-sites-20150929-gjxe55.html> (data dostępu: 29.01.2023).

⁹ J. Dąbrowska-Cydzik, *Norweska partia chce zakazać pokazywania dzieci w internecie w celach reklamowych*, <https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/norweska-partia-chce-zakazac-pokazywania-dzieci-w-internecie-w-celach-reklamowych> (data dostępu: 10.02.2023).

życia dziecka nagle staje się częścią kampanii marketingowej mamy lub taty, to etycznie nieuzasadnione. Nawet jeśli dziecko wyrazi zgodę na wykonanie zdjęć, nie będzie miało wpływu na to, gdzie i jak zostaną udostępnione i dalej wykorzystywane. [Dzieci] są ofiarami szeroko pojętej i długotrwałej ekspozycji swojego życia – życia, w którym powinny mieć spokój i ciszę, aby [móc się] kształtować”¹⁰.

Zdarzają się sytuacje, w których niewinne reklamowanie produktu przez dziecko przeradza się w stały mechanizm zarobkowy. Dla przykładu słoweńska inspekcja pracy ukarała grzywną w kwocie 1500 euro rodziców, którzy wykorzystywali wizerunek swojego dziecka w celach zarobkowych na profilach społecznościowych. Podstawą prawną dla powyższego działania jest przewidziany zakaz pracy dla dzieci do 15 roku życia¹¹.

Podstawy prawne

Zasadniczym punktem wyjścia do niniejszych rozważań jest prawidłowa eksplanacja terminu „wizerunek”. W polskim porządku prawnym brak jest jednak jego legalnej, normatywnej definicji. Zgodnie z definicjami słownikowymi wizerunek to podobizna na zdjęciu, rysunku, obrazie itp.¹² Podobne stanowisko z perspektywy naukowej i prawnej przyjął Sąd Apelacyjny w Katowicach w swoim orzecznictwie: „Przez pojęcie wizerunku należy rozumieć każdą podobiznę bez względu na technikę wykonania, a więc fotografię, rysunek, wycinankę sylwetki, film, przekaz telewizyjny bądź przekaz wideo”¹³. Istotne aspekty związane z definiowaniem wizerunku przedstawiono również w orzecznictwie z 2009 r.: „(...) przeważa stanowisko, w którym wybijają się dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród ludzi, jako obraz fizyczny, portret, rozpoznawalną podobiznę”¹⁴. Poza wymienionymi cechami, które mogą pozwolić na jednoznaczную identyfikację osoby na podstawie zaprezentowanego wizerunku, należy również wskazać również na dodatkowe elementy, które wpływają na aspekt rozpoznawalności, tj. ubiór, sposób poruszania się, gesty, makijaż, rekwizyty¹⁵.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ *Rodzice-influencerzy ukarani za pracę dziecka w social mediach*, <https://www.wirtualnemedia.pl/arttykul/rodzice-influencerzy-ukarani-za-prace-dziecka-w-social-mediach-gdzie-slowenia-jaka-kara> (data dostępu: 10.02.2023).

¹² Hasło: wizerunek, <https://sjp.pwn.pl/sjp/;2579940> (data dostępu: 6.03.2023).

¹³ Wyrok SA w Katowicach z 28 maja 2015 r., sygn. akt I ACa 158/15.

¹⁴ Wyrok SN z 15 października 2009 r., sygn. akt I CSK 72/09, OSNC 2010, Nr A, poz. 29

¹⁵ E. Jóźwiak, *Ochrona wizerunku w mediach*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3, s. 64–65.

Ponadto, jak wynika z przepisów normatywnych, wizerunek jest dobrem osobistym człowieka wynikającym bezpośrednio z zapisów art. 23 Kodeksu cywilnego, co zostanie szerzej zanalizowane w dalszej części artykułu.

Polskie ustawodawstwo nie odnosi się wprost do sharentingu, troll parentingu bądź monetyzacji wizerunku dziecka. Czyni to kumulatywnie, przybliżając przepisy prawne kilku fundamentalnych aktów prawnych. Z perspektywy prawnokarnej znamienny będzie przepis art. 191a § 1 Kodeksu karnego, który stanowi w swojej istocie o naruszeniu intymności poprzez utrwalanie wizerunku nagiej osoby. Zgodnie z powyższym artykułem „kto utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp, albo wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”¹⁶. Wydawać by się mogło, że przepis ten pozostaje w zrozumiałej korelacji ze zjawiskiem sharentingu i/lub troll parentingu poprzez chociażby udostępnianie na portalach społecznościowych zdjęć dzieci, nierzadko nagich, podczas codziennych czynności, np. kąpieli dziecka, przewijaniu pieluszki bądź wypoczynku na plaży. Niemniej jednak przepis ten nie wyczerpuje całościowo negatywnych następstw sharentingu, bowiem ogranicza jedynie zakres kryminalizacji do sytuacji, w której ukazany zostanie wizerunek nagiego dziecka. Natomiast zjawisko sharentingu ma o wiele więcej desygnatów, które związane są chociażby szerzej z publikowaniem zdjęć, na których dziecko pozostaje w niezręcznej lub dwuznacznej sytuacji.

Momentem przełomowym, potwierdzającym zasadność rozszerzenia stopnia kryminalizacji powyższych sytuacji, był prawomocny wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w 2017 r. Sprawa dotyczyła wówczas skazania mężczyzny, który umieścił na jednym z popularnych portali społecznościowych zdjęcie nagiego syna, który w jednej ręczce trzymał butelkę z napojem alkoholowym, a w drugiej swoje genitalia¹⁷. Sprawę zgłosiła matka chłopca, choć w toku sprawy ujawniono, że również i ona umieszczała nagie zdjęcia syna w Internecie. Zdjęcia te co prawda stanowiły pamiątkę wakacyjną i były robione na plaży, jak również prezentowały wizerunek dziecka podczas kąpieli, natomiast w związku z zaistniałymi okolicznościami sąd zmniejszył karę dla mężczyzny z 9 miesięcy ograniczenia wolności na 3 miesiące ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania prac na cele społeczne¹⁸.

Zasadniczą trudnością, którą można napotkać w przedmiotowej problematyce, a która odzwierciedla stan faktyczny powyższej sprawy, jest fakt, że zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 191a § 1 może

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1138), art. 191a § 1.

¹⁷ W. Quader, *Parental trolling – wybrane zagadnienia prawne*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2019, nr 32(3), s. 139–140.

¹⁸ Ibidem, s. 140.

nastąpić jedynie na wniosek osoby pokrzywdzonej. W tym przypadku wnioskodawcą może być drugi rodzic. Zdarzają się jednak sytuacje, kiedy oboje rodziców umieszczają i rozpowszechniają wizerunek swojego dziecka w sieci. Słuszny hipotetycznie jest zatem pogląd, co do którego należałoby wprowadzić zmianę polegającą na wdrożeniu możliwości ścigania sprawców tego typu przestępstw z oskarżenia publicznego. Niestety, taki zabieg w swojej istocie mógłby przyczynić się do eskalacji zgłoszeń i nadużyć w przedmiotowych sytuacjach, z uwagi na różne wrażliwości odbiorców tego typu treści¹⁹.

Tym, co z prawnokarnego punktu widzenia może okazać się kluczowe, rozpatrując zagadnienie sharentingu i/lub troll parentingu w kontekście przytoczonego wyżej artykułu, jest aspekt pornografii dziecięcej z art. 202 § 1 Kodeksu karnego, zgodnie z którym „kto publicznie prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”²⁰.

Aspekty dotyczące coraz powszechniejszego zjawiska sharetningu, troll parentingu oraz zabiegu monetyzacji wizerunku dziecka podejmowane są również na gruncie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Zasadniczy w tym miejscu jest art. 95 § 1, który określa istotę władzy rodzicielskiej: „Władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw”²¹. Ponadto rozwinięciem § 1 jest § 3 tego artykułu: „Władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny”²². Wskazane zestawienia przepisów stanowią podłoże dla rozpatrywania negatywnych przejawów sharentingu, troll parentingu oraz monetyzacji wizerunku dziecka, akcentując w sposób wyraźny fakt oraz obowiązek poszanowania praw i godności dziecka.

Interesujący w kontekście przytoczonego orzeczenia Sądu Okręgowego w Warszawie jest sposób zdefiniowania władzy rodzicielskiej, a raczej to, kto nią dysponuje i w jakim zakresie. W analizowanym przypadku zarówno ojciec, jak i matka posiadali pełną władzę rodzicielską, więc mogli wyrazić zgodę na upublicznienie wizerunku dziecka, choćby i w takiej nagannej perspektywie, z uwagi na fakt, że dziecko nie posiadało wówczas zdolności do czynności prawnych (dziecko miało 2 lata)²³.

Kluczową podstawą prawną wobec niwelowania tych negatywnych zjawisk jest art. 23 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „dobra osobiste człowieka,

¹⁹ R. Prankcz, *Prawnokarne aspekty umieszczania w internecie wizerunku dziecka*, <https://wyborcza.pl/7,162657,28158501,prawnokarne-aspekty-umieszczania-w-internecie-wizerunku-dziecka.html> (data dostępu: 25.01.2023).

²⁰ Art. 202 § 1 Kodeksu karnego.

²¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 2022 r., poz. 2140).

²² Art. 95 § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

²³ W. Quader, op. cit., s. 141.

jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”²⁴. Wobec powyższego dziecko posiada dobra osobiste w postaci ochrony m.in. swojego wizerunku.

Fundamentem prawnym, a zarazem rozwinięciem analizowanego zagadnienia prawnocywilnego jest z całą pewnością Konstytucja RP, która w myśl art. 30 traktuje o godności ludzkiej: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”²⁵. Z racji tego, że ustawa zasadnicza stanowi najważniejszy hierarchicznie dokument prawny w państwie, stanowi podstawę do dalszych rozważań prawnych w oparciu o tożsamy wymiar aksjonormatywny w niej zawarty.

Z perspektywy prawnych rozwiązań międzynarodowych istotny będzie zapis art. 16 Konwencji o prawach dziecka, zgodnie z którym „żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję ani bezprawnym zamachom na jego honor i reputację”²⁶. W ust. 2 tego artykułu stwierdza się również o posiadanej przez dziecko prawnej ochronie przeciwko tego rodzaju czynnościom²⁷.

Przyczyny zjawiska

Interesujący aspekt niniejszych rozważań może stanowić refleksja nad przyczynami wspomnianego zjawiska udostępniania wizerunku dziecka. Warto zatem zadać sobie pytanie, dlaczego rodzice tak chętnie, często bezrefleksyjnie, umieszczają nie tylko zdjęcia swoich dzieci w Internecie, ale również podstawowe dane o nich w postaci imienia, nazwiska, daty urodzenia itp.

Pierwszym powodem jest fakt, że wraz z narodzinami dziecka bezpośrednie kontakty towarzyskie ulegają pewnym ograniczeniom. Z uwagi na to, że komunikacja za pośrednictwem mediów społecznościowych jest łatwo dostępna i szybka, rodzice chętnie dzielą się swoimi momentami życia wraz z nowo narodzoną pociechą. Zaznacza się zatem, że „sharenting pełni istotną funkcję w kształtowaniu i utrzymaniu kapitału społecznego młodych rodziców”²⁸.

²⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1360).

²⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²⁶ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526 ze zm.).

²⁷ Art. 16 ust. 2 Konwencji o prawach dziecka.

²⁸ A. Brosch, op. cit., s. 382.

Drugim powodem może być chęć obserwacji życia innych rodziców i tym samym dokonywanie pewnego rodzaju komparatystyki, co z perspektywy teorii porównań społecznych znajduje swoje uzasadnienie w chęci odnalezienia m.in. swojej własnej tożsamości grupowej²⁹. W kontekście powyższego chęć pokazania świata swojego dziecka znajduje swoje naukowe uzasadnienie.

Kolejny powód zjawiska troll parentingu dotyczy perspektywy rodzica, według którego dziecko znajduje się w zabawnej sytuacji, co ma wzbudzić w odbiorcy pozytywne skojarzenia, śmiech. Przyczyną tego typu rzeczy może być chęć uzyskania aprobaty i/lub podziwu dla zaistniałej sytuacji.

Przesłanką, z którą mamy do czynienia, dotyczącą wręcz nadmiernego eksponowania wizerunku własnego dziecka, jest rodzicielska duma. I choć wydawać by się mogło to rzeczą naturalną i zrozumiałą – wszak domeną rodzicielstwa jest często bycie dumnym ze swojej pociechy, co wiąże się z chęcią podzielenia się tym faktem z innymi – o tyle istotne powinno być nakreślenie granic, do których może ona sięgać.

Z perspektywy mechanizmu monetyzacji wizerunku dziecka powodem udostępniania wizerunku dziecka jest chęć zysku. Gdy już rodzice ugruntują swoją pozycję w mediach społecznościowych, mając sporą liczbę osób obserwujących, zgłaszają się często do nich firmy, proponując zareklamowanie ich produktu. Ponadto mając już ugruntowane grono stałych odbiorców swoich treści, rodzice mogą liczyć na przychylne komentarze, bycie podziwianym, ważnym czy wręcz pewnego rodzaju autorytetem dla wirtualnej społeczności.

Do innych przesłanek zalicza się również m.in. „potrzebę bycia zabawnym w towarzystwie, dążenie do poprawy autoprezentacji, okazywanie dumy ze swoich dzieci, skłonność do informowania znajomych o życiu rodzinnym, udzielanie znajomym porad wychowawczych, proszenie o porady wychowawcze, chęć uzyskania polubień lub innych reakcji od znajomych, stymulowanie rozmowy ze znajomymi, stymulowanie rozmowy z własnymi dziećmi, kolekcjonowanie wspomnień, udzielanie rad znajomym, branie udziału w konkursach internetowych”³⁰.

Skala zjawiska

Kluczowym zagadnieniem z perspektywy podejmowanej problematyki jest ukazanie zjawiska nie tylko poprzez jego eksplanację, ale również zaprezentowanie go w optyce ilościowej. Na potrzeby niniejszego artykułu zaprezentowano statystyki badania przeprowadzonego w 2019 r. dotyczącego zjawiska sharentingu. Dokładna skala pozostałych zjawisk, tj. troll parentingu oraz

²⁹ Ibidem.

³⁰ W. Grabalska, R. Wielki, *Czy dzieci powinny trafiać do sieci? Prawne i kryminologiczne aspekty zjawiska sharentingu*, „Prawo w Działaniu” 2022, nr 49, s. 53.

monetyzacji wizerunku, nie została jeszcze zweryfikowana. Przedstawione wyniki pochodzą z badania „Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci? Pierwszy raport w Polsce na temat wizerunku dzieci w internecie na zlecenie Clue PR”³¹.

Badania zostały przeprowadzone na ogólnopolskiej próbie tysiąca obywateli (65% kobiet i 35% mężczyzn; średni wiek 38 lat; rodzice dzieci w wieku 0–18 lat).

Zgodnie z wynikami badań ok. 40% badanych dokumentuje dorastanie dzieci w mediach społecznościowych, z czego 81% z nich ocenia udostępnianie zdjęć pozytywnie lub neutralnie. Zasadniczo osoby, które nie udostępniają zdjęć dzieci w sieci, deklarują jednocześnie swoje negatywne stanowisko wobec tych czynności.

Badając częstotliwość publikowanych zdjęć należy stwierdzić, że 21% rodziców czyni to raz w tygodniu lub częściej, natomiast 61% rodziców udostępnia tego typu materiały raz w miesiącu lub częściej. Ilościowo są to średnio 72 zdjęcia i 24 filmiki rocznie oraz 6 zdjęć i 2 filmiki miesięcznie.

Najczęściej dokumentowanymi materiałami są odpowiednio: wyjątkowe wydarzenia, np. urodziny (75%), codzienne sytuacje, np. spacer i zabawa (46%), sukcesy i osiągnięcia, np. wygrana w konkursie (44%), kolejne etapy rozwoju dziecka, np. pierwsze kroki (34%), oraz śmieszne sytuacje z życia dziecka, np. zabawne zachowania (30%).

Jedynie 25% ankietowanych rodziców pyta o zgodę dziecka na opublikowanie jego wizerunku, jeśli wiek dziecka pozwala na złożenie takiej deklaracji. Praktyka wskazuje, że wraz z wiekiem rodzice częściej pytają swoje dzieci o zgodę na udostępnienie tego typu materiałów.

Badaniu poddana była również tendencja do przedstawienia, gdzie aktualnie przebywa dziecko. Zgodnie z tym 39% rodziców publikowało materiały wskazujące na aktualny pobyt dziecka, 26% ankietowanych po publikacji materiałów zastanawia się, czy dobrze zrobili, udostępniając takie informacje.

Grupą, do której kierowane są zdjęcia dzieci, to bliscy i znajomi w grupie do 200 osób (42% rodziców deklaruje taką grupę). Natomiast 20% rodziców udostępnia wizerunek dziecka szerszej grupie odbiorców – ponad 200 osób.

Zagrożenia wynikające z publikacji wizerunku dziecka w sieci

Udostępniając wizerunek dziecka w sieci, należy liczyć się z poważnymi konsekwencjami. Pierwszym zagrożeniem, będącym swojego rodzaju punktem

³¹ *Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci? Pierwszy raport w Polsce na temat wizerunku dzieci w internecie na zlecenie Clue PR*, Warszawa 2019.

wyjścia do dalszych rozważań, jest nieodwracalny ślad cyfrowy – nazywamy nim wszystko to, co pozostawiamy po sobie podczas korzystania z Internetu. Można go jednak rozpatrywać w perspektywie dwubiegunowej, która uzależniona jest od czynności podejmowanych przez użytkowników. Zatem rozróżnić można pasywny oraz aktywny ślad cyfrowy. Ten pierwszy związany jest z przypadkowym pozostawieniem po sobie informacji, jak np. adres IP albo historia odwiedzanych witryn.

Drugie z kolei zagrożenie jest związane z naszym aktywnym i celowym działaniem, jak np. udostępnianie zdjęć lub przesyłanie wiadomości mailowych. Należy przypomnieć o pozostawianiu cyfrowego śladu w sieci³². Pytaniem otwartym pozostaje zatem kwestia, w jakim zakresie i czy celowo powiększamy ten ślad. Udostępnianie bowiem wizerunku dziecka w mediach społecznościowych z pewnością wypełnia idee aktywnego śladu cyfrowego bez świadomości dziecka. Co interesujące i jednocześnie niepokojące, cyfrowy ślad dzieci dotyczy również tych jeszcze nienarodzonych, bowiem zgodnie z wynikami badań ślad cyfrowy dzieci w 23% dotyczy publikacji zdjęć płodu³³. Ponadto już w 2010 r. 92% dwuletnich dzieci w Stanach Zjednoczonych posiadało ślad cyfrowy³⁴.

Kolejnym zagrożeniem wynikającym z nadmiernego udostępniania wizerunku dzieci w Internecie jest doxxing. Zjawisko to polega w szczególności na gromadzeniu danych i informacji o innych użytkownikach Internetu. Celem tego działania jest takie wykorzystanie zdobytych informacji, aby ośmieszyć, zawstydzić daną osobę, szantażować ją, uzyskać korzyści majątkowe lub wyrządzić krzywdę głównie o podłożu emocjonalnym³⁵. Z doxxingiem związane jest także zagrożenie cyberbullyingu, który definiowany jest jako „rodzaj przemocy z użyciem nowoczesnych technologii, głównie internetu oraz telefonów komórkowych”³⁶. Zjawisko cyfrowego nękania jest niestety coraz powszechniejsze wśród dzieci i młodzieży. Według badań przeprowadzonych przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową Państwowego Instytutu Badawczego co piąty uczeń padł ofiarą internetowej przemocy. Najczęstszymi formami było odpowiednio wyzywanie (29,7%), ośmieszanie (22,8%), poniżanie (22%), straszenie (13,4%)³⁷.

³² *Cyfrowy ślad*, https://tech-lib.net/definition/digital_footprint.html (data dostępu: 10.02.2023).

³³ Z. Polak (red.), *Cyfrowy ślad małego dziecka*, Warszawa 2021, s. 6, https://dyzurnet.pl/uploads/2021/07/Cyfrowy_slad_malego_dziecka.pdf (data dostępu: 10.02.2023).

³⁴ W. Grabalska, R. Wielki, op. cit., s. 59.

³⁵ *Co to jest doxxing? Jak się przed nim bronić?*, <https://bezpiecznyinternet.edu.pl/doxxing/> (data dostępu: 10.02.2023).

³⁶ Ż. Rachwaniec-Szczecińska, *Cyberbullying – współczesne oblicze przemocy*, <https://web.swps.pl/strefa-psyche/blog/relacje/2180-cyberbullying-wspolczesne-oblicze-przemocy?dt=1676024510476> (data dostępu: 10.02.2023).

³⁷ *Cyberbullying – nękanie w sieci*, <https://www.gov.pl/web/baza-wiedzy/cyberbullying--nekanie-w-sieci> (data dostępu: 10.02.2023).

Zgodnie z polskim porządkiem prawny cyberprzemoc stanowi przestępstwo w myśl art. 190a Kodeksu karnego. Kluczowa jest zatem dbałość o to, co umieszczamy w sieci, tak aby nie stanowiło w późniejszym czasie podłoża dla cyberprzestępców. Może zdarzyć się bowiem, że dziecko, którego rodzic umieści wizerunek w Internecie, stanie się ofiarą cyberprzemocy ze strony rówieśników z powodu udostępnionego zdjęcia krępującego go lub zawstydzającego. Z uwagi na intensyfikację tego negatywnego zjawiska UNICEF stworzył poradnik, w którym można dowiedzieć się o istocie cyberbullyingu oraz jak można jemu przeciwdziałać³⁸.

Z mechanizmem wykorzystywania materiałów internetowych związana jest również kradzież tożsamości. Istotne w tym kontekście jest to, ile i jak szczegółowe informacje zamieszczamy. Jak wynika z badań, prawie 40% Polaków opublikowało więcej niż 100 zdjęć swojego dziecka, 90% podało imię dziecka, a 84% udostępniło datę jego urodzenia³⁹. Niepokojące informacje płyną również z badań przeprowadzonych przez brytyjski bank Barclays, zgodnie z którymi „szacuje się, że do 2030 r. to właśnie sharenting będzie odpowiadał za 2/3 kradzieży tożsamości osób małoletnich, co może generować 670 mln funtów strat związanych z oszustwami finansowymi”⁴⁰. Jednocześnie podkreśla się, że aby doszło do skutecznego mechanizmu kradzieży tożsamości, przestępca potrzebuje jedynie trzech danych: imię i nazwiska, daty urodzenia oraz adresu zamieszkania⁴¹. Dla przykładu rodzice, którzy celebrytują urodziny swojego dziecka, udostępniając zdjęcie w sieci, często wskazują imię dziecka, datę narodzin i lokalizację, gdzie zdjęcie zostało wykonane. To stanowi podstawę dla przestępcy do uzyskiwania większej ilości informacji.

Następnym zagrożeniem, które może wynikać z procesów zbierania danych i informacji, jest pedofilia. Często zdarza się, co zostało wcześniej zaakcentowane w niniejszym artykule, że rodzice udostępniają zdjęcia dzieci podczas intymnych sytuacji. Badania przeprowadzone w 2019 r. wskazały, że „ponad 67% rodziców udostępniło co najmniej jedno zdjęcie uznane przez badaczy za nieodpowiednie, najczęściej prezentujące nagość lub jej elementy, w szczególności chodziło tutaj o zdjęcia z kąpeli lub plaży, wykonane dzieciom poniżej 3 roku życia”⁴². Nietrudno zatem o pobranie takiego zdjęcia przez przestępców i wykorzystanie w celach pedofilskich.

Innym ryzykiem dla dziecka, wynikającym pośrednio ze zjawiska sharentingu i bezpośrednio z monetyzacji wizerunku, może być jego seksualizacja, co jest zauważalne zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, gdzie popularnością

³⁸ *Cyberbullying: what is it and how to stop it. What teens want to know about cyberbullying*, <https://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying> (data dostępu: 10.02.2023).

³⁹ Z. Polak (red.), op. cit., s. 7.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

cieszą się konkursy miss dla dziewczynek. W takich konkursach piękności biorą udział również najmłodsze dzieci. Dla przykładu w jednym z konkursów udział wzięła 3-letnia dziewczynka. Był to dla niej dziewiąty tego typu konkurs⁴³. Podczas rywalizacji o koronę miss dziewczynki poddawane są różnorodnym zabiegom estetycznym: mają przedłużane włosy, regulowane brwi, doklejane sztuczne rzęsy, są również opalane natryskowo⁴⁴. Już od najmłodszych lat ich ciała stylizowane są na dojrzałe i oceniane.

Na ryzykowne zachowania rodziców zwrócono również uwagę w dokumencie *Toddlers & Tiaras* emitowanym w USA, w którym pokazywano od kulis przebieg konkursów miss piękności dzieci. W jednym z nich matka 6-letniej dziewczynki przebrała córkę, umieszczając pod koszulką dziecka stanik wypełniony materiałem, który imitował duży biust, tak by dziecko mogło wcielić się w postać Dolly Parton⁴⁵. W innym odcinku matka 3-letniej dziewczynki wystylizowała córkę na główną bohaterkę filmu *Pretty Women*, która była prostytutką⁴⁶. Jedną z gwiazd dziecięcego show była również Honey Boo Boo – dziewczynka, która w wieku zaledwie 6 lat otrzymała swój własny program telewizyjny. Przyniósł on jej tak ogromną popularność, że cała rodzina utrzymywała się z dochodów dziecka⁴⁷. Ten ostatni aspekt jest niezwykle istotny z perspektywy zjawiska monetyzacji wizerunku dziecka, ponieważ to dziecko i jego wizerunek był podstawowym źródłem funkcjonowania gospodarstwa domowego całej rodziny.

Poddając rozważaniom kwestie związane z seksualnością dzieci i przestępnym wykorzystaniem jego wizerunku, a także mechanizmem kradzieży tożsamości, należy wskazać na zjawisko Baby Role Play, które jest przestępstwem polegającym na wykorzystaniu skradzionego w sieci zdjęć dzieci w celach realizowania fantazji o podłożu seksualnym lub przemocowym. Dokładniejsza analiza zjawiska wskazuje, że „pobrany z internetu wizerunek dziecka umieszczany jest na specjalnie założonym profilu w portalu społecznościowym. Dziecku nadawane jest nowe imię, a na jego profilu dołączany jest opis jego aktywności, tego, co lubi, a czego nie. Osoba udostępniająca wizerunek dziecka może wcielać się w różne role, np. rodzica dziecka. Inni użytkownicy mogą zamieszczać posty i komentarze budując narrację wokół neutralnej początkowo foto-

⁴³ K. McDermott, *Adorable toddler overcomes her shyness to wow beauty pageant judges at just THREE (and her mother says her confidence has skyrocketed)*, <https://www.dailymail.co.uk/femail/article-4987946/Michigan-s-three-year-old-beauty-queen.html> (data dostępu: 15.02.2023).

⁴⁴ Z. Polak (red.), op. cit., s. 9.

⁴⁵ E. Krupnick, *Toddlers & Tiaras: Contestant Dons Paddes Bra to play Dolly Parton*, https://www.huffpost.com/entry/toddlers-tiaras-boobs_n_944687 (data dostępu: 15.02.2023).

⁴⁶ J. Hibbard, *Toddlers & Tiaras: 3-year-old dressed in „Pretty Woman” prostitute costume*, https://www.huffpost.com/entry/toddlers-tiaras-3-year-old_n_948694 (data dostępu: 15.02.2023).

⁴⁷ *Kulisy dziecięcych konkursów piękności – doklejane rzęsy, presja i lzy*, <https://kobieta.inateria.pl/dziecko/news-kulisy-dzieciecych-konkursow-pieknosci-doklejane-rzesy-presj,nId,5641006> (data dostępu: 17.02.2023).

grafii”⁴⁸. Zjawisko Baby Role Play utożsamiane jest najczęściej z cyberporwaniem.

Podsumowanie

Reasumując, należy zaznaczyć, że umieszczanie wizerunku dziecka w sieci nie jest zabronione i karalne, zasadniczo nie budzi również wątpliwości natury etyczno-moralnej, o ile wizerunek ten nie narusza godności dziecka. Niemniej jednak wszelkiego rodzaju udostępnianie materiałów w Internecie wymaga uważności i staranności, tak aby udostępnianie tego typu materiałów nie stało się pewnym rytuałem, automatyzowanym, bezrefleksyjnym procesem dzielenia z (nie)znanymi użytkownikami Internetu życiem swoich dzieci. Nadmierne dzielenie się prywatnymi materiałami z innymi użytkownikami sieci, szczególnie gdy w grę wchodzi wizerunek dziecka, budzi poważne zastrzeżenia nie tylko etyczne i psychologiczne, ale również prawne. Warto podkreślić, że iż „dobrami osobistymi, które najczęściej są naruszane przez media (czyli również w Internecie), są cześć, wizerunek i prywatność”⁴⁹.

Podsumowując powyższe rozważania, można je usystematyzować w kilku zasadniczych punktach w formule pytań, stanowiących nie tylko w sposób pośredni pewne postulaty, lecz przede wszystkim przestrzeń do szerszego dyskursu na temat analizowanych zjawisk.

1. Czy dziecko tego chce?

W przypadku osób najmłodszych, które nie mogą same o sobie stanowić, należy zastanowić się przede wszystkim, czy dziecko chciałoby również taki wizerunek siebie udostępnić innym, często obcym osobom. Jak wynika z zaprezentowanych w ramach niniejszego artykułu badań, jedynie niewielki procent badanych rodziców pyta o zgodę swoje dzieci na publikację ich wizerunku. Najczęściej umieszczane są zdjęcia małych dzieci, które nie posiadają jeszcze możliwości złożenia deklaracji dotyczących zgody na publikację ich wizerunku.

2. Jakie są z tego korzyści?

Rozwinięciem powyższego jest fakt, że prawdopodobne dziecko, które nie ma jeszcze wykształconej własnej świadomości i percepcji wobec otaczającego go świata, nie będzie dostrzegało jakichkolwiek korzyści płynących z udostępnianego wizerunku przez jego rodziców. Jedyną dostrzegalną korzyścią w tym kontekście może być korzyść dla rodzica w postaci lajków pod zdjęciem i przychylne komentarze osób doceniających i aprobujących to, co widnieje na zdjęciu. Natomiast dziecko nie osiągnie żadnych osobistych korzyści. Wydawać by się

⁴⁸ A. Borkowska, *Zjawisko sharentingu a bezpieczeństwo dzieci w internecie*, Materiały konferencji „Zagrożenia w sieci – zapobieganie, reagowanie”, Kraków 2020, s. 21.

⁴⁹ P. Modrzejewski, *Sposoby naruszania dóbr osobistych w Internecie – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 44, s. 295.

mogło, że nadmierne umieszczanie zdjęć dzieci w Internecie, choćby i tych spełniających wszelkie etyczno-moralne warunki, nie niesie ze sobą żadnych korzyści (zwłaszcza dla dziecka), poza pewnego rodzaju ekshibicjonistyczną potrzebą ukazywania innym użytkownikom swojej pociechy.

3. Czy to jest właściwa wizja siebie?

Wysoce prawdopodobne jest, że dziecko będzie miało inną wizję siebie jako osoby działającej już aktywnie i świadomie w social mediach, niż tą, jaką prezentowali jego rodzice. Ponadto może zechcieć w ogóle nie uczestniczyć w mediach społecznościowych, a mimo to będzie miało spory ślad cyfrowy za sprawą rodziców, którzy regularnie udostępniali jego wizerunek i informacje. Przez zasygnalizowane zjawiska dochodzi do pewnego rodzaju zawłaszczenia osobistej narracji dziecka na swój temat, co może wiązać się z negatywnymi skutkami w życiu dorosłym.

4. Jakie będą kompetencje cyfrowe?

Ważne jest to, jakie kompetencje i wzorce cyfrowe prześlemy dzieciom. Z jednej strony może być to model rodziny pochłoniętej światem cyfrowym, z drugiej strony model rodziny okazjonalnie korzystającej z Internetu. Dziecko od najmłodszych lat obserwuje osoby dorosłe i próbuje je naśladować. Ryzykowne jest zatem pokazywanie wzorców, wedle których prawdziwą radość, rozrywkę i przyjaciół znajdziemy, zanurzając się w świecie wirtualnym. Wobec zjawiska sharentingu dajemy dzieciom sygnał i budujemy przekonanie o konieczności relacjonowania każdego fragmentu naszego codziennego życia, nie- rzadko również w celach reklamowych.

5. Jak kształtuje się poczucie własnej wartości?

Udostępniając coraz to nowsze zdjęcia, godzimy się w pewien sposób na bycie ocenianym poprzez inne osoby. Najczęściej poprzez udostępnianie wizerunku odbywa się to pod kątem estetyki i naszej aparycji. Nieprzychylne, niekiedy wulgarne i okrutne komentarze mogą zniszczyć poczucie własnej wartości u dziecka, budując jednocześnie przekonanie, że jedynym słusznym wyznacznikiem jego wartości jest to, co uzewnętrznione i widzialne. Zgodnie z poradnikiem *Dove. Piękno bez filtra* presja mediów społecznościowych wobec wyglądu młodych osób jest na tyle duża, że „aż 91% dziewczynek w Polsce modyfikowało wygląd lub używało filtrów i nakładek, by otrzymać idealne selfie”⁵⁰.

Podsumowując, można uznać, że zjawisko sharentingu, troll parentingu oraz monetyzacji wizerunku dziecka stają się – w obliczu postępujących technologii i rozwoju relacji ludzkich – zjawiskami dosyć powszechnymi. Wraz z ich intensyfikacją, przy jednoczesnym podnoszeniu społecznej świadomości w postaci dyskursu na temat zagrożeń płynących z cyberprzestrzeni, zwłaszcza tych w kontekście wykorzystania wizerunku małych dzieci, prawdopodob-

⁵⁰ Dove. *Piękno bez filtra*, <https://www.dove.com/pl/stories/campaigns/confidence.html> (data dostępu: 10.02.2023).

nie możliwe będą narastające roszczenia względem rodziców i opiekunów prawnych, którzy dopuszczali się nadmiernego publikowania wizerunku swoich dzieci. Kluczowe w tym zakresie jest również narażanie dzieci na różnego rodzaju niebezpieczeństwa płynące z cyberprzestrzeni.

Wobec powyższego uznaje się za zasadne i niezwykle istotne uwrażliwienie rodziców na zagrożenia związane z bezrefleksyjnym udostępnianiem różnego typu informacji w Internecie przez kampanie społeczne, jak również szkolenia i kursy organizowane przez właściwe ku temu środowiska. Ponadto niebagatelną rolę pełni odpowiedni kształt ustawodawstwa, zwłaszcza w perspektywie prawnokarnej.

Wykaz literatury

- Battersby L., *Millions of social media photos found on child sites exploitation sharing sites*, <https://www.smh.com.au/national/millions-of-social-media-photos-found-on-child-exploitation-sharing-sites-20150929-gjxe55.html>.
- Borkowska A., *Zjawisko sharentingu a bezpieczeństwo dzieci w internecie*, Materiały konferencji „Zagrożenia w sieci – zapobieganie, reagowanie”, Kraków 2020.
- Brosch A., *Sharenting – nowy wymiar rodzicielstwa?*, „Świat Małego Dziecka” 2017, nr 17(42).
- Chrostowska B., *Sharenting – skala i wielowymiarowość zjawiska (nierozważnego) ujawniania przez rodziców informacji o dzieciach w mediach społecznościowych*, „Problemy Wczesnej Edukacji” 2018, nr 4(43).
- Co to jest doxing? Jak się przed nim bronić?*, <https://bezpiecznyinternet.edu.pl/doxing/>.
- Cyberbullying – nękanie w sieci*, <https://www.gov.pl/web/baza-wiedzy/cyberbullying--nekanie-w-sieci>.
- Cyberbullying: what is it and how to stop it. What teens want to know about cyberbullying*, <https://www.unicef.org/end-violence/how-to-stop-cyberbullying>.
- Cyfrowy ślad*, https://tech-lib.net/definition/digital_footprint.html.
- Dąbrowska-Cydzik J., *Norweska partia chce zakazać pokazywania dzieci w internecie w celach reklamowych*, <https://www.wirtualnemedial.pl/artykul/norweska-partia-chce-zakazac-pokazywania-dzieci-w-internecie-w-celach-reklamowych>.
- Digital population worldwide*, <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/>.
- Dove. *Piękno bez filtra*, <https://www.dove.com/pl/stories/campaigns/confidence.html>.
- Grabalska W., Wielki R., *Czy dzieci powinny trafiać do sieci? Prawne i kryminologiczne aspekty zjawiska sharentingu*, „Prawo w Działaniu” 2022, nr 49.
- Hibbard J., *Toddler & Tiaras: 3-year-old dressed in „Pretty Woman” prostitute costume*, https://www.huffpost.com/entry/toddler-tiaras-3-year-old_n_948694.
- Józwiak E., *Ochrona wizerunku w mediach*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3.
- Krupnick E., *Toddler & Tiaras: Contestant Dons Padded Bra to play Dolly Parton*, https://www.huffpost.com/entry/toddler-tiaras-boobs_n_944687.
- Kulisy dziecięcych konkursów piękności – doklejane rzęsy, presja i łzy*, <https://kobieta.interia.pl/dziecko/news-kulisy-dzieciecych-konkursow-pieknosci-doklejane-rzesy-presj,nId,5641006>.

- McDermott K., *Adorable toddler overcomes her shyness to wow beauty pageant judges at just THREE (and her mother says her confidence has skyrocketed)*, <https://www.dailymail.co.uk/femail/article-4987946/Michigan-s-three-year-old-beauty-queen.html>.
- Modrzejewski P., *Sposoby naruszania dóbr osobistych w Internecie – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 44.
- Polak Z. (red.), *Cyfrowy ślad małego dziecka*, Warszawa 2021, https://dyzurnet.pl/uploads/2021/07/Cyfrowy_slad_malego_dziecka.pdf.
- Prankcz R., *Prawnokarne aspekty umieszczania w internecie wizerunku dziecka*, <https://wyborcza.pl/7,162657,28158501,prawnokarne-aspekty-umieszczania-w-internecie-wizerunku-dziecka.html>.
- Quader W., *Parental trolling – wybrane zagadnienia prawne*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2019, nr 32(3).
- Rachwaniec-Szczecińska J., *Cyberbullying – współczesne oblicze przemocy*, <https://web.swps.pl/strefa-psyche/blog/relacje/2180-cyberbullying-wspolczesne-oblicze-przemocy?dt=1676024510476>.
- Reasons My Son is Crying*, <https://www.facebook.com/ReasonsMySonCry>.
- Rodzice-influencerzy ukarani za pracę dziecka w social mediach*, <https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/rodzice-influencerzy-ukarani-za-prace-dziecka-w-social-mediach-gdzie-slowenia-jaka-kara>.
- Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci? Pierwszy raport w Polsce na temat wizerunku dzieci w internecie na zlecenie Clue PR*, Warszawa 2019.
- Uliasz J., *Prawna ochrona prywatności oraz wolności dzieci w internecie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, nr 110.
- Uram P., Reiter M., Graf O., *Sharenting – kreowanie i ochrona wizerunku dzieci w social mediach*, „Pedagogika Społeczna” 2020, nr 2(76).

Summary

(Un)safety of a child on the Internet – a critical analysis of the phenomenon of sharing, troll parenting and monetization of a child's image

Keywords: criminal law, sharenting, troll parenting, monetization, image, child, Internet, cyber space, threats.

The aim of this article is to draw attention to the intensification of the phenomenon of sharing, troll parenting and monetization of the image of a child on the Internet. The basis of these considerations will be the presentation of the most important legal solutions correlating with the discussed phenomena. In addition, the most important threats related to mass and unreflective sharing of information in social media will also be presented. To the extent necessary for this text, statistics related to the subject matter will be presented. The conclusions drawn from the undertaken issues concern in particular the presentation of threats, as well as the main postulates systematized in the form of questions. The basic postulate is a special benefit for not related to what brings unreflective sharing of a child's image on the Internet.

Magdalena Ickiewicz-Sawicka

Politechnika Białostocka

ORCID: 0000-0002-1833-3642

m.ickiewicz@pb.edu.pl

Kryminologiczna ośnova islamskiego fundamentalizmu religijnego – wybrane wymiary

Wstęp

We współczesnym świecie, szczególnie w środkach masowego przekazu, nieustannie pojawiają się informacje na temat drastycznych i pełnych przemocy wydarzeń z udziałem przedstawicieli radykalnego (fundamentalistycznego¹) islamu czy precyzyjnie islamizmu². Ideologia ta ujawniła się dopiero w XXI w., wcześniej pojęcie to nie było stosowane w kryminologii, naukach politycznych czy w nauce o stosunkach międzynarodowych. W związku z tym w powszechnej percepcji społecznej panuje stereotyp muzułmanina-terrorysty,

¹ Najprostsza, popularna, intuicyjna definicja fundamentalizmu religijnego identyfikuje to zjawisko jako powrót do źródeł religii, do jej zapomnianych fundamentów – J. Danecki, *Od tłumacza*, [w:] B. Tibi, *Fundamentalizm religijny*, przeł. J. Danecki, Warszawa 1995, s. 5. Francuski badacz Olivier Roy stwierdza, że nurty konserwujące tradycję religijną, głównie te, które umieszcza się w orbicie oddziaływania islamskiego fundamentalizmu, nie stanowią automatycznego niebezpieczeństwa. Problem zaczyna się w momencie, gdy ruchy te dążą do stworzenia swoich politycznych struktur i reprezentacji. Jeśli przyjmiemy, że religijne fundamenty islamu nie zawierają otwartej zachęty do stosowania terroru i nie wyrastają z politycznej interpretacji Koranu, to w miejsce ogólnie przyjętego określenia „fundamentalizm religijny” proponuje się stosowanie zastępczych sformułowań, takich jak: „neofundamentalizm”, „radykalizm islamski”, „totalitarny system religijno-polityczny” lub „islamizacja nowoczesności”. Tendencje fanatyczne kwalifikuje się po stronie dewiacyjnej w postaci ortodoksji, a polityczno-militarystyczne próby użycia religii określa się mianem islamistycznego odchylenia – Z. Kunicki, *Religia. Fundamentalizm religijny i liberalne wyzwania. Od doktryny do postawy*, „Forum Politologiczne” 2005, t. 2, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-306a5a2a-524a-4d47-83de-257e475742ca> (data dostępu: 10.05.2022).

² Islamizm – ideologia polityczna wywiedziona z fundamentalizmu islamskiego. W islamizmie islam jest traktowany nie tylko jako religia, lecz także jako całościowy system polityczny, który powinien regulować prawne, gospodarcze i społeczne aspekty funkcjonowania państwa na bazie literalnej interpretacji Koranu oraz hadisów. Islamizm to rygorystyczne przestrzeganie zasad islamu połączone z dążeniem do wprowadzenia ustroju państwowego opierającego się na religijnym prawie islamu. Szerzej zob. E. Sivan, *Radykalny islam*, przeł. A. Kosior, Kraków 2005, s. 32–44 i 45–67; G. Kepel, *Fitna. Wojna w sercu islamu*, przeł. K. Pachniak, Warszawa 2006, s. 244–249.

który w samobójczym zamachu pragnie zabić jak największą liczbę niewinnych, przypadkowych ofiar. Z punktu widzenia kryminologii i prawa karnego terroryzm samobójczy jest zjawiskiem zorganizowanym. Terrorysta zaś czuje się zobowiązany wobec grupy, swojego społecznego systemu oraz wspólnego losu³.

W związku z powyższym niezwykle rzadko podaje się informacje na temat zamachów terrorystycznych (w tym także samobójczych) rzetelnie, obiektywnie, z poszanowaniem wszystkich stron konfliktu. Tego typu informacje zwykle są prezentowane szybko, sugestywnie, a przede wszystkim mają wzbudzić strach, lęk i przerażenie.

Do szerokiego grona odbiorców incydentalnie docierają pogłębione studia czy analizy dotyczące skomplikowanego i różnorodnego świata islamu, także mającego radykalne oblicze. Tego rodzaju publikacje z jednej strony są zbyt specjalistyczne (hermetyczne) i kierowane wyłącznie do środowiska naukowego, z drugiej zaś niektóre z nich odznaczają się niskim poziomem wiedzy, stronniczością i europocentrycznym podejściem do islamu. W związku z tym w niniejszym tekście został zaprezentowany wybrany odłam radykalnej religii muzułmańskiej, głównie w kontekście informacyjnym, edukacyjnym, a nie ideologicznym czy światopoglądowym. Zagadnienie to zostanie podjęte z perspektywy nauk penalnych, szczególnie kryminologii, z uwzględnieniem politycznego i socjologicznego aspektu radykalnych ruchów religijnych.

Islam⁴ – główne nurty

Różnorodność świata islamu jest niebywale rozbudowana. Wbrew potocznej opinii, że ten świat to monolit, posiada on wiele odłamów i nurtów; podobnie jak chrześcijaństwo. Na Bliskim Wschodzie, a dokładniej Środkowym Wschodzie (*Middle East*), wyznawcy islamu traktują chrześcijan jako tzw. krzyżowców. Przeważająca większość muzułmanów funkcjonują w dwóch głównych odmianach: szyici i sunnici. W odniesieniu zaś do chrześcijaństwa także wyróżniamy dwa zasadnicze nurty: rzymski katolicyzm⁵ i prawosławie⁶. Nie oznacza to jednak, że przytoczony podział jest skończony. Chrześcijaństwo to także luteranie, protestanci, anglikanie, adwentyści, zielonoświątkowcy oraz tzw. ruchy pentakostalne (szczególnie w Ameryce Południowej). W islamie zaś wyróżnia się, oprócz sunnitów i szyitów, charydżytów, alawitów, wahhabitów,

³ W. Filipkowski, R. Lonca, *Analiza zamachów samobójczych w aspekcie kryminologicznym i prawnym*, cz. I, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2010, nr 2(10), s. 14.

⁴ Według statystyk prowadzonych przez The Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life islam wyznaje około 1,6 mld ludzi, czyli 23% wszystkich zadeklarowanych wierzących, co stanowi, zaraz po chrześcijaństwie, drugi wynik na świecie.

⁵ *Katholikos* – z jęz. gr. ‘powszechny’.

⁶ *Orthodoxia* – z jęz. gr. ‘prawowierność’.

dżihadystów, bektaszytów, salafitów, sufitów itp. Niektóre z nich prezentują skrajną, autorytarną, pochodząca wręcz ze średniowiecza wersję islamu.

Najważniejszym dążeniem muzułmańskich organizacji fundamentalistycznych jest oparcie funkcjonowania państwa na prawie islamu. Jej wyznawcy dążą do całkowitego podporządkowania prawa i zasad społecznych regułom Koranu. „Fundamentalizm religijny, zazwyczaj jako radykalny odłam, ukrywa w sobie idee autokratyczne, a dążąc do realizacji swoich zamierzeń, stosuje różnorodne formy walki, w tym przede wszystkim terror”⁷. Fundamentalizm religijny to przede wszystkim określona koncepcja państwa i prawa, a terroryzm – w tym kontekście – to zjawisko skrajne i ekstremalne⁸. Jednak o wartości religijnego przesłania stanowi także sposób jego praktycznego wykorzystania.

Tezę tę potwierdza Jean Delumeau, który uważa, że wyzwolone spod kontroli rozumu *sacrum* wtrąca człowieka między skrajności: budzi skrajną nienawiść do wrogów i skrajną miłość do zwolenników⁹. W związku z tym terroryzm motywowany wiarą jest wyjątkowo niebezpieczny i kryminogeny.

W 1996 r. Organizacja Narodów Zjednoczonych przyjęła definicję zakładającą, że działania terrorystyczne to akty przestępcze skierowane przeciwko innemu państwu lub ludności państwa oraz te, które obliczone są na wywołanie stanu terroru w umysłach oficjalnych osobistości lub grup osób albo całego społeczeństwa¹⁰. Definicję terroryzmu przyjęli też w dniu 20 września 2001 r. ministrowie spraw wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej: „Aktem terrorystycznym są wszelkie celowe akty popełniane przez pojedyncze osoby lub organizacje przeciwko jednemu lub kilku państwom, ich instytucjom lub ludności, w celu zastraszenia oraz poważnego osłabienia lub zniszczenia struktury politycznej, gospodarczej i społecznej kraju”¹¹. Ponadto polski prawnik Tadeusz Hanausek określa terroryzm jako „zaplanowaną, zorganizowaną i zazwyczaj uzasadnioną ideologicznie, a w każdym razie posiadającą polityczne podłoże motywacyjne działalność osób lub grup (...), polegającą na zastosowaniu środków fizycznych, które naruszają dobra osób postronnych, tj. takich, które nie dały wyrazu swemu negatywnemu nastawieniu do aktu terrorystycznego, jego celu lub uzasadnienia, ani nawet do określonej ideologii czy zapatrywań”¹².

⁷ W. Zubrzycki, *Fundamentalizm religijny w islamie*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2016, nr 23, s. 286–299.

⁸ Ibidem.

⁹ J. Delumeau, *Strach w kulturze Zachodu*, przeł., A. Szymanowski, Warszawa 1986, s. 149.

¹⁰ Brzmienie zbliżone do definicji terroryzmu zaproponowanej przez Ligę Narodów w projekcie konwencji dotyczącej zapobiegania terroryzmowi. Konwencja Ligi Narodów została przyjęta w 1937 r., jednak nigdy nie weszła w życie. Zob. J. Piwowarski, J. Depo, P. Pajorski, *Fundamentalizm islamski a terroryzm w XXI wieku*, Kraków 2015, s. 13.

¹¹ J. Pawłowski, *Terroryzm we współczesnym świecie*, Warszawa 2001, s. 12.

¹² T. Hanausek, [w:] G. Kędzierska (red.), *Organizacyjne i prawne aspekty działań antyterrorystycznych*, Szczepno 2002, s. 8.

Ze względu na ograniczone ramy tego artykułu zostaną opracowane (głównie informacyjnie) dwa główne nurty (sunnici i szyici) oraz odłam wahhabicki, który jednoznacznie prezentuje fundamentalistyczne oblicze islamu, nierzadko o kryminogennym charakterze:

- sunnici – główne ugrupowanie w islamie (ok. 90% wyznawców). Doktryna sunnitów rozwinęła się w toku walk politycznych o władzę w początkowym okresie islamu; sunnici (z jęz. arab. *ahl as-sunna wa al-dżama'a* ‘ludzie tradycji i wspólnoty’) nie uznawali aspiracji szyickich imamów do sprawowania zwierzchności nad wszystkimi muzułmanami. Zasady prawa sunnickiego¹³ i szyickiego (szkoła dżafarytów) różnią się jedynie detalami. Mimo tych niewielkich różnic oba nurty zarzucają sobie odstępstwo od zasad islamu, nawołując czasem wręcz do podjęcia dżihadu przeciwko sobie (np. wojna iracko-irańska 1980–1988). Niestety, wysiłki teologów muzułmańskich, którzy od XIX w. podejmują starania scalenia owych doktryn, są niszczone przez polityków¹⁴;
- szyici – nazwa nurtu religijnego i politycznego w islamie; reprezentowany przez liczne ugrupowania (szii’a partia, stronnictwo), opowiadające się za prawem czwartego kalifa „sprawiedliwego” Alego Ibn Abi Taliba (656–661), brata stryjecznego i zięcia proroka Mahometa, oraz jego potomków do sprawowania zwierzchności nad wszystkimi muzułmanami. Ponieważ po śmierci Alego jego potomkom nigdy nie udało się zdobyć władzy, wystąpili jako opozycja wobec panujących kalifów, uważając ich za uzurpatorów i walcząc z nimi otwarcie lub skrycie (m.in. kierując się koncepcją takijji, czyli nieujawnienia swoich szyickich poglądów)¹⁵. Wynikiem takiej postawy było upowszechnienie w szyizmie mistycyzmu oraz otaczanie kultem imamów szyickich, następców Alego. Charakterystyczne dla szyizmu jest oczekiwanie na powrót (radża, tj. paruzja) ostatniego z imamów (który nie umarł, a „znikł”), jako zbawcy całej ludzkości (tj. mahdiego)¹⁶. W VIII w. powstała odrębna szkoła prawa muzułmańskiego w szyizmie stworzona przez szóste go imama Dżafara as-Sadika, tzw. dżafarycką. Różnice między ugrupowaniami szyickimi zależą od liczby potomków Alego uznawanych za imamów; największą grupę stanowią imamiści uznający 12 imamów szyickich, z których ostatni żył w IX w. (gł. Iran, Irak, niektóre kraje Zatoki Perskiej). Isma’iliści uznają 7 imamów. Ugrupowanie to rozpadło się na wiele podgrup, m.in. Fatymidów (panujących w Egipcie w X–XII w.), nizarytów, bohorów w Indiach, druzów. Zajdyci uznają zaś 4 lub wg innej klasyfikacji 5 imamów

¹³ Islam sunnicki składa się z czterech szkół: malikickiej, hanbalickiej, szafi’ickiej, hanafickiej.

¹⁴ Hasło: sunnici, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3981378> (data dostępu: 11.07.2023).

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Hasło: szyici, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/szyizm/3983753.html> (data dostępu: 11.07.2023).

(przetrwali głównie w północnym Jemenie). Spośród różnych wczesnych skrajnych ugrupowań szyizmu przetrwali nusajryci (zw. też alawitami)¹⁷. W historii islamu szyici odegrali ważną rolę jako jedna z podstawowych grup opozycyjnych wobec władzy, a jednocześnie wprowadzająca do islamu wiele nowych wartości kulturowych, religijnych i filozoficznych. Ponadto przyczynili się do zdobycia władzy przez największą dynastię kalifów muzułmańskich Abbasydów (750–1258). Szyici doprowadzili również do zwiększenia politycznego znaczenia islamu, zwłaszcza gdy islam szyicki stał się religią państw w Persji za dyn. Safawidów (1502–1736) oraz obecnym Iranie¹⁸. Istotna różnica pomiędzy sunnitami a szyitami polega głównie na tym, że szyici mają hierarchiczną kastę wyższych duchownych, ajatollahów, podczas gdy islam sunnicki ma swoje religijne, prawne i polityczne autorytety, ale nie ma jednego zwierzchnika. Tymczasem w szyizmie ajatollah może być zarazem przywódcą duchowym, jak politycznym, a nawet, jak w Iranie, pierwszą osobą w państwie¹⁹;

- wahhabici – kierunek teologiczny w islamie stworzony przez teologa i reformatora religijnego Muhammada Ibn Abd al-Wahhaba (1704–1792), teolog hanbalickiej szkoły prawa muzułmańskiego i twórca wahhabizmu. Kontynuatorzy Fayśal Ibn ‘Abd al-Azīz, z dynastii saudyjskiej (1905–1975) – król Arabii Saudyjskiej od 2 listopada 1964 r.²⁰ Wahhabicki nurt w islamie to islam pustyni, prymitywny, atawistyczny surowy i oparty na hierarchii i karności. Gabriele Marranci wywodzi ten charakter islamu wprost z lokalnych uwarunkowań, gdzie niewielka gęstość zaludnienia w terenie pustynnym sprzyjała bezpośredniej relacji ze światem nadprzyrodzonym. Niebezpieczne dla życia otoczenie wymuszało surowe warunki życia we wspólnocie, a ponieważ początkowo brak było wykształconego duchowieństwa, to lokalne tradycje bezwiednie przenikały się z islamem. Gdyby nie odkrycie w Arabii Saudyjskiej ogromnych złóż ropy naftowej w latach 30. XX w. i jej masowy eksport od lat 70. ubiegłego stulecia, wahabizm byłby jedynie marginalny. Obecnie saudyjscy wahabici kontrolują ponad 150 meczetów we Francji, często wybudowanych za pieniądze prywatnych fundacji powiązanych z Rijadem. We Włoszech do wahabitów należy 60% meczetów. Po wojnie domowej na Bałkanach wielka fala saudyjskich pieniędzy trafiła również do Bośni. Jak twierdzi Peter Cockburn, dziennikarz i autor książki *The Rise of Islamic State*, dla stosunkowo niewielkich społeczności muzułmańskich w krajach Zachodu ekskluzywizm wahabizmu niejednokrotnie

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1638919,1,szyici-i-sunnici-skad-sie-bierze-konflikt-miedzy-nimi.read> (data dostępu: 12.12.2023).

²⁰ Hasło: wahhabizm, <https://encyklopedia.pwn.pl/encyklopedia/wahhabizm;1.html> (data dostępu: 12.07.2023).

okazał się ratunkiem przed rozmyciem się w dominującej kulturze. W latach 90. XX w. nastąpił rozkwit wahabizmu w byłych republikach radzieckich, przede wszystkim w Kazachstanie i w Czeczenii. Z tego samego źródła finansowane były pierwsze wahabickie madrasy (szkoły religijne) w Pakistanie, Afganistanie, nowy kampus Al-Azhar w Kairze i „eksport” w sumie 25 tys. wahabickich duchownych do Indii²¹. Niniejszy głos wzmacnia Karen Armstrong²², twierdząc, że saudyjskie środki finansowe na całe pokolenia zatrzymały proces akomodacji islamu do współczesnego, zglobalizowanego świata, co było zawsze wielką siłą tej religii.

Fundamentalizm religijny a terroryzm i przestępczość zorganizowana

„Nowe, silne motywy, szczególnie religijne, w połączeniu z łatwym dostępem do zasadniczych informacji na temat broni masowej zagłady i jej podstawowych składników mogą zapowiadać nastanie jeszcze bardziej krwawej i niszczycielskiej epoki przemocy niż wszystko, co widzieliśmy dotychczas”²³. Obecnie tuż za polską granicą obserwujemy nie tylko akty zbrodni wojennych, ale także wzmożoną aktywność zorganizowanych grup przestępczych²⁴ oraz pojawienie się nowej generacji terrorystów²⁵. Jak słusznie podkreśla Ryszard Lonca, gdyby strategie antyterrorystyczne były opracowywane i wdrażane przez kompetentnych specjalistów oraz nie były motywowane politycznie, większość tego typu ataków zostałaaby udaremniona lub co najmniej zmniejszone byłyby ich skutki. Przykładowo w 1996 r. zostały zignorowane zarówno raporty, jak i prognozy dotyczące zmiany *modus operandi* międzynarodowego terroryzmu islamskiego, który modyfikuje formy swojej przestępczej działalności²⁶, m.in. łącząc ją z zorganizowanymi grupami przestępczymi o charakterze zbrojnym. Tego rodzaju hybrydy wykorzystują finansowe, gospodarcze i społeczne mechanizmy globalizacji oraz posługują się anonimowym systemem przypiły-

²¹ Ł. Wójcik, *Islam eksportowy*, „Polityka” z 21 marca 2017 r., nr 3103, s. 56, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1698344,1,saudowie-promuja-na-swiecie-toksyyczna-wersje-islam.read> (data dostępu: 12.07.2023).

²² Szerzej: K. Armstrong, *W imię Boga. Fundamentalizm w judaizmie, chrześcijaństwie i islamie*, przeł. J. Kolczyńska, Warszawa 2005.

²³ Zob. B. Hoffman, *Oblicza terroryzmu*, przeł. H. Pawlikowska-Gannon, Warszawa 2001, s. 197.

²⁴ Zob. Z. Parafianowicz, *Śniadanie pachnie trupem (Ukraina na wojnie)*, Kraków 2022.

²⁵ Na temat organizacji terrorystycznych szerzej: <https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/> (data dostępu: 1.01.2023).

²⁶ R. Lonca, *Polska wobec obecnych zagrożeń terroryzmu globalnego*, [w:] E.W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm. W ujęciu praktycznym*, Kraków 2005, s. 395 i nast. Na temat metod i kategorii międzynarodowych aktów terrorystycznych zob. B. Hołyst, *Kryminologia*, wyd. piąte, Warszawa 1994, s. 85 i nast.

wu kapitału. Poparcie tej tezy można znajdujemy na łamach „Forbesa”, gdzie izraelski dziennikarz Itai Zehorai charakteryzuje kolejne organizacje przestępcze i terrorystyczne pod kątem regionu działania, celów, stosowanych metod i zasobów finansowych; wymienia również główne źródła ich finansowania:

1) ISIS – roczny obrót: 2 mld dol., główne źródła finansowania: handel ropą, porwania i okupy, ściąganie haraczy i podatków, napady na banki i grabieże;

2) Hamas – roczny obrót: 1 mld dol., główne źródła finansowania: podatki i opłaty, pomoc finansowa i darowizny (zwłaszcza z Kataru)²⁷;

3) Hezbollah – roczny obrót: 500 mln dol., główne źródła finansowania: pomoc finansowa i darowizny (zwłaszcza z Iranu), produkcja narkotyków i handel nimi;

4) Talibowie – roczny obrót: 400 mln dol., główne źródła finansowania: handel narkotykami (głównie produkcja opium i heroiny), opłaty i podatki od sponsorów, pomoc finansowa i darowizny;

5) Al-Ka’ida – roczny obrót: 150 mln dol., główne źródła finansowania: pomoc finansowa i darowizny, porwania, okup i handel narkotykami;

6) Lashkar-e-Taiba (Armia Sprawiedliwych) – roczny obrót: 100 mln dol., główne źródła finansowania: pomoc finansowa i darowizny;

7) Al-Shabab – roczny obrót: ok. 70 mln dol., główne źródła finansowania: porwania i okup, nielegalny handel i działalność piracka, opłaty od sponsorów i podatki;

8) Boko Haram – roczny obrót: 25 mln dol., główne źródła finansowania: porwania i okup, opłaty i podatki, ochrona, napady na banki i grabieże²⁸.

Z kolei autorzy raportu *Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) 21*, opublikowanego w lutym 2015 r. przez Financial Action Task Force, wskazali pięć głównych źródeł finansowania tzw. Państwa Islamskiego:

– bezprawny przychód pochodzący z terytoriów okupowanych przez tzw. Państwo Islamskie, uzyskany z plądrowania banków, wymuszania, kontroli pól naftowych i rafinerii, kradzieży aktywów ekonomicznych oraz bezprawnego opodatkowania towarów i gotówki przesyłanych tranzytem przez te terytoria (podatek wynosił 2% wartości tych towarów lub gotówki),

– uprowadzenia dla okupu (rocznie tzw. Państwo Islamskie potrafiło uzyskać sumy 30–50 mln dol.),

²⁷ K. Karolczak, *Finansowanie terroryzmu – zarys problematyki*, https://www.abw.gov.pl/ftp/foto/Wydawnictwo/terroryzm/nr2/9-artykul_K_Karolczak.pdf (data dostępu: 13.07.2023); *The world's 10 richest terrorist organizations*, „Forbes” z 12 grudnia 2014 r., <http://www.forbes.com/sites/forbesinternational/2014/12/12/the-worlds-10-richest-terrorist-organizations/#336a6802ffae> (data dostępu: 13.07.2023).

²⁸ Ibidem.

- donacje otrzymywane od organizacji non profit,
- wsparcie materialne otrzymywane na zasadzie FTF (ang. *friend to friend*),
- fundusze zdobywane za pośrednictwem nowoczesnych sieci komunikacyjnych (portale społecznościowe)²⁹.

Fakt zagrożenia bezpieczeństwa światowego i regionalnego przez międzynarodową przestępczość zorganizowaną po raz pierwszy odnotowano w raporcie Organizacji Narodów Zjednoczonych z 1994 r., dotyczącym Programu Narodów Zjednoczonych ds. Rozwoju (*United Nations Development Programme*)³⁰. Raport wyraźnie wskazuje, że aktywność międzynarodowych grup przestępczych rozciąga się na wiele dziedzin życia, począwszy od globalnego zanieczyszczenia środowiska, poprzez wspieranie rebeliantów w lokalnych konfliktach zbrojnych³¹, nielegalny obrót środkami odurzającymi, terroryzm, konflikty etniczne, do dezintegracji społecznej. Wszystkie te czynniki potwierdzają bezdyskusyjnie, że „współcześnie terroryzm i przestępczość zorganizowana stanowią jedno z głównych zagrożeń bezpieczeństwa narodowego i międzynarodowego”³². Problem jest na tyle istotny, że nie istnieje jedna uniwersalna definicja terroryzmu i – jak słusznie podkreśla Emil Plywaczewski – interpretację tego terminu należy rozpatrywać w określonych kontekstach:

a) politycznym – brak ogólnoświatowego, politycznego poparcia walki z terroryzmem oraz znaczne zróżnicowanie globalnych, regionalnych i lokalnych interesów państw i innych aktorów międzynarodowych. Ponadto terroryzm jest silnie zakorzeniony w religii i ideologii, zaś te zjawiska cechują się rozbudowanym kapitałem społecznym i relacyjnym oraz dysponują rozbudowaną siecią logistycznych powiązań³³;

b) specyfiki samego zjawiska terroryzmu, które odznacza się płynnością, zasięgiem dokonywanych zamachów, szerokim wykorzystaniem najnowszych technologii, posługiwaniem się Internetem, sieciami społecznościowymi, obrotem bezgotówkowym, bankowością elektroniczną, elektroniką precyzyjną itp.³⁴

²⁹ K. Karolczak, op. cit.; *Financing of the terrorist organisation Islamic State in Iraq and the Levant*, www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/financing-of-terrorist-organisation-isil.html (data dostępu: 13.07.2023).

³⁰ Zob. S. Redo, *Uzbekistan i Narody Zjednoczone w walce z międzynarodową przestępczością zorganizowaną*, [w:] T. Bodio (red.), *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, Warszawa 2001, s. 469. Zob. United Nations Development Programme, *Human Development Report 1994*, New York 1994, s. 22.

³¹ Obecnie dotyczy to postaci badające najbardziej znanego handlarza bronią Wiktora Buta. Zob. R. Leniarski, *Handlarzu Śmierci, Wiktorze Bucie, Rosja nie zapomniła twojego milczenia*, <https://wyborcza.pl/7,75399,29245241,handlarzu-smiercia-wiktorze-bucie-rosja-nie-zapomniała-twojego.html> (data dostępu: 1.01.2023).

³² E.W. Plywaczewski, *Wokół związków pomiędzy terroryzmem a przestępczością zorganizowaną*, [w:] K. Indecki (red.), *Przestępczość terrorystyczna. Ujęcie praktyczno-dogmatyczne*, Poznań 2006, s. 48–62.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

Ponadto działalność terrorystyczna połączona ze zorganizowaną przestępczością nierzadko jest politycznie identyfikowana jako z jednej strony walka narodowowyzwoleńcza (np. działalność Armii Wyzwolenia Kosowa³⁵), z drugiej zaś jako sponsor terroryzmu państwowego (np. uznanie przez Parlament Europejski Federacji Rosyjskiej za państwo stosujące terroryzm³⁶). Toczy się ona głównie w następujących sferach: politycznej, energetycznej, chemicznej, nuklearnej (liczne groźby użycia taktycznej broni jądrowej w trakcie wojny rosyjsko-ukraińskiej przez Władimira Putina), ale także religijnej (wypowiedzi Patriarchy Rosji i Wszechrusi Cyryla na temat charakteru tej wojny)³⁷.

Należy zatem wyraźnie stwierdzić, że istnieją realne związki pomiędzy religią (szczególnie w fundamentalnej formie), państwem a strukturami zorganizowanej przestępczości. Owa triada realnie odzwierciedliła się już wcześniej, m.in. w postaci tzw. Państwa Islamskiego (DAESZ).

ISIS (DAESZ) jako fundamentalistyczna wersja ideologii islamizmu – geneza ISIS³⁸

Historia tzw. Państwa Islamskiego³⁹ rozpoczęła się w 2004 r., kiedy w Iraku po połączeniu kilku mniejszych grup islamistycznych pod przywództwem Abu Musaba az-Zarqawiego doszło do powstania zbrojnej organizacji

³⁵ Zob. M. Ickiewicz-Sawicka, *Serbsko-albański konflikt o Kosowo. Studium kryminologiczne*, Białystok 2019.

³⁶ <https://www.europarl.europa.eu/news/pl/press-room/20221118IPR55707/parlament-europejski-oglasza-rosje-panstwem-sponsorujacym-terroryzm> (data dostępu: 1.01.2023). Wcześniej „tradycyjnie” krajami sponsorującymi terroryzm były: Kuba, Libia, Iran, Irak, Północna Korea, Sudan czy Syria.

³⁷ „Zmasowany atak rosyjski na Ukrainę 24 lutego br. stał się źródłem polaryzacji postaw duchowieństwa Rosyjskiej Cerkwi Prawosławnej Patriarchatu Moskiewskiego. Część duchownych, na czele z patriarchą Cyrylem, poparła agresję. Inni dystansowali się od decyzji Władimira Putina i postawy patriarchy czy wręcz protestowali przeciwko wojnie. Dalsze walki w Ukrainie oraz rosnąca liczba ofiar cywilnych mogą skutkować wzrostem tendencji separatystycznych w Ukrainie Cerkwi Prawosławnej Patriarchatu Moskiewskiego, co istotnie osłabi wpływy Cerkwi rosyjskiej w Ukrainie” – A. Szabeciuk, *Święta wojna Patriarchy Cyryla*, komentarz ISS nr 563 (75/2022), <https://ies.lublin.pl/komentarze/swieta-wojna-patriarchy-cyryla/> (data dostępu: 1.01.2023).

³⁸ Według Janusza Daneckiego pojęcie Państwo Islamskie stało się praktycznie oficjalną nazwą, mimo że przymiotnik „islamski” jest neologizmem. Został on stworzony i rozpropagowany pod wpływem języków zachodnich w latach 70. XX w. i zastąpił pierwotne określenie „muzułmański”. W literaturze anglojęzycznej zaś najpopularniejszymi nazwami są: ISIS (*Islamic State of Iraq and Syria*; *Islamic State of Iraq and al-Sham*) oraz ISIL (*Islamic State of Iraq and Levant*). Ponadto stosuje się także zwroty pochodzące bezpośrednio z języka arabskiego: *Al Daw-lah* (‘Państwo’) lub *Da’esh/Da’ish*. Stanowi to akronim arabskich słów: *ad-Dawlah al-Islāmiyah fī l-Irāq wa-sh-Shām*, które w języku angielskim uzyskuje nazwę ISIS: Państwo Islamskie Iraku i Syrii – M.G. Bartoszewicz, *Siła czy przesilenie? Działalność i znaczenie Państwa Islamskiego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2020, nr 20(22), s. 39.

³⁹ Zob. Z. Laub, *The Islamic State*, <https://www.cfr.org/backgrounder/islamic-state,2016> (data dostępu: 10.05.2022).

przestępczej – samozwańczego kalifatu na terenach Syrii i znacznej części rozpadającego się Iraku. Państwo Islamskie, jak podkreśla Jürgen Todenhöfer, było jedną z konsekwencji wojny w Iraku⁴⁰, a jego twórcy, jak dodaje Patrick Cockburn, pragnęli zmieniać świat za pomocą siły i przemocy⁴¹.

W szerszym kontekście historycznym zjawisko tego rodzaju terroryzmu międzynarodowego nasiliło się po zakończeniu II wojny światowej i nabrało szczególnego znaczenia na Bliskim Wschodzie⁴². Na pierwszy plan w kontekście terroryzmu wysuwa się ciągle istniejący konflikt palestyńsko-żydowski. Drugi plan był związany z ruchami antykolonialnymi, których siła zaczęła słabnąć pod koniec lat 70. ubiegłego stulecia. Oba nurty charakteryzują się powstaniem organizacji, które dla osiągnięcia celu politycznego posługują się przemocą. Następnymi ruchami tego rodzaju były organizacje motywowane religijnie (patrz: zamieszczone wcześniej rozważania na temat działalności Braci Muzułmanów), a także ugrupowania, takie jak Hamas i Hezbollah oraz inne, działające np. w Iranie czy Afganistanie. Niemniej jednak istotnym czynnikiem determinującym powstanie i rozwój takich ugrupowań była amerykańska interwencja w Iraku i jego okupacja. Wówczas zrodziła się idea utworzenia na okupowanym terytorium aktywnej organizacji bojowej i jednocześnie działającej w ramach struktur dżihadystycznych tworzonych pod egidą Al-Kaidy⁴³ (inaczej: Al-Kaida Iraku). Plan az-Zarkawiego zakładał wielopłaszczyznowe destabilizowanie sytuacji wewnętrznej w Iraku. Działania te obejmowały nie tylko walki zbrojne. Ich celem były także zamachy bombowe, zabójstwa polityczne, egzekucje pracowników organizacji międzynarodowych oraz przedstawicieli władz państwowych i lokalnych. W 2006 r. az-Zarqawi zginął w bombardowaniu przeprowadzonym przez Amerykanów, a nowym przywódcą opisywanej organizacji został Abu Ajjub al-Masri. Organizacja ta sukcesywnie zmieniała nazwę: w latach 2006–2013 było to Islamskie Państwo w Iraku,

⁴⁰ J. Todenhöfer, *ISIS od środka. 10 dni w „Państwie Islamskim”*, przeł. E. Kowynia, Kraków 2015, s. 9.

⁴¹ P. Cockburn, *The rise of the Islamic State*, New York–London 2015, s. 8; M.G. Bartoszewicz, op. cit., s. 40.

⁴² M.M. Dziekan, K. Zdulski, R. Bania, *Arabska wiosna i świat arabski u progu XXI wieku*, Łódź, 2020, s. 126–140.

⁴³ Minister obrony Francji Florence Parly potwierdziła, że 3 czerwca francuski kontyngent w Mali 3 zlikwidował Abdelmaleka Droukdała – szefa Al-Kaidy w Afryce Północnej. Został on zabity w zasadzce w pobliżu miasta Tessalit na północy kraju. Abdelmalek Droukdał (bądź Droukdel), znany również jako Abou Moussab Abdelwadoud, był z zawodu inżynierem. Wcześniej walczył w Afganistanie. Gdy pod koniec 2004 r. objął funkcję emira salafickiej grupy nauczania (kaznodziejstwa) i walki, stosunkowo szybko przekształcił ją w lokalną gałąź Al-Kaidy. Powstanie AQMI ogłoszono w 2007 r. Północne rejony Mali zostały opanowane grupy dżihadystów związane z Al-Kaidą w marcu i kwietniu 2012 r. Islamiści zostali stamtąd wyparci w wyniku francuskiej interwencji zbrojnej, rozpoczętej w styczniu 2013 r. Jednak całe obszary kraju wciąż pozostają poza kontrolą sił malijskich, francuskich czy oenzyetowskiej misji Minusma – <https://polskieradio24.pl/5/1223/Artykul/2526344,Lider-AlKaidy-w-Afryce-Polnocnej-zabity-Francuski-resort-obrony-potwierdza,2020> (data dostępu: 8.06.2022).

w latach 2013–2015 Islamskie Państwo w Iraku i Lewancie (IPIL), czyli salaficka organizacja terrorystyczna, oraz samozwańczy kalifat ogłoszony w 2014 r. na terytorium państwowym Iraku i Syrii⁴⁴. W 2010 r. al-Masri zginął w samobójczym wybuchu, a kontrolę nad organizacją przejął Abu Bakr al-Baghdadi. W tym kontekście należy wspomnieć, że to właśnie Irak stał się klasycznym przykładem żywiołowego rozwoju i ewolucji terroryzmu samobójczego. Było to bezpośrednio związane z obecnością wojsk amerykańskich i osiągnęło dość znaczną skalę, niespotykaną w innych częściach świata⁴⁵.

Rozwój tzw. Państwa Islamskiego (ISIS)

Kolejnym etapem w historii ekspansji tzw. Państwa Islamskiego było połączenie się w 2013 r. tej organizacji z frontem an-Nusra, jedną z komórek al-Kaidy w Syrii. Po pewnym czasie ugrupowanie przyjęło kolejną nazwę: Islamic State in Iraq and Greater Syria (ISIS) – Państwo Islamskie Iraku i Wielkiej Syrii (czasami w zastępstwie wykorzystuje się też nazwę Lewant, tworząc skrót ISIL)⁴⁶. Ostatecznie 29 czerwca 2014 r. islamiści ogłosili powstanie tzw. Państwa Islamskiego z Abu Bakrem al-Baghdadim jako kalifem na czele. Państwo Islamskie próbuje promować się jako nowy kalifat i tę nazwę popularyzuje w mediach⁴⁷. Tak zwane Państwo Islamskie, salaficka organizacja terrorystyczna, nieuznawane państwo arabskie oraz samozwańczy kalifat, bezpośrednio odwołuje się do ideologii i tradycji fundamentalistycznego kalifatu charydżyków⁴⁸. ISIS od początku istnienia było wspierane przez arabskie monarchie absolutne, takie jak Katar czy Arabia Saudyjska, których głównym celem pozostaje szerzenie radykalnej wersji salafickiego islamu wahhabitów. W ten sposób zwalczają oni swoich adwersarzy – inne odmiany islamu, np. tzw. bektaszytów na Bałkanach⁴⁹.

⁴⁴ Zob. P. Cockburn, *The rise of Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution*, London 2014.

⁴⁵ W. Filipkowski, R. Lonca, op. cit., s. 13.

⁴⁶ Zob. P. Cockburn, *The rise of Islamic State: ISIS...*

⁴⁷ P.D. Goodgame, *The globalists and the islamists: fomenting the „clash of civilizations” for a New World Order*, www.redmoonrising.com/Ikhwan/BritIslam.html, 2012 (data dostępu: 10.06.2020); S.K. Aburish, *A brutal friendship: The West and the Arab elite*, New York 1998.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ J.Th. Gordon, *ISIS’ desire to erase Sykes-Picot is rooted in fiction. Not history*, www.nationalinterest.org/feature/isis-desire-erase-sykes-picot-rooted-fiction-not-history-11293 (data dostępu: 10.06.2022). Bektaszijja (bektaszyci) to bractwo sufickie założone w XIII w. w Anatolii przez Bektasza Walego z Nizapuru. Ten nurt islamu rozpowszechnił się głównie w Turcji, ale także na Bałkanach, które pozostawały pod osmańską administracją przez cały czas istnienia imperium. Ostateczny kształt wierzeniom i rytuałom bektaszijji opracował w XVI w. Balim Sultan. Bektaszycka odmiana islamu ma w sobie silny pierwiastek szyicki (kult Alego Ibn Abi Taliba i 12 imamów) i przybliża bektaszijję do alewitów. Ich doktryna religijna zawiera także elementy chrześcijańskie i pogańskie. Główne cechy tego nurtu islamu to: wiara w magię liter, celibat oraz

Upadek Imperium Osmańskiego doprowadził do uformowania się nowego układu sił na Bliskim Wschodzie i dominacji Zachodu w tej części świata. Nie bez znaczenia był też fakt, że na tym obszarze odkryto znaczne złoża ropy naftowej, która w XX w. stała się wyjątkowo pożądanym surowcem, napędzającym gospodarkę mocarstw kolonialnych. W trakcie I wojny światowej imperialne ambicje Anglii i Francji na Bliskim Wschodzie osiągnęły apogeum, którego bolesne konsekwencje mieszkańcy tego regionu ponoszą do dziś. Następstwem owego układu był pakt Sykes-Picot⁵⁰, który doprowadził do powstanie kolejnych europejskich kolonii na Bliskim Wschodzie, a po rozpadzie imperiów kolonialnych – nowych państw: Jordanii, Syrii, Libanu, Iraku i Kuwejtu. Kolonialiści, pragnąc utrzymać kontrolę nad podbitymi terytoriami, umiejętnie wykorzystywali i podsycali narodowo-etniczne waśnie między zantagonizowanymi mieszkańcami dawnego Imperium Osmańskiego, wykorzystując do tego lokalnych przywódców.

Strategiczny cel tzw. Państwa Islamskiego (ISIS)

Celem ugrupowania o nazwie Państwo Islamskie, będącego spadkobiercą sunnickich ekstremistów wahhabickich z okresu okupacji Iraku przez siły pokojowe ONZ i NATO, było ustanowienie państwa wyznaniowego opartego na skrajnych zasadach szariat (prawa koranicznego)⁵¹ na terytorium Iraku,

pielęgnowanie tureckiego języka literackiego (traktaty filozoficzne, poezja, literatura piękna). Baktaszyci byli związani z janczarami i tym samym odgrywali oni znaczącą rolę w polityce państwa osmańskiego. Członkowie bractwa noszą białe płaszcze (*chirka*) i kołpaki na głowach. Po likwidacji zakonów sufickich w Turcji centrum bektaszijji zostało ulokowane w Albanii (1925–1967). Obecnie szczególnie aktywnie bractwo działa w Macedonii i w Kosowie – hasło: bektaszijja, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/bektaszijja;3875675.html> (data dostępu: 18.05.2022).

⁵⁰ Umowa Sykes-Picot – tajne porozumienie z maja 1916 r. zawarte między Wielką Brytanią a Francją, za zgodą imperialnej Rosji, w sprawie podziału Imperium Osmańskiego. Porozumienie doprowadziło do rozczłonkowania Turcji, Syrii, Iraku, Libanu i Palestyny na różne obszary administrowane przez Francję i Brytyjczyków. Umowa wzięła swoją nazwę od głównych negocjatorów z Wielkiej Brytanii i Francji – sir Marka Sykesa i François Georges-Picota. Ze strony rosyjskiej obecny był także Siergiej Dimitrijewicz Sazonow, jako trzeci członek Trójporezumenia – <https://www.britannica.com/event/Sykes-Picot-Agreement> (data dostępu: 12.07.2023).

⁵¹ Szariat – arab. *szari'a(t)* ‘droga prowadząca do wodopoju’ – prawo normujące życie wyznawców islamu zarówno w jego odmianie sunnickiej, jak i szyickiej. Islam nie uznaje rozdziału życia świeckiego od religijnego i dlatego reguluje zwyczaje religijne, organizację władzy religijnej oraz codzienne życie muzułmanina. Szariat jest sprzeczny z prawem do wolności religijnej. Opiera się na założeniu, że prawo musi dostarczać wszystkiego, co potrzebne dla duchowego i fizycznego rozwoju jednostki. Wszystkie czyny muzułmanina są podzielone na pięć kategorii: konieczne, chwalebne, dozwolone, naganne oraz zakazane. Podstawą określenia czynów koniecznych jest pięć filarów islamu. Zob. M. Marcinko (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym*, Kraków 2012, s. 122–131; K. Lankosz, G. Sobol (red.), *Wybrane problemy współczesnego prawa międzynarodowego*, Kraków 2013, s. 198–209; A. Hourani, *Historia Arabów*, przeł. J. Danecki, Gdańsk 1995, s. 78.

Syrii oraz Libanu. Samozwańczy kalifat, oprócz operacji militarnych, dopuszczał się czystek etnicznych czy wysiedleń ludności oraz posługiwał się tzw. wojną psychologiczną, wykorzystując strategię zarządzania strachem⁵². W związku z tym rzecznik prasowy ISIS Abu Muhammad al-Adnani al-Szami oświadczył, że tzw. niewierni mają tylko następującą alternatywę: albo dokonają konwersji na islam, albo zostaną zobowiązani do płacenia podatku od innowierców (*jizyah*), pobieranego w krajach muzułmańskich, oraz poddania się woli samozwańczego państwa ISIS⁵³. W ten sposób tzw. Państwo Islamskie sprawowało kontrolę nad podbitym terytorium, stosując przemoc, terror, wyzysk oraz wykorzystując strach członków podbitej ludności⁵⁴.

Należy wyraźnie zaznaczyć, że żadne z ugrupowań fundamentalistycznych (nie licząc nigeryjskiego Boko Haram oraz właśnie ISIS) nie odważyło się zapowiedzieć odbudowy kalifatu i odrodzenia się stanowiska kalifa. Kalifat w wydaniu ISIS stanowi hierarchiczną strukturę organów państwowych, która obejmuje również inne instytucje, tworzące cały aparat tzw. Państwa Islamskiego⁵⁵. Organizacja ta doskonale łączy w sobie wszystkie cechy przypisywane nowoczesnym, hybrydowym organizacjom terrorystycznym. Nosi znamiona grupy terrorystycznej, państwa, organizacji przestępczej, formacji o charakterze zbrojnym, sieci terrorystycznej, a także organizacji o podłożu religijnym. Składa się ona z następujących części: Rady Szariatu, Rady Ummy, Rady Wojskowej oraz Rady Bezpieczeństwa⁵⁶. Ponadto przywódcy ISIS przekształcili dotychczasowe struktury lokalnej administracji, powołując do życia własne prowincje – wilajety⁵⁷. W związku z tym tzw. Państwo Islamskie zawiera prawie wszystkie niezbędne elementy struktury państwowej, które określa prawo międzynarodowe publiczne: ludność, terytorium (warunek częściowo spełniony⁵⁸) i władzę najwyższą⁵⁹. Niemniej jednak doktryna współczesnego

⁵² Zob. A. Öhman, *Strach i lęk z perspektywy ewolucyjnej, poznawczej i klinicznej*, [w:] M. Lewis, J. Haviland-Jones (red.), *Psychologia emocji*, przeł. M. Kacmajor i in., Gdańsk 2005, s. 719–744; U. Beck, *Spółczesność światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*, przeł. B. Baran, Warszawa 2012, s. 204.

⁵³ W. Świąciecka-Salwin, *W jakim kierunku zmierzają działania ISIS*, www.nowastrategia.org.pl/w-jakim-kierunku-zmierzaja-dzialania-isis/, 2015 (data dostępu: 10.05.2022).

⁵⁴ Zob. R. Bania, *Powstanie tzw. Państwa Islamskiego w Iraku*, [w:] R. Bania, R. Czulda, K. Zdulski (red.), *Problemy bezpieczeństwa Bliskiego Wschodu i Północnej Afryki (MENA)*, Łódź 2016.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ M. Wachnicki, *Jak wygląda struktura organizacyjna Państwa Islamskiego? „Ma wiele elementów totalitaryzmu”*, http://wyborcza.pl/1,76842,16899161,Jak_wyglada_struktura_organizacyjna_Panstwa_Islamskiego_html#ixzz3tULYAm9B, 2014 (data dostępu: 10.06.2022).

⁵⁷ T. Karosik, *ISIS continues its state-building project unabated*, <http://english-alarabija.net/en/views/news/middle-east/2014/11/23/ISIS-continues-its-state-building-project-unabated.html> (data dostępu: 10.06.2020).

⁵⁸ I. Neriah, *The structure of the Islamic State (ISIS)*, <http://www.jcpa.org/structure-of-the-islamic/state,2014> (data dostępu: 10.05.2022).

⁵⁹ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 115–118.

prawa międzynarodowego publicznego podaje jeszcze jeden warunek, a mianowicie powszechne uznanie międzynarodowe, którego z oczywistych względów ISIS nie uzyskało.

Powstanie i spektakularny rozwój ISIS pozostaje ściśle związany z pojawieniem się pod koniec lat 90. XX w. nowych organizacji terrorystycznych na Bliskim Wschodzie. Wszystkie te ugrupowania charakteryzuje znaczna motywacja religijna oraz to, że są celem podejmowanych przeciwko nim działań Stanów Zjednoczonych, dążących do regionalnej dominacji na Bliskim Wschodzie⁶⁰. Obecnie jednak „amerykańska inicjatywa” powoli traci na sile, a na horyzoncie pojawił się „stary gracz”, czyli Rosja (wcześniej ZSRR). Zdecydowanie później postanowiła ona zaangażować się w Syrii także przeciwko ISIS, ale w wyniku rozproszenia tzw. Państwa Islamskiego ma szansę na odzyskanie dawnych stref wpływów w tej części świata⁶¹.

Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że powstanie ISIS to efekt różnorodnych, zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych czynników, a tylko jednym z nich jest ukształtowanie się na Bliskim Wschodzie ideologii fundamentalistycznej (anty Zachód i oskarżającej Zachód o wszelkie problemy i nierówności, będące udziałem muzułmanów). „Kolejnym czynnikiem jest radykalizacja nastrojów politycznych, związana z amerykańskimi operacjami wojskowymi w obszarze Zatoki, podkreślającymi przekonanie fundamentalistów o negatywnej roli Zachodu w polityce bliskowschodniej⁶². Innym elementem są wydarzenia Arabskiej Wiosny, w czasie której Zachód, USA czy wreszcie lokalne państwa arabskie przyjęły realizację polityki, która sama generowała dalsze problemy w państwach bliskowschodnich”⁶³.

Pojawienie się i powolny rozpad ISIS rodzi kolejne pytania o przyszłość tego rodzaju ugrupowań, bo – jak pokazuje historia – mogą one dysponować znaczną siłą, zarówno militarną, jak i polityczną, i są zdolne do podporządkowywania sobie ludności i terytorium. Niemniej jednak „zbyt wczesne przejście od fazy planowania do realizacji projektu tworzenia nowego państwa podważa w istocie sukces całego przedsięwzięcia (pod postacią kalifatu). Sytuację komplikuje także dobór środków wykorzystywanych do realizacji tego celu. Apoteozowanie przemocy i pomijanie mniej spektakularnych działań zraża do projektu odtworzenia kalifatu znaczącą większość społeczności muzułmańskiej wyznającej umiarkowane poglądy. Tzw. Państwo Islamskie zamiast perswazji

⁶⁰ C. Acun, *Neo al Qaeda: The Islamic State of Iraq and the Sham (ISIS)*, „SETA Perspective” 2014, nr 10, s. 22; E. Hunt, *Zarqawi's „Total War” on Iraqi Shiites Exposes a Divide among Sunni Jihadists*, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/zarqawis-total-war-on-iraqi-shiites-exposes-a-divideamong-sunni-jihadists>, 2005 (data dostępu: 10.05.2022).

⁶¹ Wątek obecności Federacji Rosyjskiej na Bliskim Wschodzie powoli wraca w związku z rosyjską interwencją w Syrii i wsparciem Rosji dla reżimu Baszara al-Asada. Ramy tego opracowania nie pozwalają na rozwinięcie tej tezy (została ona jedynie zasygnalizowana).

⁶² Zob. R. Bania, op. cit.

⁶³ Ibidem.

stosowało opresję, a działania integrujące ummę zastępowało represjami. Przemoc spełniała swoją rolę tylko w krótkiej perspektywie czasowej. Projekty długofalowe, takie jak budowa kalifatu (państwa), wymagają szerokiego poparcia społecznego, na które dżihadysty z Państwa Islamskiego jeszcze nie zapracowali”⁶⁴.

Tak zwane Państwo Islamskie (ISIS) to salaficka organizacja terrorystyczna, która bynajmniej nie była nową strukturą organizacyjną, ale ze względu na spektakularny zasięg jej działań, a przede wszystkim ich skutki, stała się swoiste *novum* na Bliskim Wschodzie⁶⁵. Jednym z najważniejszych postulatów organizacji było jawne zakwestionowanie bliskowschodniego ładu terytorialnego i kontrpropozycja utworzenia (odnowienia) kalifatu arabskiego i namaszczenie przywódcy ISIS, Abu Bakra al-Baghdadi, na nowego kalifa. Wydarzenie to było katalizatorem mobilizującym ówczesnych członków organizacji i przelożyło się na pozyskiwanie nowych naśladowców. Twórcy ruchu umiejętnie posłużyli się narracją odnoszącą się do tradycji politycznej świata arabsko-muzułmańskiego, legitymizując działania ISIS⁶⁶. W związku z tym przywódcy tzw. Państwa Islamskiego, określając się jako nowe i w założeniu jego twórców jedyne bliskowschodnie państwo, zwrócili się przeciwko pozostałym regionalnym aktorom. Generowało tym samym konflikty lub podtrzymywało już istniejące.

Twórcy ISIS podjęli dość ambitną próbę zagarnięcia muzułmańskiego świata na Bliskim Wschodzie i narzucenia innym wyznawcom (nie tylko islamu) swojej dominacji pod postacią quasi-państwowej struktury społecznej. Jednocześnie przywódcy ISIS nie zamierzali zrezygnować ze *stricto* terrorystycznego i zarazem kryminalnego *modus operandi*, o czym świadczą zamachy przeprowadzane w Europie⁶⁷. Stanowi to dowód na to, że działalność tzw. Państwa Islamskiego przeciwko podmiotom regionalnym i międzynarodowym bardzo często opisywana jest w kontekście splotu fundamentalizmu religijnego, terroryzmu i przestępczości kryminalnej z elementami zbrodni wojennych (patrz: działalność ISIS w Syrii).

Obecnie ISIS pozostaje w rozkładzie, a jego poszczególne części ulegają bądź rozproszeniu, bądź przekształceniu w kierunku organizacji terrorystycznej (w świetle doktryny międzynarodowego prawa karnego ISIS nigdy nie było państwem, ale organizacją terrorystyczną działającą na zasadach międzynarodowej organizacji przestępczej). Niemniej jednak idea kalifatu jest już zaszczerpiona, a znawcy tematyki bliskowschodniej zgodnie twierdzą, że islamski fundamentalizm będzie regularnie powracał w różnych odsłonach (patrz: działalność tzw. organizacji kulturalnych na Bałkanach Zachodnich, głównie

⁶⁴ A. Wejkszner, *Państwo Islamskie – fenomen nowego dżihadystycznego protopaństwa*, „Przegląd Politologiczny” 2016, nr 4, s. 77–91.

⁶⁵ M.M. Dziekan, R. Bania, K. Zdulski, op. cit., s. 126–140.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

w Bośni i Hercegowinie). Tezę tę uwiarygodnia wypowiedź asyryjskiego uchodźcy znajdującego się w Szwecji: „Zachód chce wierzyć, że między fundamentalistami są jakieś zasadnicze różnice, więc w to wierzy, ale Państwo Islamskie, Bractwo Muzułmańskie, Wolna Armia Syryjska, Al-Kaida, An-Nusra, ugrupowania opozycyjne wobec Asada to jedno i to samo. Wszyscy chcą powołania kalifatu, sunnickiego państwa rządzonego przez muzułmanów, w którym nie ma miejsca dla chrześcijan ani żadnych innych mniejszości na Bliskim Wschodzie. Nie będzie chrześcijań, nie będzie jazydów, nie będzie Asyryjczyków ani Ormian. Zostaną tylko muzułmanie”⁶⁸.

* * *

W połowie lipca 2023 r. polskie media podały informację, że młody Polak, który dokonał konwersji na islam, planował zamach samobójczy. Jego zamiary udaremniły polskie służby bezpieczeństwa.

Podsumowanie

Fundamentalistyczne odłamy islamu nie są bynajmniej wytworem współczesnego świata. Liczne historyczne źródła dowodzą, że tego rodzaju ugrupowania religijne towarzyszyły ludzkości od zarania dziejów, a jedynie różne były: ich pochodzenie, ideologia, motywy działania czy środki powiększania wspólnoty wiernych. Obecnie obserwuje się szczególną aktywność tych ugrupowań na Bliskim Wschodzie i w Europie Zachodniej.

Ideologia ISIS było swoistą hybrydą radykalnej doktryny religijnej, surowych norm obyczajowych i arabskiej ekonomii. Próbowala wprowadzić w życie koncepcję kalifatu. Wprawdzie ISIS została utworzona jako „nowe arabskie państwo”, to jednak w rzeczywistości organizacja ta działała jak wzorcowa zorganizowana grupa przestępcza, posługująca się przemocą, torturami i gwałtem. Otoczka religijna miała jakoby usprawiedliwiać owe zbrodnie, które były niezbędne do ustanowienia na podbitych ziemiach tzw. muzułmańskiego domu pokoju. Ponadto członkowie ISIS (dowództwo rekrutowało się z dawnych irackich oficerów) bezwzględnie wykorzystywali reguły średniowiecznego radykalnego islamu (dyskryminacja kobiet, innowierców, konwertytów i innych) celem podporządkowania i terroryzowania autochtonicznej ludności, sami zaś łamali reguły, które siłą wprowadzali na podbite tereny.

Ideolodzy ISIS eklektycznie i bardzo wybiórczo czerpali inspirację z charydźizmu, wahhabizmu i dorobku Braci Muzułmanów⁶⁹, tworząc niebezpiecz-

⁶⁸ D. Rosiak, *Ziarno i krew (podróż śladami bliskowschodnich chrześcijan)*, Wołowiec 2015, s. 30.

⁶⁹ Niniejsze odłamy radykalnego islamu zostały jedynie zasygnalizowane i wymagają oddzielnego opracowania.

ny monolit opierający się na regułach radykalnego islamu, przeciwstawiający się modernizmowi, demokracji, tolerancji religijnej i prawom człowieka. Wymienione wartości reprezentuje cywilizacja Zachodu, która siłą próbowała je narzucić muzułmańskim społecznościom Bliskiego Wschodu. Doprowadziło to do niekontrolowanych przemian tego regionu, rozbicia tradycyjnej tkanki społecznej, w końcu do konfliktu zbrojnego i zaangażowania się moźnych tego świata w operację na Bliskim Wschodzie. W ten oto sposób bogata Europa spłaca kolonialny dług wobec arabskich i muzułmańskich narodów oraz ludów, które uprzednio podbiła, skolonizowała i ograbiła z licznych bogactw (starożytnych zabytków, manuskryptów, rzeźb itp.), a nade wszystko eksploatowała istniejące w tym regionie złoża ropy naftowej.

Wymienione działania stały się katalizatorem do odradzania się skrajnych, fundamentalistycznych muzułmańskich ruchów religijnych. Wprawdzie, jak stwierdza Monika G. Bartoszewicz, siła militarna Kalifatu upadła, jednak duch symbolizujący tzw. Państwo Islamskie przerósł jego siłę wojskową, instytucjonalną, ekonomiczną i terytorialną⁷⁰ oraz wzmocnił ideologię fundamentalistycznego islamu czy – jak podkreślono w niniejszym tekście – islamizmu.

Wykaz literatury

- Aburish S.K., *A brutal friendship: The West and the Arab elite*, St. Martin's Griffin, New York 1998.
- Acun C., *Neo al Qaeda: The Islamic State of Iraq and the Sham (ISIS)*, „SETA Perspective” 2014, nr 10.
- Amstrong K., *W imię Boga. Fundamentalizm w judaizmie, chrześcijaństwie i islamie*, Wyd. W.A.B., Warszawa 2005.
- Bania R., *Powstanie tzw. Państwa Islamskiego w Iraku*, [w:] R. Bania, R. Czulda, K. Zdulski, (red.), *Problemy bezpieczeństwa Bliskiego Wschodu i Północnej Afryki (MENA)*, Łódź 2016.
- Bartoszewicz M.G., *Siła czy przesilenie? Działalność i znaczenie Państwa Islamskiego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2020, nr 20(22).
- Beck U., *Spółeczeństwo światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*, przeł. B. Baran, Wyd. Scholar, Warszawa 2012.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2005.
- Cockburn P., *The rise of the Islamic State*, Verso, New York–London 2015.
- Cockburn P., *The rise of Islamic State: ISIS and the New Sunni Revolution*, Verso, London 2014.
- Delumeau J., *Strach w kulturze Zachodu*, przeł. A. Szymanowski, Wyd. PAX, Warszawa 1986.
- Dziekan M.M., Zdulski K., Bania R., *Arabska wiosna i świat arabski u progu XXI wieku*, Wyd. UŁ, Łódź 2020.

⁷⁰ M.G. Bartoszewicz, op. cit., s. 61.

- Filipkowski W., Lonca R., *Analiza zamachów samobójczych w aspekcie kryminologicznym i prawnym*, cz. I, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2010, nr 2(10).
- Goodgame P.D., *The globalists and the islamists: fomenting the „clash of civilizations” for a New World Order*, www.redmoonrising.com/Ikhwan/BritIslam.html, 2012.
- Gordon J.Th., *ISIS’ desire to erase Sykes-Picot is rooted in fiction. Not history*, www.nationalinterest.org/feature/isis-desire-erase-sykes-picot-rooted-fiction-not-history-11293.
- Hanausek T., [w:] Kędzierska G. (red.), *Organizacyjne i prawne aspekty działań anty-terrorystycznych*, Wyd. WSPol, Szczytno 2002.
- Hoffman B., *Oblicza terroryzmu*, przeł. H. Pawlikowska-Gannon, Świat Książki, Warszawa 2001.
- Holyst B., *Kryminologia*, wyd. piąte, PWN, Warszawa 1994.
- Hourani A., *Historia Arabów*, przeł. J. Danecki, Wyd. Marabut, Gdańsk 1995.
- Hunt E., *Zarqawi’s „Total War” on Iraqi Shiites Exposes a Divide among Sunni Jihadists*, <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/zarqawis-total-war-on-iraqi-shiites-exposes-a-divideamong-sunni-jihadists>, 2005.
- Karosik T., *ISIS continues its state-building project unabated*, <http://english-alarabija.net/en/views/news/middle-east/2014/11/23/ISIS-continues-its-state-building-project-unabated.html>.
- Kepel G., *Fitna. Wojna w sercu islamu*, przeł. K. Pachniak, Wyd. Dialog, Warszawa 2006.
- Kunicki Z., *Religia. Fundamentalizm religijny i liberalne wyzwania. Od doktryny do postawy*, „Forum Politologiczne” 2005, t. 2.
- Lankosz K., Sobol G (red.), *Wybrane problemy współczesnego prawa międzynarodowego*, Wyd. Kasper, Kraków 2013.
- Laub Z, *The Islamic State*, <https://www.cfr.org/backgrounder/islamic-state>, 2016.
- Leniarski R., *Handlarzu Śmierci, Wiktorze Bucie, Rosja nie zapomniła twojego milczenia*, <https://wyborcza.pl/7,75399,29245241,handlarzu-smiercia-wiktorze-bucie-rosja-nie-zapomniala-twojego.html>.
- Lonca R., *Polska wobec obecnych zagrożeń terroryzmu globalnego*, [w:] E.W. Plywaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny. Terroryzm. W ujęciu praktycznym*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Marcinko M. (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym*, Ośrodek Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ, Kraków 2012.
- Neriah I., *The structure of the Islamic State (ISIS)*, <http://www.jcpa.org/structure-of-the-islamic/state>, 2014.
- Öhman A., *Strach i lęk z perspektywy ewolucyjnej, poznawczej i klinicznej*, [w:] M. Lewis, J. Haviland-Jones (red.), *Psychologia emocji*, przeł. M. Kacmajor i in., GWP, Gdańsk 2005.
- Parafianowicz Z., *Śniadanie pachnie trupem (Ukraina na wojnie)*, Wyd. Mando, Kraków 2022.
- Pawłowski J., *Terroryzm we współczesnym świecie*, Bellona, Warszawa 2001.
- Piwowarski J., Depo J., Pajorski P., *Fundamentalizm islamski a terroryzm w XXI wieku*, Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa Publicznego i Indywidualnego „Apeiron”, Kraków 2015.
- Plywaczewski E.W., *Wokół związków pomiędzy terroryzmem a przestępczością zorganizowaną*, [w:] K. Indeck (red.), *Przestępczość terrorystyczna. Ujęcie praktyczno-dogmatyczne*, Wyd. WiS, Poznań 2006.
- Redo S., *Uzbekistan i Narody Zjednoczone w walce z międzynarodową przestępczością zorganizowaną*, [w:] T. Bodio (red.), *Uzbekistan. Historia – społeczeństwo – polityka*, Wyd. Elipsa, Warszawa 2001.

- Rosiak D., *Ziarno i krew (podróż śladami bliskowschodnich chrześcijan)*, Wyd. Czarne, Wołowiec 2015.
- Sivan E., *Radykalny islam*, przeł. A. Kosior, Wyd. Libron, Kraków 2005.
- Święcicka-Salwin W., *W jakim kierunku zmierzają działania ISIS*, www.nowastrategia.org.pl/w-jakim-kierunku-zmierzaja-dzialania-isis/, 2015.
- Todenhöfer J., *ISIS od środka. 10 dni w „Państwie Islamskim”*, przeł. E. Kowynia, Wyd. UJ, Kraków 2015.
- United Nations Development Programme, *Human Development Report 1994*, New York 1994.
- Wachnicki M., *Jak wygląda struktura organizacyjna Państwa Islamskiego? „Ma wiele elementów totalitaryzmu”*, http://wyborcza.pl/1,76842,16899161,Jak_wyglada_struktura_organizacyjna_Panstwa_Islamskiego_html#ixzz3tULYAm9B, 2014.
- Wejksznier A., *Państwo Islamskie – fenomen nowego dżihadystycznego protopaństwa*, „Przegląd Politologiczny” 2016, nr 4.
- Wójcik Ł., *Islam eksportowy*, „Polityka” z 21 marca 2017 r., nr 3103.
- Zubrzycki W., *Fundamentalizm religijny w islamie*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2016, nr 23.

Summary

Criminological basis of Islamic religious fundamentalism – selected dimensions

Keywords: criminal law, international law, criminology, radical Islam, religious terrorism, religious fundamentalism, security, organized crime.

The main thesis of the article is that the fundamentalist branches of Islam are not a product of modern times. Numerous historical sources indicate the existence of such groups from the beginning of the existence of this religion. The article consists of three main parts. The first one contains an introductory introduction to the subject presented in the study. The second contains concise information on the theoretical and practical links between religious fundamentalism, terrorism and organized crime. The third concerns the genesis, functioning and collapse (or rather dispersion) of the so-called the Islamic State – in reality, a terrorist criminal organization that cynically uses strict religious precepts to subjugate the conquered territories and the population living there. The summary of the text contains final conclusions that clearly remind about radical religious movements that often form a kind of criminal and terrorist criminal conglomerate appearing in various parts of the world (both in Europe, Asia and Africa); with varying intensity. These organizations are clearly opposed to the values of the so-called the west; they reject the idea of human rights and promote the values (or anti-values) of fundamental criminal religious movements.

Dagmara Jaroszevska-Choras

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-3345-7168

d.jaroszevska-choras@ukw.edu.pl

Pomiedzy prawem a etyka – wolnosc slowa w zawodzie adwokata w swietle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Czlowieka

Wstep

Wolnosc slowa jest wazna gwarancja nieskrepowanego wykonywania zawodu przez adwokatow. Profesja ta nalezy do zawodow zaufania publicznego¹, co oznacza, ze jej wykonywanie okreslone jest normami etyki zawodowej, treścią slubowania, odpowiednim wyksztalceniem, uzyskana specjalizacja czy tez tradycja korporacji zawodowej².

Celem i glownym zalozeniem artykulu jest analiza aspektow etycznych i prawnych zwiazanych z wykonywaniem obowiazkow zawodowych przez adwokatow w kontekście jednej z wazniejszych gwarancji, z ktorych korzysta, tj. swobody wypowiedzi. W pracy posluzono sie metoda prawno-dogmatyczna, w ramach ktorej badana jest sama treść prawa, jak rowniez jego interpretacje, ktore mozna odnalezc zarowno w orzecznictwie, jak i w literaturze przedmiotu. Opracowanie laczy w sobie dwa kluczowe zagadnienia. Z jednej strony zostalo ono poswiecone aspektom zwiazanym etyka zawodowa adwokata. Z kolei druga czesc artykulu poswiecono analizie wybranego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Czlowieka (dalej jako ETPC lub Trybunal), w ktorych Trybunal rozpatruje sprawy zwiazane z wolnoscia slowa adwokatow³. Wypowiedzi adwokatow musza miec sie w pewnych ramach. Powinni oni dazyc do zachowania balansu pomiedzy roznymi wartosciami, takimi jak chociazby ochrona godnosc zawodu czy wymaganiami zwiazanymi z nalezy-

¹ Na temat pojecia zaufania publicznego i zawodow zaufania publicznego zob. K. Dabrowski, *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, 2022, Legalis, rozdz. III.

² D. Jaroszevska-Choras, *Adwokaci*, [w:] S. Sykuna (red.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2018, s. 65–66.

³ W artykule przedstawiono rowniez wybrane orzeczenia sadow polskich.

tym sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Bardzo ważną kwestią jest kontekst wypowiedzi, jak również to, do kogo adwokat kieruje swoje krytyczne słowa. Z orzecznictwa ETPC wynika, że np. krytyka świadka może iść dalej niż krytyka sądu. Poruszane w artykule zagadnienie jest nadal aktualne i ważne, gdyż wyroki przyjmowane przez Trybunał mają wpływ m.in. na sposób interpretowania przepisów regulujących zasady wykonywania zawodu adwokata w Polsce⁴. Ocena, czy w danej sytuacji adwokat przekracza granice związane ze swobodą wypowiedzi, nie jest jednowymiarowa. Zależy bowiem od wielu czynników, jak np. poziom wrażliwości sędziego, kontekstu sprawy czy też kultury prawnej uczestników postępowania. Analiza wybranych wyroków ETPC wskazuje, że u sędziów występuje dosyć niski próg odporności na krytykę płynącą ze strony adwokatów. Prowadzi to do sytuacji, że sąd podejmuje decyzję o ukaraniu pełnomocnika za przekroczenie granic swobody wypowiedzi. Powinna być ona jednak przemyślana, gdyż w konsekwencji może to prowadzić do naruszenia art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka.

Wolność słowa i pisma adwokata a etyka zawodowa

Odwołanie do wolności słowa znalazło się we wszystkich aktach prawnych regulujących zawód adwokata i zadania adwokatury przyjętych po odzyskaniu przez Polskę niepodległości. W 1918 r. wydano dekret Naczelnika Państwa w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego⁵. Składał się on z 59 artykułów oraz przepisów przejściowych. W art. 9 statutu wskazano, że „adwokat przy wykonywaniu swoich obowiązków korzysta z wolności słowa i pisma”. Następnie w dwudziestoleciu międzywojennym przyjęto rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 października 1932 r. Prawo o ustroju adwokatury⁶. Zdaniem ówczesnego środowiska prawniczego, jak również strony rządowej, przyjęty akt prawny wymagał udoskonaleń. W związku z tym w dniu 4 maja 1938 r. została uchwalona ustawa Prawo o ustroju adwokatury⁷. Do 1982 r., czyli do czasu wydania obowiązującego obecnie aktu prawnego,

⁴ Nie tylko w kontekście wolności słowa. Trybunał rozstrzyga np. sprawy związane z tajemnicą zawodową adwokatów. Zob. K. Milkowski, *Tajemnica adwokacka w świetle Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, z. 111.

⁵ Dokument został wydany na podstawie dekretu Naczelnika Państwa z dnia 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego.

⁶ Dz.U. z 1932 r., Nr 86, poz. 733. Wolność słowa i pisma została uregulowana w art. 24, który stanowił: „Przy wykonywaniu czynności zawodowych adwokat korzysta z wolności słowa i pisma w granicach obowiązujących przepisów i rzeczowej potrzeby (...)”.

⁷ Dz.U. z 1938 r., Nr 33, poz. 289. Wolność słowa i pisma została uregulowana w przepisie zawartym w art. 78 ust. 1, a brzmienie przepisu było tożsame z tym przyjętym w rozporządzeniu z 1932 r.

tj. ustawy Prawo o adwokaturze⁸, przyjęto jeszcze ustawę z dnia 27 czerwca 1950 r. o ustroju adwokatury (znowelizowana w dniu 29 listopada 1956 r.)⁹. Oprócz tego zasady wypowiedzi zostały uregulowane w Kodeksie etyki adwokackiej¹⁰.

Można wyróżnić swoisty katalog standardów wypowiedzi adwokatów, do którego zaliczyć należy zasadę rzeczowości, prawdomówności, oględność, zachowanie taktu i umiaru, współmierność, zakaz naruszania powagi sądu, zakaz naruszania godności uczestników postępowania czy też sposób kontaktowania się z mediami i dziennikarzami¹¹. Z kolei ustawodawca zagwarantował adwokatom wolność słowa w art. 8 ustawy Prawo o adwokaturze¹². W myśl tych przepisów adwokat przy wykonywaniu zawodu adwokackiego korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przez zadania adwokatury i przepisy prawa (ust. 1). Nadużycie tej wolności, stanowiące ściganą z oskarżenia prywatnego zniewagę lub zniesławienie strony, jej pełnomocnika lub obrońcy, kuratora, świadka, biegłego lub tłumacza, podlega ściganiu tylko w drodze dyscyplinarnej (ust. 2).

Pojęcie wolności słowa, z którego korzysta adwokat przy wykonywaniu zawodu, oraz ustalenie jego granic stanowią przedmiot analiz zarówno w literaturze przedmiotu¹³, jak i w orzecznictwie sądowym oraz uzasadnieniach orzeczeń dyscyplinarnych¹⁴ wydanych przez sądy dyscyplinarne izb adwokackich i Wyższy Sąd Dyscyplinarny¹⁵. Jak wskazuje Paweł Skuczyński, „wypowiadanie się jest najważniejszą aktywnością prawników, a słowo jest narzędziem pozwalającym osiągać cele”¹⁶.

W związku z tym podczas wykonywania obowiązków zawodowych może pojawić się konieczność ustalenia granic swobody wypowiedzi. Osoby wykonujące zawód adwokata nie wprowadzają w sposób samodzielny tych granic. Zostały one bowiem przewidziane w przepisach ustawy Prawo o adwokaturze

⁸ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1184 ze zm.).

⁹ Dz.U. z 1956 r., Nr 54, poz. 248.

¹⁰ Warto zauważyć, że 22 września 2022 r. przyjęta została uchwała nr 230/2022 Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks etyki adwokackiej).

¹¹ Szerzej zob. P. Skuczyński, *Etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych*, 2016, Legalis, rozdz. VII.

¹² Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1184 ze zm.).

¹³ Zob. np. H. Izdebski, P. Skuczyński, S. Sykuna, *Pomoc prawna*, [w:] R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 13, 2016, Legalis, rozdz. XV, § 55.

¹⁴ Jak wskazuje P. Czarnecki, „odpowiedzialność dyscyplinarna stanowi jeden z rodzajów odpowiedzialności prawnej, a większość przedstawicieli nauki prawa uznaje, że stanowi ona odpowiedzialność quasi-karną, a zatem znajdującą zakorzenienie w sferze prawa represyjnego” – P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, 2013, Legalis, rozdz. III.

¹⁵ Np. orzeczenie Wyższego Sądu Dyscyplinarnego z 6 kwietnia 2019 r., sygn. akt WSD 23/19.

¹⁶ P. Skuczyński, op. cit., rozdz. VII.

oraz Kodeksie etyki adwokackiej. Zagwarantowanie swobody wypowiedzi i jednocześnie ukształtowanie jej granic stanowić może dosyć duże wyzwanie, gdyż łączą się one z konfliktem dwóch wartości¹⁷. Z jednej strony adwokat wykonujący swoje czynności zawodowe przede wszystkim reprezentuje klienta¹⁸ i dba o jego interesy. Powinien on również kierować się w swoich wypowiedziach zasadą taktu i umiaru¹⁹, a z drugiej strony musi pamiętać o zakazie naruszenia godności uczestników postępowania²⁰. W jednym z wyroków Sąd Najwyższy wskazał, że „forma wypowiedzi nie może być drastyczna; powinny ją cechować umiar i oględność. Opinia dotycząca osoby powinna być wyrażona w powiązaniu z twierdzeniami faktycznymi i dowodami, nie może natomiast być gołosłowna i niemająca oparcia w prezentowanym materiale sprawy. Adwokat nie ma obowiązku weryfikacji faktów i twierdzeń podawanych przez stronę i nie ponosi odpowiedzialności za ich zgodność z prawdą, powinien jednak rozważyć, czy nie wzbudzają one oczywistych wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistością”²¹. Dla oceny, czy adwokat przy prowadzeniu konkretnej sprawy nie przekroczył granic wolności słowa, znaczenie ma to, czy jego wypowiedź uzasadniona była rzeczową potrzebą wynikającą z obrony interesu reprezentowanej strony²². Do podobnych wniosków doszedł Sąd Apelacyjny w Warszawie, który zaznaczył, że przy ocenie, czy rzeczowa obrona interesów w toczącym się postępowaniu uzasadnia określoną wypowiedź pełnomocnika strony, decydujące znaczenie ma charakter sprawy, który w znacznym stopniu determinuje celowość i potrzebę danej wypowiedzi²³.

Z kolei zdaniem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku „dla oceny działania profesjonalnego pełnomocnika nie jest obojętne – przy uwzględnieniu okoliczności towarzyszących sprawie – użycie formuły polegającej na odwołaniu się do twierdzenia, poglądu lub stanowiska strony, którą reprezentuje w procesie, bądź innych jego uczestników. Powinien on rozważyć, czy upubliczniane przez niego fakty i twierdzenia nie wzbudzają oczywistych wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistością. Ponosi odpowiedzialność za wypowiedziane lub

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Warto podkreślić, że dla moralnych relacji pomiędzy adwokatem a klientem ogromne znaczenie ma skuteczna komunikacja między nimi. Jak wskazuje R. Tokarczyk, „różnorodne uchybienia prawnika w komunikowaniu się z klientem należą do najpoważniejszych moralnie skarg na prawników”. Zob. R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2011, s. 95.

¹⁹ Zgodnie z § 17 Kodeksu etyki adwokackiej adwokat, mając zagwarantowaną przy wykonywaniu czynności zawodowych wolność słowa, powinien zachować umiar, współmierność i oględność w wypowiedziach, zarówno wobec sądu, organów oraz instytucji, przed którymi występuje, a nadto w wystąpieniach publicznych, tak aby nie uchybić zasadzie godności zawodu.

²⁰ Regulacje związane z zachowaniem umiaru i taktu przed adwokata zostały ujęte także w rozdziale III Kodeksu etyki adwokackiej, który dotyczy obowiązków w stosunku do sądu, urzędów i instytucji przed którymi występuje adwokat. Szerzej na temat zasady umiaru i taktu zob. A. Podolska, *Zasada umiaru i taktu*, [w:] S. Sykuna (red.), op. cit., s. 169–176.

²¹ Wyrok SN z 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt V CSK 2/06.

²² Ibidem.

²³ Wyrok SA w Warszawie z 23 lipca 2014 r., sygn. akt VI ACa 1444/13.

napisane słowa, z której nie zwalnia go powoływanie się na zasłyszane w toku procesu, nie zweryfikowane informacje”²⁴. Zagadnienie wolności słowa adwokatów było również przedmiotem rozstrzygnięcia podjętego przez Trybunał Konstytucyjny, który w jednym ze swoich wyroków wskazał: „Wolność słowa i pisma, obejmująca – w ramach prawa i etyki – także prawo do krytyki sądów i innych władz, jest podstawą niezależności adwokatury. Uważa się ją za jeden z fundamentów niezależności tego zawodu, a ta z kolei jest niezbędna dla spełniania przez adwokatów przypisanej im funkcji, którą – jak wynika z łacińskich korzeni określenia »adwokat« – jest niesienie pomocy prawnej”²⁵.

ETPC – „strażnik” swobody wypowiedzi

Swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentalnych praw człowieka chronionych przez normy zawarte zarówno na poziomie dokumentów międzynarodowych, jak i w regulacjach rangi konstytucyjnej²⁶. Wolność wypowiedzi zaliczana jest do praw osobistych i politycznych. Zasady ujmowania tego prawa są jednak zróżnicowane. W przypadku art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka²⁷ „wolność wyrażania opinii” jest kategorią generalną, a w dalszej części przepisu znajdują się jej poszczególne elementy. Z kolei w Powszechnej deklaracji praw człowieka²⁸ czy też w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych²⁹ wyodrębniono „wolność posiadania poglądów” od wolności „wyrażania poglądów”³⁰.

²⁴ Wyrok SA w Białymstoku I Wydział Cywilny z 24 marca 2011 r., sygn. akt I ACa 90/11.

²⁵ Wyrok TK z 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 22/05.

²⁶ W przepisie zawartym w art. 54 Konstytucji RP wskazano: „Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (ust. 1). Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej (ust. 2)”. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.). W tym przepisie można wyróżnić trzy elementy, czyli wolność posiadania poglądów, wolność wyrażania poglądów i przekazywania informacji w każdy sposób oraz wolność poszukiwania, pozyskiwania i otrzymywania informacji przy użyciu wszelkich środków. Kreują one zakres przedmiotowy konstytucyjnej ochrony swobody wypowiedzi w wewnętrznym systemie prawnym. Szerzej na temat konstytucyjnego zakresu przedmiotowego ochrony wolności wypowiedzi zob. W. Mojski, *Konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce*, Lublin 2014, s. 68–74.

²⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej jako EKPC lub Konwencja.

²⁸ Powszechna deklaracja praw człowieka, Paryż, 10 grudnia 1948 r., dalej jako PDPC. Tekst deklaracji dostępny na stronie internetowej: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> (data dostępu: 23.03.2023).

²⁹ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167), dalej jako MPPOiP.

³⁰ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–18*, 2010, Legalis.

Zarówno w doktrynie, jak i w regulacjach prawnych wykorzystywane jest różnorodne nazewnictwo tej wolności. W aktach prawa międzynarodowego wskazuje się na „prawo” (np. art. 19 ust. 1 MPPOiP), „wolność” (art. 10 EKPC) czy też „prawo do wolności” (art. 19 PDPC)³¹. Warto podkreślić, że zgodnie z poglądami doktryny tłumaczenie art. 10 Konwencji, które przyjęła Polska, nie jest do końca odpowiednie³². W literaturze przedmiotu wskazuje się, że istotę tego prawa oddaje sformułowanie „wolność ekspresji”³³ czy „swoboda wypowiedzi”³⁴. W przepisie zawartym w art. 10 EKPC znajduje się triada uprawnień związanych z „wolnością wyrażania opinii”, czyli prawo do posiadania własnych poglądów, prawo do przekazywania informacji oraz prawo do poszukiwania i otrzymywania informacji i idei³⁵. Zostało to potwierdzone w jednym z wyroków ETPC. W 1989 r. w sprawie *Markt intern Verlag GmbH i K. Bergmann v. RFN* Trybunał uznał, że pojęcie „wypowiedź” obejmuje poglądy, informacje i idee wszelkiego rodzaju, bez względu na treść i formę ich podniesienia³⁶. Według ETPC wolność wypowiedzi dotyczy nie tylko informacji lub idei, które są przychylnie przyjmowane lub uważane za nieszkodliwe lub obojętne, ale także do tych, które obrażają czy też szokują. Pomimo swojego podstawowego charakteru swoboda wypowiedzi nie ma charakteru bezwzględniego i może podlegać ograniczeniom. Jednak ze względu na fakt, że swoboda

³¹ D. Jaroszevska-Choraś, A. Wedeł-Domaradzka, *Miedzy wolnością ekspresji a ochroną praw autorskich – uwagi na tle praktyki orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. 15, s. 79.

³² M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 413; I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 27–28.

³³ M. Skwarzyński, *Podmiotowe granice wolności słowa w wypowiedziach publicznych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2021, nr 48, s. 262.

³⁴ Jak podkreślił I.C. Kamiński, tłumaczenie konwencji opublikowane w Dzienniku Ustaw ma kilka błędów, np. taki, że art. 10 chroni „swobodę wypowiedzi” a nie „wolność wyrażania opinii”. Szerzej zob. I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Kraków 2006, s. 18.

³⁵ Według art. 10 EKPC „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych (ust. 1). Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej (ust. 2)”.

³⁶ Wyrok ETPC z 20 listopada 1989 r. w sprawie *Markt intern Verlag GmbH i K. Bergmann v. RFN*, skarga nr 10572/83, § 26, za: D. Jaroszevska-Choraś, A. Wedeł-Domaradzka, op. cit., s. 80.

wypowiedzi odgrywa ogromną rolę w systemach demokratycznych, ograniczenia powinny być nakładane rozważnie, aby nie naruszać tego prawa³⁷.

Ogromny wpływ na kształtowanie się treści praw człowieka jak i standardów ochrony tych praw mają wyroki wydawane przez ETPC z siedzibą w Strasburgu. Jak zauważa Agnieszka Demczuk, „Europejski Trybunał Praw Człowieka, dokonując kontroli przestrzegania prawa od 1959 r. w państwach – stronach EKPC, bada, czy w danej sprawie skierowanej do niego, w postaci skargi jednostki lub grupy jednostek przeciw danemu państwu, doszło do naruszenia, czy też miała miejsce jedynie dopuszczalna ingerencja”³⁸. Polska ratyfikowała EKPC 19 stycznia 1993 r. W tym samym roku złożono deklarację o uznaniu jurysdykcji ETPC. Ratyfikacja Konwencji spowodowała, że państwo polskie zaakceptowało obowiązki wynikające z art. 1, których konsekwencją jest nakaz zagwarantowania praw oraz wolności przewidzianych w rozdziale I EKPC³⁹.

Jak słusznie wskazuje Adam Bodnar, EKPC jest jedną z umów międzynarodowych, które zostały ratyfikowane przez Polskę, mającą na celu zobowiązanie do przestrzegania praw człowieka. Jednak jest ona umową wyjątkową, ponieważ zawiera w sobie reguły pierwotne i reguły wtórne⁴⁰. Z kolei połączenie norm pierwotnych i wtórnych sprawia, że w regionalnych systemach ochrony praw człowieka EKPC wyróżnia się najwyższym poziomem przestrzegania i egzekwowania ochrony praw człowieka⁴¹.

ETPC jest gwarantem przestrzegania praw oraz wolności człowieka zawartych w Konwencji. Wydawane przez niego wyroki, zgodnie z art. 44⁴² EKPC, są wiążące, w momencie gdy orzeczenie jest ostateczne. Według Michała Balcerzaka „odnośnie mocy wiążącej orzeczeń Trybunału, z treści

³⁷ L. Moreira Alcici, *The protection of the right to freedom of expression in international human rights law: an overview*, „Studies in Law: Research Papers” 2020, nr 2(27), s. 154.

³⁸ A. Demczuk, *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a polskim prawie i praktyce sądowej*, [w:] M. Haczkowska, F. Tereszkiewicz (red.), *Europejska konwencja o ochronie praw człowieka – praktyka stosowania i funkcjonowanie w przestrzeni europejskiej*, Opole 2016, s. 146.

³⁹ B. Latos, *Klauzula derogacyjna i imitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności*, Warszawa 2008, s. 17.

⁴⁰ Reguły pierwotne (*primary rules*) mogą oznaczać katalog praw zagwarantowanych w Konwencji. Należą do nich prawa materialne, które wynikają z Konwencji oraz protokołów dodatkowych. Z kolei reguły wtórne (*secondary rules*) decydują o tym, czy reguły pierwotne będą przestrzegane. Zob. A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Warszawa 2018, s. 38–39.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Zgodnie z brzmieniem tego przepisu: „1) Wyrok Wielkiej Izby jest ostateczny. 2) Wyrok Izby staje się ostateczny a) jeżeli strony oświadczą, że nie będą składać wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, lub b) po upływie trzech miesięcy od daty wydania wyroku, jeżeli nie złożono wniosku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, lub c) jeżeli zespół Wielkiej Izby odrzuci wniosek o przekazanie sprawy Wielkiej Izbie w trybie artykułu 43. 3) Ostateczny wyrok podlega opublikowaniu”.

art. 46 Konwencji należy wywnioskować, że ma ona zastosowania do państw, które są stronami danej sprawy⁴³.

Przepis zawarty w art. 46 ust. 1 Konwencji stanowi: „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”. Wprowadza on odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państw-stron EKPC w kontekście wykonania wyroku, który ich dotyczył. Natomiast w odniesieniu do wykonania orzeczenia na gruncie przepisu zawartego w art. 46 ust. 1 będą miały zastosowanie ogólne zasady prawa międzynarodowego publicznego. Pojawiają się w związku z tym pewne zobowiązania nałożone na państwo wykonujące wyrok, takie jak restytucja, odszkodowanie, zadośćuczynienie oraz związane z nimi zasady interpretacyjne⁴⁴.

Wybrane orzeczenia ETPC dotyczące swobody wypowiedzi adwokatów

Trybunał wielokrotnie odnosił się w swoich orzeczeniach do zagadnienia wolności słowa osób wykonujących zawody prawnicze⁴⁵. Jednocześnie rozpatruje on również sprawy związane z krytyką funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, wskazując, że tego typu wypowiedziom przyznawana jest szersza ochrona. Z kolei sędziowie, którzy zostali skrytykowani, mają mniejsze możliwości obrony przez krytykę⁴⁶. W jednym z wyroków ETPC przypomniał, że sędziowie powinni wykazać się powściągliwością w korzystaniu z wolności

⁴³ M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 163.

⁴⁴ A. Bodnar, op. cit., s. 70–71.

⁴⁵ Orzeczenia takie dotyczą m.in. spraw związanych z jednej strony ze swobodą wypowiedzi dziennikarzy, a z drugiej z zachowaniem autorytetu i bezstronności wymiaru sprawiedliwości. Zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody...*, s. 33–424. I tak np. w wyroku w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria*, który zapadł w 1995 r., Trybunał stwierdził, że skazanie dziennikarza i wydawcy nie było naruszeniem art. 10 Konwencji. W artykule prasowym napisano o sędziach np.: „traktują od początku każdego oskarżonego tak, jakby był już skazany” lub „straszny typ”. Trybunał podkreślił, że jeżeli dziennikarz odnosi się w artykule do pracy sędziów, powinien wziąć pod uwagę fakt, że sądownictwo jest zasadniczym gwarantem sprawiedliwości w państwie prawa. Sądownictwo powinno cieszyć się zaufaniem wśród społeczeństwa. Należy zapewnić mu ochronę przed destrukcyjnymi atakami. Zob. A. Redelbach, *Wolność słowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, R. LXII, z. 3, s. 15. W wyroku z 13 listopada 2008 r. w sprawie *Kayasu v. Turcja* (skargi nr 64119/00 i 76292/01) Trybunał przypomniał, że „władze sądowe muszą zachowywać najwyższą dyskrekcję (...), nawet odpowiadając na prowokacje. Wymagają tego wyższe racje sprawiedliwości i znaczenie funkcji sędziowskiej”. Szerzej zob. M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń* 2008, Warszawa 2009, s. 233–237.

⁴⁶ A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 216.

wyrażania opinii we wszystkich sprawach, w których istnieje prawdopodobieństwo podważenia autorytetu i bezstronności sądownictwa⁴⁷. Jednak, jak wskazał Trybunał, „należy wyraźnie odróżnić krytykę od znieważenia. Jeżeli wyłączną intencją jakiejkolwiek formy wyrażania opinii jest znieważenie sądu lub członków składu sędziowskiego, odpowiednia kara nie stanowi, co do zasady, naruszenia art. 10 ust. 2 EKPC. Przy ocenie proporcjonalności ingerencji należy uwzględnić również charakter i surowość nałożonych kar. W niniejszej sprawie skarżącego, wykonującego zawód sędziego, uznano za winnego przewinienia dyscyplinarnego polegającego na uchybieniu godności urzędu sędziego poprzez przekroczenie granic wolności słowa wobec opinii sędziego – wizytatora w procedurze awansu zawodowego i nałożono na niego najłagodniejszą możliwą karę. Informacje dotyczące wyroku skazującego w postępowaniu dyscyplinarnym umieszczono w jego aktach osobowych na okres pięciu lat. Trybunał zauważył jednak, że ingerencja w wolność wyrażania opinii może mieć skutek zniechęcający do korzystania z takiego prawa. Trybunał wskazał, że w przypadku skarżącego wyrok dyscyplinarny mógł mieć negatywny wpływ na jego perspektywy kariery zawodowej w charakterze sędziego”⁴⁸. W niniejszej sprawie ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 10 Konwencji.

Profesjonalni prawnicy występują w roli pośredników między sądami i społeczeństwem. Są zobligowani do tego, aby postępować w sposób „dyskretny, uczciwy i godny”. Z kolei od sędziów oczekuje się przestrzegania „obowiązku zachowania rezerwy, lojalności i dyskrecji” należnego ich pracodawcy, czyli państwu⁴⁹.

W maju 2022 r. ETPC wydał wyrok w sprawie *Simić v. Bośnia i Hercegowina*⁵⁰, w którym stwierdzono, że ukaranie karą pieniężną adwokata za obrazę sądu, który opowiedział żart na sali sądowej, stanowiło naruszenia prawa do swobody wypowiedzi. Skargę do Trybunału wniósł serbski adwokat. Podczas rozprawy apelacyjnej w sprawie cywilnej klienta, którego reprezentował porównał swoją sytuację procesową do egzaminu, a sędziego do profesora, który oczekuje od swoich studentów podania nie tylko liczby, ale również danych osobowych wszystkich ofiar wybuchu bomby atomowej w Hiroszimie. Sąd „miał inne poczucie humoru” niż adwokat i ukarał go karą porządkową. Skarżący wskazał przed Trybunałem, że stanowiło to naruszenie jego prawa do swobody wypowiedzi, chronionej w art. 10 EKPC⁵¹. Trybunał podkreślił, że uwagi krytyczne, które zostały uznane za znieważające przez sądy krajowe,

⁴⁷ Wyrok ETPC z 15 października 2020 r. w sprawie *Remigiusz Goc v. Polska*, skarga nr 965/12, pkt 89.

⁴⁸ Ibidem, pkt 2.

⁴⁹ S. Smet, *Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict*, „American University International Law Review” 2010, vol. 26/1, s. 225–226.

⁵⁰ Wyrok ETPC z 17 maja 2022 r., w sprawie *Simić v. Bośnia i Hercegowina*, skarga nr 39764/20.

⁵¹ Ibidem, pkt 1.

zostały wypowiedziana przez skarżącego w kontekście toczącego się postępowania sądowego, podczas którego zadaniem adwokata jest w głównej mierze dbanie o interesy klienta. Zdaniem ETPC wypowiedź adwokata nie stanowiła bezpodstawnego ataku osobistego na sędziego czy na skład sądu⁵². Choć użyte przez niego sformułowania miały charakter „uszczypliwy”, a nawet sarkastyczny, to nie można jednak uznać, że stanowiły przekroczenie granic wolności wypowiedzi⁵³. Trybunał podkreślił również, że adwokat, będąc na sali sądowej, nie może uchybiać godności sądu, ale z drugiej jednak strony musi mieć możliwość skutecznego reprezentowania interesów swojego klienta, a swoim zachowaniem musi wzbudzać jego zaufanie. Adwokaci, jako niezależni profesjonaliści, odgrywają ważną rolę w zapewnieniu publicznego zaufania do sądów. Ta szczególna rola profesjonalnych pełnomocników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości pociąga za sobą szereg obowiązków – ich zachowanie zawodowe musi być dyskretne, uczciwe i godne. Jednakże aby członkowie społeczeństwa mieli zaufanie do wymiaru sprawiedliwości, muszą wierzyć w możliwość zapewnienia swej skutecznej reprezentacji przez przedstawicieli zawodów prawniczych⁵⁴.

W opinii Trybunału powody przedstawione przez sądy krajowe na uzasadnienie ingerencji w prawo skarżącego do wolności wypowiedzi nie były „istotne i wystarczające”. Trybunał ma świadomość zasadniczo pomocniczej roli systemu konwencyjnego. Jednakże, mając na względzie brak przedstawienia przez sądy krajowe istotnych i wystarczających powodów na uzasadnienie przedmiotowej ingerencji, Trybunał stwierdził, iż nie można uznać, by sądy krajowe zastosowały standardy „zgodne z zasadami chronionymi przez art. 10” lub „oparły swe decyzje na akceptowalnej ocenie istotnych okoliczności faktycznych”⁵⁵. ETPC uznał, że ingerencja w prawa skarżącego do wolności wypowiedzi nie była „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym” i w związku z tym doszło do naruszenia art. 10 Konwencji⁵⁶.

Granice swobody wypowiedzi adwokatów dotyczył również wyrok, który zapadł przed Wielką Izbą ETPC w sprawie *Morice v. Francja*⁵⁷. Skarżącym był adwokat, który został skazany za zniesławienie sędziów śledczych w związku z jego krytyczną wypowiedzią opublikowaną w prasie. Adwokat Olivier Morice wraz z adwokatem L. de Caunes zostali ukarani po tym, jak w liście do ministra sprawiedliwości skarżyli się na działania sądu w związku z prowadzoną przez nich sprawą. Dotyczyła ona tajemniczej śmierci sędziego Bernarda Borrela, który w 1994 r. został oddelegowany w charakterze doradcy

⁵² Ibidem, pkt 6.

⁵³ Ibidem, pkt 6.

⁵⁴ Ibidem, pkt 7.

⁵⁵ Ibidem, pkt 8.

⁵⁶ Ibidem, pkt 8 i 10.

⁵⁷ Wyrok ETPC z 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Morice v. Francja*, skarga nr 29369/10.

przez Ministerstwo Sprawiedliwości do Dżibuti w Afryce. Rok później jego pólńagie i częściowo spalone ciało zostało znalezione w tejże miejscowości. Miejscowi śledczy uznali, że sędzia Borrel popełnił samobójstwo przez samo-spalenie⁵⁸. Adwokaci wskazali w zażaleniu z 6 września 2000 r. przesłanym do ministra sprawiedliwości, że zachowanie sędziów śledczych było „całkowicie sprzeczne z zasadami bezstronności i rzetelności”⁵⁹. Sędziowie śledczy uznali, że zostali zniesławieni. Ostatecznie adwokat O. Morice został ukarany grzywną w wysokości 4 tys. euro. Ponadto sąd nakazał, aby wspólnie z drugim oskarżonym adwokatem zapłacili 7500 euro odszkodowania dla każdego z dwóch sędziów śledczych. Oprócz tego O. Morice został zobligowany do opublikowania informacji o wyroku w gazecie „Le Monde”⁶⁰.

Skazany adwokat skierował sprawę do ETPC. W skardze zarzucił naruszenie art. 6 EKPC⁶¹, a także naruszenie prawa do wolności wypowiedzi (art. 10 Konwencji). ETPC podkreślił, że sędziowie stanowią ważną część instytucji państwa i w związku z tym mogą być (poza bardzo szkodliwymi atakami) przedmiotem krytyki w dozwolonych granicach i to nie tylko w sposób ogólny i teoretyczny. W sytuacji gdy działają oni w charakterze urzędowym, to można zaakceptować krytykę w szerszym zakresie, aniżeli w przypadku „zwykłych” obywateli⁶². Trybunał przypomniał również, że prawnicy profesjonaliści mają centralne miejsce w strukturze wymiaru sprawiedliwości – są bowiem pośrednikami między sądami a społeczeństwem. Odgrywają zasadniczą rolę w zagwarantowaniu, aby sądy korzystały z publicznego zaufania. Jednocześnie społeczeństwo, które obdarza wymiar sprawiedliwości zaufaniem, musi również ufać w zdolności adwokatów do zapewnienia przez nich skutecznej reprezentacji prawnej⁶³. Adwokaci z jednej strony korzystają ze swojego szczególnego statusu, ale z drugiej muszą stosować się do ograniczeń dotyczących ich zachowania. Musi je cechować dyskrecja, uczciwość i godność. Korzystają oni również co do zasady ze swobodnej argumentacji przed sądem⁶⁴.

⁵⁸ Ibidem, pkt 10.

⁵⁹ Ibidem, pkt 33.

⁶⁰ Ibidem, pkt 41.

⁶¹ W niniejszym artykule kwestia dotycząca naruszenia art. 6 EKPC nie będzie podlegała analizie.

⁶² Wyrok ETPC z 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Morice v. Francja...*, pkt 131.

⁶³ W zbliżony sposób Trybunał wypowiedział się w wyroku z 28 września 2016 r. w sprawie *Radobuljac v. Chorwacja*, skarga nr 51000/11. Trybunał wskazał w nim, że specyficzny status prawników zapewnia im centralną pozycję w wymiarze sprawiedliwości jako pośredników między społeczeństwem a sądami. Jednak aby społeczeństwo miało zaufanie do wymiaru sprawiedliwości, to musi mieć zaufanie do przedstawicieli zawodów prawniczych, którzy potrafią zapewnić im skuteczną reprezentację. W związku z tym swoboda wypowiedzi prawników związana jest z niezależnością zawodów prawniczych, która ma kluczowe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania rzetelnego wymiaru sprawiedliwości (pkt 60 i 62 wyroku).

⁶⁴ Wyrok ETPC z 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Morice v. Francja...*, pkt 132, 133.

Trybunał podkreślił, że swoboda wypowiedzi adwokatów obejmuje zarówno obszar wyrażanych idei i informacji, ale również formę ich przekazywania. Adwokaci mogą zatem w odpowiednich granicach komentować publicznie wymiar sprawiedliwości. Granice zazwyczaj są nakładane przez członków palestry. Wynikają one również z postanowień zawartych w Kodeksie etyki prawników europejskich⁶⁵. Trybunał zwrócił uwagę na kwestie związane z honorem, pewnością oraz poczuciem poszanowania wymiaru sprawiedliwości⁶⁶. Zdaniem ETPC swoboda wypowiedzi powiązana jest z niezależnością zawodu adwokata. Wiąże się ona ze skutecznym funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości. Jedynie pod pewnymi wyjątkami ograniczenie swobody wypowiedzi adwokata, który występuje w sprawie karnej, można zaakceptować jako konieczne w demokratycznym społeczeństwie⁶⁷.

Warto podkreślić, że Trybunał dokonał rozróżnienia między swobodą wypowiedzi adwokata na sali sądowej i poza nią⁶⁸. Zagadnienie to było rozpatrywane przez ETPC również w innych wyrokach⁶⁹. W pierwszej sytuacji swoboda wypowiedzi, z której może korzystać adwokat, choć nie jest nieograniczona, to jest dosyć szeroka, o ile nie przybiera formy obraźliwych lub obelżywych uwag. W drugiej sytuacji swoboda wypowiedzi, z której korzysta adwokat poza salą sądową, jest bardziej ograniczona. Jednak widać również tendencję, że sąd dąży, aby adwokaci, którzy nie są zaangażowani w sprawę, mieli prawo do swobodnej krytyki decyzji sądu – przede wszystkim tam, gdzie głównym powodem tłumienia krytyki jest zaspokojenie ego sędziów⁷⁰. W omawianej sprawie Trybunał orzekł, że skazanie O. Morice przez sądy krajowe za współudział w zniesławieniu stanowiło nieproporcjonalną ingerencję w prawo do swobody wypowiedzi, która nie była konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Zdaniem Trybunału doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 i art. 10 Konwencji.

Granic swobody wypowiedzi adwokatów dotyczył również wyroku ETPC w sprawie *Ottan v. Francja*⁷¹. Adwokat Alain Ottan występował w postępowaniu cywilnym w imieniu ojca 17-latka, który został zastrzelony przez żan-

⁶⁵ Kodeks etyki prawników europejskich został pierwotnie przyjęty na Sesji Plenarnej CCBE w dniu 28 października 1988 r. Zmiany w treści dokumentu wprowadzono na Sesjach Plenarnych CCBE w dniach 28 listopada 1998 r., 6 grudnia 2002 r. oraz 19 maja 2006 r. Kodeks obejmuje memorandum wyjaśniające, które zostało zaktualizowane na Sesji Plenarnej CCBE w dniu 19 maja 2006 r., https://www.brrp.pl/pdf/Kodeks_Etyki_Prawnik%C3%B3w_Europejskich.pdf (data dostępu: 15.03.2023).

⁶⁶ Wyrok ETPC z 23 kwietnia 2015 r. w sprawie *Morice v. Francja*..., pkt 134.

⁶⁷ Ibidem, pkt 135.

⁶⁸ Ibidem, pkt 136, 137, 138.

⁶⁹ Np. w wyroku z 21 marca 2002 r. w sprawie *Nikula v. Finlandia*, skarga nr 31611/96. Szerzej zob. I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi*..., s. 382–394.

⁷⁰ J.F. Flauss, *The European Court of Human Rights and the freedom of expression*, „Indiana Law Journal” 2009, vol. 84, s. 832.

⁷¹ Wyrok ETPC z 19 lipca 2018 r. w sprawie *Ottan v. Francja*, skarga nr 418441/12.

darma. Dosyć ważnym aspektem tej sprawy był fakt, że ojciec i syn „pochodzili ze środowiska o zagranicznym pochodzeniu”. Żandarmowi postawiono zarzut popełnienia zabójstwa, jednak został on uniewinniony. Po ogłoszeniu wyroku adwokat A. Ottan powiedział dziennikarzom, że zawsze uważał, iż taki wyrok był możliwy. Mówił również o „białej, wyłącznie białej, ławie przysięgłych, w której nie wszystkie społeczności były reprezentowane”. W jego ocenie „biorąc pod uwagę to, że drzwi do uniewinnienia zostały szeroko otwarte, wyrok nie był niespodzianką”⁷². Jego wypowiedź spowodowała, że 2 kwietnia 2010 r. został wezwany przed komisję dyscyplinarną Izby Adwokackiej przy Sądzie Apelacyjnym. Postawiono mu zarzut naruszenia zasad etyki adwokackiej z uwagi na brak powściągliwości i naruszenie zasad wrażliwości. Ostatecznie Izba go uniewinniła⁷³. Sprawa nie zakończyła się na tym etapie, gdyż interwencję podjął prokurator. Wniósł on apelację, w wyniku której sąd orzekł, że adwokat naruszył swoje obowiązki zawodowe. W opinii sądu użyte przez adwokata sformułowania mogły poddawać w wątpliwość uczciwość członków ławy przysięgłych i nie miało na celu otwarcia dyskusji lub refleksji w tej materii. Alain Ottan został ukarany upomnieniem⁷⁴. Ostatecznie adwokat skierował skargę do ETPC, wskazując, że jego zdaniem doszło do naruszenia swobody wypowiedzi, zagwarantowanej w art. 10 ETPC. W ocenie Trybunału kara dyscyplinarna wymierzona skarżącemu stanowiła ingerencję w jego prawo do wolności wypowiedzi. Trybunał podkreślił, że co prawda skarżący w chwili zarzuconej wypowiedzi znajdował się w siedzibie sądu, to jednak wypowiedź stanowiła odpowiedź na pytanie dziennikarza. Pytanie zadano mu zaraz po zakończeniu rozprawy przed sądem przysięgłych i ogłoszeniu wyroku uniewinniającego. W związku z tym – według Trybunału – sporne wypowiedzi nie stanowiły „faktu procesowego” i należało je uważać za pochodzące od adwokata wypowiadającego się poza salą sądową⁷⁵.

Również w tym wyroku ETPC zwrócił uwagę na kwestie swobody wypowiedzi na sali sądowej i poza nią. Trybunał zwrócił również uwagę na ważną kwestię – że zabójstwo chłopca wywołało dużą reakcję na poziomie lokalnym i krajowym. Z kolei w dzielnicy, w której mieszkał nastolatek, wybuchły zamieszki. Wypowiedź adwokata na temat przebiegu procesu karnego, kwestii użycia broni palnej, funkcjonowania władzy sądowniczej, jak również postępowania przez sądem przysięgłym z udziałem ławy przysięgłych wpisywały się ramy debaty prowadzonej w interesie ogółu społeczeństwa⁷⁶. Trybunał przypomniał, że sądy nie mogą właściwie funkcjonować bez relacji opartych

⁷² M.A. Nowicki, *Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach adwokackich*, „Palestra” 2018, nr 6, s. 100.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem, s. 101.

⁷⁶ Ibidem, s. 102.

na szacunku i wzajemnym uznaniu między różnymi reprezentantami wymiaru sprawiedliwości, w tym w szczególności sędziami i adwokatami. Zdaniem Trybunału w omawianej sprawie nie doszło jednak do zamachu w autorytet wymiaru sprawiedliwości i nie było podstaw do ukarania adwokata⁷⁷. Według Trybunału wypowiedź adwokata była częścią działań podjętych w imieniu klienta. Podkreślił też, że ukaranie adwokata było nieproporcjonalną ingerencją w jego prawo do swobody wypowiedzi i naruszyło art. 10 EKPC⁷⁸.

Podsumowanie

Analiza wyroków ETPC w sprawach granic swobody wypowiedzi w zawo-dzie adwokata prowadzi do kilku zasadniczych wniosków. Przede wszystkim orzecznictwo Trybunału może być pewnym drogowskazem pokazującym, w jaki sposób powinny być interpretowane polskie przepisy, które regulują zagadnienie swobody wypowiedzi adwokata wykonującego swoje obowiązki. Kwestia ta dotyczy głównie przytaczanego w niniejszym opracowaniu art. 8 ustawy Prawo o adwokaturze.

Trybunał wyraźnie rozróżnia zagadnienia związane ze swobodą wypowiedzi adwokata na sali sądowej oraz poza nią. Na sali sądowej, gdzie adwokatowi towarzyszy stres, napięcie i odpowiedzialność za klienta, którego reprezentuje, łatwo o przekroczenie dopuszczalnej granicy swobody wypowiedzi, za którą znajdują się takie elementy, jak godność stron postępowania, ich pełnomocników, biegłych czy świadków. Przekraczając tę granicę, adwokat może również doprowadzić do naruszenia powagi sądu. Jednak z orzecznictwa ETPC wynika, że w pierwszym przypadku swoboda wypowiedzi, z której korzysta adwokat, jest dosyć szeroka, ale wypowiedź taka nie może zawierać obraźliwych uwag. W drugiej strony rozpatrywane wyroki ETPC pokazały, że swoboda wypowiedzi, z której korzysta obrońca poza salą sądową, jest bardziej ograniczona.

Wydaje się, że wymiar sprawiedliwości w wielu przypadkach zbyt dosłownie i restrykcyjnie interpretuje słowa adwokatów. Prowadzi to dość często np. do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Należy pamiętać, że w razie naruszenia powagi, spokoju lub porządku czynności sądowych albo ubliżenia sądowi, innemu organowi państwowemu lub osobom biorącym udział w sprawie, sąd może ukarać winnego karą porządkową grzywny w wysokości do 3 tys. zł lub karą pozbawienia wolności do 14 dni⁷⁹. Przepis ten w pewnym zakresie ma zastosowanie również do obrońców i pełnomocników będących adwokatami lub radcami prawnymi oraz aplikantami adwokackimi lub aplikan-

⁷⁷ Ibidem. s. 103.

⁷⁸ Ibidem, s. 104.

⁷⁹ Art. 49 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 217 ze zm.).

tami radcowskimi. W ich przypadku sąd może zastosować karę porządkową grzywny, ale nie ma możliwości ukarania obrońcy karą pozbawienia wolności.

W każdym przypadku kwestia nałożenia kary za przekroczenie granic swobody wypowiedzi, w szczególności gdy do wypowiedzi tej doszło na sali sądowej, musi być bardzo dobrze uzasadniona. Powinien zostać zachowany balans i rozsądek, aby nie doprowadziło to do naruszenia swobody wypowiedzi obrońcy zagwarantowanej art. 10 Konwencji.

Wykaz literatury

- Balcerzak M., *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, TNOiK, Toruń 2008.
- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Czarnecki P., *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, 2013, Legalis.
- Dąbrowski K., *Zawody zaufania publicznego na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, 2022, Legalis.
- Demczuk A., *Wolność wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a polskim prawie i praktyce sądowej*, [w:] M. Haczkowska, F. Tereszkiewicz (red.), *Europejska konwencja o ochronie praw człowieka – praktyka stosowania i funkcjonowanie w przestrzeni europejskiej*, Oficyna Wyd. Politechniki Opolskiej, Opole 2016.
- Flauss J.F., *The European Court of Human Rights and the freedom of expression*, „Indiana Law Journal” 2009, vol. 84.
- Garlicki L., Hofmański P. Wróbel A., [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–18*, 2010, Legalis.
- Izdebski H., Skuczyński P., Sykuna S., *Pomoc prawna*, [w:] R. Hauser, Z.K. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 13, 2016, Legalis.
- Jaroszewska-Choraś D., *Adwokaci*, [w:] S. Sykuna (red.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Jaroszewska-Choraś D., Wedel-Domaradzka A., *Między wolnością ekspresji a ochroną praw autorskich – uwagi na tle praktyki orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. 15.
- Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Kamiński I.C., *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Latos B., *Klauzula derogacyjna i imitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2008.
- Milkowski K., *Tajemnica adwokacka w świetle Orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria Prawnicza” 2020, z. 111.

- Mojski W., *Konstytucyjna ochrona wolności wypowiedzi w Polsce*, Tow. Wydawnictw Nauk. „Libropolis”, Lublin 2014.
- Moreira Alcici L., *The protection of the right to freedom of expression in international human rights law: an overview*, „Studies in Law: Research Papers” 2020, nr 2(27).
- Nowicki M.A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Nowicki M.A., *Przegląd orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach adwokackich*, „Palestra” 2018, nr 6.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Podolska A., *Zasada umiaru i taktu*, [w:] S. Sykuna (red.), *Etyka prawnicza. Zagadnienia podstawowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Redelbach A., *Wolność słowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, R. LXII, z. 3.
- Smet S., *Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict*, „American University International Law Review” 2010, vol. 26/1.
- Skuczyński P., *Etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych*, 2016, Legalis.
- Skwarzyński M., *Podmiotowe granice wolności słowa w wypowiedziach publicznych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2021, nr 48.
- Tokarczyk R., *Etyka prawnicza*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Fundacja Rozwoju UG, Gdańsk 2008.

Summary

Between law and morality – freedom of expression in legal professions considering European Court of Human Rights jurisprudence

Keywords: Human rights, legal ethics, Freedom of speech, limits of the freedom of speech of advocates, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights.

Freedom of speech is an important guarantee of the free exercise of the profession by advocates. An advocate belongs to the profession of public trust, which means that his/her actions are determined by professional ethics, by the oath, by the appropriate education and the obtained specialization, as well as by the tradition of a corporation. The major goal and assumption of this paper is the analysis of the ethical and legal aspects related to the performance of professional duties by advocates in the context of one of their most important guarantees, namely the freedom of expression. This study contains two aspects: on one hand it is devoted to the matter of the ethics of advocates. The second part concerns the analysis of the selected jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR). The most important conclusion coming from the presented analysis of the jurisprudence of the European

Court of Human Rights is that the freedom of speech in the case of advocates has its limits. The Court clearly distinguishes the aspects concerning the freedom of speech of advocates in the courtroom and outside of the court. In the first case, the freedom of expression benefiting advocates is quite broad. However, their statements cannot contain any offensive comments, remarks or offensive language. On the other hand, the analysis of ECHR judgements shows that the freedom of speech and expression exercised outside of the courtroom is more limited. In some situations, as presented in this paper, the judiciary system interprets the words of advocates too literally and restrictively, which results in penalties for violating the freedom of speech. However, whenever the penalty is too strict, such judgement may lead to a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights.

Justyna Konikowska-Kuczyńska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-9919-9248

j.konikowskakuczynska@uwb.edu.pl

Granice twórczości zależnej i inspirowanej w poglądach doktryny i orzecznictwa sądowego

Zagadnienia wstępne

Warto zauważyć, że nie tylko utwory samoistne, ale również utwory nawiązujące do dzieł, które powstały już wcześniej, znajdują się pod ochroną prawa autorskiego¹. Problematyka dotycząca twórczości zależnej i inspirowanej uregulowana jest w art. 2 ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych². Należy wskazać, że na podstawie art. 2 pr. aut. w doktrynie wyprowadzono trzy szczególne postaci utworów: utwory zależne, określone w ust. 1, utwory inspirowane (ust. 4), a także utwory z zapożyczeniami, które nie są wprost wskazane³. Analizując problematykę utworu zależnego, nierzadko zestawia się go z utworem inspirowanym. Porównanie to ma na celu ukazanie różnego stopnia powiązania z cudzym, uprzednio stworzonym utworem. Związek ten przy utworze zależnym jest ścisły, tymczasem przy utworze inspirowanym bardzo luźny⁴. Utwór zależny jest utworem niesamoistnych (wciela cudzą chronioną twórczość intelektualną do własnego wytworu intelektualnego). Natomiast utwór inspirowany to przykład twórczości samoistnej (wciela cudzą niechronioną twórczość), mimo uwzględnienia unormowania z utworem zależnym⁵.

Należy zauważyć, że konstrukcja utworu zależnego nie jest regulowana na poziomie unijnym. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej do tej pory

¹ D. Flisak, *Komentarz do art. 2*, [w:] idem, *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 2018, Lex.

² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 2509), dalej jako pr. aut.

³ E. Laskowska-Litak, *Autorskie prawa zależne*, [w:] R. Markiewicz (red.), *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 1, Warszawa 2021, s. 134.

⁴ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, *Utwory zależne*, [w:] J. Barta (red.), *Prawo autorskie*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 13, Warszawa 2017, s. 57.

⁵ E. Laskowska-Litak, op. cit., s. 134.

nie rozstrzygał kierowanych do niego pytań prejudycjalnych, które dotyczyłyby interpretacji tejże materii⁶. Gdzie kończy się inspiracja cudzą twórczością, a zaczyna twórczość zależna?⁷ Określenie wyraźnej granicy jest trudne. Jednocześnie trzeba zaznaczyć, że poprzednia ustawa o prawie autorskim z 1952 r.⁸ regulowała to zagadnienie bardziej klarownie niż obowiązująca⁹. Art. 3 § 4 tej ustawy stanowił, że „utworu, który ma cechy samodzielnej twórczości, chociaż podniętę do niego dał cudzy utwór, nie uważa się za opracowanie cudzego utworu”. Mimo że przesłanka samodzielnej twórczości nie mogła stanowić wystarczającego kryterium odróżniającego, ponieważ – jak często zauważano w doktrynie – „wszystkie przedmioty prawa autorskiego musi cechować pewien stopień samodzielnej twórczości, w tym także opracowania”, to z regulacji tej wynikało, iż w przypadku inspiracji czerpanie z cudzego utworu powinno ograniczyć się do pobudki¹⁰. Również pojęcie „podnięta twórcza” także mogło wzbudzać pytania i obiekcje, jednak klarownie wskazywało, że „impulsem do stworzenia późniejszego utworu, i tylko impulsem był w tej sytuacji cudzy utwór, który jednakże nie stanowił tworzywa dla tego innego utworu, istniejąc niejako poza nim czy obok niego”¹¹.

Gdzie zatem leży granica między utworem zależnym a inspirowanym? Choć ust. 4 art. 2 pr. aut. wyznacza granicę między utworem inspirowanym i zależnym¹², zauważyć trzeba, że nie jest ona jasna. W literaturze wskazuje się¹³, że ze względu na nieostrość kryteriów określenie wyraźnych granic między utworem zależnym a utworem inspirowanym powoduje duże trudności w praktyce orzeczniczej, a także w literaturze przedmiotu. Ta materia ogranicza się do pytania o zakres dozwolonego zaczerpnięcia części składowych cudzej twórczości w kontekście przyznawanego monopolu prawnego. Słusznie stwierdza Ewa Laskowska-Litak, że powoduje to rozważania nad zasadnością wprowadzania do ustawy osobnej kategorii normatywnej przedmiotu prawa autorskiego. Należy zgodzić się z autorką, że umiejscowienie utworu inspirowanego w ramach regulacji utworu zależnego w art. 2 ust. 4 pr. aut. przywodzi

⁶ Ibidem, s. 133.

⁷ Zob. E. Traple, *Przedmiot prawa autorskiego*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, wyd. piąte, Warszawa 2011, s. 67.

⁸ Ustawa z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim (Dz.U. z 1952 r., Nr 34, poz. 234).

⁹ E. Ferenc-Szydełko, *Utwór zależny*, [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. czwarte, 2021, Legalis, nb 23; E. Traple, op. cit., s. 66; M. Późniak-Niedzielska, [w:] M. Późniak-Niedzielska (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz 2007, s. 26.

¹⁰ E. Traple, op. cit., s. 66–67.

¹¹ M. Późniak-Niedzielska, [w:] M. Późniak-Niedzielska (red.), op. cit., s. 26.

¹² E. Laskowska-Litak, op. cit., s. 133.

¹³ Tak: J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 57; E. Laskowska-Litak, op. cit., s. 165; R.M. Sarbiński, *Autorskie prawa zależne*, [w:] W. Machała, R. M. Sarbiński (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 158; E. Ferenc-Szydełko, op. cit., nb 23; J.M. Doliński, *Utwór inspirowany w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2011, z. 114, s. 19; D. Flisak, op. cit.

powiązania konstrukcyjne z twórczością niesamoistną, co w rezultacie prowadzi do dalszych pytań, czy i w jakim zakresie w stosunku do utworu inspirowanego mają zastosowanie unormowania dotyczące „klasycznego” przedmiotu prawa autorskiego¹⁴.

Celem niniejszego opracowania jest zaprezentowanie problematyki dotyczącej granicy między twórczością zależną a inspirowaną, a także usystematyzowanie poglądów wyrażonych w doktrynie i judykaturze dotyczących tego zagadnienia. Tekst ma na celu również wskazanie kryteriów odróżniających utwór zależny od inspirowanego. Biorąc pod uwagę temat rozważań podjętych w artykule, zdecydowano się na wykorzystanie kilku uzupełniających się metod badawczych: metodę analizy aktów prawnych i orzeczeń sądowych oraz metodę analizy literatury.

Utwór zależny a inspirowany

Na początku należy wyjaśnić pokrótce, czym jest utwór zależny i utwór inspirowany. Z art. 2 ust. 1 pr. aut. wynika, że opracowanie cudzego utworu, w szczególności tłumaczenie, przeróbka, adaptacja, jest przedmiotem prawa autorskiego bez uszczerbku dla prawa do utworu pierwotnego. Warto zauważyć, że katalog ten nie jest zamknięty. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w Łodzi w wyroku z 25 października 2013 r.¹⁵, opracowania określa się jako dzieła przejmujące z innego utworu treść, a zazwyczaj częściowo również formę, które noszą piętno osobistej twórczości opracowującego i służą do „rozszerzenia form komunikowania treści dzieła pierwotnego poza jego formę macierzystą. Tak jak w przypadku dzieł inspirowanych, przesłanka twórczości odgrywa tu zasadniczą rolę”. Jak zauważa Ewa Ferenc-Szydełko, do tej pory w nauce prawa autorskiego nie zdefiniowano pojęcia „opracowanie cudzego utworu”. W związku z tym aby uregulować materię ochrony prawnej tego wytworu intelektualnego, ustawodawca opisał go przykładami: tłumaczenie, przeróbka, adaptacja. Znamienne dla takich utworów jest to, że powstały na dziele stworzonym uprzednio przez innego autora¹⁶.

W świetle powyższego utworem zależnym, czyli opracowaniem, będzie takie dzieło, które zawiera autorskoprawny wkład twórczy autora opracowania, zarazem przejmując z utworu macierzystego elementy twórcze¹⁷. Istotą utworu zależnego jest twórcza ingerencja w cudzy utwór lub utwory, która prowadzi do powstania nowego utworu (utworu pochodnego, zależnego), który ustawodawca określa jako „opracowanie cudzego utworu”. Dzieło zależne zawiera

¹⁴ E. Laskowska-Litak, op. cit., s. 165.

¹⁵ Wyrok SN w Łodzi z 25 października 2013 r., sygn. akt I Aca 543/13, Lex nr 1394240.

¹⁶ E. Ferenc-Szydełko, op. cit., teza 1.

¹⁷ R. Markiewicz, *Zabawy z prawem autorskim*, Warszawa 2015, s. 42.

zatem zarówno elementy twórcze przejęte z utworu pierwotnego (macierzystego), a także elementy twórcze dodane przez autora opracowania¹⁸. Należy zaznaczyć, że nie ma porozumienia między autorem dzieła macierzystego i autorem opracowania przy powstawaniu utworu zależnego. Wkłady obu autorów w tym utworze mocno się splatają, uniemożliwiając ich odrębną eksploatację¹⁹.

Utwór inspirowany natomiast określony jest w ust. 4 art. 2 pr. aut., z którego wynika, że za opracowanie nie uważa się utworu, który powstał w wyniku inspiracji cudzym utworem. Ustawodawca wskazuje, że utwór inspirowany jest utworem samoistnym, a wykonywanie praw do niego nie podlega ograniczeniom, tak jak ma to miejsce w przypadku opracowania²⁰. Autor utworu inspirowanego może rozporządzać nim i korzystać z niego w sposób swobodny bez wymogu uzyskania pozwolenia autora utworu macierzystego²¹.

Warto zauważyć, że dokładne i klarowne scharakteryzowanie zagadnienia twórczości inspirowanej sprawia w doktrynie liczne problemy. Zdaniem Marleny Jankowskiej dzieło inspirowane jest formą przejściową pomiędzy dziełem w pełni samoistnym a dziełem zależnym²². Utwór inspirowany, jak trafnie zauważa E. Laskowska-Litak, różni się od utworu zależnego tym, że zaczerpnięte elementy z cudzej twórczości nie są objęte z ochroną prawnoautorską z powodu niespełnienia przez nie choćby jednej z przesłanek konstytutywnych określonych w art. 1 pr. aut. Elementy pochodzące z czyjejś twórczości, które wykorzystano w utworze inspirowanym, są rozpoznawalne i „stanowią łącznik między utworem inspirowanym a inspiracją, umożliwiając odbiorcy identyfikację źródła »pobudki«”²³.

Kryteria odróżniające utwór inspirowany od utworu zależnego w orzecznictwie sądów i w poglądach doktryny

W odniesieniu do problematyki ujętej w niniejszym artykule sądy²⁴ niejednokrotnie wypowiadały się w kwestii dotyczącej granicy pomiędzy twórczością zależną a inspirowaną, podejmując próby określenia granic tej twór-

¹⁸ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 58–59.

¹⁹ Ibidem, s. 55.

²⁰ Ibidem, s. 56.

²¹ M. Późniak-Niedzielska, J. Szczotka, *Prawo autorskie. Zarys problematyki*, Warszawa 2020, s. 35.

²² M. Jankowska, *Autor i prawo do autorstwa*, Warszawa 2011, s. 451.

²³ E. Laskowska-Litak, op. cit., s. 166 i cytowana tam literatura przedmiotu.

²⁴ Poddane w artykule analizie orzeczenia wydają się być najistotniejsze, jeśli chodzi o problematykę określenia granic między utworem zależnym a inspirowanym.

czości²⁵. Trafnie wskazują Janusz Barta, Ryszard Markiewicz i Andrzej Matlak, że próby dostarczenia pomocnych wytycznych mają jednak nieznaczną wartość²⁶.

Trzeba przywołać wyrok Sądu Najwyższego w Warszawie z 10 maja 1963 r.²⁷, z którego wynika, że jeżeli twórczość autora podbudowana jest przez cudze dzieło, a autor nie przejmuje do swego utworu formy czy treści cudzego dzieła, wówczas mamy do czynienia z twórczością samodzielną. Natomiast w wyroku Sądu Najwyższego w Warszawie z 2 kwietnia 1971 r.²⁸ zaznaczono, że utwór inspirowany nie stanowi dzieła zależnego tylko wówczas, gdy „ma cechy samodzielnej twórczości”, to znaczy „jest na równi z utworem inspirującym dziełem oryginalnym”. Oryginalność utworu inspirowanego nie wyklucza skorzystania z tematu utworu inspirującego, jednakże ujęcie to musi być własnym, indywidualnym ujęciem autora. W przypadku braku takiego ujęcia mamy do czynienia z pozbawieniem utworu inspirowanego cechy oryginalności, co może skutkować naruszeniem osobistych i majątkowych praw autorskich autora dzieła inspirującego²⁹.

Sąd Najwyższy w wyroku z 23 czerwca 1972 r.³⁰ podjął próbę określenia kryterium rozgraniczającego utwór inspirowany od zależnego. Za kryterium odróżniające uznał „twórcze przetworzenie elementów dzieła inspirującego, że o charakterze dzieła inspirowanego decydują już jego własne, indywidualne elementy (a nie elementy przejęte)”. Przy utworze inspirowanym zostaje zaczerpnięty „tylko wątek utworu cudzego, powstaje utwór nowy i o cechach twórczości samodzielnej”. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 10 lipca 2014 r.³¹ Zdaniem sądu „zaczerpnięcie tylko samego wątku cudzego utworu nie wymaga zgody autora dzieła inspirującego, ponieważ istotą utworu inspirowanego jest właśnie jego powstanie w wyniku pobudki twórczej dostarczonej przez utwór inspirujący. Elementy utworu inspirowanego w nowo powstałym utworze inspirowanym są i mogą być rozpoznawalne, ale nie dominujące, stanowiąc efekt emocjonalnego i intelektualnego impulsu wywołanego cudzym dziełem”. Ponadto stwierdził, że „samo więc zapożyczenie cudzej postaci bądź jej określenia uzasadnia kwalifikację utworu jako powstałego w wyniku inspiracji cudzym utworem (art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.), chyba że przejęcie to stanowi zasadniczą istotę dzieła inkorporującego”. Istotne jest, że podstawą utworu inspirowane-

²⁵ E. Traple, op. cit., s. 67; E. Ferenc-Szydelko, op. cit., teza 23.

²⁶ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 57.

²⁷ Wyrok SN w Warszawie z 10 maja 1963 r., sygn. akt II CR 128/63, Legalis nr 11988.

²⁸ Wyrok SN w Warszawie z 2 kwietnia 1971 r., sygn. akt I CR 23/71, Lex nr 63347.

²⁹ Szerzej na temat naruszeń praw autorskich: I. Kalinowska-Maksim, *Wybrane prawnokarne aspekty ochrony praw autorskich*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 44, s. 195–203.

³⁰ Wyrok SN w Warszawie z 23 czerwca 1972 r., sygn. akt I CR 104/72, Lex nr 63572.

³¹ Wyrok SN w Warszawie z 10 lipca 2014 r., sygn. akt I CSK 539/13, Lex nr 1532942.

go jest wykorzystanie elementów dzieła inspirującego niepodlegającego ochronie w prawie autorskim. Gdy zaś mamy do czynienia z zapożyczeniem chronionych elementów w sposób, który granice dozwolonego użytku przekracza, wówczas dany utwór będzie plagiatem lub opracowaniem³². Analiza wskazanych wyżej orzeczeń Sądu Najwyższego prowadzi do wniosku, że możemy mówić o jednolitej linii orzeczniczej w odniesieniu do kryterium rozgraniczającego utwór inspirowany od zależnego.

Warto wskazać także wyrok Sądu Najwyższego z 31 grudnia 1974 r.³³, w którym sąd stwierdził, że „utwór, który powstał jedynie z podniety twórczej innego utworu, objęty jest prawem autorskim niezależnym (utwór samodzielny). Utwór inspirowany to zaczerpnięcie tylko wątku cudzego utworu”. Ponadto zaznaczył, że „nowy utwór jest utworem oryginalnym, do którego powstania dostarczyło dzieło inspirujące tylko określonych podniet twórczych”. Utwór zależny jest przeróbką dzieła oryginalnego. Istnieje tu możliwość rozpoznania dzieła inspirującego w dziele inspirowanym, a także zawiera „wkład twórczy autora dzieła zależnego. Zakres tego wkładu może być różny”.

Przywołać także należy wyrok Sądu Najwyższego z 28 listopada 2006 r.³⁴, z którego wynika, że „twórczy” charakter, w rozumieniu prawa autorskiego, wymagany jest także w przypadku opracowania, co oznacza, że utwór zależny musi spełniać podstawowy warunek przyznania mu ochrony autorskiej, czyli być rezultatem twórczości. Sąd zauważył, że twórcze opracowania cudzego (macierzystego) utworu podlegają pełnej ochronie i że przedmiotem autorskich praw zależnych jest całe dzieło, które wchodzi w obrót w stosunkach zewnętrznych. „Zależność” dzieła przejawia się w stosunkach wewnętrznych pomiędzy autorami dzieła pierwotnego i opracowania.

Za Elżbietą Traple należy powtórzyć, że najtrudniej jest stwierdzić, gdzie kończy się inspiracja, a zaczyna opracowanie³⁵. Autorka trafnie stwierdza, że błędne oznaczenie utworu inspirowanego powoduje, że twórca dzieła inspirującego (lub na mocy art. 78 ust. 4 pr. aut. stowarzyszenie twórców właściwe ze względu na rodzaj twórczości) ma możliwość wystąpienia z roszczeniem o zaprzeczenie autorstwa³⁶.

Na przestrzeni lat w doktrynie wykształciły się różnorodne kryteria wskazywane jako pomocne przy kwalifikacji (odróżnianiu) konkretnego utworu zależnego bądź inspirowanego. Wśród nich wymienia się w szczególności: kryterium oryginalności (czy też przejęcia elementów oryginalnych)³⁷, kryterium

³² A. Niewęglowski, *Prawo autorskie. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 99.

³³ Wyrok SN w Warszawie z 31 grudnia 1974 r., sygn. akt I CR 659/74, Lex nr 64198.

³⁴ Wyrok SN w Warszawie z 28 listopada 2006 r., sygn. akt IV CSK 203/06, Lex nr 369175.

³⁵ E. Traple, op. cit., s. 67.

³⁶ Ibidem, s. 66.

³⁷ A. Kopff, *Granice swobodnego użytkowania dzieł chronionych prawem autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 1961, z. 8, s. 49, 53.

rozpowszechniania³⁸, kryterium rozpoznawalności³⁹, kryterium związku między dziełem inspirującym a inspirowanym⁴⁰, kryterium sposobu korzystania z utworu wcześniejszego⁴¹, kryterium stosunku autora do dzieła⁴².

Jak słusznie zauważa Maria Późniak-Niedzielska, aby wyznaczyć granicę pomiędzy utworem zależnym a inspirowanym, konieczne jest wyjaśnienie terminu „inspiracja”. Nie jest to pojęcie jednoznaczne. Najczęściej jest jednak rozumiane jako synonim pomysłu, wpływu, podsunęcia myśli lub pomysłu albo sugestii. Tu utworami inspirowanymi będą dzieła, które autorzy, nie przedstawiając tego faktu lub nawet nie będąc tego świadomymi, tworzą pod wpływem doznań naukowych lub artystycznych dostarczonych przez utwór macierzysty⁴³.

W tym miejscu należy rozważyć, czy o twórczości inspirowanej może być mowa wyłącznie wtedy, gdy utwory należą do tej samej dziedziny sztuki, czy wręcz przeciwnie – powinno przyjmować się rozumienie w szerokim znaczeniu, gdzie za utwór inspirowany będzie można uznać dzieło czerpiące z różnych dziedzin twórczości⁴⁴. Zdania w tej kwestii są w doktrynie podzielone. E. Traple uważa, aby pojęcia „inspiracja” nie rozumieć szeroko. Utwory inspirowane to takie, które powstały w ramach tej samej dziedziny sztuki, czyli tam, gdzie mogłaby powstać niepewność, czy mamy do czynienia z twórczością samodzielną, czy zależną⁴⁵. Podobnie rozumienie proponują Andrzej Kopff⁴⁶ i Elżbieta Czarny-Drożdżejko⁴⁷. Przeciwnie stanowisko prezentuje A. Jankowska, w opinii której nie należy ograniczać rozumienia twórczości inspirowanej tylko do jednej dziedziny twórczości⁴⁸. Analogicznie twierdzą J. Barta i R. Markiewicz. Ich zdaniem twórczość inspirowaną powinno się rozumieć szeroko – utwór inspirujący oraz utwór inspirowany mogą należeć do różnych dziedzin twórczości artystycznej⁴⁹. Podobne rozumienie przyjął Damian Flisak, według którego inspiracja może mieć charakter interdyscyplinarny⁵⁰.

Wydaje się, że słuszna jest koncepcja prezentowana przez J. Jankowską, J. Bartę, M. Markiewicza i D. Flisaka, ponieważ – jak wskazuje E. Traple –

³⁸ F. Zoll, *Polska ustawa o prawie autorskim i Konwencja Berneńska*, Warszawa–Kraków–Lwów–Poznań 1926, s. 20–21.

³⁹ S. Ritterman, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Kraków 1937, s. 18.

⁴⁰ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 56.

⁴¹ M. Późniak-Niedzielska, J. Szczotka, op. cit., s. 36.

⁴² J.M. Doliński, op. cit., s. 9 i cytowana tam literatura przedmiotu.

⁴³ M. Późniak-Niedzielska, J. Szczotka, op. cit., s. 35.

⁴⁴ Podobnie: M. Jankowska, op. cit., s. 452.

⁴⁵ E. Traple, *Dzieło zależne jako przedmiot prawa autorskiego*, Warszawa 1979, s. 40. Por. E. Czarny-Drożdżejko, *Utwór i przedmioty praw pokrewnych w systemie polskim i francuskim*, cz. II: *Utwór i przedmioty praw pokrewnych w polskim systemie prawnym*, Kraków 2019, s. 86.

⁴⁶ A. Kopff, op. cit., s. 39.

⁴⁷ E. Czarny-Drożdżejko, op. cit., s. 86.

⁴⁸ M. Jankowska, op. cit., s. 452–453.

⁴⁹ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 56.

⁵⁰ D. Flisak, op. cit.

wąskie rozumienie pojęcia inspiracji nie będzie miało zastosowania do np. dzieła filmowego powstałego w wyniku inspiracji dziełem literackim⁵¹. Takich przykładów na inspirację, która nie mieści się w wąskim rozumieniu, istnieje więcej, np. utwór plastyczny, do stworzenia którego inspiracją było dzieło literackie⁵².

A. Kopff stwierdza, że aby odpowiedzieć na pytanie, czy w danej sytuacji mamy do czynienia z przekroczeniem granicy swobodnego użytkowania dzieła inspirującego, pożyteczna jest koncepcja warstwowej budowy dzieła artystycznego. Zdaniem autora przy dziele inspirowanym potrzeba, aby „artysta wtórny, ulegający urokowi cudzego utworu, potraktował go jako podniecie twórczą, każącą mu fantazjować na ten sam temat w celu przekazania własnej prawdy rzeczowej, psychologicznej i ideologicznej, obleczonej w taką formę, jaka dla jego obrazu zindywidualizowanego jest właściwa”. Zaliczyć tu możemy parodie, karykatury i pastisze. Różnica pomiędzy tymi dziełami – według badacza – polega na tym, że „tworzenie na ten sam temat obejmuje tylko wybór tego samego ogólnego typu sytuacji przedstawieniowej”. Autor utworu inspirowanego przekształca „cudzy obraz zindywidualizowany”⁵³. W celu rozróżnienia utworu inspirowanego i zależnego A. Kopff zaproponował posługiwanie się kryterium oryginalności⁵⁴. Stwierdził, że „wyłącznym kryterium określającym, czy ma się do czynienia z utworem inspirowanym, nie zaś zależnym, jest ustalenie jego oryginalności”. Według A. Kopffa to kryterium jest pomocne, aby stwierdzić, czy mamy w danym przypadku do czynienia z utworem inspirowanym, czy zależnym. Utworami inspirowanymi będą takie, które posiadają „własny obraz zindywidualizowany, ukształtowany na podstawie cudzego obrazu zindywidualizowanego”. Autor zalicza do nich parodie, karykatury, pastisze, ewentualnie dzieła naukowej krytyki, które dają ocenę indywidualną cudzych naukowych poglądów lub cudzego utworu artystycznego, którymi są prace z dziedziny krytyki artystycznej⁵⁵. Podobnie według E. Traple kryterium oryginalności może być wystarczającym wyznacznikiem przy rozstrzyganiu, czy dane dzieło jest inspirowane, czy też zależne. Autorka słusznie stwierdza, że oryginalność stanowi główną wskazówkę przy stwierdzaniu zależności dzieł. Nie możemy mówić o twórczości zależnej, jeżeli żaden element chroniony (oryginalny) nie został przejęty⁵⁶.

Z tym stanowiskiem należy się zgodzić. Przy odróżnianiu, czy mamy do czynienia z dziełem zależnym, czy inspirowanym, E. Traple trafnie proponuje określić, w jakich elementach utworu pierwotnego „najbardziej przejawia się

⁵¹ E. Traple, *Przedmiot prawa autorskiego...*, s. 67.

⁵² Por. szerzej: M. Jankowska, op. cit., s. 452.

⁵³ A. Kopff, op. cit., s. 43–47.

⁵⁴ Podobnie: E. Traple, *Dzieło zależne...*, s. 43, 50.

⁵⁵ A. Kopff, op. cit., s. 49, 53.

⁵⁶ E. Traple, *Dzieło zależne...*, s. 43, 50. Podobnie: J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 56.

indywidualność twórcy”. Podstawowym elementem utworu inspirowanego, świadczącymi o jego oryginalności, powinny odpowiadać elementy nowe w utworze inspirowanym, które są wynikiem twórczości autora utworu inspirowanego⁵⁷. Dlatego też należy podzielić pogląd⁵⁸ Sądu Najwyższego z 16 lutego 1962 r.⁵⁹, który stwierdził, że „wykorzystanie cudzego pomysłu, a nawet imion z cudzego utworu, przy oryginalnej treści nowego dzieła, nie stanowi jeszcze opracowania cudzego utworu, ale własny oryginalny utwór”. Podobny pogląd prezentuje Adrian Niewęglowski, który twierdzi, że kwalifikacja danego dzieła jako inspirowanego jest zależna od okoliczności faktycznych, tzn. czy i w jakim stopniu nastąpiło przejście elementów podlegających ochronie z wcześniejszego, cudzego dzieła⁶⁰. Podobne stanowisko przyjął Rafał M. Sarbiński, który uważa, że konkretny utwór można uznać za dzieło inspirowane wtedy, kiedy jedynie nawiązuje ono do dzieła istniejącego wcześniej w sposób widoczny dla odbiorcy. Przy przejściu zaś jakichkolwiek elementów twórczych pierwotnego dzieła będziemy mieć do czynienia już z dziełem niesamoistnym, z którego korzystanie będzie związane z obowiązkiem spełnienia wymogów zależnych od jego rodzaju⁶¹. Przy utworze inspirowanym mamy do czynienia z wyrażeniem innych treści, a utwór inspirowany jest jedynie punktem odniesienia⁶².

Kolejnym kryterium rozróżniającym dzieło zależne od inspirowanego jest kryterium rozpowszechniania, które proponował Fryderyk Zoll młodszy. Autor twierdził, że „rozpowszechnianie dzieła zależnego łączy się z rozpowszechnianiem dzieła dawniejszego [oryginalnego – przyp. aut.]”. Inaczej jest w sytuacji, „gdy dzieło pierwsze było wprawdzie pobudką do powstania dzieła drugiego, ale to drugie jest tak samoistne, tak oderwanem elementami twórczymi od swojego pierwowzoru, iż rozpowszechnianie jego nie jest już rozpowszechnianiem pierwszego, np. autor pobudzony przez dzieło malarskie pisze dramat, powieść i na odwrót”⁶³.

Z kolei Stefan Ritterman wyróżnił kryterium rozpoznawalności⁶⁴. Autor w komentarzu do ustawy o prawie autorskim postawił pytanie: „Kiedy kończy się korzystanie z podniet, płynących z cudzego dzieła, a zaczyna się wręcz jego eksploatacja?”. Według autora nie jest tylko użytkowaniem, a wręcz eksplo-

⁵⁷ E. Traple, *Przedmiot prawa autorskiego...*, s. 67–68.

⁵⁸ Podobnie: *ibidem*, s. 68.

⁵⁹ Wyrok SN z 16 lutego 1962 r., sygn. akt II CR 528/71, niepubl.

⁶⁰ A. Niewęglowski, *op. cit.*, s. 99.

⁶¹ R.M. Sarbiński, *Autorskie prawa zależne*, [w:] W. Machała, R.M. Sarbiński (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 162.

⁶² E. Czarny-Drożdżewski, *Wyłączne prawo do zwielokrotnienia utworu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na tle problematyki dzieła zależnego i inspirowanego*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 7–8, s. 49 i cytowana tam literatura przedmiotu.

⁶³ F. Zoll *op. cit.*, s. 20–21. Por. E. Wojnicka, *Autorskie prawa zależne*, Łódź 1990, s. 71.

⁶⁴ S. Ritterman, *op. cit.*, s. 17–18. Por. A. Kopff, *op. cit.*, s. 39; J. Bleszyński, *Prawo autorskie*, Warszawa 1988, s. 112.

atacją sytuacja, gdy utwór pierwotny jest rozpoznawalny w utworze wtórnym i utwór wtórny posiada w większym czy mniejszym stopniu ten sam indywidualny charakter, co utwór pierwotny. W sytuacji jeżeli cudzy utwór wpłynął tylko na czyjąś twórczość, ale nosi piętno osobiste twórcy wtórnego, to mamy do czynienia z utworem samoistnym. W ocenie S. Rittermana należało ustalić, czy autor „nie zaoszczędził sobie pracy twórczej”⁶⁵. Stwierdził również, że obowiązek analizy konkretnego stanu faktycznego spoczywać będzie na analizie sędziowskiej opartej na opinii rzeczoznawców⁶⁶. Analogicznie kryterium wyróżnia Jan Bleszyński, twierdząc, że gdy ma miejsce przejęcie twórczych wartości z cudzego utworu w sposób rozpoznawalny, powstaje wówczas utwór zależny⁶⁷. Zgodzić się należy z opinią A. Kopffa, że samo kryterium rozpoznawalności nie jest wystarczające, ponieważ np. karykatury lub parodie uznajemy za utwory samoistne, a przecież jest w nich rozpoznawalny utwór macierzysty⁶⁸.

Jako kolejne kryterium trzeba wymienić kryterium związku między dziełem inspirującym a inspirowanym. Należy zgodzić się z poglądem J. Barty, R. Markiewicza i A. Matlaka, że związek, jaki występuje między utworami inspirowanymi i ich twórcami, należy rozpatrywać przede wszystkim na płaszczyźnie psychologicznej, emocjonalnej. Dzieło innego autora istniejące wcześniej nie jest inkorporowane do utworu nowego w poszczególnych warstwach czy całości, lecz stanowi jedynie naukową lub artystyczną podnieť (zachęć) do jego stworzenia⁶⁹. M. Późniak-Niedzielska proponuje natomiast, aby przy klasyfikacji danego utworu jako inspirowanego czy zależnego brać pod uwagę sposób, w jaki korzystano z utworu wcześniejszego, a nie przynależność do określonej dziedziny literatury czy sztuki⁷⁰.

W literaturze wymienia się także kryterium stosunku autora do dzieła – przy analizie, czy dane dzieło ma charakter inspirowany, powinno się brać pod uwagę stosunek autora do dzieła, a także związek, jaki łączył go z tym dziełem w procesie twórczym⁷¹. Zgodzić się należy z opinią Jakuba M. Dolińskiego, że badanie poziomu inspiracji należy do niełatwych ocen prawnoautorских, do których niezbędna jest szeroka specjalistyczna wiedza, dlatego w każdym przypadku analiza porównawcza powinna być traktowana indywidualnie w stosunku do każdego utworu⁷².

⁶⁵ S. Ritterman, op. cit., s. 17–18.

⁶⁶ Ibidem, s. 17.

⁶⁷ J. Bleszyński, *Prawa autorskie zależne*, [w:] J. Bleszyński, J. Rajski (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 250. Zob. też: idem, *Glosa do wyroku SN z 10.05.1963 r., II CR 128/63*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 10, s. 620 i nast.

⁶⁸ A. Kopff, op. cit., s. 39–40.

⁶⁹ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, op. cit., s. 56.

⁷⁰ M. Późniak-Niedzielska, J. Szczotka, op. cit., s. 36.

⁷¹ J. M. Doliński, op. cit., s. 9 i cytowana tam literatura przedmiotu.

⁷² Ibidem, s. 19.

Z kolei Elżbieta Wojnicka zauważyła, że żadne z powyższych kryteriów, pozwalających odróżnić utwór inspirowany od utworu zależnego, stosowane samodzielnie, nie będzie wystarczające, aby określić charakter prawny utworu. Natomiast jeżeli posłużymy się wieloma kryteriami, stosując je łącznie, będzie można – zdaniem autorki – wyznaczyć granicę między utworami, a prawdopodobieństwo wystąpienia błędu w kwalifikacji danego utworu jako inspirowanego czy zależnego będzie mniejsze⁷³.

Podsumowanie

Z powyższych rozważań wynika, że ustawodawca nie przedstawia w sposób wyraźny różnicy między utworem zależnym a inspirowanym. Dlatego nie budzi wątpliwości, że wskazanie granicy między dziełem zależnym a inspirowanym na tle obowiązujących unormowań nie jest łatwe i powoduje problemy w praktyce. Sady wypowiadały się w tej materii i niejednokrotnie podejmowały próby ustalenia granic między tymi rodzajami twórczości. Starały się określić wyraźne kryterium rozgraniczające dzieło inspirowane od dzieła zależnego, jednakże orzeczenia te miały wartość nieznaczną, a udzielane wskazówki były raczej ogólne. Co więcej, należy zgodzić się z R. Markiewiczem, że granica między utworem inspirowanym a utworem zależnym nie jest możliwa do dokładnego określenia i daje wolność indywidualnym kwalifikacjom sędziowskim, „opartym w istocie na osobistym odczuciu słuszności”⁷⁴.

Nawet przy posługiwaniu się wieloma kryteriami i przy stosowaniu ich łącznie nadal wyznaczenie granicy między utworami będzie powodowało trudności. Nie sposób nie wskazać, że w obecnym stanie prawnym wciąż brak jest zasadniczych wytycznych i ostrych kryteriów pomocnych przy określaniu granic między twórczością zależną a inspirowaną. W związku z tym opracowanie to powinno być widziane jako przyczynek do dalszej dyskusji, w głównej mierze jeśli chodzi usunięcie wątpliwości interpretacyjnych pojawiających się przy określaniu granic między tymi rodzajami twórczości. Aby granica ta była bardziej przejrzysta, wydaje się, że należy wziąć pod uwagę – za E. Laskowską-Litak – możliwość umiejscowienia utworu inspirowanego poza art. 2 pr. aut. i tym samym wprowadzenia do ustawy osobnego rozwiązania normatywnego dotyczącej utworu inspirowanego. Wydaje się również, że w tym celu warto rozważyć dodanie do pr. aut. art. 2¹, w którym utwór inspirowany umieszczony byłby niezależnie (odrębnie) od utworu zależnego. W przepisie tym materia dotycząca dzieła inspirowanego powinna być oczywiście stosownie doprecyzowana. Przede wszystkim wydaje się, że najważniejsze jest, po pierwsze, kon-

⁷³ E. Wojnicka, op. cit., s. 77–78.

⁷⁴ R. Markiewicz, op. cit., s. 40.

kretnie i klarownie wskazanie, iż do utworów inspirowanych zaliczają się te, które są dziełami charakteryzującymi się własnymi, nienaśladowczymi elementami twórczymi. Inaczej rzecz ujmując, są to utwory, w których nie da się zidentyfikować elementów cudzej twórczości. Dzięki temu granica ta byłaby bardziej wyraźnie określona i być może ograniczyłoby to liczne wątpliwości interpretacyjne, mogące doprowadzać do naruszenia praw autora oraz problemy pojawiające się w praktyce na tym tle.

Wykaz literatury

- Barta J., Markiewicz A., Matlak A., *Utwory zależne*, [w:] J. Barta (red.), *Prawo autorskie*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Bleszyński J., *Glosa do wyroku SN z 10.05.1963 r., II CR 128/63*, „Państwo i Prawo” 1964, z. 10.
- Bleszyński J., *Prawa autorskie zależne*, [w:] J. Bleszyński, J. Rajski (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, PWN, Warszawa 1985.
- Bleszyński J., *Prawo autorskie*, PWN, Warszawa 1988.
- Czarny-Drożdżek E., *Utwór i przedmioty praw pokrewnych w systemie polskim i francuskim*, cz. II: *Utwór i przedmioty praw pokrewnych w polskim systemie prawnym*, Wyd. Nauk. UPJPII, Kraków 2019.
- Czarny-Drożdżek E., *Wyłączne prawo do zwielokrotnienia utworu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na tle problematyki dzieła zależnego i inspirowanego*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 7–8.
- Doliński J. M., *Utwór inspirowany w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2011, z. 114.
- Ferenc-Szydełko E., *Utwór zależny*, [w:] E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. czwarte, 2021, Legalis.
- Flisak D., *Komentarz do art. 2*, [w:] idem, *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 2018, Lex.
- Laskowska-Litak E., *Autorskie prawa zależne*, [w:] R. Markiewicz (red.), *Ustawy autorskie, Komentarze*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Jankowska M., *Autor i prawo do autorstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Kalinowska-Maksim I., *Wybrane prawnokarne aspekty ochrony praw autorskich*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, nr 44.
- Kopff A., *Granice swobodnego użytkowania dzieł chronionych prawem autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 1961, z. 8.
- Markiewicz R., *Zabawy z prawem autorskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Niewęglowski A., *Prawo autorskie. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Późniak-Niedzielska M., Szczotka J., *Prawo autorskie. Zarys problematyki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Późniak-Niedzielska M., [w:] M. Późniak-Niedzielska (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Branta, Bydgoszcz 2007.
- Ritterman S., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim*, Wyd. L. Frommer, Kraków 1937.

- Sarbiński R.M., *Autorskie prawa zależne*, [w:] W. Machała, R. M. Sarbiński (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Traple E., *Dzieło zależne jako przedmiot prawa autorskiego*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1979.
- Traple E., *Przedmiot prawa autorskiego*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Wojnicka E., *Autorskie prawa zależne*, Wyd. UŁ, Łódź 1990.
- Zoll F., *Polska ustawa o prawie autorskim i Konwencja Berneńska*, Gebethner i Wolff, Warszawa–Kraków–Lwów–Poznań 1926.

Summary

Boundaries between derivative and inspired creativity within the opinions of the doctrine and judicial statements

Keywords: copyright, work, derivative work, inspired work, intellectual property.

Issues regarding derivative and inspired creativity are stated within Art. 2 of the Act on Copyright and Related Rights. One should point that discussing the issue regarding the derivative creativity it is often being collated with inspired creativity. There is no doubt the legislator hasn't clearly defined the boundaries between those two types of creativity. As a result, incorrect classification of a work may result in infringement of the author's rights. It should be emphasized that the national courts have repeatedly commented on the matter concerning the boundaries between derivative and inspired creativity. They attempted to provide guidelines for these boundaries, but the guidelines were more general. For this reason, defining clear boundaries between a derivative and inspired work causes great difficulties in jurisprudence practice and in the literature on the subject. The text aims to present the issue of the boundary between derivative and inspired creativity and to systematize the opinions expressed in the doctrine and judicature in this matter, as well as to indicate the criteria distinguishing a derivative and inspired work. To achieve the indicated target, the article analyzes the binding regulations of law, court judgements and the doctrine representatives' opinions on these issues. It seems that one should share the view on the possibility of introducing to the Act a separate normative solution regarding an inspired work, apart from Art. 2 of the Act on Copyright Act. For this reason, there was a need to take a closer look at the issue of the boundary between derivative and inspired creativity.

Samanta Kowalska

Akademia Kaliska im. Prezydenta Stanisława Wojciechowskiego w Kaliszu

ORCID: 0000-0002-8803-3901

s.kowalska@akademiakaliska.edu.pl

Ekobójstwo – wielowymiarowe zagrożenie dla środowiska

Wstęp

Dynamika życia społecznego, rozwój naukowo-technologiczny i gospodarczy zwiększają presję człowieka na środowisko. Postępująca degradacja ekosystemów wymaga skuteczniejszych form ochrony. Obecnie przestępczość wymierzona w środowisko naturalne przyspiesza szybciej niż rozwój gospodarki światowej¹. Niepowstrzymywanie negatywnych działań przeciwko środowisku zagraża zdrowiu człowieka oraz równowadze w strukturach biologicznych składających się na połączoną sieć życia w przyrodzie.

Intensywność i skala rozlicznych zagrożeń dla środowiska sprawiają, że dotychczasowe mechanizmy ochrony są niewystarczające. W związku z tym coraz częściej podnoszony jest postulat kryminalizacji ekobójstwa na forum międzynarodowym. W niniejszych rozważaniach zostaną przedstawione zmiany w dotychczasowym sposobie rozumienia ekobójstwa, które polega na metodycznym niszczeniu środowiska. Ekobójstwo prowadzi do utraty bioróżnorodności i zachwiania naturalnych funkcji w ekosystemach. Retrospekcja historyczno-prawna pomoże zidentyfikować czynniki, które przyczyniły się do przekształcenia ekobójstwa ze zjawiska antropogenicznego występującego na skalę lokalną w jeden z priorytetowych dyskursów w prawie międzynarodowym.

¹ Parlament Europejski, Opinia z dnia 6 lutego 2023 r. Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych dla Komisji Prawnej w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne i zastępującej dyrektywę 2008/99/WE (COM(2021)0851 – C9-0466/2021 – 2021/0422(COD)), s. 2, 4.

Ewolucja zjawiska ekobójstwa

Człowiek już w czasach najdawniejszych poprzez nieustanne próby przekształcania otoczenia dokonywał zmian w środowisku naturalnym. Rozwój urbanistyczny, wynalazki i infrastruktura techniczna sukcesywnie pochłaniały tereny przyległe. Działania, które możemy zakwalifikować jako ekobójstwo, pierwotnie miały charakter lokalny. Przykładem tego może być historia Wyspy Wielkanocnej (Rapa Nui). Masowe wycinanie lasu subtropikalnego spowodowało katastrofę ekologiczną². Przybycie Europejczyków, epidemie chorób oraz ekspansja szczura pacyficznego (polinezyjskiego) stanowiły kolejne czynniki, które w sposób skumulowany złożyły się na przeobrażenie zielonej wyspy w pustkowię z kamiennymi posągami, jedynymi niemymi świadkami tych wydarzeń. Rapa Nui stanowi ostrzeżenie przed nadmierną eksploatacją surowców naturalnych oraz rabunkową gospodarką. Los wyspy pokazuje, do czego może doprowadzić porzucenie przez człowieka harmonijnych stosunków z przyrodą. Często zapomina się, że człowiek nie jest samowystarczalny, nie znajduje się „nad”, lecz żyje „w obrębie” natury.

Rywalizacja o przestrzeń i surowce, egoistyczne cele decydentów w wielu zakątkach Ziemi doprowadziły do wojen i kryzysów ekologicznych. W efekcie ramy bezpieczeństwa publicznego stawały się coraz bardziej płynne i niestabilne. Mimo upływu lat w dalszym ciągu skłaniają do refleksji słowa Edwar-da Van Dyke’a Robinsona, że każde pokolenie pisze własną historię wydarzeń z przeszłości w celu interpretacji w znaczeniach i terminach, które „odpowiadają ich potrzebom”³. Na przestrzeni czasu ekobójstwo naznaczone było indywidualnym lub zbiorowym światopoglądem wynikającym z ram społecznych, struktur politycznych oraz strategii militarnej. Rozwój maszyny wojennej spowodował, że ekobójstwo zaczęto używać do określenia czynów polegających na świadomym niszczeniu zasobów naturalnych w czasie konfliktów zbrojnych⁴. Działania w tym zakresie polegały na wywoływaniu spustoszeń na terenach rolniczych i zurbanizowanych w celu osłabienia potencjału oraz zdolności defensywnych zaatakowanego państwa lub narodu. W powyższy definiens kwalifikuje się, np. niszczenie systemu melioracyjnego, taktyka spalonej ziemi, zatrutowanie ujęć wody, stosowanie trujących substancji pochodzenia roślinnego lub zwierzęcego⁵. Czynniki te powodowały kryzys gospodarczy, który ge-

² T.L. Hunt, C.P. Lipo, *Revisiting Rapa Nui (Easter Island)*, „*Ecocide*”, „*Pacific Science*” 2009, vol. 63, nr 4, s. 601, 608.

³ E. Van D. Robinson, *War and economics in history and in theory*, „*Political Science Quarterly*” 1900, vol. 15, nr 4, s. 581. Zob. H.S. Levie, *History of the law of war on land*, „*International Review of the Red Cross*” („*Revue Internationale de la Croix-Rouge*”) 2000, vol. 82, nr 838, s. 350.

⁴ L.A. Teclaff, *Beyond restoration – the case of ecocide*, „*Natural Resources Journal*” 1991, vol. 34, z. 4, s. 933.

⁵ Przykładowo ok. 600 r. p.n.e. do zatrucia wody greckiego miasta Kyrra posłużono się korniszem ciemiernika białego (*Helleborus niger*) – zob. R. Kopeć, *Broń chemiczna*, [w:] O. Wasiuta,

nerował napięcia społeczne, osłabiał morale obrońców, pozbawiał mieszkańców atrybutów związanych z lokalną kulturą i tradycją⁶.

Wraz ze zmianą postrzegania pola walki modernizowano taktykę wojenną. Metody prowadzenia walki stawały się coraz bardziej destrukcyjne, podstępne i wyrafinowane. Jaskrawy przykład stanowi wojna w Zatoce Perskiej z lat 90. ubiegłego wieku. Wyszadzono ówczesnie ponad 700 szybów naftowych, co spowodowało skażenie powietrza oraz zatrucie wód powierzchniowych. Przemieszczające się transporty wojska niszczyły wierzchnią warstwę gleby, przyspieszając proces erozji. Siedliska wielu gatunków roślin i zwierząt zostały zdewastowane. Wyrządzone szkody spowodowały klęskę humanitarną oraz katastrofę ekologiczną określaną jako ekobójstwo⁷. W Zatoce Perskiej niszczenie środowiska nie było efektem ubocznym, lecz stanowiło cel i narzędzie działań zbrojnych.

Ekobójstwo – kwestie terminologiczne

W dyskursie publicznym termin „ekobójstwo” upowszechnił botanik i bioetyk Arthur W. Galston, prowadzący badania nad cyklem rozwojowym roślin oraz środkami ich ochrony. Wbrew intencjom naukowca defolianty znalazły jednak „podwójne” zastosowanie. Podczas wojny w Wietnamie posłużono się nimi do niszczenia szaty roślinnej, co doprowadziło do zubożenia różnorodności oraz zachwiania procesów zachodzących w fitosferze⁸. Równowaga biologiczna

R. Klepka, R. Kopeć (red.), *Vademecum bezpieczeństwa*, Kraków 2018, s. 186. Z kolei mieszkańcy miasta Hatra w celu obrony przez najeźdźcą umieścili w glinianych słojach skorpiony wytwarzające silną neurotoksynę. Skorpiony zostały uwolnione, gdy legiony rzymskie cesarza Septymiusza Sewera (145/146–211) przystąpiły do ataku – zob. S. Fleming, *Biowar in Ancient Times – a discussion with A. Mayor*, „Expedition” 2005, vol. 47, nr 1, s. 46.

⁶ W przeszłości skalę klęski przeciwnika podkreślano, przyrównując krajobraz do ludzkiego ciała. Miano świadomość, iż krajobraz, podobnie jak ciało, może zostać zraniony – U. Matić, *Scorched earth: violence and landscape in New Kingdom Egyptian representations of war*, „Is-
traživanja Journal of Historical Researches” 2017, nr 28, s. 24.

⁷ T. Fleming, M. Stevens, *Ending the silence. Ecocide and renewal in Iraq's Marshlands*, „Earth First! Journal” 2011, vol. 31, nr 3, s. 14; D. Ruiz, *Ecocide in the Iraqi Marshes*, „Freedom from Fear” 2010, z. 6, s. 16–19; A. Schwabach, *Ecocide and genocide in Iraq: international law, the Marsh Arabs, and environmental damage in non-international conflicts*, „Colorado Journal of International Environmental Law and Policy” 2004, vol. 15, z. 1, s. 1–18. Zob. Resolution adopted by the UN General Assembly, 18 December 1992, International Cooperation to Mitigate the Environmental Consequences on Kuwait and other Countries in the Region resulting from the Situation between Iraq and Kuwait, A/RES/47/151.

⁸ Z przeprowadzonych badań naukowych wynika, że zawartość dioksyn w glebie oraz warstwach wodonośnych może utrzymywać się przez ponad 100 lat – E. Cusato, *From ecocide to voluntary remediation projects: legal responses to 'environmental warfare' in Vietnam and the spectre of colonialism*, „Melbourne Journal of International Law” 2018, vol. 19, nr 2, s. 6. Dioksyny wywołują daleko idące konsekwencje zdrowotne u ludzi, silne skażenie obszarów przyrodniczych, defoliację roślin. Duong Trung Le, Thanh Minh Pham i Solomon Polachek użycie w Wietnamie

w ekosystemach uległa zakłóceniu. Ze względu na rozmiar i skutki zniszczeń ekobójstwo zaczęto określać jako „Auschwitz dla wartości przyrodniczych” (*as an Auschwitz for environmental values*)⁹ oraz „środowiskowy holocaust” (*environmental holocaust*)¹⁰. Stąd podczas konferencji nt. wojny i odpowiedzialności państwowej (Conference on War and National Responsibility), która odbyła się w Waszyngtonie w 1970 r. A.W. Galston zaapelował do społeczności międzynarodowej o podjęcie kroków w celu wprowadzenia zakazu ekobójstwa (*international agreement to ban ecocide*)¹¹. Występował w celu potępienia na forum międzynarodowym formy destrukcji, podobnie jak po drugiej wojnie światowej Organizacja Narodów Zjednoczonych postąpiła z ludobójstwem¹².

Współcześnie ekobójstwo obejmuje czyny, które powodują poważne, rozległe i trwałe szkody w środowisku¹³. Usystematyzowanie materii badawczej może wesprzeć analiza etymologiczna. Przedrostek *eko-* z języka greckiego oznacza ‘dom, miejsce zamieszkania’, natomiast przyrostek *-cide* pochodzi z języka łacińskiego *caedere* ‘posiekać, pościnać, powalić’¹⁴. Ekobójstwo nie odnosi się zatem do powierzchniowych szkód, lecz do masowego niszczenia ekosystemów¹⁵, eksterminacji żywych stworzeń, pozbawiania flory i fauny warunków do rozwoju w naturalnym środowisku. Darryl Robinson wskazał, że ekobójstwo stanowi jedno z największych współczesnych zagrożeń¹⁶. W odniesieniu do omawianego zjawiska określenie „transgraniczne” jest jednak niewystarczające, gdyż szkody wyrządzane w przyrodzie coraz częściej nie ograniczają się do terenów przygranicznych, lecz stanowią zagrożenie dla pro-

defoliantów określili mianem „kontrowersyjnej i agresywnej wojny chemicznej” (*The long-term health impact of Agent Orange: evidence from the Vietnam War*, Bonn 2021, s. 5). Wydarzenia z Wietnamu zintensyfikowały debaty w kwestii wprowadzenia zakazu stosowania defoliantów oraz innych środków toksycznych (broni chemicznej) w czasie konfliktów zbrojnych. W tym zakresie znaczenie posiada Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji, składowania i użycia broni chemicznej oraz o zniszczeniu jej zapasów, podpisana w Paryżu dnia 13 stycznia 1993 r. (Dz.U. z 1999 r., Nr 63, poz. 703). W preambule wskazano na zakaz używania herbicydów jako środka prowadzenia wojny. Twórcy konwencji zaapelowali, aby wynalazki i osiągnięcia w dziedzinie chemii stosować wyłącznie dla dobra ludzkości.

⁹ E. Cusato, op. cit., s. 8.

¹⁰ F.J. Brosimmer, *Ecocide. A short history of the mass extinction of species*, London–Sterling 2002, s. 77.

¹¹ A. Gauger, M.P. Rabatel-Fernel, L. Kulbicki, D. Short, P. Higgins, *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, [w:] A. Gauger, M.P. Rabatel-Fernel, L. Kulbicki, D. Short, P. Higgins, *The ecocide project ‘Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace’. A report*, London 2012, s. 5.

¹² Art. 1 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (Dz.U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9).

¹³ M.A. Gray, *The international crime of ecocide*, „California Western International Law Journal” 1996, vol. 26, nr 2, s. 216.

¹⁴ P. Higgins, *Eradicating ecocide. Laws and governance to prevent the destruction of our planet*, London 2010, s. XI.

¹⁵ W. Bar, *Ekobójstwo i grzech ekologiczny: dwa terminy – dwa porządki – wspólna sprawa*, „Studia Prawnicze KUL” 2020, nr 2(82), s. 34.

¹⁶ D. Robinson, *Ecocide – puzzles and possibilities*, „Journal of International Criminal Justice” 2022, vol. 20, z. 2, s. 319.

cesów zachodzących w całym środowisku. Stąd wniosek, że pojęcie ekobójstwo nie ma charakteru definicji enumeratywnej. Zmienia się wraz z dynamiką społeczną oraz modyfikacjami w otoczeniu życia człowieka. Z tego też względu nie powinno posługiwać się określeniem *definitional full stop*¹⁷, gdyż ekobójstwo jest wpisane w cywilizację i wraz z nią ulega transformacji.

Ekobójstwo wiąże się z wielowymiarową ingerencją w środowisko naturalne, w które wtopiona jest egzystencja człowieka. Pauline Helène „Polly” Higgins podkreślała, że „wszyscy jesteśmy jednością”¹⁸. Na forum międzynarodowym aktywnie występowała o uznanie ekobójstwa jako piątej zbrodni przeciwko pokojowi¹⁹. Organizacja „Stop Ecocide Foundation” kontynuuje działania w celu wprowadzenia ekobójstwa do Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej jako MTK)²⁰. W 2021 r. przedstawiono propozycję definicji ekobójstwa: „bezprawne lub bezmyślne czyny popełnione ze świadomością, że istnieje znaczne prawdopodobieństwo poważnej oraz rozległej lub długotrwałej szkody dla środowiska naturalnego spowodowanej tymi działaniami”²¹.

Powyższy wywód znajduje odzwierciedlenie w stanowisku przyjętym na gruncie unijnym. W świetle opinii 2021/0422(COD) Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych dla Komisji Prawnej ekobójstwo zdefiniowano jako „czyny bezprawne lub czyny samowolne popełnione ze świadomością, że istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia poważnych oraz albo rozległych, albo długotrwałych szkód w środowisku naturalnym”²². Zakłada się, że w tychże okolicznościach sankcje byłyby wdrażane w zależności od wagi wyrządzonych szkód. Ekobójstwo staje się stopniowo priorytetem na mapie działań Unii Europejskiej w zakresie rozwijania międzynarodowej współpracy sądowej.

W dniu 20 stycznia 2021 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję, na podstawie której zwrócił się do państw członkowskich o promowanie działań w kierunku uznania ekobójstwa za zbrodnię w świetle statutu MTK²³. Jednym z pierwszych krajów, który poparł wprowadzenie ekobójstwa do międzynaro-

¹⁷ Ibidem, s. 320.

¹⁸ P. Higgins, *Seeding intrinsic values: how a law of ecocide will shift our consciousness*, „Cadmus” 2012, vol. 1, z. 5, s. 9.

¹⁹ Idem, *Eradicating ecocide...*, s. 61 i nast.

²⁰ Rzymski statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708).

²¹ Statement to the 20th Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Stop Ecocide Foundation, December 2021.

²² Parlament Europejski, Opinia z dnia 6 lutego 2023 r. Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych dla Komisji Prawnej w sprawie wniosku dotyczącego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony środowiska poprzez prawo karne i zastępującej Dyrektywę 2008/99/WE (COM(2021)0851 – C9-0466/2021 – 2021/0422(COD)), s. 6.

²³ European Parliament Resolution of 20 January 2021 on Human Rights and Democracy in the World and the European Union's Policy on the Matter. Annual Report 2019 (2020/2208(INI)), pkt 12.

dowego prawa karnego, była Belgia. W dniu 2 grudnia 2021 r. Izba Reprezentantów (nid. *Kamer van Volksvertegenwoordigers*) przyjęła w tym zakresie akt prawny²⁴. We wspomnianym dokumencie opowiedziano się także za uznaniem ekobójstwa za przestępstwo na podstawie prawa wewnętrznego. Belgijscy parlamentarzyści wskazali, że ekobójstwo stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa całej planety (fr. *sûreté de la planète*)²⁵. Unormowanie ekobójstwa wymaga zreformowania punktu odniesienia w prawie i systemie zarządzania środowiskiem, w którym obecnie dominuje ekonomia, uprzedmiotowienie i komodyfikacja. W tym zakresie nie należy zwlekać, ponieważ „rozwój ekonomiczny często ma cechy kanibalistyczne: pożera zarówno środowisko naturalne, jak i ludzi”²⁶.

Podsumowując, przez długi czas termin ekobójstwa odnoszono do działań podejmowanych podczas konfliktów zbrojnych, które skutkowały degradacją obszarów przyrodniczych oraz terenów uprawnych w celu pozbawienia przeciwnika żywności, surowców naturalnych i infrastruktury niezbędnej dla dalszej efektywnej obrony. Powyższy sposób definiowania może wydawać się uproszczeniem analizowanego zagadnienia. Pozwala jednak zauważyć, że ekobójstwo ulega systematycznym modyfikacjom pod względem formy i struktury przestrzennej.

Ochrona środowiska w czasie konfliktów zbrojnych

W prawie międzynarodowym mimo pogłębiającego się kryzysu ekologicznego nie opracowano podstaw normatywnych ani skutecznych mechanizmów ochrony²⁷. Na obszarach, na których zasoby naturalne ulegają zubożeniu, zwiększa się ryzyko występowania konfliktów na tle rywalizacji o surowce i terytorium. W dotychczasowych normach międzynarodowego prawa humanitarnego ochrona środowiska występuje głównie w rozumieniu „sposobu

²⁴ Chambre des représentants en Belgique, 8 juillet 2020, Proposition de résolution visant à inclure le crime d'écocide dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et le droit pénal belge (déposée par MM. Samuel Cogolati, Wouter De Vriendt et consorts), DOC 55 1429/001. Date de dépôt: 08/07/2020, Vote Chambre: 02/12/2021.

²⁵ Ibidem, s. 3; pkt B, s. 13.

²⁶ B. Unmüßig, W. Sachs, T. Fatheuer, *Critique of the green economy. Toward social and environmental equity*, Berlin 2012, s. 47.

²⁷ Należy wyjaśnić, iż zbrodnię ekobójstwa uwzględnił Richard A. Falk, który opracował projekt konwencji (International Convention on the Crime of Ecocide) wraz z protokołem o wojnie ekologicznej (Protocol on Environmental Warfare), [w:] *Environmental warfare and ecocide facts, appraisal and proposals*, „La Revue belge de droit international” 1973, nr 1, s. 18. W rozważaniach R.A. Falk skłaniał się do rozpatrywania ekobójstwa jako zbrodni wojennej popełnianej intencjonalnie (zamiar) – A. Gauger, M.P. Rabatel-Fernel, L. Kulbicki, D. Short, P. Higgins, op. cit., s. 5. Konwencja wraz z protokołem nie weszła w życie, z perspektywy czasu wniosła jednak wkład w formowanie współczesnego rozumienia zjawiska ekobójstwa. Zob. M. Nyka, *Crime against the natural environment – ecocide – from the perspective of international law*, „Eastern European Journal of Transnational Relations” 2022, vol. 6, nr 2, s. 11.

ochrony ludzi”²⁸. Zmiany w strategii militarnej z powodu amorficznych i hybrydowych zagrożeń wskazują na potrzebę ochrony środowiska jako celu wynikającego z faktu, że przyroda posiada wartość samą w sobie. Konieczne zatem jest zwiększanie standardów ochrony środowiska nie tylko w obliczu sytuacji kryzysowych.

Na podstawie art. 35 ust. 3 protokołu z 1977 r. do Konwencji genewskich zabroniono stosowania metod i środków prowadzenia wojny, które miałyby na celu wywołanie rozległych, długotrwałych i poważnych szkód w środowisku²⁹. Należy jednak zaznaczyć, że poza zakresem zastosowania pozostawiono konflikty o charakterze wewnętrznym. Ochrona środowiska w świetle art. 35 rozpatrywana jest „z punktu widzenia metod walki” (*from the point of view of methods of warfare*)³⁰, co skutkuje wyłączeniem szkód w środowisku o charakterze niemilitarnym. Natomiast aktualnie do szczególnie dotkliwych szkód środowiskowych coraz częściej dochodzi w okresie względnej stabilizacji za pomocą środków, które nie stanowią *stricto* metod prowadzenia walki.

Z kolei konwencja podpisana w Genewie dnia 18 maja 1977 r.³¹ stanowi o technikach modyfikacji środowiska, które można zakwalifikować jako broń geofizyczną do zakłócania funkcji w nieożywionych elementach przyrody. Broń geofizyczna może zostać wykorzystana do wywoływania gwałtownych zjawisk atmosferycznych, np. mgieł, silnych opadów deszczu, śniegu, trzęsień ziemi, tsunami. Należy jednak zważyć, że w przypadku ekobójstwa szkody wyrządzane w nieożywionych warstwach przyrody nie pozostają bez wpływu na funkcjonowanie żywych istnień, np. zniszczenie zbiornika wodnego spowoduje unicestwienie żyjących tam roślin i zwierząt oraz ich siedlisk.

W traktatach międzynarodowych wprowadza się zakazy stosowania określonej broni lub/i środków militarnych³². W powyższych okolicznościach regulacje nie dotyczą jednak bezpośrednio zapobiegania i ścigania szkód wyrzą-

²⁸ M. Marcinko, *Cele wojskowe a obiekty cywilne oraz dobra i obiekty poddane szczególnej ochronie*, [w:] Z. Falkowski, M. Marcinko (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Warszawa 2014, s. 156.

²⁹ Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) sporządzony w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175).

³⁰ Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva 1987, s. 663.

³¹ Konwencja o zakazie używania technicznych środków oddziaływania na środowisko w celach militarnych lub jakichkolwiek innych wrogich celach, otwarta do podpisu w Genewie dnia 18 maja 1977 r.

³² Z katalogu umów międzynarodowych, np. Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji i gromadzenia zapasów broni bakteriologicznej (biologicznej) i toksycznej oraz o ich zniszczeniu sporządzona w Moskwie, Londynie i Waszyngtonie dnia 10 kwietnia 1972 r. (Dz.U. z 1976 r., Nr 1, poz. 1); Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki wraz z załącznikami podpisaną w Genewie dnia 10 października 1980 r. (Dz.U. z 1984 r., Nr 23, poz. 104); Konwencja w sprawie znakowania plastycznych materiałów wybuchowych w celu ich wykrywania podpisana w Montrealu dnia 1 marca 1991 r. (Dz.U. 2007, Nr 135, poz. 948).

dzonych w środowisku w wyniku aktów ekobójstwa. W formalizowaniu omawianego zjawiska na forum międzynarodowym istotną rolę mogą spełnić akty prawa „miękkiego” (*soft law*). W rezolucji Zgromadzenia Narodów Zjednoczonych do spraw Środowiska uwypuklono, że środowisko naturalne powinno być chronione w każdym czasie, zarówno podczas konfliktów, jak i stabilizacji (pkt 1)³³.

Zniszczenie określonego elementu ekosystemu, zgodnie z holistycznym punktem widzenia, wpływa na funkcjonowanie przyrody jako całości. Kore-sponduje to z wywodem Sailesha Mehta i Priscy Merz, którzy przyrównali dewastację przyrody do „wojny”, będącej „atakami na pokojowe korzystanie z siedlisk wszystkich gatunków”³⁴.

Mimo zwiększających się przestępstw przeciwko środowisku w statucie MTK obowiązują przepisy, które dotychczas tylko w sposób pośredni nawiązują do rzeczonyj problematyki. W dokumencie wydanym w 2016 r. przez Biuro Prokuratora MTK wskazano na potrzebę ścigania przestępstw, których skutkiem jest dewastacja środowiska³⁵. Biorąc pod uwagę, że w świetle art. 123 ust. 1 statutu MTK „rewizja może obejmować w szczególności listę zbrodni wymienionych w artykule 5”, pytanie o wprowadzenie ekobójstwa do katalogu zbrodni międzynarodowych pozostaje otwarte.

Zmiany w paradygmacie ekobójstwa

Ekobójstwo zaczęło stopniowo przybierać coraz bardziej podstępne i destrukcyjne formy. Obecnie nie budzi wątpliwości, że może powstać zarówno w wyniku umyślnych działań (np. wprowadzenie toksycznych substancji do wody, gleby i powietrza; fizyczne uszkodzenie zabezpieczeń technicznych fabryk i zakładów, co może wywołać transgraniczną katastrofę ekologiczną), jak i zaniechań (np. arbitralne decyzje lub milcząca zgoda urzędników nadzorujących przestrzeganie norm ochrony środowiska)³⁶. Rozwój urbanizacji, prze-

³³ United Nations Environment Assembly of the United Nations Environment Programme, Protection of the Environment in Areas Affected by Armed Conflict, 6th Plenary Meeting 27 May 2016, Nairobi, UNEP/EA.2/Res.15.

³⁴ S. Mehta, P. Merz, *Ecocide – a new crime against peace?*, „Environmental Law Review” 2015, vol. 17, z. 1, s. 3.

³⁵ International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 September 2016, § 41. Zob. także N. Ahmed, *Proof of ecocide: towards a forensic practice for the proposed international crime against the environment*, „Archaeological and Environmental Forensic Science” 2017, vol. 1, nr 2, s. 141; J. Durney, *Crafting a standard: environmental crimes as crimes against humanity under the International Criminal Court*, „Hastings Environmental Law Journal” 2018, vol. 24, nr 2, s. 413.

³⁶ S. Kowalska, *Prakseologia działań zapobiegawczo-prewencyjnych w obliczu intensyfikacji zjawiska ekobójstwa*, [w:] J. Wolejszo, K. Malasiewicz, N. Prusiński (red.), *Prakseologia w naukach o bezpieczeństwie. Sprawność działania w bezpieczeństwie narodowym*, Kalisz 2021, s. 237–258.

myślu i gospodarki powoduje w szybkim tempie dewastację kolejnych obszarów przyrodniczych.

Aktualnie pojęcie ekobójstwa nie odnosi się do czynów popełnianych tylko w czasie konfliktów zbrojnych, lecz jest rozumiane szerzej – jako zbrodnia przeciwko środowisku. W tym ujęciu, jak wskazuje Rafał Fic, ekobójstwo odnosi się do „każdego poważnego naruszenia, każdej ingerencji powodującej degradację, a nawet zniszczenie całego ekosystemu”³⁷. W efekcie paradygmat analizowanego zjawiska podlega przekształceniom, wywołując coraz większe zagrożenia również w czasie pokoju. Dla zilustrowania wywodów zostaną przytoczone dwa przykłady zagrożeń związanych z narastającą antropopresją na środowisko.

Mount Everest, najwyższy szczyt świata, mimo że stanowi ekstremalne wyzwanie dla wspinaczy, wciąż przyciąga kolejnych śmialców³⁸. Podczas wspinaczki pozostawiane są tam odpady, m.in. metalowe puszki, opakowania po żywności, butelki plastikowe, elementy ekwipunku. Część śmieci jest spalana. Do powietrza uwalniają się wówczas toksyczne substancje chemiczne. Ilość pozostawianych odpadów i ludzkich ekskrementów zwiększa się do tego stopnia, że Mount Everest określany jest jako „najwyższe na świecie wysypisko śmieci” (*the world's highest garbage dump*)³⁹. Zanieczyszczenie wpływa negatywnie na cały ekosystem. Mimo że tony odpadów co roku są usuwane, dziewicze tereny Himalajów zamieniają się w ogromny śmietnik.

Innym przykładem ukazującym wzrost niszczenia środowiska wskutek działalności antropogenicznej jest przemysł tekstylny, który w skali świata przyczynia się do emisji znacznej ilości dwutlenku węgla. W zależności od materiału, z którego odzież została wykonana, proces rozkładu trwa od kilkudziesięciu do 200 lat lub nawet dłużej. W wielu krajach ze względu na zawartość chemikaliów odzież tekstylna może być składowana tylko w specjalnie przystosowanych punktach. W praktyce ogromna część odzieży nie jest przekazywana do utylizacji. Jedno z największych składowisk odzieży na świecie znajduje się nieopodal miasta Alto Hospicio na chilijskiej pustyni Ata-

³⁷ R. Fic, *Akty prawa międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności karnej w prawie ochrony środowiska w kontekście środków penalnych przewidzianych w prawie polskim*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2022, nr 2, s. 3.

³⁸ Według danych co roku ok. 1500 wspinaczy podejmuje próbę zdobycia najwyższej góry świata. Zob. R.B. Huey, R. Salisbury, J.-L. Wang, M. Mao, *Effects of age and gender on success and death of mountaineers on Mount Everest*, „Biology Letters”, 14 August 2007, s. 1. Potęga gór i sił natury pozostawia jednak swój ślad. Wielu nawet doświadczonych alpinistów nie wraca ze swojej wędrówki. Topniejące lodowce w Himalajach co roku odsłaniają cmentarzyska osób, które znalazły się na granicy życia i śmierci. Himalaje stają się grobowcem dla osób, które poszły za głosem wiatru i zamiast powrócić, stały się częścią potężnego masywu skalnego i lodu. Ludzkie szczątki „zastygłe” w lodzie stają się coraz częściej „atrakcją turystyczną”. Niebotyczny szczyt górski stanowi przestrozę i powinien skłaniać do zadumy i szacunku dla miejsc pamięci.

³⁹ H. Pallathadka, *The impact of excessive tourism in Mount Everest*, „European Journal of Molecular & Clinical Medicine” 2020, vol. 7, z. 11, s. 8981.

kama, na którą rocznie trafia od 59 000 do 150 000 ton odzieży, w tym odzież *fast fashion* (tzw. szybka odzież, zazwyczaj produkowana z poliestru – materiału syntetycznego będącego pochodną ropy naftowej i glikolu etylenowego, z tych samych składników produkuje się butelki plastikowe)⁴⁰. Odzież przywożona jest z Azji, Stanów Zjednoczonych, krajów europejskich i państw ościennych. Pożary i celowe podpalanie składowisk powodują emisję trujących związków chemicznych do atmosfery. Okoliczni mieszkańcy z powodu wdychania szkodliwych substancji narażeni są na liczne schorzenia i utratę zdrowia⁴¹.

Rosnące niebezpieczeństwo destrukcji środowiska skłania kolejne kraje do wprowadzania do kodeksów karnych przestępstw ekobójstwa⁴². W kodeksie karnym Ukrainy⁴³ ekobójstwo zostało wprowadzone do rozdziału XX *Przestępstwa przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu ludzkości i międzynarodowemu porządkowi prawnemu*. Na podstawie art. 441 ekobójstwo zdefiniowano jako „masowe niszczenie flory i fauny, zatrucie powietrza lub zasobów wodnych, a także wszelkie inne działania mogące spowodować katastrofę ekologiczną”. Atak Rosji na Ukrainę świadczy dobitnie, że aktualnie ekobójstwo ewoluuje, stając się kwalifikowanym czynem bezprawnym wymierzonym zarówno w tkankę społeczną, jak i przyrodniczą. Podaje się, że w ciągu trzech pierwszych miesięcy wojny Rosjanie dopuścili się 245 czynów o znamionach ekoprzestępstw (*eco-crimes*)⁴⁴, które z każdym dniem przybierają na sile. Dowódcy rosyjscy za cel obierają infrastrukturę krytyczną w tym magazyny ropy naftowej, zakłady chemiczne i metalurgiczne, których niszczenie wywołuje rozległą dewastację środowiska. W dalszym ciągu nie słabnie groźba ataków na obiekty jądrowe, które mogą spowodować promieniowanie o zasięgu międzynarodowym. Pozostawiony sprzęt wojskowy, bomby lotnicze, czołgi, które utknęły na terenach podmokłych, zanieczyszczają wodę, glebę i powietrze toksycznymi związkami chemicznymi. Główny Zarząd Wywiadu Ministerstwa Obrony Ukrainy powiadomił, że wojska rosyjskie planują niszczenie obszarów przyrodniczych oraz przeprowadzenie masowego wyrębu lasów na terytorium Ukrainy. Podejmowane z premedytacją działania wojsk rosyjskich określa się

⁴⁰ V. Bates-Kassatly, D. Baumann-Pauly, *Amplifying misinformation. The case of sustainability indices in fashion*, Geneva 2023, s. 35.

⁴¹ Zob. M. Zych, W. Pilis, *Wpływ poliestru na zdrowie człowieka*, „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie. Kultura Fizyczna” 2013, t. XII, nr 2, s. 161–171.

⁴² Wśród krajów, które zdecydowały się na kryminalizację ekobójstwa na gruncie prawa krajowego, znajdują się np.: Armenia (art. 394, Criminal Code of the Republic of Armenia, adopted on 18 April 2003), Gruzja (art. 407, Law of Georgia No. 2937 of 28 April 2006 – LHG I, No. 14, 15.5.2006, Criminal Code of Georgia, adopted on 22 July 1999); Mołdawia (art. 136, Criminal Code of the Republic of Moldova, art.136 amended by Law No. 277-XVI dated 18.12.2008, in force as of 24.5.2009, No. 985-XV dated 18.04.2002).

⁴³ Criminal Code of the Republic of Ukraine, entered into force on 1 September 2001.

⁴⁴ H. Bazhenova, *The war in Ukraine: Crimes against the environment (part 1)*, „IEŚ Commentaries” 2022, nr 605, s. 1.

jako ekobójstwo⁴⁵. Wywołanie dewastacji miałoby utrudnić obronę i pozbawić Ukrainę cennych zasobów naturalnych, zrujnować gospodarkę i rolnictwo. Skalę zagrożenia pogłębia fakt, że wojska rosyjskie używają broni zakazanej przez prawo, w tym broni kasetowej i bomb fosforowych. Wysadzenie tamy na Dnieprze w Nowej Kachowce (ukr. Нова Каківка; ang. Nova Kakhovka) na początku czerwca 2023 r. traktowane jest przez Ukraińców jako rażący akt ekobójstwa⁴⁶. W wyniku zniszczenia tamy doszło do katastrofy humanitarnej i ekologicznej. Ludzie stracili swoje domy i dobytek całego życia, wciąż brakuje wody zdatnej do picia. Miejsca ewakuacji ludności w obwodzie chersońskim są ostrzeliwane przez Rosjan. Tysiące ton ropy wpływa do Dniepru, a toksyczne substancje przedostają się do gleby i powietrza. Obszary chronionej przyrody zostały zdegradowane, zniszczeniu uległy naturalne siedliska roślin i zwierząt, w tym gatunków endemicznych i zagrożonych wyginięciem. Ukraiński minister środowiska podnosi, że konsekwencje wysadzenia tamy już dzisiaj mają katastrofalne skutki dla ludzi i środowiska, a część elementów przyrody ożywionej oraz nieożywionej zostanie „utracona na zawsze”⁴⁷. W związku z wydarzeniami w Nowej Kachowce Prezydent Ukrainy Wołodymyr Zełenski oskarżył Rosję o popełnienie ekobójstwa, określając wysadzenie tamy jako „ekologiczną bombę masowego rażenia” (*an environmental bomb of mass destruction*)⁴⁸. Ukraińskie władze występują o utworzenie specjalnego międzynarodowego trybunału ds. karania zbrodni agresji rosyjskiej na Ukrainie⁴⁹. Terror i okrucieństwo popełniane przez Rosję stanowi rażące pogwałcenie zasad cywilizowanego świata, praw człowieka i prawa międzynarodowego.

⁴⁵ M. Starr, *Ukraine accuses Russia of planning to cut down and sell its forests in 'ecocide'*, <https://www.jpost.com/international/article-701426> (data dostępu: 9.06.2023). Zob. także *Wywiad Ukrainy: Rosja chce przeprowadzić masowy wyręb ukraińskich lasów*, <https://www.rp.pl/konflikty-zbrojne/art35866631-wywiad-ukrainy-rosja-chce-przeprowadzic-masowy-wyrab-ukrainskich-lasow> (data dostępu: 9.06.2023).

⁴⁶ T. Schauenberg, *Ukraine: destroyed Kakhovka Dam amounts to 'ecocide'*, <https://www.dw.com/en/ukraine-destroyed-kakhovka-dam-amounts-to-ecocide/a-65849713> (data dostępu: 7.06.2023).

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ A. Hall, *Russia has been accused of 'ecocide' over the destruction of a Ukrainian dam. What is it?*, <https://www.sbs.com.au/news/article/russia-has-been-accused-of-ecocide-over-the-destruction-of-a-ukrainian-dam-what-is-it/j57st8rqi> (data dostępu: 9.06.2023).

⁴⁹ Parlament Europejski w Rezolucji z dnia 19 stycznia 2023 r. [2022/3017(RSP)] zaapelował do instytucji Unii Europejskiej i państw członkowskich do „ścisłej współpracy z Ukrainą w celu poszukiwania i budowania politycznego wsparcia na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ i innych forach międzynarodowych, w tym Rady Europy, OBWE i G-7, w celu utworzenia specjalnego trybunału ds. zbrodni agresji przeciwko Ukrainie” (pkt 4).

W kierunku przepisów intergeneracyjnych

W celu zapobiegania zjawisku ekobójstwa powinno się opracowywać strategię ochrony realizowaną w sposób ciągły. Deklaracja sztokholmska, przyjęta podczas obrad Konferencji Narodów Zjednoczonych w 1972 r.⁵⁰, stała się podstawą formowania nowej etyki ekologicznej, w której wskazano na potrzebę otaczania ochroną bytów innych niż ludzie (zasada 3). Deklaracja zapoczątkowała debaty o normatywizacji wartości ekologicznych w prawie międzynarodowym i ustawodawstwach krajowych. Wskazano na potrzebę opracowania skuteczniejszego mechanizmu zapobiegania zanieczyszczeniom środowiska, które przekraczają granice państwowe⁵¹. Brak ograniczania nadmiernej konsumpcji surowców naturalnych, przeciwdziałania dewastacji środowiska mogą w konsekwencji doprowadzić do erozji struktur funkcjonowania ludzi, państw i narodów. Utrata zasobów naturalnych w wyniku ekobójstwa nie jest zatem zwykłym „marnotrawstwem”⁵². W wyniku pogłębiającej się dewastacji środowiska zachwianiu ulega życie społeczno-kulturowe⁵³. Stąd w konwencji z Espoo wskazano na rolę stanowienia perspektywicznych przepisów prawa oraz rozwijanie wybiegającej w przyszłość polityki w celu zapobiegania szkodliwym oddziaływaniom człowieka na środowisko⁵⁴. Należy zaznaczyć, że zakłócanie równowagi biologicznej w środowisku nie zawsze od razu przynosi widoczne i odczuwalne skutki. W przyrodzie występują zasoby nieodnawialne. Kształtowanie nowej etyki ekologicznej w ujęciu intergeneracyjnym może wspomóc proces reformowania norm prawnych oraz form instytucjonalnej ochrony przyrody. Zapobieganie ekobójstwu powinno stać się obowiązkiem o charakterze prawnomiędzynarodowym, gdyż jest zbrodnią wymierzoną przeciwko „całemu życiu, nie tylko ludzkiemu życiu”⁵⁵.

⁵⁰ United Nations Conference on the Human Environment, 5–16 June 1972, Stockholm.

⁵¹ G. Chiarini, *Ecocide and International Criminal Court procedural issues: additional amendments to the ‘Stop Ecocide Foundation’ proposal*, Legal Research Series, Working Paper No. 15, November 2021, s. 3.

⁵² M.A. Gray, *The international crime of ecocide*, „California Western International Law Journal” 1996, vol. 26, nr 2, s. 216. Zob. M. Bowman, A. Boyle (red.), *Environmental damage in international and comparative law. Problems of definition and valuation*, Oxford 2002; Y. Khalatbari, A. Poorhashemi, „*Environmental damage*”: challenges and opportunities in international environmental law, „CIFILE Journal of International Law” 2019, vol. 1, nr 1, s. 21–28.

⁵³ W raporcie Benjamin Whitakera o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa poddano refleksji możliwość rozszerzenia definicji ludobójstwa (*genocide*) o kulturobójstwo (*cultural genocide*) oraz ekobójstwo (*ecocide*) – Review of Further Developments in Fields with which the Sub-Commission has been Concerned. Revised and Updated on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide prepared by Mr B. Whitaker, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Thirty-eighth Session, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 July 1985, § 33.

⁵⁴ Preambuła, Konwencja o ocenach oddziaływania na środowisko w kontekście transgranicznym podpisana w Espoo dnia 25 lutego 1991 r. (Dz.U. z 1999 r., Nr 96, poz. 1110).

⁵⁵ A. Greene, *The campaign to make ecocide an international crime: quixotic quest or moral imperative?*, „Fordham Environmental Law Review” 2019, vol. 30, nr 3, s. 4.

Wnioski

W świetle przeprowadzonych wywodów można wyprowadzić wniosek, że ekobójstwo oznacza rozległą dewastację środowiska. Czyny bezprawne popełniane w ramach ekobójstwa prowadzą do zachwiania procesów przyrodniczych, reakcji biologicznych i fizykochemicznych, które podtrzymują istnienie życia na naszej planecie. Za niepokojący należy jednak uznać fakt, że w obliczu wzrostu zagrożeń związanych z ekobójstwem panuje fragmentaryczne podejście do spraw ochrony środowiska. Podejmowanie działań na rzecz zapobiegania ekobójstwu utrudnia brak spójnych regulacji prawnych, strategii bezpieczeństwa, skorelowanych mechanizmów ostrzegawczych oraz systemu wymiany informacji. Luki w postaci braku prawnokarnej regulacji ekobójstwa na forum międzynarodowym przyczyniają się do powstawania pustki normatywnej, która pogłębia erozję bezpieczeństwa ekologicznego.

Zważywszy że ekobójstwo stanowi wielowymiarowe zagrożenie dla ekosystemów i funkcjonowania człowieka, społeczność międzynarodowa powinna utworzyć w tym zakresie solidarnościową koalicję współpracy. Wdrażanie działań w celu kryminalizacji ekobójstwa na forum międzynarodowym otwiera drogę do zapobiegania zbrodni przeciwko środowisku naturalnemu, które jest wspólnym dobrem, ale także zobowiązaniem dla ludzkości o charakterze międzypokoleniowym. Powinno podejmować się skoordynowane działania wznoszące się ponad doraźne potrzeby ekonomiczne, aby zapobiegać skutkom, które w niedalekim czasie mogą być dla ludzkości katastrofalne. Wyłania się zatem potrzeba (re)definiowania relacji z naturą, w których zostanie przywrócona świadomość, że człowiek jest częścią ogromnego żyjącego organizmu przyrody.

Wykaz literatury

- Ahmed N., *Proof of ecocide: towards a forensic practice for the proposed international crime against the environment*, „Archaeological and Environmental Forensic Science” 2017, vol. 1, nr 2.
- Bar W., *Ekobójstwo i grzech ekologiczny: dwa terminy – dwa porządki – wspólna sprawa*, „Studia Prawnicze KUL” 2020, nr 2(82).
- Bates-Kassatly V., Baumann-Pauly D., *Amplifying misinformation. The case of sustainability indices in fashion*, Geneva Center for Business & Human Rights, Geneva 2023.
- Bazhenova H., *The war in Ukraine: crimes against the environment (part 1)*, „IEŚ Commentaries” 2022, nr 605.
- Bowman M., Boyle A. (red.), *Environmental damage in international and comparative law. Problems of definition and valuation*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Brosimmer F.J., *Ecocide. A short history of the mass extinction of species*, Pluto Press, London–Sterling 2002.

- Chiarini G., *Ecocide and International Criminal Court procedural issues: additional amendments to the 'Stop Ecocide Foundation' proposal*, Legal Research Series, Working Paper No. 15, November 2021.
- Cusato E., *From ecocide to voluntary remediation projects: legal responses to 'environmental warfare' in Vietnam and the spectre of colonialism*, „Melbourne Journal of International Law” 2018, vol. 19, nr 2.
- Durney J., *Crafting a standard: environmental crimes as crimes against humanity under the International Criminal Court*, „Hastings Environmental Law Journal” 2018, vol. 24, nr 2.
- Falk R.A., *Environmental warfare and ecocide facts, appraisal and proposals*, „La Revue belge de droit international” 1973, nr 1.
- Fic R., *Akty prawa międzynarodowego dotyczące odpowiedzialności karnej w prawie ochrony środowiska w kontekście środków penalnych przewidzianych w prawie polskim*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2022, nr 2.
- Fleming S., *Biowar in Ancient Times – a discussion with A. Mayor*, „Expedition” 2005, vol. 47, nr 1.
- Fleming T., Stevens M., *Ending the silence. Ecocide and renewal in Iraq's Marshlands*, „Earth First! Journal” 2011, vol. 31, nr 3.
- Gauger A., Rabatel-Fernel M.P., Kulbicki L., Short D., Higgins P., *Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace*, [w:] A. Gauger, M.P. Rabatel-Fernel, L. Kulbicki, D. Short, P. Higgins, *The ecocide project 'Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace'. A report*, Human Rights Consortium, University of London, London 2012.
- Gray M.A., *The International crime of ecocide*, „California Western International Law Journal” 1996, vol. 26, nr 2.
- Greene A., *The campaign to make ecocide an international crime: quixotic quest or moral imperative?*, „Fordham Environmental Law Review” 2019, vol. 30, nr 3.
- Hall A., *Russia has been accused of 'ecocide' over the destruction of a Ukrainian dam. What is it?*, <https://www.sbs.com.au/news/article/russia-has-been-accused-of-ecocide-over-the-destruction-of-a-ukrainian-dam-what-is-it/j57st8rq1>.
- Higgins P., *Eradicating ecocide. Laws and governance to prevent the destruction of our planet*, Shepherd-Walwyn Ltd, London 2010.
- Higgins P., *Seeding intrinsic values: how a law of ecocide will shift our consciousness*, „Cadmus” 2012, vol. 1, z. 5.
- Huey R.B., Salisbury R., Wang J.-L., Mao M., *Effects of age and gender on success and death of mountaineers on Mount Everest*, „Biology Letters”, 14 August 2007.
- Hunt T.L., Lipo C.P., *Revisiting Rapa Nui (Easter Island)*, „Ecocide”, „Pacific Science” 2009, vol. 63, nr 4.
- Khalatbari Y., Poorhashemi A., *„Environmental damage”: challenges and opportunities in international environmental law*, „CIFILE Journal of International Law” 2019, vol. 1, nr 1.
- Kopeć R., *Broń chemiczna*, [w:] O. Wasiuta, R. Klepka, R. Kopeć (red.), *Vademecum bezpieczeństwa*, Instytut Nauk o Bezpieczeństwie UP, Kraków 2018.
- Kowalska S., *Prakseologia działań zapobiegawczo-prewencyjnych w obliczu intensyfikacji zjawiska ekobójstwa*, [w:] J. Wolejszo, K. Malasiewicz, N. Prusiński (red.), *Prakseologia w naukach o bezpieczeństwie. Sprawność działania w bezpieczeństwie narodowym*, Wyd. Nauk. Akademii Kaliskiej im. Prezydenta S. Wojciechowskiego, Kalisz 2021.
- Le D.T., Pham T.M., Polachek S., *The long-term health impact of Agent Orange: evidence from the Vietnam War*, Institute of Labor Economics, Bonn 2021.

- Levie H.S., *History of the law of war on land*, „International Review of the Red Cross” („Revue Internationale de la Croix-Rouge”) 2000, vol. 82, nr 838.
- Marcinko M., *Cele wojskowe a obiekty cywilne oraz dobra i obiekty poddane szczególnej ochronie*, [w:] Z. Falkowski, M. Marcinko (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, WCEO, Warszawa 2014.
- Matić U., *Scorched earth: violence and landscape in New Kingdom Egyptian representations of war*, „Istraživanja Journal of Historical Researches” 2017, nr 28.
- Mehta S., Merz P., *Ecocide – a new crime against peace?*, „Environmental Law Review” 2015, vol. 17, z. 1.
- Nyka M., *Crime against the natural environment – ecocide – from the perspective of international law*, „Eastern European Journal of Transnational Relations” 2022, vol. 6, nr 2.
- Pallathadka H., *The impact of excessive tourism in Mount Everest*, „European Journal of Molecular & Clinical Medicine” 2020, vol. 7, z. 11.
- Robinson E. Van D., *War and economics in history and in theory*, „Political Science Quarterly” 1900, vol. 15, nr 4.
- Robinson D., *Ecocide – puzzles and possibilities*, „Journal of International Criminal Justice” 2022, vol. 20, z. 2.
- Ruiz D., *Ecocide in the Iraqi Marshes*, „Freedom from Fear” 2010, z. 6.
- Sandoz Y., Swinarski C., Zimmermann B. (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987.
- Schauenberg T., *Ukraine: destroyed Kakhovka Dam amounts to ‘ecocide’*, <https://www.dw.com/en/ukraine-destroyed-kakhovka-dam-amounts-to-ecocide/a-65849713>.
- Schwabach A., *Ecocide and genocide in Iraq: international law, the Marsh Arabs, and environmental damage in non-international conflicts*, „Colorado Journal of International Environmental Law and Policy” 2004, vol. 15, z. 1.
- Starr M., *Ukraine accuses Russia of planning to cut down and sell its forests in ‘ecocide’*, <https://www.jpost.com/international/article-701426>.
- Teclaff L.A., *Beyond restoration – the case of ecocide*, „Natural Resources Journal” 1991, vol. 34, z. 4.
- Unmüßig B., Sachs W., Fatheuer T., *Critique of the green economy. Toward social and environmental equity*, Heinrich Böll Foundation, Berlin 2012.
- Wywiad Ukrainy: *Rosja chce przeprowadzić masowy wyrąb ukraińskich lasów*, <https://www.rp.pl/konflikty-zbrojne/art35866631-wywiad-ukrainy-rosja-chce-przeprowadzic-masowy-wyrab-ukrainskich-lasow>.
- Zych M., Pilis W., *Wpływ poliestru na zdrowie człowieka*, „Prace Naukowe Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie. Kultura Fizyczna” 2013, t. XII, nr 2.

Summary

Ecocide – a multifaceted threat to the environment

Keywords: environmental law, biodiversity, ecocide, environmental protection, international law, ecological values.

Ecocide causes the destruction of ecosystems and the devastation of flora and fauna habitats. According to the holistic outlook, all elements of the ecosystem are necessary and together contribute to the functioning of nature in a harmonious and organized manner. Blind acceptance of the idea that man is to subdue nature led to a situation in which rationality and moral principles began to be superseded by striving for power, territory and natural resources. The expansion of agriculture, economy, and industry has obscured ecological values, emphasizing economics and militarism. The aim of the article is to discuss the evolution of legal norms and the current understanding of ecocide on the international forum. In consideration, the transformations in the paradigm of the analyzed phenomenon will be shown, from which it follows that ecocide is subject to dynamic changes, posing a threat to the functioning of man and nature in a cumulative way. The article elaborates on the claim that ecocide is a crime against nature and the environment of human life. Due to the fragility of ecosystems, much of the environmental damage may be irreversible. Nevertheless, the normalization of ecocide has not been carried out in international law so far. The lack of correlated regulations and strategies hinders preventive and protective endeavours. During the analysis, norms are discussed, which may prove to be supportive in building a new paradigm of nature protection aimed towards the ecological public order. With the aim of implementing protective measures in a future-oriented manner, the substantive and procedural layer needs a binder in the form of an axiology resulting from the natural order. The reformulation of the existing reference point in the law and mechanisms of environmental protection is a civilizational necessity.

Anita Kubanek

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-7571-3772

akubanek@ukw.edu.pl

Kryptoreklama stosowana w influencer marketingu jako czyn nieuczciwej konkurencji i nieuczciwa praktyka rynkowa

Wstęp

Ustanowiona w Polsce społeczna gospodarka rynkowa stymuluje rozwój gospodarczy, zapewniając co do zasady wolny dostęp do rynku i dopuszczając mnogość podmiotów w obrocie gospodarczym. Jak podkreśla Janusz Szwaja, „konkurencja jest zjawiskiem występującym od zarania dziejów w wielu dziedzinach działalności poszczególnych ludzi, ich grup i całych społeczeństw, z polityką i gospodarką na czele. (...) Uczestniczenie w niej, a przynajmniej w niektórych jej rodzajach i przejawach, jest właściwie nieuniknione dla poszczególnych jednostek”¹.

Ogromna liczba rywalizujących podmiotów w obrocie gospodarczym ma przyczynić się do konkurowania między nimi w celu dotarcia do klientów, czego rezultatem jest również polepszenie jakości oferowanych przez nich usług czy produktów. Nieustanna potrzeba maksymalizacji zysków i budowania przewagi konkurencyjnej może jednak „zachęcać” niektórych przedsiębiorców do podjęcia działań przyśpieszających proces pozyskania klientów. Niestety, w wielu przypadkach godzą one jednocześnie w uczciwą konkurencję w obrocie gospodarczym i jego prawidłowe funkcjonowanie.

Legalne prowadzenie działalności gospodarczej, która przynosi efekty i dynamizuje rozwój, jest w wielu przypadkach kwestią wyboru – decyzji przedsiębiorcy co do rodzaju działań, które podejmie i ich stosunku do interesów innych uczestników obrotu gospodarczego oraz do zbiorowych interesów konsumentów. Obecny rynek jest bowiem dla wielu branż trudny. I nie wynika to tylko z kwestii wysokich kosztów prowadzenia działalności gospodarczej, rosnącej inflacji czy pędu innowacyjno-technologicznego. Owa trudność jest rów-

¹ J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, 2019, Legalis.

nież w dużej mierze determinowana praktykami, jakie stosują inne podmioty działające na rynku, oraz potencjałem dostępnym dla przedsiębiorców w zakresie promocji produktów czy usług. Ten potencjał czasem zachęca do wyboru „drogi na skróty” kosztem innych przedsiębiorców czy konsumentów. Czy możliwa jest zatem skuteczna promocja w ramach dobrych praktyk rynkowych z poszanowaniem interesów różnych osób i grup? Tak, zdecydowanie. Choć rzeczywiście nieuczciwe praktyki rynkowe w promocji są niekiedy częściej dostrzegalne niż rzetelne działanie z poszanowaniem konkurencyjności. Dlaczego? Ponieważ szybciej dają efekt, realnie zwiększają liczbę klientów, istotnie wpływają na podejmowane przez nich decyzje i maksymalizują zyski. Jednocześnie nie są akceptowane ani społecznie, ani gospodarczo przez innych przedsiębiorców, a nieświadomi konsumenci w jeszcze większym stopniu napędzają maszynę nieuczciwości (dokonując wyboru produktu/usługi promowanego w nieuczciwy sposób).

Niniejszy artykuł ma na celu analizę obszaru promocji produktów i usług z wykorzystaniem przekazu reklamowego, który nie stanowi instrumentu wyłącznie wykreowanego przez praktykę gospodarczą, a jest uregulowany przez przepisy prawa. Badanie obejmuje zakresem te działania, które naruszają przepisy prawa i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, jak również nieuczciwe praktyki rynkowe. Autorka skupi się w nim na działalności influencerów, których aktywność stanowi jedną z popularniejszych w ostatnich czasach form docierania do klientów i wpływania na ich decyzje zakupowe. Jednocześnie warto podkreślić, że reklama z wykorzystaniem influencer marketingu i rzetelność w tym zakresie są przedmiotem wyraźnego zainteresowania Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Uczciwa konkurencja – potrzeba rynku czy utopia gospodarcza?

Obrót gospodarczy nie posiada legalnej definicji, jednak powszechnie wskazuje się, że jest to przestrzeń wymiany dóbr w postaci towarów i usług za pośrednictwem pieniądza. Jak podkreśla Robert Zawłocki, „przez obrót należy rozumieć nie tylko (i nie tyle) wymianę dóbr i usług odbywającą się z reguły z użyciem środków płatniczych, ale przede wszystkim towarzyszące tej wymianie i powstające w jej procesie stosunki między jej podmiotami (uczestnikami)”². Pojęcie obrotu należy przy tym nierozdzielnie wiązać z pojęciem działalności gospodarczej.

Przestrzeń owej wymiany regulują przede wszystkim przepisy prawa, jak również dobre praktyki wykreowane przez uczestników. Ich przestrzeganie

² R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 3.

zapewnia prawidłowe funkcjonowanie obrotu oraz ochronę wartości istotnych z perspektywy gospodarki, ale i samego społeczeństwa (bowiem w obrocie uczestniczą również „podmioty nieprofesjonalne”, takie jak konsumenci). Do tych wartości należy zaliczyć m.in.: interes przedsiębiorców, interes konsumentów, uczciwe praktyki rynkowe, uczciwą konkurencję oraz szeroko pojęty interes publiczny. Prawo chroni zachowanie równości i proporcjonalności warunków konkurowania między przedsiębiorcami – w skali mikro, jak i makro. Jak podkreśla Anna Dobaczewska, „celem takiej regulacji jest oczywiście zrównanie szans podmiotów o słabszej pozycji na rynku konkurencyjnym i umożliwienie im konkurencji”³.

Sama konkurencja, czyli współzawodniczenie pomiędzy uczestnikami obrotu gospodarczego, jest niezwykle doniosła w swej roli. Janusz Szweja podkreśla, że „współcześnie uważa się konkurencję za jeden z najważniejszych czynników rozwoju gospodarczego”. Trudno nie zgodzić się z autorem, zwłaszcza obserwując dynamikę rozwoju wielu obszarów mających duży wpływ na sytuację w obrocie gospodarczym (np. rozwój technologiczny, digitalizacja, wykorzystanie sztucznej inteligencji itp.). Do pojęcia konkurencji odniósł się również Sąd Najwyższy, przyjmując, że „złożone i wielopłaszczyznowe zagadnienie konkurencji można określić jako rywalizację co najmniej dwóch podmiotów w dążeniu do osiągnięcia tego samego celu, lecz z jednoczesnym działaniem zmierzającym do uzyskania przewagi. Konkurencja gospodarcza rozumiana jako zespół środków i czynników mających ukazać atrakcyjność i siłę przedsiębiorstwa jest nieodłącznym elementem wolności handlowej i przemysłowej w warunkach gospodarki rynkowej”⁴.

Konkurencja pełni wiele funkcji, które mają doniosłe znaczenie dla funkcjonowania i rozwoju gospodarki:

- „powoduje daleko idącą standaryzację zachowań przedsiębiorców. Jest to niezbędne, aby przedsiębiorstwo mogło przetrwać oraz zachować swoje znaczenie rynkowe”⁵;
- „prowadzi do zwiększenia efektywności działalności konkurencyjnych przedsiębiorstw”⁶;
- chroni interesów indywidualnych słabszych uczestników rynku⁷;
- „steruje produkcją (...), kieruje przepływem towarów i środków produkcji, decyduje o rozdziale środków rzeczowych, finansowych i osobowych pomiędzy przedsiębiorstwa i gałęzie gospodarki (...), przyspiesza postęp technicz-

³ A. Dobaczewska i in., *Nowe prawo przedsiębiorców*, Warszawa 2018, s. 56–57.

⁴ Wyrok SN z 20 maja 1991 r., sygn. akt. II CR 445/90, OSG 1991, Nr 4, poz. 78, s. 38.

⁵ C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 10.

⁶ Ibidem, s. 12.

⁷ W. Jurasz, *Zakres podmiotowy regulacji ustaw: o ochronie konkurencji i konsumentów, zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, „Monitor Prawniczy – dodatek” 2010, nr 8, Legalis.

ny i organizacyjny, znacząco wpływa na podział dochodów, przez co sprzyja rozwojowi przedsiębiorstw lepszych, bardziej wydajnych i jednocześnie eliminuje przedsiębiorstwa słabe, które nie mogą sprostać konkurencji”⁸.

Konkurencja wypełnia wszystkie te funkcje, gdy jest uczciwa i zgodna z przepisami prawa, stanowiąc kwintesencją obrotu gospodarczego. Jednak, jak podkreśla Sąd Najwyższy w swoim wyroku, nie wszystkie środki użyte w celu poparcia własnych dążeń w walce o rozszerzenie kręgu odbiorców dla sprzedawanych (produkowanych) towarów okazują się – w świetle obowiązujących przepisów – dozwolone⁹. Ma to m.in. związek z faktem, że:

- przedsiębiorcy, konkurując między sobą o pozycję na rynku, stawiają za najważniejszy (i często jedyny) cel zysk, osiągając go kosztem innych przedsiębiorców i konsumentów;
- „interesy konsumentów pozostają w zasadniczej sprzeczności z dążeniem przedsiębiorstwa do powiększania zysków. Powoduje to stałe zagrożenie tych interesów na różnych etapach działalności przedsiębiorstwa”¹⁰.

Istotą prawidłowo funkcjonującego obrotu gospodarczego jest uczciwe konkurowanie, które nie narusza interesów innych podmiotów. Można stwierdzić, że jest to silna potrzeba rynku, która zapewnia ochronę zarówno przedsiębiorcom, jak i konsumentom, szczególnie gdy „powszechnie uważa się, że konkurencja wpływa dodatnio na rozwój poszczególnych branż i całej gospodarki narodowej. Określa się ją nieraz jako koło zamachowe gospodarki”¹¹. Nieuczciwość w prowadzeniu działalności to skaza na opartej na wolności działalności gospodarczej społecznej gospodarce rynkowej.

Reklama i jej rola w obrocie gospodarczym

Konkurowanie przedsiębiorcy ma na celu zdobycie przez niego przewagi na rynku, zwiększenie liczby klientów i maksymalizację zysku. Można uczynić to na wiele sposobów, wykorzystując narzędzia finansowe (rabaty, odroczone terminy realizacji zapłaty, grupy cenowe, wyprzedaże itp.), podnosząc jakość swoich produktów lub usług, wprowadzając innowację na rynek lub – co kluczowe w świetle analizowanego tematu – wykorzystując narzędzia marketingowe i promując swoją ofertę. Jednocześnie, odwołując się do zasad uczciwej konkurencji, w tym przypadku również prawo „zakazuje działań, które w sposób nieuczciwy ingerowałyby w konkurencję”¹². Tym samym należy

⁸ J. Szwaja (red.), op. cit.

⁹ Wyrok SN z 20 maja 1991 r., sygn. akt. II CR 445/90, OSG 1991, Nr 4, poz. 78, s. 38.

¹⁰ C. Kosikowski, T. Ławicki, op. cit., s. 11.

¹¹ J. Szwaja (red.), op. cit.

¹² A. Pietrzak (red.), *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 33.

stwierdzić, że przedsiębiorca ma swobodę w informowaniu o swoich produktach i usługach, pod warunkiem że nie narusza interesów przedsiębiorców i zbiorowych interesów konsumentów, nie stosuje nieuczciwych praktyk rynkowych lub też nie popełnia czynów nieuczciwej konkurencji.

Reklama, jako forma przekazu promocyjnego, może być postrzegana w wymiarze:

- cywilnym – jako oświadczenie woli reklamodawcy (przedsiębiorcy) oraz czynność zmierzająca do zawarcia umowy cywilnoprawnej;
- gospodarczym – jako czyn nieuczciwej konkurencji;
- karnym – jako przestępstwo lub wykroczenie.

W świetle prowadzonej analizy kluczowy będzie wymiar gospodarczy.

Reklama w obowiązującym do końca lat 80. ubiegłego wieku centralnym systemie zarządzania gospodarką nie była koniecznością, bowiem problem nieuczciwej konkurencji nie istniał. „Nie istniała sama konkurencja, a przeważającą część produktów wytwarzały przedsiębiorstwa państwowe, które miały obowiązek stosować centralnie ustalone normy”¹³. Obecnie w gospodarce wolnorynkowej brak reklamy jest czynem godzącym w rozwój i funkcjonowanie samego przedsiębiorstwa. Potocznie mówi się nawet: „Nie ma Cię w Internecie, nie widać Cię na bilbordach – nie ma Cię”. W trakcie realizacji przez autorkę niniejszego artykułu projektu „Nowoczesny Uniwersytet” studenci otrzymywali zadania w ramach spotkań projektowych. Jednym z nich było wyszukanie i ocena informacji na temat danego przedsiębiorstwa w Internecie. Celem zadania była weryfikacja i rozróżnienie informacji o statusie przedsiębiorstwa od informacji marketingowych. Studenci przedsiębiorstwa, które nie miały swoich stron internetowych czy profili w mediach społecznościowych, określali je jako „nieistniejące” lub „które zaprzestały funkcjonowania”. Biorąc pod uwagę, że pokolenie Z jest znaczącym i będzie jeszcze bardziej znaczącym klientem wielu przedsiębiorstw, ich zdanie dobitnie ukazuje, że reklama w obecnych realiach obrotu gospodarczego jest niezbędna.

Ustawodawca podjął się stworzenia definicji legalnej pojęcia reklamy. Co ciekawe, w polskim systemie prawnym nie ma aktu prawnego, który skupiałby wszystkie regulacje z zakresu marketingu, promocji i reklamy. Są one usytuowane w różnych aktach prawnych. I tak definicja reklamy zawarta została w art. 4 pkt 17 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹⁴. Reklamą jest przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów, lub usług; reklama jest także autopromocją. „Reklamą w rozumieniu RTVU jest więc przekaz handlowy o charakterze ogłoszenia promocyjnego rozpowszechnianego

¹³ A. Malarewicz, *Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne*, Warszawa 2009, s. 121.

¹⁴ Dz.U. z 2022 r., poz. 1722.

lub udostępnianego publicznie przez dostawcę usługi medialnej”¹⁵. Hanna Marcinkiewicz-Grzesiak, komentując analizowany przepis, stawia tezę, że ustawa nie precyzuje formy reklamy, więc „mianem reklamy możemy określić szeroki zakres działań promocyjnych, które wpływają na kształtowanie postaw zakupowych odbiorców”¹⁶.

Ustawodawca, zawężając pojęcie reklamy do branży farmaceutycznej, wprowadził jej definicję również w ustawie z dnia 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne¹⁷. Zgodnie z art. 52 ust. 1 reklamą produktu leczniczego jest działalność polegająca na informowaniu lub zachęcaniu do stosowania produktu leczniczego, mająca na celu zwiększenie: liczby przepisywanych recept, dostarczania, sprzedaży lub konsumpcji produktów leczniczych.

Kolejnym przykładem definicji reklamy jest ta zawarta w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹⁸. Ustawa definiuje reklamę napojów alkoholowych jako publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych napojów alkoholowych lub symboli graficznych z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych przedsiębiorców produkujących napoje alkoholowe, nieróżniących się od nazw i symboli graficznych napojów alkoholowych, służące popularyzowaniu znaków towarowych napojów alkoholowych; za reklamę nie uważa się informacji używanych do celów handlowych pomiędzy przedsiębiorcami zajmującymi się produkcją, obrotem hurtowym i handlem napojami alkoholowymi.

Literatura przedmiotu uzupełnia powyższe definicje ustawodawcy, przyjmując, że reklama:

- jest sposobem komunikowania się przedsiębiorstwa z otoczeniem¹⁹;
- to „każda płatna forma nieosobistej prezentacji oraz popierania idei, dóbr i usług przez ściśle określoną, zainteresowaną osobę” (definicja American Marketing Association)²⁰;
- nie jest synonimem marketingu – „zrównywanie pojęć marketingu i reklamy jest błędem, bowiem terminy te nie są tożsame i nie należy stosować ich zamiennie”²¹.

Głównym celem reklamy jest „zwrócenie uwagi potencjalnych nabywców (konsumentów) na usługi lub towary oferowane przez danego reklamodawcę (przedsiębiorcę)”²². Rola owego „zwrócenia uwagi” jest nieodzowna w procesie

¹⁵ S. Piątek (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, 2014, Legalis.

¹⁶ H. Marcinkiewicz-Grzesiak, *Wytyczne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – oznaczanie reklam i współprac w social media a wątpliwości prawne oraz technologiczne*, „Prawo Nowych Technologii” 2023, nr 1, Legalis.

¹⁷ Dz.U. z 2022 r., poz. 2301.

¹⁸ Dz.U. z 2023 r., poz., 165, 240, 535, 803.

¹⁹ H. Marcinkiewicz-Grzesiak, op. cit.

²⁰ J. Altkorn (red.), *Podstawy marketingu*, Kraków 1996, s. 309.

²¹ N. Szok, *Viral marketing usług prawnych zawodowych pełnomocników*, „Monitor Prawniczy” 2022, nr 18, s. 969, Legalis.

²² H. Marcinkiewicz-Grzesiak, op. cit.

pozyskiwania nowych klientów i maksymalizowania zysków. Dlatego tak istotnym z perspektywy zapewnienia prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego jest, aby reklama i jej wykorzystanie było zgodne z prawem i zasadami uczciwej konkurencji.

Możliwości związane z wykorzystaniem nowych mediów, innowacyjnych narzędzi marketingowych czy trendów z Zachodu powodują, że przepisy prawa wydają się budzić pewne wątpliwości co do ich aktualności i realnym zapewnieniu ochrony przed nieuczciwymi praktykami w reklamie. Słusznie zresztą podkreśla H. Marcinkiewicz-Grzesiak, że „regulacje w przedmiocie prawa reklamy nie nadążają w tym zakresie za rozwojem techniki oraz za narzędziami oferowanymi w Internecie, w tym przede wszystkim za pośrednictwem portali społecznościowych”²³. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stworzył nawet swoisty przewodnik *Rekomendacje Prezesa UOKiK dotyczące oznaczania treści reklamowych przez influencerów w mediach społecznościowych*²⁴, stanowiący dopełnienie regulacji prawnych i próbę dostosowania ochrony do zmieniających się realiów gospodarczych i społecznych.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że ustawodawca wprowadza w przepisach szczególnych zakazy reklam w określonych branżach:

- zakaz reklamy i promocji wyrobów tytoniowych na podstawie art. 8 ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych²⁵;
- zakaz reklamy wyrobów medycznych na podstawie art. 54–61 ustawy z dnia 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych²⁶;
- zakaz reklamy gier hazardowych na podstawie art. 134 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych²⁷;
- zakaz reklamy alkoholu na podstawie art. 13¹ ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi.

Nieprzestrzeganie przepisów z zakresu zakazów określonych reklam może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji lub nieuczciwą praktykę rynkową.

Pojęcie „influencer marketingu”

Jeżeli przyjąć, odwołując się do przytoczonych definicji reklamy, że jest ona sposobem komunikowania się przedsiębiorstwa z otoczeniem, a jej celem

²³ Ibidem.

²⁴ *Rekomendacje Prezesa UOKiK dotyczące oznaczania treści reklamowych przez influencerów w mediach społecznościowych*, s. 4, https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18944 (data dostępu: 27.05.2023).

²⁵ Dz.U. z 2023 r., poz. 700.

²⁶ Dz.U. z 2022 r., poz. 974.

²⁷ Dz.U. z 2023 r., poz. 227.

jest zwrócenie uwagi potencjalnych nabywców na usługi lub towary oferowane przez danego reklamodawcę, to influencer marketing świetnie i w pełni wpisuje się w te założenia. Oczywiście influencer występuje w roli promującego dane przedsiębiorstwo, a nie jako formalny przedstawiciel czy pracownik przedsiębiorstwa. Z perspektywy aktualnych trendów w marketingu jego „zewnątrzna rola” nie ma negatywnego wpływu na reklamę i promocję, wręcz przeciwnie – ma wysoce pozytywny wpływ na decyzje konsumentów jako potencjalnie „niezależny” podmiot.

Zacząć należy od samej definicji „influencer marketingu”. Słowo to pochodzi z języka ang. *influence* (‘wpływ’). I rzeczywiście na tym wpływie influencer opiera swoją działalność. Jest to bowiem osoba, twórca aktywnie promujący swoje działania w Internecie, zwłaszcza w social mediach, ukazujący swoje życie, wyznaczający pewne wzorce czy nawet standardy (zależy od intensywności wpływu, jaki wywiera). Komunikuje się on ze swoimi, z reguły licznymi obserwatorami i poprzez swoje publikacje może wpływać na ich opinie, decyzje czy zachowania. Influencer marketing w ostatnich latach stał się bardzo popularny i został uznany za strategię marketingową 2017 r.²⁸

Jednak z czego wynika fakt, że wykorzystuje się te osoby do promocji i reklamy? Jak podają Ewa Jaska, Agnieszka Werenowska i Bartosz Gomoła, „największe przedsiębiorstwa reprezentujące różne obszary życia społeczno-gospodarczego posiadają swoje własne kanały w social mediach. Jednak często zasięgi tych profili są niewystarczające, by poinformować wszystkich odbiorców o nowych lub udoskonalonych produktach. Pomocni w tym zakresie są influencerzy oraz ich profile, na których w sposób natywny mogą dzielić się swoimi nowymi informacjami”²⁹.

Influencer marketing nie jest definiowany przez ustawodawcę. Określenia, które znajdują się w literaturze przedmiotu, stanowią, że jest to:

- „poszukiwanie popularnych i wpływowych osób w danej dziedzinie i współpracę z nimi nad promocją marki bądź produktu dzięki wykorzystaniu społeczności zorganizowanej wokół tej osoby”³⁰;
- „działalność twórcy aktywnie prowadzącego swoje media społecznościowe, komunikującego się ze swoimi obserwatorami. Poprzez swoje publikacje może wpływać na ich opinie, decyzje, czy zachowania”³¹;

²⁸ S. Kuczamer-Kłopotowska, K. Piekarska, *Realizacja funkcji influencer marketingu w opinii influencerów oraz ich followersów*, „Zarządzanie i Finanse/Journal of Management and Finance” 2018, vol. 16, nr 3(3), s. 162, http://www.wzr.ug.edu.pl/.zif/2018_32.pdf (data dostępu: 28.05.2023).

²⁹ E. Jaska, A. Werenowska, B. Gomoła, *Wykorzystanie influencer marketingu w kreowaniu wizerunku marki*, „Polityki Europejskie, Finanse i Marketing” 2019, vol. 21(70), <https://pefim.sggw.pl/article/view/1038> (data dostępu: 27.05.2023).

³⁰ R. Wilusz, *Influencer marketing potężny ponad miarę*, [w:] H. Hall (red.), *Marketing (r) Evolution. Nowe techniki, pomysły, rozwiązania*, Rzeszów 2017, s. 250.

³¹ *Rekomendacje Prezesa UOKiK...*, s. 4.

- „działalność influencera, który powinien posiadać grupę wiernych fanów i być ekspertem w swojej dziedzinie”³²;
- „współpraca pomiędzy konkretnymi firmami a blogerami, vlogerami czy celebrytami”³³.

Zasadnicze pytanie, które należy po analizie definicji postawić, to: jaka jest rzeczywista rola inflencera w zwiększaniu liczby klientów i maksymalizowaniu zysków przedsiębiorstwa, które reklamuje? Dużą skuteczność tego typu działań należy upatrywać w aktualnych trendach i zachowaniach konsumentów – internautów, zwłaszcza gdy analizujemy raporty e-commerce, w których autorzy wskazują, że na populację 37,6 mln osób blisko 30 mln są Interneutami³⁴. Taka liczba ma znaczenie i nie pozostaje obojętna wobec produktów i usług, które oferuje wiele przedsiębiorców. Internauci szukają wśród influencerów swoich wzorców i autorytetów³⁵. W przeszłości były to osoby znane z telewizji czy gazet, dziś są to osoby bardzo aktywne w mediach społecznościowych, które dzielą się całym swoim życiem, mając bardzo wielu obserwujących. Do tego „influencerzy odznaczają się umiejętnością opowiadania historii, dzięki czemu ich przekaz znacznie bardziej angażuje odbiorców. Metodą potwierdzającą to założenie jest tzw. storytelling, czyli sztuka budowania relacji. Według badań, komunikaty reklamowe oparte na opowieściach wywołują pozytywne skojarzenia i zwiększają intencje zakupowe”³⁶.

Co niezwykle istotne, zgodnie z rekomendacjami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów influencer jest przedsiębiorcą, jeśli ze swojej aktywności internetowej czerpie korzyści materialne (nie tylko finansowe) i jednocześnie prowadzi zorganizowaną działalność gospodarczą we własnym imieniu i w sposób ciągły. Dotyczy to także sytuacji, gdy influencer nie zarejestrował działalności gospodarczej³⁷. W praktyce gospodarczej influencerzy często nie są przedsiębiorcami, a ich działania, które godzą w uczciwą konkurencję i prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego, jest zupełnie nieświadome.

Niekiedy występuje sytuacja, w której inflencerem jest jednocześnie przedsiębiorcą promującym swoje produkty/usługi i influencerem dla innego reklamodawcy (przedsiębiorcy). Dostrzegane jest to często w przypadku jednoosobowych działalności gospodarczych. Przykładem może być tu dietetyk, który

³² S. Kuczamer-Kłopotowska, K. Piekarska, op. cit., s. 159.

³³ D. Marzec, *Znaczenie influencer marketingu w kształtowaniu decyzji współczesnych konsumentów*, „Media i Społeczeństwo” 2022, nr 16, s. 162, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10_53052_MiS_2022_16_10 (data dostępu: 27.05.2023).

³⁴ *Raport E-commerce w Polsce*, 2022, s. 14, <https://www.iab.org.pl/aktualnosci/raport-e-commerce-2022-juz-dostepny/> (data dostępu: 27.05.2023).

³⁵ D. Marzec, op. cit., s. 162.

³⁶ M. Hajdas, *Storytelling – nowa koncepcja budowania wizerunku marki w epoce kreatywnej*, „Współczesne Zarządzanie” 2011, nr 1, s. 12, <https://docplayer.pl/17768913-Storytelling-nowa-koncepcja-budowania-wizerunku-marki-w-epoce-kreatywnej.html> (data dostępu: 27.05.2023).

³⁷ *Rekomendacje Prezesa UOKiK...*

prowadzi działalność gospodarczą i świadczy usługi dietetyczne. Komunikuje się on ze swoimi odbiorcami, pokazując im produkty, z których korzysta lub które poleca (np. suplementy, które są nieodłącznym elementem jego usług). Innym przykładem jest optyk, który pokazując stylizacje okularowe, jednocześnie reklamuje garderobę pasującą do danych oprawek. Te przykłady współpracy będą jeszcze przedmiotem analizy.

Kryptoreklama jako czyn nieuczciwej konkurencji i nieuczciwa praktyka rynkowa

„Influencer marketing stał się efektywnym narzędziem skutecznym sprzedając”³⁸. To jest już w dzisiejszych czasach pewne i przedsiębiorcy (reklamodawcy) z powodzeniem wykorzystują owo narzędzie, zwłaszcza że jego koncepcja zdecydowanie odbiega od marketingu tradycyjnego. Obserwatorzy zaczynają być ufnie wobec marki ze względu na rekomendowanie jej przez ulubionych twórców. „Popularna osoba może utrzymywać stały kontakt ze swoimi fanami, co nie jest możliwe w przypadku klasycznej reklamy”³⁹.

Reklamodawcy nie pozostają obojętni na ten potencjał i coraz częściej korzystają ze współpracy z influencerem. Jednak przytaczając ponownie treść wyroku Sądu Najwyższego, nie wszystkie środki użyte w celu poparcia własnych dążeń w walce o rozszerzenie kręgu odbiorców dla sprzedawanych (produkowanych) towarów okazują się – w świetle obowiązujących przepisów – dozwolone⁴⁰. Jednym z nich jest stosowanie tzw. reklamy ukrytej, która „ma miejsce wtedy, gdy jej odbiorca odnosi mylne wrażenie, że chodzi nie o reklamę, ale o bezstronną, obiektywną prezentację towaru lub usługi”⁴¹. Jej definicję ustawodawca wprowadził w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁴² (dalej jako p.n.p.r.). Zgodnie z art. 7 pkt 11 p.n.p.r. jest to wykorzystanie treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu, w sytuacji gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści, obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez odbiorców reklamy. „Kryptoreklama została uznana za nieuczciwą praktykę rynkową zakazaną w każdych okolicznościach”⁴³. Stanowi ona w istocie rzeczy szczególną postać reklamy wpro-

³⁸ D. Marzec, op. cit., s. 162.

³⁹ I. Wolska-Zogata, *Social media i nowy marketing w społeczeństwie konsumpcyjnym*, „Forum Socjologiczne” 2018, t. 9, s. 153.

⁴⁰ Wyrok SN z 20 maja 1991 r., sygn. akt. II CR 445/90, OSG 1991, Nr 4, poz. 78, s. 38.

⁴¹ J. Szwaia (red.), op. cit.

⁴² Dz.U. z 2023 r., poz. 845.

⁴³ M. Modrzejewska, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, 2020, Legalis.

wadzącej w błąd. Jednocześnie odnosi się do niej ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴⁴ (dalej jako z.n.k.), określając kryptoreklamę jako czyn nieuczciwej konkurencji. Jest to wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji (pkt 4).

Do pojęcia tego typu reklamy odnosi się również orzecznictwo. W wyroku z 17 czerwca 2014 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że „kryptoreklamą jest omawianie lub pokazywanie w programach towarów, usług, nazw, znaków firmowych lub działalności producenta towarów lub świadczącego usługi, jeżeli jest to w sposób zamierzony przez instytucję telewizyjną przekazywane w celach reklamowych, a ogół widzów może być wprowadzony w błąd w odniesieniu do prawdziwego celu danego opisu lub prezentacji, zaś opis i prezentacja uważane są za zamierzone szczególnie w przypadku ich nadawania za odpłatnością lub innym, podobnym świadczeniem”⁴⁵. Oczywiście definicję tę możemy stosować analogicznie do nowych metod reklamy, jakim są media społecznościowe.

Jak wskazuje się w literaturze, „na tle reklamy ukrytej dochodzi do konfliktu interesów przedsiębiorców oraz konsumentów. Przedsiębiorcy (reklamodawcy, nadawcy oraz agencje reklamowe) są zainteresowani dotarciem do jak największej liczby odbiorców; ukrycie faktycznej natury treści przekazu ułatwia im oczywiście realizację tego celu”⁴⁶. Jaką zatem kwalifikację może mieć naruszenie zasad uczciwej konkurencji, uczciwych praktyk rynkowych i prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego w ramach działalności inflencera?

- zgodnie z art. 16 ust. 1 z.n.k. – czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy – wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji (pkt 4);
- zgodnie z art. 4 ust. 1 p.n.p.r. – nieuczciwa praktyka rynkowa – jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu;
- zgodnie z art. 5 ust. 1 p.n.p.r. – działanie wprowadzające w błąd, jeżeli działanie to w jakikolwiek sposób powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął;
- zgodnie z art. 6 ust. 1 p.n.p.r. – czyn zaniechania wprowadzającego w błąd, jeżeli praktyka pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsu-

⁴⁴ Dz.U. z 2022 r., poz. 1233.

⁴⁵ Wyrok SA w Warszawie z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt. VI ACa 1562/13, Legalis.

⁴⁶ J. Szwaia (red.), op. cit.

mentowi do podjęcia decyzji dotyczącej umowy i tym samym powoduje lub może powodować podjęcie przez przeciętnego konsumenta decyzji dotyczącej umowy, której inaczej by nie podjął;

- zgodnie z art. 7 pkt 11 p.n.p.r. – kryptoreklama, polegająca na wykorzystywaniu treści publicystycznych w środkach masowego przekazu w celu promocji produktu w sytuacji, gdy przedsiębiorca zapłacił za tę promocję, a nie wynika to wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta.

Co to oznacza w praktyce? Influencer na zlecenie przedsiębiorcy (reklamodawcy) informuje swoich odbiorców o danym produkcie lub usłudze, poleca go/ją, informuje o jego/jej cechach, atutach, wartościach, przewadze konkurencyjnej nad innymi. Informacja ta jest kształtowana na podstawie płatnego zlecenia od przedsiębiorcy (reklamodawcy), o czym influencer w żaden sposób nie informuje swoich odbiorców. Pozostają oni w przekonaniu, że jest to neutralna rekomendacja osoby, która sama korzystała z produktu/usługi i chce ją bezinteresownie polecić. „Stosowanie tego typu przekazu reklamowego spowodowane jest spostrzeżeniem, że jego adresat ma większe zaufanie do neutralnej informacji niż do informacji zawartej w reklamie”⁴⁷. „Obdarzają oni (bowiem) większym zaufaniem wypowiedzi, które stanowią w ich przekonaniu bezstronne informacje o towarach lub usługach, natomiast ze znacznie większą rezerwą odnoszą się do ogłoszeń reklamowych”⁴⁸, zwłaszcza że zapłata za promocję nie wynika wyraźnie z treści lub z obrazów lub dźwięków łatwo rozpoznawalnych przez konsumenta. Tym samym influencer wprowadza odbiorców w błąd, pomija istotne informacje potrzebne przeciętnemu konsumentowi do podjęcia decyzji. Czasem zdarza się, że influencer dla zachowania pozorów zgodności z przepisami prawa umieszcza w promocyjnym materiale (tekst, zdjęcie lub film) *#add* (z jęz. angielskiego ‘reklama’), co w ocenie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest niewystarczającą informacją dla odbiorcy.

Co ciekawe, nie ma znaczenia, czy treść wypowiedzi influencera jest prawdziwa. „Istotny jest jedynie sposób jej prezentacji, który podnosi wiarygodność przekazu i silniej oddziałuje na odbiorcę. Podmiot dokonujący przekazu ukrywa jego cel reklamowy, chociaż jak każda reklama zmierza do skłonienia odbiorców do zakupu towaru lub skorzystania z usługi. Ukrycie reklamowego celu sprawia, że przekaz taki ma cechy rzetelnego, neutralnego, ale w rzeczywistości stanowi zachętę do nabycia towaru lub usługi. Adresat reklamy odbiera dany przekaz jak bezstronną prezentację produktu”⁴⁹.

⁴⁷ M. Modrzejewska, op. cit.

⁴⁸ J. Szwaia (red.), op. cit.

⁴⁹ M. Sieradzka, [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2016, s. 879.

Influencer popełnia więc czyn nieuczciwej konkurencji i czyn nieuczciwej praktyki rynkowej. Jak podkreśla Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w rekomendacjach, konsument powinien być informowany, że ma do czynienia z reklamą. Niezgodne z prawem są: brak wyróżnienia materiałów reklamowych i nieodróżnianie ich od tych niekomercyjnych. Każda reklama, czyli treść komercyjna lub materiał reklamowy, powinna być odróżniona od informacji neutralnej⁵⁰. Szczególnym rodzajem treści komercyjnej jest autopromocja, która jest reklamą marki własnej.

Zdaniem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ma znaczenia, w jakiej formie influencer nawiązuje umowę z agencją reklamową lub reklamodawcą dla uznania treści za komercyjną. Nie ma również znaczenia, w jakiej formie influencer otrzymuje korzyść materialną dla uznania treści jako komercyjnej. Jak podkreśla Sąd Apelacyjny w Warszawie, „istnienie zapłaty lub podobnego wynagrodzenia nie stanowi niezbędnego elementu dla stwierdzenia, że kryptoreklama ma charakter zamierzony”⁵¹. Korzyść materialna może mieć formy wynagrodzenia pieniężnego lub rzeczowego, czyli m.in.⁵²:

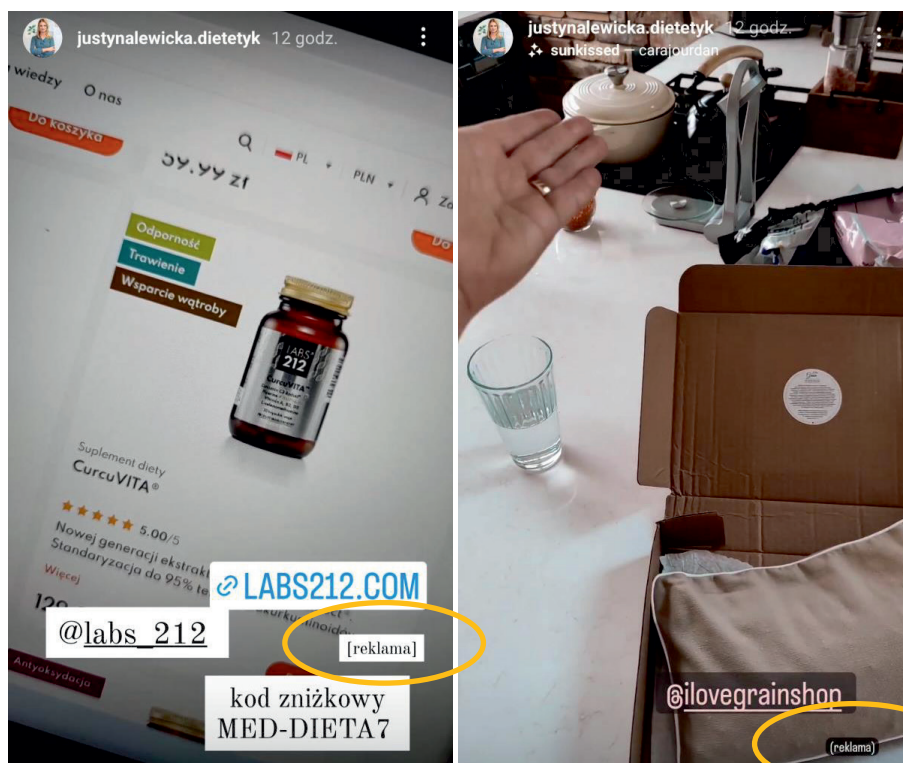
- produktów lub usług;
- zniżek na zakup produktów lub usług;
- zysków z publikacji kodów zniżkowych, linków afiliacyjnych, udzielanych licencji;
- voucherów promocyjnych;
- bonusów;
- pokrycia dodatkowych kosztów udziału w wydarzeniu oprócz biletu wstępu.

Oczywiście możliwe jest prowadzenie komunikacji marketingowej przez influencera, który realizuje zlecenie od przedsiębiorcy (reklamodawcy) w sposób zgodny z prawem. Ma w to dużej mierze, z perspektywy praktyki marketingowej, związek z pozycją i postrzeganiem samego influencera. Jeśli jest on autentycznym przedstawicielem określonego zawodu lub określonej dziedziny wiedzy i legitymuje się zaufaniem wśród swoich odbiorców, to sam fakt informowania o reklamowym (płatnym) charakterze komunikacji nie oddziałuje niekorzystnie. Przykładem legalnej, jednocześnie skutecznej płatnej promocji w mediach społecznościowych jest dietetyk, którego relacje widoczne są na poniższych zdjęciach.

⁵⁰ *Rekomendacje Prezesa UOKiK...*

⁵¹ Wyrok SA w Warszawie – V Wydział Cywilny z 17 czerwca 2014 r., sygn. akt. VI ACa 1562/13.

⁵² *Rekomendacje Prezesa UOKiK...*



Zdjęcie 1. Prawidłowe oznaczanie płatnej współpracy
w komunikacji marketingowej

Źródło: <https://www.instagram.com/justynalewicka.dietetyk/> (data dostępu: 29.05.2023).

Jak podkreśla Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w rekomendacjach, należy oznaczać współpracę wyraźnie i informować, jaką markę się reklamuje. Takie oznaczenie powinno być w widocznym miejscu, wyróżniać się pod względem pozostałej treści, być napisane wyraźną i wystarczająco dużą czcionką, w języku polskim (o ile profil jest w tym języku prowadzony), z użyciem odznaczeń jednocześnie wskazujących na charakter komercyjny publikacji⁵³.

Na swojej stronie internetowej oraz na profilach w mediach społecznościowych Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów informuje o wszczętych postępowaniach i wydanych decyzjach. Analiza tych informacji prowadzi do wniosku, że osoby, które są bardzo znane w społeczeństwie (muzycy, celebryci i inni), podejmują różne działania, które mają na celu:

⁵³ Ibidem.

- naruszenie lub obejście przepisów dotyczących szeroko pojętej kryptoreklamy i wprowadzania odbiorców w błąd, przykładowo⁵⁴:
 - Dorota Rabczewska, która w niektórych przypadkach dodawała do swoich postów hashtag #reklama dopiero po kilku dniach od publikacji materiału,
 - Małgorzata Rozenek-Majdan nie oznaczała informacji jako reklam również w opisie czy na materiale. Poprzestawała jedynie na wskazaniu marki produktów oraz – w niektórych przypadkach – na zamieszczeniu hashtagu #współpraca, który nie wskazuje w sposób jednoznaczny na komercyjny charakter działalności,
 - w swoich publikacjach Filip Chajzer nie ujawniał charakteru treści sponsorowanych, mimo że niektórzy reklamodawcy zamieszczają u siebie analogiczne wpisy z jego wizerunkiem. Dziennikarz poprzestawał na wskazaniu marki produktów – ani nie używał funkcjonalności platformy, ani nie dodawał odpowiednich adnotacji w opisie lub bezpośrednio na zdjęciu czy wideo,
- unikanie współpracy z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów po postawieniu zarzutów i wszczęciu postępowania. Przykładowo Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał 6 decyzji, które dotyczą ukarania influencerów za brak współpracy w ramach prowadzonego postępowania, a sankcje wyniosły łącznie 139 tys. zł⁵⁵.

Influencer, agencja reklamowa i reklamodawca mogą ponosić odpowiedzialność za nieuczciwe praktyki rynkowe i czyny nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 106 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁶ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Kara taka może być nałożona również w przypadku działania nieumyślnego. Dodatkowo konsumenci lub konkurencji mogą indywidualnie dochodzić swoich roszczeń od przedsiębiorców stosujących nieuczciwe praktyki rynkowe w ramach odrębnego postępowania cywilnego (niezależnie od działań Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów). Na podstawie art. 12 p.n.p.r oraz art. 18 z.n.k. mogą oni żądać zaniechania nieuczciwych praktyk, usunięcia ich skutków oraz złożenia odpowiednich oświadczeń.

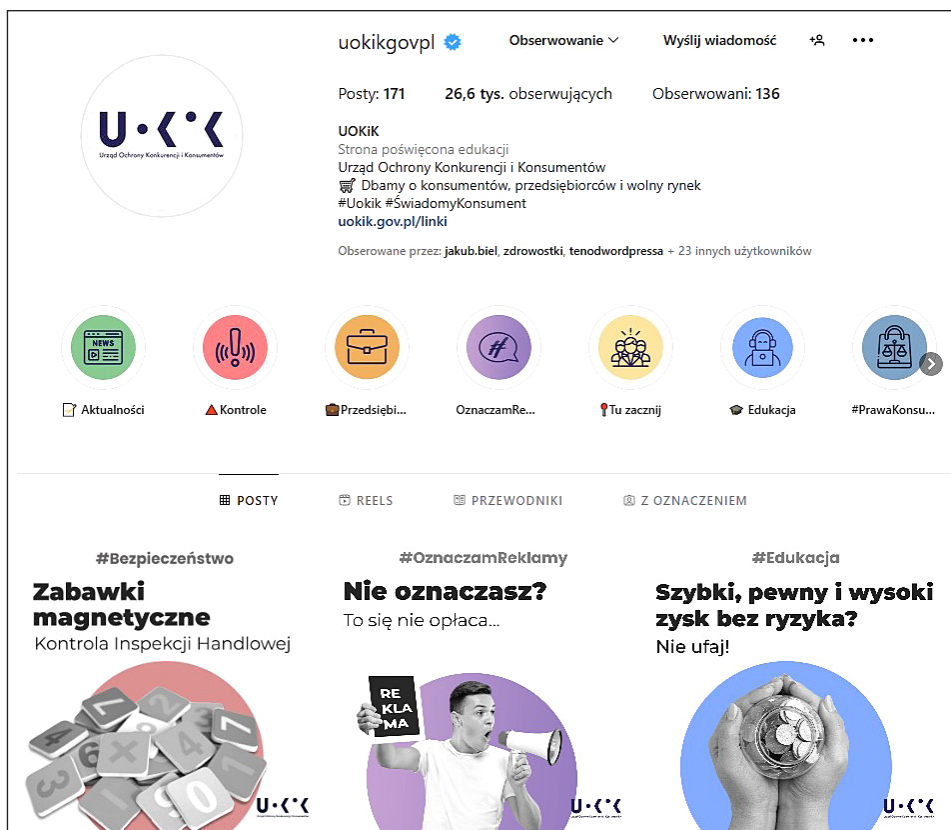
⁵⁴ https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19340&news_page=4 (data dostępu: 27.05.2023).

⁵⁵ https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18645&news_page=16 (data dostępu: 27.05.2023).

⁵⁶ Dz.U. z 2021 r., poz. 275 i z 2022 r., poz. 2581, 2640.

Rola Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przeciwdziałaniu naruszeniom

Szeroko zakrojone badanie zjawiska stosowania kryptoreklamy i naruszania przepisów z zakresu ochrony uczciwej konkurencji oraz uczciwych praktyk rynkowych przyniosły jeszcze jeden bardzo ważny wniosek. Wymaga on wyraźnego podkreślenia, ponieważ działalność tego organu nie polega tylko i wyłącznie na nakładaniu kar, a na szeroko pojętej edukacji.



Zdjęcie 2. Profil Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na Instagramie
Źródło: <https://www.instagram.com/uokikgovpl/> (data dostępu: 27.05.2023).

31 marca minął rok, odkąd Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów prężnie edukuje i dzieli się widzą na Instagramie (notabene na platformie, w której dochodzi do największej liczby naruszeń). Profil @uokikgovpl ma obecnie (stan na 28 maja 2023 r.) 26,6 tys. obserwujących. Jak podają jego twórcy, „dynamiczny świat social mediów zapewniał nam dużo wyzwań i nowych doświadczeń – w szczególności związanych z publikacją Rekomendacji

dla influencerów. To ważny dla nas kanał otwartej rozmowy z konsumentami i przedsiębiorcami”⁵⁷. I jest tego wyraźny rezultat, ponieważ jako specjalistka w zakresie marketingu online autorka niniejszego artykułu może z czystym sumieniem stwierdzić, że to jeden z najefektywniej prowadzonych profili organu administracji publicznej w Polsce.

Efektywność mierzona jest tu zakresem publikowanych danych, identyfikacją wizualną (dostosowaną do samej platformy jak i grupy młodszych odbiorców), ale przede wszystkim podnoszeniem świadomości społeczeństwa i przedsiębiorców w zakresie praktyk, które są nieuczciwe w obrocie gospodarczym. Ponadto Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- organizuje różnego rodzaju webinary, gdzie w jeszcze większym stopniu dzieli się wiedzą (np. webinar #oznaczamreklamy⁵⁸);
- prowadzi portal „Prawa konsumentna” z licznymi materiałami do pobrania i webinarami⁵⁹;
- stworzył nakładkę filtr AR, który pomaga prawidłowo oznaczać różne treści komercyjne⁶⁰;
- dzieli się wiedzą poprzez tworzenie rekomendacji i zaleceń (np. *Rekomendacje dla influencerów jak oznaczać reklamy*);
- zbiera sygnały, monitoruje rynek i działa, gdy zagrożone są zbiorowe interesy konsumentów;
- nakazuje przedsiębiorcom zmianę praktyk, regulaminów, wypłatę rekompensat, inicjuje zmiany w prawie;
- finansuje pomoc dla konsumentów: infolinię i e-porady.

W odczuciu autorki rola Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przeciwdziałaniu naruszeniom na rynku jest nieodzowna i warta uznania. Przysiężone hasło: „Dbamy o rynek i chronimy Wasze prawa” jest wyraźnie realizowane w praktyce. Oczywiście jest jeszcze wiele działań do podjęcia, zwłaszcza że w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw dochodzi do niezwykle wielu naruszeń. Skupienie się na dużych markach lub influencerach o dużym zasięgu wynika z pewnością na tym, że ich działania naruszają zbiorowe interesy konsumentów i innych przedsiębiorców. Jest to zasadne, przy czym skala mikro również potrzebuje wsparcia w tym zakresie.

⁵⁷ https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=19472&news_page=1 (data dostępu: 27.05.2023).

⁵⁸ <https://www.instagram.com/p/Cjz8aUxMH8t/> (data dostępu: 27.05.2023).

⁵⁹ <https://prawakonsumenta.uokik.gov.pl/> (data dostępu: 27.05.2023).

⁶⁰ <https://www.instagram.com/p/CjkH0hgOXrq/> (data dostępu: 27.05.2023).

Podsumowanie

Żyjemy w czasach, gdy „gospodarka rynkowa proponuje konsumentom wiele ofert handlowych, a im bardziej atrakcyjniejsza i bogatsza jest oferta, tym bardziej powiększa ona zakres możliwości zaspokajania odczuwalnych potrzeb konsumentów”⁶¹. A przecież o to najbardziej chodzi przedsiębiorcom – aby wychodzić naprzeciw potrzebom konsumentów oraz klientów i spełniać je, maksymalizując swoje zyski. Mnogość podmiotów, co udowodniono w niniejszym opracowaniu, daje rzeczywiście szeroki zakres dostępnych produktów i usług, ale jednocześnie zagraża prawidłowemu funkcjonowaniu obrotu gospodarczego i uczciwej konkurencji. Dlaczego? Ze względu na trudność w dostarczeniu do klienta i zdobyciu jego uwagi. Pokuszenie się o nieuczciwe praktyki rynkowe czy o czyny nieuczciwej konkurencji mogą przybliżyć przedsiębiorcę do jego finansowych celów, ale – po pierwsze – narażają na szwank zbiorowe interesy konsumentów i innych przedsiębiorców; po drugie, godzą w uczciwą konkurencję tak ważną w prawidłowym funkcjonowaniu obrotu gospodarczego.

Skupiając się jednak na działalności w zakresie reklamy i promocji swoich produktów czy usług, należy wnioskować, że czyny naruszające wspomniane wartości i zasady znajdują swoje odzwierciedlenie w wielu aktach prawnych z obszaru szeroko pojętej ochrony konkurencji i konsumentów. Kwalifikacja czynu, jakim jest kryptoreklama czy wprowadzenie w błąd konsumentów, dokonywana będzie na podstawie trzech aktów prawnych. Można by konkludować, że zapewnia to większy zakres ochrony konsumentów i przedsiębiorców. Jednak poszukiwanie przepisów, zaczynając od ustawy o radiofonii i telewizji, przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów, a kończąc na ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, może wprowadzać w zakłopotanie i nie być efektywne, zwłaszcza że definicja reklamy z ustawy o radiofonii i telewizji nie odnosi się wprost do najpopularniejszego dziś narzędzia promocji, czyli social mediów. Ochrona przed naruszeniami jest zapewniona – to nie ulega żadnej wątpliwości. Jednak poszukiwanie jej zakresu, definiowanie czynów mogłoby być przez ustawodawcę ujednolicone i dostosowane do aktualnych realiów obrotu gospodarczego i marketingu.

Być może i z tego powodu dochodzi do tak wielu naruszeń w zakresie kryptoreklamy. Świadomość społeczeństwa i przedsiębiorców, mimo bardzo dużej aktywności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wydaje się być nadal zbyt mała, aby skutecznie przeciwdziałać nieuczciwym praktykom. Zasadne jest zatem zbadanie poziomu tej świadomości, co dla autorki będzie kolejnym elementem pogłębionej analizy zjawiska kryptoreklamy jako czynu nieuczciwej konkurencji i nieuczciwej praktyki rynkowej.

⁶¹ I. Ozimek, *Ochrona konsumentów korzystających z usług – wybrane zagadnienia*, Warszawa 2012, s. 11.

Wykaz literatury

- Altkorn J. (red.), *Podstawy marketingu*, Inst. Marketingu, Kraków 1996.
- Dobaczewska A. i in., *Nowe prawo przedsiębiorców*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Hajdas M., *Storytelling – nowa koncepcja budowania wizerunku marki w epoce kreatywnej*, „Współczesne Zarządzanie” 2011, nr 1, <https://docplayer.pl/17768913-Storytelling-nowa-koncepcja-budowania-wizerunku-marki-w-epoce-kreatywnej.html>.
- Jaska E., Werenowska A., Gomola B., *Wykorzystanie influencer marketingu w kreowaniu wizerunku marki*, „Polityki Europejskie, Finanse i Marketing” 2019, nr 21(70), <https://pefim.sggw.pl/article/view/1038>.
- Jurasz W., *Zakres podmiotowy regulacji ustaw: o ochronie konkurencji i konsumentów, zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, „Monitor Prawniczy – dodatek” 2010, nr 8, Legalis.
- Kosikowski C., Ławicki T., *Ochrona prawna konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, PWN, Warszawa 1994.
- Kuczamer-Kłopotowska S., Piekarska K., *Realizacja funkcji influencer marketingu w opinii influencerów oraz ich followersów*, „Zarządzanie i Finanse/Journal of Management and Finance” 2018, vol. 16, nr 3(3), http://www.wzr.ug.edu.pl/zif/2018_32.pdf.
- Malarewicz A., *Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Marcinkiewicz-Grzesiak H., *Wytyczne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – oznaczanie reklam i współprac w social media a wątpliwości prawne oraz technologiczne*, „Prawo Nowych Technologii” 2023, nr 1, Legalis.
- Marzec D., *Znaczenie influencer marketingu w kształtowaniu decyzji współczesnych konsumentów*, „Media i Społeczeństwo” 2022, nr 16, http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.ojs-doi-10_53052_MiS_2022_16_10.
- Modrzejewska M., *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, 2020, Legalis.
- Ozimek I., *Ochrona konsumentów korzystających z usług – wybrane zagadnienia*, Wyd. SGGW, Warszawa 2012.
- Piątek S. (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, 2014, Legalis.
- Pietrzak A. (red.), *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Raport E-commerce w Polsce*, 2022, <https://www.iab.org.pl/aktualnosci/raport-e-commerce-2022-juz-dostepny/>.
- Rekomendacje Prezesa UOKiK dotyczące oznaczania treści reklamowych przez influencerów w mediach społecznościowych*, https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18944.
- Sieradzka M., [w:] M. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Szok N., *Viral marketing usług prawnych zawodowych pełnomocników*, „Monitor Prawniczy” 2022, nr 18, Legalis.
- Szwaja J. (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, 2019, Legalis.
- Wilusz R., *Influencer marketing potężny ponad miarę*, [w:] H. Hall (red.), *Marketing (r) Evolution. Nowe techniki, pomysły, rozwiązania*, Oficyna Wydawnicza PRz, Rzeszów 2017.
- Wolska-Zogata I., *Social media i nowy marketing w społeczeństwie konsumpcyjnym*, „Forum Socjologiczne” 2018, t. 9.
- Zawłocki R., *Prawo karne gospodarcze*, C.H. Beck, Warszawa 2007.

Summary

Hidden advertisements used in influencer marketing as an anti-competitive practice and unfair business practice

Keywords: law, anti-competitive practice, advertisement, influencer marketing, unfair business practice, trade, economics.

The free market economy, technological progress, and the multitude of entities on the market require ensuring the principles of fair competition in economic transactions. The aim of the author was to investigate the legal aspects of promoting products and services using influencer marketing. During the research, she concluded that as part of their activities, influencers take actions that may (and in practice often do) violate the law, constituting an act of unfair competition as well as unfair market practices. The analysis of legal acts in the field of fair competition and consumer protection law has led to the conclusion that protection against infringements is ensured. However, the search for its scope and the definition of acts could be standardized by the legislator and adapted to the current realities of economic turnover and marketing. At the same time, it is worth emphasizing that advertising with the use of influencer marketing and reliability in this area are of clear interest to the Office of Competition and Consumer Protection, specific examples of which the author cites in the article.

Przemysław Kuczkowski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-4808-8577

pk@ukw.edu.pl

Prawne aspekty ustanawiania i finansowania stypendium okresowego dla zawodników e-sportowych przez gminy. Kazus miasta Sosnowca

Wstęp

Sport elektroniczny (dalej również jako e-sport) jest zjawiskiem, które w debacie publicznej dotyczącej zakwalifikowania rywalizacji w ramach gier sportowych jako formy sportu uznaje się za kontrowersyjne – ze względu na jego cechy, które nie wpływają na zdrowie publiczne¹. W świecie nauki trwa dyskusja na temat tego, czy e-sport można uznać za „prawdziwy” sport², wskazując, że rywalizacja odbywa się na opracowanych regulaminach turniejów czy lig e-sportowych, a występujące w nich współzawodnictwo pozwala zweryfikować umiejętności uczestników. Ze względu na rozwój technologii informatycznych, dostępnych praktycznie nieograniczonej liczbie osób, sport elektroniczny stał się rywalizacją na niemalże masową skalę.

Turnieje czy zawody e-sportowe (zazwyczaj eliminacje) przeprowadzane są za pośrednictwem sieci Internet, ponadto mogą być rozgrywane poprzez połączenie urządzeń w ramach sieci lokalnych (tj. sieci LAN – turnieje właściwie rozgrywane w czasie rzeczywistym). Jak wskazuje Kalle Danielsson, „sieci LAN różnią się wielkością i mogą składać się z 2 do 5000 komputerów. Gry komputerowe są dominujące w e-sporcie (...). Konsole do gier wideo z funkcjami online i towarzyszącymi im grami są również używane w e-sporcie (...)”³.

¹ K. Jonasson, J. Thiborg, *Electronic sport and its impact on future sport*, „Sport in Society” 2010, nr 13, s. 287, https://www.researchgate.net/publication/248952070_Electronic_sport_and_its_impact_on_future_sport_Sport_in_Society_132_287-299 (data dostępu: 23.06.2023).

² Y. Jae-gu, J. Yunduk, *A case study of factors impacting aspiring e-sports athletes in South Korea*, „Studia sportiva” 2022, nr 2, s. 215.

³ K. Danielsson, *E-sport: rörelse utan rörelse*, <https://idrottsforum.org/articles/danielsson/danielsson051214.pdf> (data dostępu: 23.06.2023).

Rywalizacji towarzyszy zwykle spora publiczność, np. w 2014 r. odbyły się zawody Pucharu Świata League of Legends (LoL World Cup) na stadionie Sangam World Cup Stadium w Seulu, gdzie ponad 40 000 płacących widzów wypełniło stadion, aby obejrzeć współzawodniczące ze sobą dwie drużyny złożone z pięciu graczy każda⁴. W zawodach Free Fire World Series 2021 Singapur podczas szczytowej oglądalności odnotowano obecność ponad 5,4 mln widzów, na 2021 League of Legends World Championships – ok. 4 mln, zaś według szacunków ogólna liczba widzów e-sportu na świecie w 2021 r. wyniosła ponad 465 mln osób⁵. Mając na uwadze taki fenomen sportu elektronicznego, w tym jego biznesowej strony, w Korei Południowej uruchomiono kanał telewizyjny poświęcony wyłącznie e-sportowi, a także wprowadzono instrumenty prawne niezbędne do prawidłowego funkcjonowania tej gałęzi gospodarki.

Rezultatem dużego zainteresowania społecznego e-sportem jest fakt, że Międzynarodowy Komitet Olimpijski w Lozannie w 2017 r. rozpoczął dyskusję nad warunkami, jakie muszą zostać spełnione, aby e-sport stał się dyscypliną olimpijską⁶.

Warto zaznaczyć, że sport elektroniczny, mimo swej ogromnej popularności na świecie⁷, w Polsce nie doczekał się kompleksowej regulacji prawnej. Implikuje to w praktyce powstawanie problemów prawnych w zakresie dopuszczalności ustanawiania oraz finansowania okresowych stypendiów sportowych ze środków budżetu jednostek samorządu terytorialnego (dalej jako j.s.t.). Należy jednak zauważyć, że na „samorządowej mapie Polski” pionierską gminą, która zdecydowała się przyjąć uchwałę dotyczącą wsparcia zawodników e-sportowych, było miasto Sosnowiec. Tej lokalnej regulacji autor w ramach artykułu poświęci zasadniczą jego część.

Mając na uwadze jednostkowe i przyczynkarskie prace z zakresu finansowania e-sportu, opracowanie tego zagadnienia w ramach artykułu, zdaniem autora, wzbogaci aktualną literaturę przedmiotu.

Celem niniejszego opracowania jest rozwiązanie problemu prawnego, polegającego na znalezieniu odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność ustanawiania i finansowania przez gminy okresowych stypendiów sportowych dla zawodników sportów elektronicznych na podstawie art. 31 ustawy o sporcie.

⁴ S.J. Park, *Is esport 'real' sport?*, „The Korean Journal of Physical Education” 2020, nr 59, s. 48.

⁵ <https://markethub.pl/rynek-e-sportu/> (data dostępu: 23.06.2023).

⁶ <https://sport.tvp.pl/37960889/miedzynarodowy-komitet-olimpijski-zapowiedzial-debate-o-esporcie> (data dostępu: 13.01.2023); <https://www.ppe.pl/news/59320/Miedzynarodowy-Komitet-Olimpijski-bedzie-rozmawiac-o-esporcie.html> (data dostępu: 13.01.2023).

⁷ Zob. szerzej: W. Sosnowski, *Prawne i organizacyjne uwarunkowania rozwoju e-sportu w Republice Korei (Korei Południowej)*, [w:] Ł. Klimczyk, M. Leciak (red.), *E-sport. Aspekty prawne*, Warszawa 2020, s. 15–30; K. Kunc-Urbańczyk, *Analiza prawna regulacji e-sportowych we Francji*, [w:] K. Grzybczyk (red.), *E-sport. Prawne aspekty*, Warszawa 2021, s. 321 i nast.

W artykule zastosowano metodę dogmatycznoprawną polegającą na analizie regulacji prawnych dotyczących ustanawiania i finansowania stypendiów sportowych, ponadto wykorzystano wypowiedzi doktryny i judykatury. Tytułowe zagadnienie opracowano w ramach kilku jednostek redakcyjnych, a poszczególne części odpowiadają głównemu zarysowi problemu i jego związkowi z ważnymi kwestiami naukowymi i praktycznymi.

Kwalifikacja prawna e-sportu jako sportu

Słowo „sport” wywodzi się z języka łacińskiego; *disporto* ‘poza bramą’ (*porta* ‘brama’, *dis* ‘poza’) było używane na określenie organizowanych dla mieszkańców miast gier i zabaw poza murami⁸. Zdaniem Huberta Radke „historycznie pojęcie sportu używane było w odniesieniu do różnych rodzajów ludzkiej aktywności, umiejscawiane pomiędzy pracą i zabawą, rywalizacją i rekreacją, aczkolwiek próby dokładnego określenia odkrywają dynamiczną i nieustannie zmieniającą się naturę sportu”⁹. Obecna definicja, zawarta w *Słowniku języka polskiego*, wyjaśnia sport jako „ćwiczenia i gry mające na celu rozwijanie sprawności fizycznej i dążenie we współzawodnictwie do uzyskania jak najlepszych wyników”¹⁰.

Aktualnie w dyskursie naukowym sport jawi się jako zjawisko interdyscyplinarne, mimo że przez wiele lat było zasadniczo przedmiotem nauk o kulturze fizycznej. Warto zaznaczyć, że opisując pojęcie sportu, przedstawiciele każdej z dyscyplin naukowych w odmienny sposób je wyjaśniają, uwypuklając inne aspekty z nim związane¹¹.

Ze względu na to, że polski ustawodawca wprowadził do ustawy o sporcie definicję legalną sportu, mając na uwadze przedmiot niniejszego artykułu, dotyczący dysponowania przez j.s.t. środkami publicznymi na stypendia sportowe dla osób fizycznych, autor skupi się na jego analizie prawnej. Zgodnie z art. 2 ust 1–2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie¹²: „1. Sportem są wszelkie formy aktywności fizycznej, które przez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane wpływają na wypracowanie lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej, rozwój stosunków społecznych lub osiągnięcie wyników sportowych na wszelkich poziomach. 1a. Za sport uważa się również współzawodnictwo oparte na aktywności intelektualnej, którego celem jest osiągnięcie wyniku

⁸ S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013, s. 15.

⁹ H. Radke, *Sport*, [w:] M. Leciak (red.), *Leksykon prawa sportowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2017, s. 205.

¹⁰ Hasło: sport, <https://sjp.pwn.pl/sjp/sport;2523172.html> (data dostępu: 24.06.2023).

¹¹ Z. Waśkowski, *Uwarunkowania i sposoby wdrażania orientacji marketingowej w klubach sportowych*, Poznań 2007, s. 5.

¹² T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1599 ze zm.

sportowego. 2. Sport wraz z wychowaniem fizycznym i rehabilitacją ruchową składają się na kulturę fizyczną”.

Obecny kształt tej definicji wynika z wejścia w życie ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów¹³, w wyniku której dodano ust. 1a. W uzasadnieniu do tejże ustawy wskazano, że „projekt ustawy o zmianie ustawy o sporcie (...) rozszerza definicję sportu o aktywność intelektualną. Obowiązujące aktualnie uregulowanie skupia się wyłącznie na aktywności fizycznej. Uwzględnienie w tej kategorii takich sportów, jak szachy, warcaby czy brydż sportowy do tej pory mogło budzić wątpliwości. Proponowana zmiana wyjaśnia tę kwestię. Ponadto rozszerzenie definicji sportu o aktywność intelektualną umożliwi uwzględnienie w regulacji cieszących się dużą popularnością kategorii sportów elektronicznych (e-sport)”. Wskazana nowelizacja stała się w środowisku prawniczym podstawą do dyskursu o możliwość zakwalifikowania e-sportu jako sportu na gruncie ustawy o sporcie, a w konsekwencji o możliwość ustanawiania i finansowania e-sportu przez j.s.t..

Mając na uwadze przesłanki wskazane w art. 2 ust 1a ustawy o sporcie, e-sport będzie można uznać na gruncie ustawy za sport w przypadku spełnienia łącznie trzech kryteriów ustawowych: po pierwsze, w ramach e-sportu musi wystąpić współzawodnictwo; po drugie, owo współzawodnictwo musi być oparte na aktywności intelektualnej; po trzecie, cel w ramach tego współzawodnictwa musi być ukierunkowany na osiągnięcie wyniku sportowego.

Należy zaznaczyć, że ustawodawca nie objaśnia żadnego z elementów składających się na definicję legalną sportu, dlatego też w ramach wykładni językowej należy sięgnąć do potocznego rozumienia tych pojęć zawartych w *Słowniku języka polskiego*. „Współzawodnictwo” to „ubieganie się kilku osób lub grup o pierwszeństwo w czymś, o zdobycie czegoś”¹⁴. Pojęcie „aktywność intelektualna” składa się z dwóch słów: aktywność (‘skłonność do działania’¹⁵) i intelektualny (‘dotyczący intelektu lub intelektualistów; umysłowy, rozumowy’¹⁶); termin „wynik sportowy” podobnie: wynik (‘to, co wynika z jakiejś działalności, pracy z jakiegoś zjawiska; skutek, rezultat, następstwo’¹⁷) i sportowy (‘dotyczący sportu lub sportowców’¹⁸). Z kolei „sportowiec” to człowiek uprawiający jakąś dyscyplinę sportową¹⁹, natomiast „sport” – ćwiczenia i gry

¹³ Dz.U. poz. 1600.

¹⁴ L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego*, wyd. pierwsze, Warszawa 2007, s. 1173.

¹⁵ Ibidem, s. 8.

¹⁶ Ibidem, s. 281.

¹⁷ Ibidem, s. 1174

¹⁸ Ibidem, s. 947.

¹⁹ Ibidem.

mające na celu rozwijanie sprawności fizycznej i dążenie we współzawodnictwie do uzyskania jak najlepszych wyników²⁰.

Pomocne w kwalifikacji e-sportu jako sportu będzie orzecznictwo sądowe. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 27 marca 2019 r. sąd podkreślił: „Nie jest tak, że automatycznie wszystkie gry elektroniczne należy uznać za sport. Istotne jest tu brzmienie przepisu art. 2 ust. 1a ustawy z 2010 r. o sporcie – za sport może być uważane współzawodnictwo oparte na aktywności intelektualnej, nie zaś współzawodnictwo we wszelkich typach gier elektronicznych”²¹.

Mając na uwadze powyższe przesłanki, a także wytyczne określone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, należy wskazać, że przy założeniu spełnienia kryteriów, określonych w art. 2 ust. 1a ustawy o sporcie, będzie możliwa kwalifikacja e-sportu jako sportu. Zasadniczo zatem będzie to współzawodnictwo, oparte w istotnej części na aktywności intelektualnej (np. realizowanej strategii) oraz prowadzące do osiągnięcia wyznaczonego wyniku rywalizacji, np. osiągnięcia określonego miejsca na podium. Przykładowo takie przesłanki spełnia rywalizacja w grę League of Legends²².

Pojęcie stypendium sportowego

W ustawie o sporcie brak definicji ustawowej pojęcia stypendium sportowego. W związku z powyższym pojęcie to należy wyklądać na podstawie znaczenia potocznego. W *Słowniku języka polskiego* „stypendium” oznacza pieniądze wypłacane okresowo uczniom, studentom, pracownikom nauki itp. na pokrycie kosztów nauki lub badań naukowych, zaś „sportowy” – dotyczący sportu lub sportowców. W piśmiennictwie Jacek Foks wyjaśnia, że za stypendium sportowe należy uznać świadczenie materialne (przede wszystkim pieniężne) na rzecz sportowca, dokonywane jednorazowo lub okresowo przez określony podmiot (m.in. organ administracji rządowej lub samorządowej, związek czy klub sportowy) z tytułu działalności związanej ze sportem (np. członkostwa w kadrze narodowej lub klubie sportowym czy osiągania wysokich wyników sportowych)²³. Z kolei Tomasz Dauerman tłumaczy, że „stypendium sportowe stanowi jedną z form finansowego wsparcia dla osoby uprawiającej sport, które zbliża tę formę pomocy dla zawodników do wynagrodzenia, które

²⁰ Hasło: sport, <https://sjp.pwn.pl/sjp/sport;2523172.html> (data dostępu: 24.06.2023).

²¹ Wyrok WSA w Warszawie z 27 marca 2019 r., sygn. akt III SA/Wa 1079/18, Lex nr 2691347.

²² M. Ludyga, *Czy e-sport jest sportem?*, [w:] K. Grzybczyk (red.), op. cit., s. 18–20; K. Kopańko, *Polski e-sport*, Kraków 2021, s. 390 i nast.; M. Biliński, *Sport elektroniczny. Charakter prawny*, Warszawa 2021, s. 46.

²³ J. Foks, *Stypendia sportowe – zagadnienia publicznoprawne*, „Sport Wyczynowy” 2002, nr 11–12, s. 66–67.

otrzymują profesjonalni sportowcy”²⁴. W *Leksykonie prawa sportowego* podkreśla się, że wobec braku jednolitej definicji pojęcia stypendium sportowego należy je definiować poprzez jego cechy²⁵. Takie cechy wyróżnia Karolina Tetlak, wskazując, że stypendium sportowe jest „jednostronnym, bezzwrotnym świadczeniem pieniężnym, przyznany za osiągnięcie określonego wyniku sportowego lub w celu umożliwienia przygotowania się do imprezy sportowej. W zależności od podmiotu uprawnionego do udzielenia stypendium oraz warunków wypłaty i sposobu finansowania wyróżnia się stypendia finansowane ze środków publicznych przez: jednostki samorządu terytorialnego, ministra właściwego do spraw kultury fizycznej oraz rektorów uczelni wyższych. (...) Stypendia za wyniki sportowe mogą być również przyznawane przez podmioty prywatne i organizacje pożytku publicznego (np. kluby sportowe)”²⁶.

We wskazanych definicjach pojęcia stypendium sportowego zwraca się zatem uwagę, że jest ono jednostronnym (K. Tetlak) świadczeniem pieniężnym (J. Foks, T. Dauerman, K. Tetlak), dokonywanym przez podmiot publiczny lub prywatny (J. Foks, K. Tetlak) jednorazowo lub okresowo (J. Foks), przyznany za osiągnięcie określonego wyniku lub w celu umożliwienia przygotowania się do imprezy sportowej (K. Tetlak) albo z tytułu działalności związanej ze sportem (J. Foks) na rzecz sportowca (J. Foks) lub zawodnika (T. Dauerman). W tym miejscu należy poczynić uwagę interpretacyjną, że pojęcie zawodnika utożsamiane jest powszechnie z pojęciem sportowca, jednakże zakres znaczeniowy tego drugiego terminu jest szerszy. W piśmiennictwie wskazuje się, że pojęcie sportowiec nie jest zawężone do osoby fizycznej, uczestniczącej we współzawodnictwie, lecz oznacza każdego uprawiającego sport²⁷.

Wobec powyższego autor na potrzeby niniejszego artykułu przez stypendium sportowe będzie rozumiał jednostronne bezzwrotne świadczenie pieniężne przyznane okresowo przez gminę na rzecz osoby fizycznej za osiągnięcie określonego wyniku sportowego w ramach współzawodnictwa.

Stypendia sportowe dla zawodników sportów elektronicznych na przykładzie uchwały Rady Miejskiej w Sosnowcu

Przyjmując, że e-sport jest sportem na gruncie ustawy o sporcie, należy odpowiedzieć na pytanie, czy jest możliwe ustanawianie i finansowanie okre-

²⁴ T. Dauerman, *Stypendia sportowe ustanawiane przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2017, nr 7–8, s. 15.

²⁵ K. Tetlak, *Stypendium sportowe*, [w:] M. Leciak (red.), op. cit., s. 221.

²⁶ Eadem, *Finanse publiczne i podatki w sporcie*, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe*, Warszawa 2018, s. 258–259.

²⁷ S. Fundowicz, op. cit., s. 41.

sowych stypendiów sportowych przez gminy na rzecz zawodników sportów elektronicznych (analiza na przykładzie uchwały Rady Miejskiej w Sosnowcu)?

W myśl art. 31 ust. 1 ustawy o sporcie „jednostki samorządu terytorialnego mogą ustanawiać i finansować okresowe stypendia sportowe oraz nagrody i wyróżnienia dla osób fizycznych za osiągnięte wyniki sportowe”. Zgodnie zaś z ust. 3 „organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określa, w drodze uchwały, szczegółowe zasady, tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaje i wysokość stypendiów sportowych, nagród i wyróżnień, o których mowa w ust. 1 i 2, biorąc pod uwagę znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego oraz osiągnięty wynik sportowy”.

Mając powyższe na uwadze, gmina może ustanowić i sfinansować stypendium sportowe w przypadku, gdy dana osoba fizyczna osiągnie określony przez nią wynik sportowy. Ponadto, mając na uwadze wytyczne z ust. 3, e-sport powinien mieć znaczenie dla danej j.s.t.

Pierwszą w Polsce i w momencie opracowania niniejszego artykułu jedyną (wedle wiedzy autora) uchwałę dotyczącą stypendiów sportowych dla e-zawodników przyjęła Rada Miejska Sosnowca. Jest to uchwała nr 550/XXX/2020 Rady Miejskiej w Sosnowcu z dnia 27 sierpnia 2020 r. w sprawie ustanowienia stypendiów sportowych miasta Sosnowca (dalej jako uchwała), której załącznikiem jest Regulamin przyznawania i pozbawiania stypendiów sportowych miasta Sosnowca (dalej jako regulamin). Uchwała wraz z załącznikiem została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Śląskiego w dniu 14 września 2020 r. pod poz. 6483.

Dokonując krótkiej charakterystyki tej uchwały, należy podkreślić, że tym aktem ustanowiono stypendia sportowe miasta Sosnowca dla osób fizycznych za osiągnięte wyniki sportowe. Realizując delegację ustawową, w regulaminie określono szczegółowe zasady i tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaj i wysokość stypendiów sportowych miasta Sosnowca. W ramach zasad wyszczególniono kryteria otrzymania okresowego stypendium sportowego. W § 1 wskazano, że może je otrzymać osoba fizyczna (mieszkaniec Sosnowca) za osiągnięcie wyniku sportowego wskazanego w § 2, uwzględniając znaczenie danego sportu dla gminy Sosnowiec zgodnie z postanowieniami § 3. W §2 regulaminu określono zaś wynik sportowy uprawniający do otrzymania stypendium sportowego, który ustalono jako udział w jakiejś istotnej formie współzawodnictwa sportowego, np. w igrzyskach olimpijskich, lub też ustalono jako zajęcie określonego miejsca w klasyfikacji generalnej zawodów, np. za miejsce od I do III w mistrzostwach województwa śląskiego w kategorii wiekowej: młodzieżowiec albo junior, albo junior młodszy, albo kadet, albo młodzik. Określono ponadto (co jest *novum* w działalności uchwałodawczej j.s.t. na podstawie art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie) wyniki sportowe w ramach sportów elektronicznych. Ponadto w § 3 uwzględniono znaczenie danego sportu dla gminy Sosnowiec, określając, że takie znaczenie ma sport, w którym w celu organi-

zowania i prowadzenia współzawodnictwa został utworzony i działa zgodnie z ustawą o sporcie polski związek sportowy lub w sporcie elektronicznym (konsekwencja uwzględnienia możliwości otrzymania stypendium sportowego przez e-sportowców). W § 5 regulaminu określono, że stypendium będzie wypłacane w odpowiednich transzach w zależności od osiągniętego wyniku sportowego. Zgodnie z treścią upoważnienia ustawowego w § 4 regulaminu oraz w § 7–8 regulaminu określono tryb przyznawania i pozbawiania stypendium sportowego, gdzie uregulowano m.in., że stypendium sportowe można otrzymać na podstawie złożonego uprzednio wniosku, wskazano miejsce oraz termin złożenia takiego wniosku, ustalono organ właściwy do wydania aktu administracyjnego w sprawie stypendium sportowego. Wyszczególniono też rodzaj stypendium sportowego, mianowicie stypendium sportowe dla osób fizycznych osiągających wyniki sportowe (nie zaś stypendium sportowe dla trenerów). Ostatnią kwestią zgodnie delegacją ustawową była kwestia wysokości stypendium sportowego, którą uregulowano w § 6 regulaminu oraz w załącznikach nr 1 i 2 do regulaminu.

Zanim autor opracowania podejmie się oceny prawnej dopuszczalności ustanawiania i finansowania okresowych stypendiów sportowych dla osób fizycznych, należy wskazać charakter prawny uchwały dotyczącej stypendiów sportowych.

Organ stanowiący jako delegację do wydania tego aktu normatywnego wskazał art. 31 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie. W tym miejscu należy zaakcentować, że zarówno w orzecznictwie²⁸, jak i w piśmiennictwie²⁹ wskazuje się, iż uchwała wydana na podstawie art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie posiada wszelkie cechy uznania jej za akt prawa miejscowego (przede wszystkim posiada normy generalno-abstrakcyjne)³⁰, co w przypadku przekroczenia lub niewypełnienia tego upoważnienia ustawowego szczegółowego wiąże się ze stwierdzeniem nieważności tego aktu ze skutkiem *ex tunc*. Mając na uwadze ramy niniejszego artykułu, autor nie będzie analizował szczegółowo przedmiotowej uchwały w kontekście cech aktu prawa miejscowego, skupi się zaś na analizie przesłanek merytorycznych, będących podstawą do ustanawiania i finansowania stypendiów sportowych dla e-sportowców.

²⁸ Zob. wyroki NSA z 22 marca 2022 r., sygn. akt II GSK 1357/20, Lex nr 3325849 i z 22 listopada 2019 r., sygn. akt II GSK 1405/17, Lex nr 2772165.

²⁹ P. Kuczkowski, *Głosa aprobowująca do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 grudnia 2017 r. Sygn. akt II GSK 282/16*, „Roczniki Prawa i Administracji” 2021, z. 4, s. 289; A. Jakubowski, *Test decyzji administracyjnej i dopuszczalność modyfikacji trybu jej wydawania aktem podustawowym. Głosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 2, s. 166; P. Daniel, *Forma przyznania przez jednostkę samorządu terytorialnego stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień za osiągnięte wyniki sportowe. Głosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r.*, I OSK 1222/17, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2019, nr 3, s. 113 i nast.

³⁰ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2020, s. 85–103; J. Ciapała, *Powszechnie obowiązujące akty prawa miejscowego*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 3, s. 53–56.

Przechodząc zatem do meritum, należy poddać analizie prawnej poszczególne części uchwały, które dotyczą zawodników sportów elektronicznych oraz rozważyć prawidłowość określenia w uchwale przesłanek podmiotowych oraz przedmiotowych stypendium sportowego.

Pierwszym zagadnieniem do analizy jest regulacja dotycząca kryterium podmiotowego. W § 1 ust. 1 załącznika do uchwały określono, że „stypendium sportowe miasta Sosnowca (zwane dalej: »stypendium«) przyznaje Prezydent Miasta Sosnowca osobie fizycznej, dla której miasto Sosnowiec jest miejscem zamieszkania w rozumieniu ustawy Kodeks cywilny (zwanej dalej: »kandydat«), za osiągnięcie wyniku sportowego wskazanego w § 2, uwzględniając znaczenie danego sportu dla gminy Sosnowiec zgodnie z postanowieniami § 3”. Lokalny prawodawca w ramach kryterium podmiotowego określił, że stypendium sportowe może otrzymać: po pierwsze, osoba fizyczna; po drugie, osoba, dla której miejscem zamieszkania w rozumieniu Kodeksu cywilnego jest miasto Sosnowiec.

Zdaniem autora artykułu prawidłowo w uchwale Rady Miejskiej w Sosnowcu nastąpiło określenie podmiotu właściwego do otrzymania stypendium sportowego, gdyż z przepisu art. 31 ust. 1 ustawy o sporcie wynika, że j.s.t. może ustanawiać i finansować stypendia sportowe dla osób fizycznych. Należy wskazać, że ustawodawca nie ustanowił praktycznie żadnych ograniczeń podmiotowych niezbędnych do otrzymania stypendium, np. w zakresie wieku czy przynależności do klubów sportowych. Ponadto skoro w przepisie art. 31 ust. 1 określono, że tylko osoba fizyczna może być stypendystą sportowym³¹, to w ramach wnioskowania prawniczego *argumentum a contrario*³² stypendystami sportowymi nie mogą być osoby prawne czy też jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej³³. Ponadto stypendia sportowe mogą być przyznawane zarówno zawodnikom o statusie amatora, którzy nie pobierają wynagrodzenia, jak i tym o statusie zawodowca, pobierającym takie świadczenie³⁴, w zamian za udział we współzawodnictwie sportowym i osiągnięte wyniki³⁵.

³¹ W myśl art. 33 ust. 1 ustawy o sporcie „osoby pobierające stypendia sportowe, o których mowa w art. 5, art. 31 ust. 1 i 2, art. 32 ust. 1, art. 32a ust. 1, art. 32b ust. 1 oraz art. 32c ust. 1, są stypendystami sportowymi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1009, 1079, 1115 i 1265), a okres ich pobierania zalicza się do okresu zatrudnienia w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2022 r., poz. 690, 830 i 1079) oraz do okresu zatrudnienia, od którego zależą uprawnienia pracownicze. Podstawę zaliczenia okresu pobierania stypendium sportowego stanowi zaświadczenie wydane przez podmiot wypłacający stypendium”.

³² L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001, s. 190.

³³ W. Cajselski, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2011, Legalis: „Beneficjentami ww. świadczeń mogą być tylko osoby fizyczne. Zatem wykluczone jest przyznawanie np. nagród lub wyróżnień osobom prawnym (klubom sportowym, związkom sportowym, polskiemu związkowi sportowemu itp.)”.

³⁴ E.J. Krześniak, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2020, Lex, art. 31.

³⁵ Zob. H. Radke, *Sport i prawo*, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe...*

Skoro ustawodawca jednoznacznie ustalił krąg podmiotowy osób uprawnionych do otrzymania stypendium sportowego, to organy stanowiące nie mogą tego kryterium modyfikować, gdyż w ten sposób naruszyłyby delegację ustawową wynikającą z ustawy o sporcie³⁶.

Powyższą konstatację potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych oraz organów nadzorczych. Przykładowo w myśl wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 25 kwietnia 2019 r. „zakres podmiotowy stypendium sportowego został ustawowo uregulowany i nie jest dopuszczalne jego modyfikowanie przez organ stanowiący gminy w drodze uchwały podjętej na podstawie art. 31 ust. 3 tej ustawy”³⁷. Podobnie w rozstrzygnięciu nadzorczym Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 2 grudnia 2016 r.³⁸ „ustawa o sporcie nie upoważniła organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego do samodzielnego określania kręgu podmiotów uprawnionych do otrzymania stypendiów sportowych, a tym bardziej do jego nieuzasadnionego ograniczenia”.

Określając podmiot uprawniony do otrzymania stypendium sportowego, w uchwale zawarto ponadto, że miejscem zamieszkania osoby fizycznej musi być miasto Sosnowiec. Wynika z tego, że ustanawiając i finansując stypendia sportowe, gmina realizuje swoje zadanie własne³⁹ w zakresie sportu.

Z powyższego wynika, że stypendia sportowe, jako rezultat realizacji zadania własnego gminy w zakresie sportu, czy szerzej w zakresie kultury fizycznej⁴⁰, powinny być ustanawiane i finansowane dla członka tej wspólnoty lokalnej, tj. dla osoby fizycznej, która zamieszkuje na terenie gminy. Zamieszkanie należy rozumieć zgodnie z art. 25 Kodeksu cywilnego, gdzie wskazuje się, że „miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu”. Potwierdza to orzecznictwo sądów administracyjnych. Przykładowo Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 31 marca 2022 r., podkreślił, że w zakresie podmiotowym „istotnym jest wyłącznie przynależność do danej wspólnoty terytorialnej, wyznaczana kryterium zamieszkiwania na jej obszarze. A zatem potencjalnymi beneficjentami stypendium sportowego są wszyscy mieszkańcy danej gminy, o ile osiągają wyniki sportowe w sporcie mającym znaczenie dla danej gminy”⁴¹. Autor

³⁶ B. Uliasz, *Wykonywanie i organizowanie sportu w Polsce*, Toruń 2019, s. 66.

³⁷ Wyrok WSA w Krakowie z 25 kwietnia 2019 r., sygn. akt II SA/Kr 221/19, Lex nr 2657148.

³⁸ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 2 grudnia 2016 r., PN.4131.408.2016 (Dz. Urz. Woj. Warm.-Maz. z 2016 r., poz. 4936).

³⁹ M. Augustyniak, T. Moll, *Art. 7*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, wyd. trzecie, 2021, Lex. Zdaniem Moniki Augustyniak oraz Tomasza Molla „przy zaspokajaniu potrzeb wspólnoty organy gminy kierują się dobrem ogólnym mieszkańców gminy”. Zadanie własne gminy, w myśl art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, jest zadaniem publicznym, które służy zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej.

⁴⁰ Zgodnie z art. 2 ust 3 ustawy o sporcie „sport wraz z wychowaniem fizycznym i rehabilitacją ruchową składają się na kulturę fizyczną”.

⁴¹ Wyrok NSA z 31 marca 2022 r., sygn. akt II GSK 225/22, Lex nr 3343765.

z niniejszą konstatacją się w pełni zgadza, zatem należy podkreślić, że Rada Miejska Sosnowca prawidłowo określiła kryterium podmiotowe wynikające z art. 31 ust. 1 ustawy o sporcie.

Przechodząc do kolejnego zagadnienia, a mianowicie do analizy regulacji dotyczącej kryterium przedmiotowego, należy podkreślić, że zgodnie z § 1 ust. 1 uchwały określono, iż stypendium sportowe przyznaje się za osiągnięcie wyniku sportowego wskazanego w § 2, uwzględniając znaczenie danego sportu dla gminy Sosnowiec zgodnie z postanowieniami § 3. Tożsame przesłanki wynikają z art. 31 ustawy o sporcie, gdzie wskazano: „Jednostki samorządu terytorialnego mogą ustanawiać i finansować okresowe stypendia sportowe (...) dla osób fizycznych za osiągnięte wyniki sportowe (ust. 1)”. Ponadto w myśl ust. 3 „organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określa, w drodze uchwały, szczegółowe zasady, tryb przyznawania i pozbawiania oraz rodzaje i wysokość stypendiów sportowych, nagród i wyróżnień, o których mowa w ust. 1 i 2, biorąc pod uwagę znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego oraz osiągnięty wynik sportowy”.

W § 2 ust. 1 pkt 4 regulaminu, będącego załącznikiem do uchwały, lokalny prawodawca określił wyniki sportowe uprawniające do przyznania stypendium sportowego za współzawodnictwo w zakresie sportu elektronicznego, tj. w sporcie elektronicznym:

- za udział w międzynarodowym turnieju rangi mistrzowskiej: Majory w Counter Strike: Global Offensive, mistrzostwa świata w League of Legends (Worlds),
- za udział w międzynarodowych rozgrywkach ligowych: ESL Pro League, BLAST Premier, FLASHPOINT, League of Legends European Championship Series, League of Legends Championship Series,
- za udział w turnieju: DreamHack Open, Games Clash Masters, Good Game League, Intel Extreme Masters,
- za udział w ogólnopolskich rozgrywkach ligowych: ESL Mistrzostwa Polski, Ultraliga, Polska Liga Esportowa, ERL w League of Legends, Edu Esports League.

W tej części autor poszuka odpowiedzi na pytanie, czy Rada Miasta Sosnowca prawidłowo ustaliła zgodnie z wytycznymi upoważnienia ustawowego szczegółowego, zagadnienie wyniku sportowego.

Dokonując analizy prawnej przepisu art. 31 ust. 3 ustawy o sporcie, w którym jest zawarta pierwsza przesłanka przedmiotowa, należy od razu wyjaśnić, co należy rozumieć jako wynik sportowy. Pojęcie wyniku sportowego nie ma swojej definicji legalnej na gruncie ustawy o sporcie. W powszechnym rozumieniu wynik jest tym, „co powstało na skutek jakiegoś działania, zdarzenia lub procesu”⁴², czyli wynik sportowy będzie skutkiem rywalizacji oso-

⁴² Hasło: wynik, <https://sjp.pwn.pl/sjp/sport;2523172.html.pl/haslo/podglad/3829/wy-nik/4817815/dzialan> (data dostępu: 23.12.2022).

by fizycznej (zarówno amatora, jak i profesjonalisty) w ramach współzawodnictwa e-sportowego. Jak wynika z przepisu art. 31 ust. 3 ustawy, to rada gminy ma w ramach upoważnienia ustawowego uprawnienie wyłączone do określenia wyniku sportowego, który będzie uprawniał do otrzymania stypendium sportowego. W piśmiennictwie podkreśla się, że nie jest niezbędne, aby taki wynik był wyróżniający się czy też wysoki⁴³. Konstatację taką autor artykułu jak najbardziej aprobuje, gdyż przepis ustawy w tym zakresie nie określa żadnych wytycznych. Można mieć pewien niedosyt, że w uchwale Rada Miejska wskazała, że wynikiem sportowym jest udział w określonym turnieju, ale trzeba wskazać, iż są to rozgrywki, w których uczestniczą najlepsi zawodnicy e-sportowi (w wielu przypadkach aby wziąć udział w tych turniejach, należy przejść eliminacje).

Należy zaznaczyć jednocześnie, że osiągnięcie wyniku sportowego następuje w związku ze współzawodnictwem sportowym, a takie zasadniczo prowadzą polskie związki sportowe, natomiast w ramach e-sportu nie ma takiego związku. Czy zatem niemożliwe jest osiągnięcie wyniku sportowego zawodnika sportów elektronicznych w ramach współzawodnictwa?

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy o sporcie „w celu organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w danym sporcie może być utworzony polski związek sportowy”, który to przepis należy łącznie rozpatrywać z art. 13 ust. 1 ustawy: „Polski związek sportowy ma wyłączne prawo do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski w danym sporcie”. W ramach wykładni językowej dochodzimy do wniosku, że ustawodawca przyznał polskiemu związkowi sportowemu uprawnienie do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa, jednakże nie jest to podmiot wyłącznie uprawniony w tym zakresie (poza prawem organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski). Niniejsze zapatrywanie autora artykułu aprobuje Sławomir Fundowicz, który podkreśla, że polski związek sportowy nie jest wyłącznym podmiotem uprawnionym do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w ramach danej dyscypliny, ale takimi podmiotami mogą być również inne podmioty, w tym również osoby fizyczne⁴⁴.

Przenosząc tenże pogląd na grunt sportów elektronicznych, autor skłania się do wniosku, że jeśli nie tylko polski związek sportowy jest uprawniony na gruncie ustawy o sporcie do organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego (z wyłączeniem Mistrzostw Polski i Pucharu Polski), ale również inne podmioty, to finalnie należy skonstatować, iż w ramach e-sportu osoby fizyczne czy też prawne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, w tym np. producenci gier komputerowych, mogą być podmiotami uprawnionymi do organizacji współzawodnictwa sportowego.

⁴³ E.J. Krześniak, op. cit.

⁴⁴ S. Fundowicz, op. cit., s. 76.

Pogląd przeciwny prezentuje Paweł Derlecki, podkreślając, że „skoro zatem sport elektroniczny w Polsce nie doczekał się póki co utworzenia związku sportowego, to należy uznać, że wyniki sportowe uzyskiwane w ramach wirtualnej rywalizacji nie mogą stanowić podstawy do przyznawania zawodnikom e-sportowym stypendiów finansowanych przez jednostki samorządu terytorialnego”⁴⁵.

W tej części autor rozważy, czy Rada Miasta Sosnowca prawidłowo ustaliła zgodnie z wytycznymi upoważnienia ustawowego szczegółowego zagadnienie znaczenia danego sportu dla j.s.t.

Ostatnim kryterium przedmiotowym – poza osiągniętym wynikiem sportowym – jest uwzględnienie znaczenia danego sportu dla gminy Sosnowiec, zgodnie z postanowieniami § 3. W myśl § 3 ust. 1 regulaminu „stypendium przyznaje się za osiągnięcie wyniku sportowego w sporcie, w którym w celu organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w tym sporcie został utworzony i działa zgodnie z ustawą o sporcie polski związek sportowy lub w sporcie elektronicznym”.

Rozpoczynając rozważania w tym zakresie, również należy podkreślić brak wskazówek ze strony prawodawcy, jak należy interpretować zwrot „znaczenie danego sportu dla tej jednostki samorządu terytorialnego”. W *Słowniku języka polskiego* „mieć znaczenie” znaczy tyle, co ‘posiadanie wartości, bycie ważnym dla kogoś’⁴⁶. Warto przyrzeć się także orzecznictwu sądowemu. Przykładowo w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 15 października 2020 r.⁴⁷ sąd doszedł do wniosku, że „dyscyplinami sportowymi mającymi znaczenie dla jednostki samorządu terytorialnego mogą być dyscypliny o ugruntowanej tradycji lokalnej czy ponadlokalnej, cieszące się popularnością wśród mieszkańców (...)”. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 marca 2019 r. wskazano natomiast, że „nie ma także przeszkód, aby gmina za godne propagowania i wspierania uznała dyscypliny olimpijskie (paraolimpijskie) i wchodzące w skład współzawodnictwa ogólnopolskiego (...). Nie jest zadaniem sądu administracyjnego wnikać i weryfikować, z jakich powodów określone dyscypliny gmina uznała za mające dla niej znaczenie, w szczególności międzynarodowa ranga dyscypliny jest równie dopuszczalną przesłanką jak miejscowa tradycja w uprawnianiu jakiegoś sportu”. Zatem w orzecznictwie sądowym ścierają się dwa odmienne poglądy – pierwszy, że znaczenie dla społeczności lokalnej mogą mieć dyscypliny o ugruntowanej tradycji lokalnej lub ponadlokalnej, oraz drugi, że to gmina w ramach pełnej swobody może określić, jakie dyscypliny mają dla niej znaczenie jako te, które cieszą się określonym prestiżem ogólnopolskim czy międzynarodowym.

⁴⁵ P. Derlecki, *Dopuszczalność finansowania przez jednostki samorządu terytorialnego stypendiów sportowych przeznaczonych dla zawodników sportów elektronicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 12, s. 112–113.

⁴⁶ Hasło: znaczenie, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/znaczenie.html> (data dostępu: 23.12.2022).

⁴⁷ Wyrok WSA w Łodzi z 15 października 2020 r. sygn. akt II SA/Łd 497/20.

Mając na uwadze powyższe, autor artykułu stoi na stanowisku, że sport elektroniczny można uznać za mający znaczenie dla danej społeczności, jeśli cieszy się popularnością w ramach danej społeczności, a na terenie gminy organizowane jest w tym zakresie współzawodnictwo sportowe lub mieszkańcy gminy osiągają wyniki w ramach współzawodnictwa wykraczającego poza teren gminy. Należy wspomnieć, że w wielu miejscowościach na terenie Polski od wielu lat organizowane są profesjonalne rozgrywki e-sportowe, np. Intel Extreme Masters w Katowicach⁴⁸. Ponadto cyklicznie od wielu lat również w mniejszych miejscowościach prowadzone jest współzawodnictwo e-sportowe, organizowane często przez podmioty prywatne, choć także przez jednostki organizacyjne gmin miejskich czy wiejskich, np. ośrodki sportu i rekreacji (co było zauważalne szczególnie w okresie pandemii COVID-19).

W przedmiotowej uchwale w § 3 Rada Miejska Sosnowca określiła sport elektroniczny jako mający dla niej znaczenie: „1. Stypendium przyznaje się za osiągnięcie wyniku sportowego w sporcie, w którym w celu organizowania i prowadzenia współzawodnictwa w tym sporcie został utworzony i działa zgodnie z ustawą o sporcie polski związek sportowy, lub w sporcie elektronicznym. 2. Sporty, o których mowa w ust. 1, są sportami o szczególnym znaczeniu dla Gminy Sosnowiec”. W związku z powyższym Rada Miasta Sosnowca wzięła pod uwagę znaczenie sportu elektronicznego dla lokalnej społeczności. Można rozważać, czy w uchwale nie powinno zostać doprecyzowane, jaki sport elektroniczny jest dla niej ważny, tzn. czy rozgrywki np. w Star Craft, czy League of Legends, jednakże w ramach sportu elektronicznego, inaczej niż w sporcie tradycyjnym, nie mamy poszczególnych związków sportowych zajmujących się określoną dyscypliną, dlatego też takie wyodrębnienie mogłoby być problematyczne.

Podsumowanie

Konkludując, zdaniem autora – w ramach wywodów zaprezentowanych w niniejszym artykule – sport elektroniczny przy określonych założeniach może spełniać definicję sportu określoną w art. 2 ust. 1a ustawy o sporcie. W związku z tym istnieje prawna możliwość na gruncie ustawy o sporcie (mając zarazem na uwadze przepisy ustawy o finansach publicznych w zakresie wydatkowania środków budżetowych) do ustanawiania i finansowania przez gminy czy szerzej przez wszystkie j.s.t. okresowych stypendiów sportowych dla zawodników sportów elektronicznych.

Wniosek ten wywodzi się z następujących przesłanek: jeśli dane współzawodnictwo w e-sporcie jest organizowane przez osoby fizyczne czy też prawne

⁴⁸ <https://intelextrememasters.com> (data dostępu: 7.01.2023).

lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (nie musi to być polski związek sportowy) i w ramach tego współzawodnictwa dana osoba fizyczna osiągnie określony przez lokalnego prawodawcę wynik sportowy w ramach współzawodnictwa intelektualnego (rywalizacji w ramach gry opartej na aktywności intelektualnej), a dodatkowo sport elektroniczny ma znaczenie dla tej jednostki samorządu terytorialnego, to nie ma przeszkód prawnych, aby ustanowić i finansować stypendia sportowe.

Według autora przedmiotowa uchwała Rady Miejskiej Sosnowca, w aspekcie dotyczącym stypendium dla zawodników e-sportowych, mimo że można ją uznać za pionierską, spełnia wytyczne w zakresie kryterium przedmiotowego oraz podmiotowego określonego w art. 31 ustawy o sporcie. Jako akt prawa miejscowego została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Śląskiego i przeszła analizę organu nadzoru. W ramach wniosków *de lege ferenda*, ze względu na specyfikę e-sportu oraz występujących zasadniczych odmienności od sportu tradycyjnego, należy wnioskować o wprowadzenie kompleksowej regulacji dotyczącej sportu elektronicznego.

Wykaz literatury

- Augustyniak M., Moll T., *Art. 7*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, wyd. trzecie, 2021, Lex.
- Biliński M., *Sport elektroniczny. Charakter prawny*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Cajsel W., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2011, Legalis.
- Ciapała J., *Powszechnie obowiązujące akty prawa miejscowego*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 3.
- Daniel P., *Forma przyznania przez jednostkę samorządu terytorialnego stypendiów sportowych oraz nagród i wyróżnień za osiągnięte wyniki sportowe. Głosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r., I OSK 1222/17*, „Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych” 2019, nr 3.
- Danielsson K., *E-sport: rörelse utan rörelse*, <https://idrottsforum.org/articles/danielsson/danielsson051214.pdf>
- Dauerman T., *Stypendia sportowe ustanawiane przez jednostki samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2017, nr 7–8.
- Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Derlecki P., *Dopuszczalność finansowania przez jednostki samorządu terytorialnego stypendiów sportowych przeznaczonych dla zawodników sportów elektronicznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021, nr 12.
- Drabik L., Sobol E., *Słownik języka polskiego*, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2007.
- Foks J., *Stypendia sportowe – zagadnienia publicznoprawne*, „Sport Wyczynowy” 2002, nr 11–12.
- Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Jakubowski A., *Test decyzji administracyjnej i dopuszczalność modyfikacji trybu jej wydawania aktem podstawowym. Głosa do wyroku NSA z dnia 19 marca 2019 r.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 2.

- Jae-gu Y., Yunduk J., *A case study of factors impacting aspiring e-sports athletes in South Korea*, „Studia sportiva” 2022, nr 2.
- Jonasson K., Thiborg J., *Electronic sport and its impact on future sport*, „Sport in Society” 2010, nr 13.
- Kopańko K., *Polski e-sport*, Znak Horyzont, Kraków 2021.
- Krześniak E.J., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, 2020, Lex.
- Kuczkowski P., *Glosa aprobowująca do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 grudnia 2017 r. Sygn. akt II GSK 282/16*, „Roczniki Prawa i Administracji” 2021, z. 4.
- Kunc-Urbańczyk K., *Analiza prawna regulacji e-sportowych we Francji*, [w:] K. Grzybczyk (red.), *E-sport. Prawne aspekty*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Ludyga M., *Czy e-sport jest sportem?*, [w:] K. Grzybczyk (red.), *E-sport. Prawne aspekty*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, TNOiK, Toruń 2001.
- Park S.J., *Is esport ‘real’ sport?*, „The Korean Journal of Physical Education” 2020, nr 59.
- Radke H., *Sport i prawo*, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Sosnowski W., *Prawne i organizacyjne uwarunkowania rozwoju e-sportu w Republice Korei (Korei Południowej)*, [w:] Ł. Klimczyk, M. Leciak (red.), *E-sport. Aspekty prawne*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Tetlak K., *Finanse publiczne i podatki w sporcie*, [w:] M. Leciak (red.), *Prawo sportowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Tetlak K., *Stypendium sportowe*, [w:] M. Leciak (red.), *Leksykon prawa sportowego. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Uliasz B., *Wykonywanie i organizowanie sportu w Polsce*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2019.
- Waśkowski Z., *Uwarunkowania i sposoby wdrażania orientacji marketingowej w klubach sportowych*, Wyd. UE, Poznań 2007.

Summary

Legal aspects of the establishment and financing of a periodic stipend for e-sports players by municipalities. The case of the city of Sosnowiec

Keywords: administrative law, E-sport, sports scholarship, electronic sports, local act.

The purpose of this study is to address the legal problem of finding an answer to the question of the permissibility of municipalities establishing and financing periodic sports scholarships for athletes of electronic sports based on Article 31 of the Sports Act.

This study also undertook an analysis of the pioneering resolution of the Sosnowiec City Council concerning sports scholarships for individuals achieving results in electronic sports competition, from the point of view of the occur-

rence in it of the subject and object premises specified in the Sports Act. The results of the research contained in this paper have proven that there is a legal possibility, based on the Sports Act (at the same time bearing in mind the provisions of the Public Finance Act regarding the expenditure of budget funds), of establishing and financing periodical sports scholarships for eSports competitors by municipalities, or more broadly by all local authorities. The article is original in nature and is devoted entirely to the issue of periodic scholarships for e-sports players. Bearing in mind the individual works on e-sports financing, the elaboration of this issue within the article, in the author's opinion, will undoubtedly enrich the current literature. The analysis of the problem was based primarily on the Polish provisions of the Act, which contains the regulations on sports scholarships, as well as on case law and doctrine.

Marek Kulik

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

ORCID: 0000-0003-0191-6558

marek.kulik@mail.umcs.pl

Czy niestawiennictwo do odbycia czynnej służby wojskowej jest występkiem trwałym?

Występek z art. 144 § 1 Kodeksu karnego (dalej jako k.k.) polega na niezgłoszeniu się osoby powołanej do odbycia czynnej służby wojskowej w określonym terminie i we wskazanym miejscu. Dość powszechnie jest określany w literaturze i doktrynie jako występpek trwały, przy czym przyjmuje się, że jest to występpek trwały z zaniechania, a czas jego popełniania rozciąga się tak długo, jak długo istnieje obowiązek zgłoszenia się do służby wojskowej¹.

Niesie to ze sobą szereg skutków charakterystycznych dla przestępstwa rozciągniętego w czasie. Czasem ich popełnienia jest okres między pierwszym

¹ Wyrok SN z 23 sierpnia 1974 r., sygn. akt Rw 412/74, Lex nr 21638; uchwała SN z 30 września 1985 r., sygn. akt U 1/85; OSNKW 1986, z 1, poz. 3; wyrok SN z 11 marca 2021 r., sygn. akt V KK 33/21, Lex nr 3209564; postanowienie SN z 26 maja 2021 r., sygn. akt I KZP 11/20, Lex nr 3215598 z głosą krytyczną J. Kuleszy, „Przegląd Sejmowy” 2023, nr 1, s. 127–144; P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 577; S. Hoc, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 919; idem, *Przestępstwo niezgłoszenia się do służby (art. 144 Kodeksu karnego) – wybrane aspekty*, „Prawo w Działaniu” 2022, nr 51, s. 8 (tekst stanowi streszczenie wyroku SN z 11 marca 2021, sygn. akt V KK 33/21, bez analitycznego wkładu autorskiego, jednak jednym z przytoczonych poglądów jest ten o trwałym charakterze czynu, o którym mowa). Wprost o trwałym charakterze czynu pisze S. Hoc, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 922. Z kolei w jeszcze innym miejscu autor ten pomiędzy innymi, czasem wzajemnie się wykluczającymi poglądami z orzecznictwa, cytuje *in extenso* bez własnego komentarza tezę uchwały z 30 września 1985 r., sygn. akt U 1/85, co pozwala domniemywać, że ją akceptuje. Zob. S. Hoc, [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Gdańsk 2005, s. 101. W zasadzie wprost nie wypowiadają się w tej sprawie M. Flemming, J. Wojciechowska, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1, Warszawa 2010, s. 122, choć piszą o utrzymywaniu stanu przestępnego, co pozwala mniemać, że uważają ten czyn za trwały. Za trwały uznają ten występpek: P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Mozgawa (red.), op. cit., s. 577; Z. Ćwiakalski, [w:] W. Wróbel A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–211a (cz. 1)*, Warszawa 2017, s. 235; J. Kulesza, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. 2: *Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2021, s. 215; D. Gruszecka, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 142.

zachowaniem rozpoczynającym realizację ustawowych znamion a zakończeniem stanu przeciwprawnego. Istotę przestępstwa trwałego zręcznie i obrazowo ujmuje Jan Kulesza, pisząc, że jest to takie przestępstwo, w którym spowodowany przez sprawcę stan przeciwprawny trwa już po dokonaniu czynu zabronionego, a sprawca jest władny go zakończyć². Zatem w pewnym momencie następuje dokonanie, ale czyn jest popełniany także i po dokonaniu – czas zakończenia czynu zabronionego jest późniejszy, niekiedy znacznie późniejszy. Z punktu widzenia instytucji, która nasuwa się chyba od razu, czyli przedawnienia karalności, nie ma to wielkiego znaczenia. Termin przedawnienia karalności uruchamia się bowiem nie w czasie dokonania, czyli zrealizowania wszystkich ustawowych znamion czynu zabronionego, lecz w czasie zakończenia. Znamię czynnościowe przestępstwa trwałego polega na wywołaniu i utrzymaniu stanu przeciwprawnego. Z kolei termin przedawnienia karalności biegnie od czasu nie dokonania, a popełnienia czynu zabronionego. Nie ma wątpliwości, że jeśli po dokonaniu sprawca jeszcze przez jakiś czas popełnia czyn zabroniony, a tak właśnie jest w wypadku przestępstwa trwałego, to termin przedawnienia karalności biegnie od ostatniego czasu, w którym czyn ten jeszcze był popełniany, zupełnie niezależnie od tego, że był popełniany też wcześniej³.

W wypadku innych instytucji niż przedawnienia karalności nie jest już tak łatwo. Można sobie wyobrazić, że część przestępstwa trwałego jest popełniona w czasie przed upływem terminu tzw. przedawnienia recydywy specjalnej, a część po tym terminie⁴, że część czynu trwałego jest popełniona przed ukończeniem przez sprawcę 17 lat życia, że następuje zmiana ustawy karnej w czasie trwania stanu przeciwprawnego, że zmienia się układ personalny, np. sprawca wywołuje stan przeciwprawny sam, a okresowo podtrzymuje go wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami (względnie odwrotnie), albo że ma miejsce podżeganie lub pomocnictwo ograniczone tylko do pewnych etapów czynu trwałego.

Całe to spektrum zagadnień aktualizuje się w sytuacji, kiedy uznamy, że rzeczywiście mamy do czynienia z występkiem trwałym. To zaś w wypadku niestawiennictwa do służby wojskowej wcale nie jest takie oczywiste, jak mogłoby się początkowo wydawać.

Występek ten dość powszechnie jest uważany za trwały. Jednak takie powszechne rozumienie rzadko jest połączone z jakąś głębszą analizą. Czasem

² J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2021 r., sygn. akt I KZP 11/20*, „Przegląd Sejmowy” 2023, nr 1, s. 129.

³ M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 278.

⁴ Zob. interesujące uwagi K. Kmańka, *Termin przedawnienia recydywy specjalnej w przypadku przestępstw rozciągniętych w czasie. Kilka uwag o czasie popełnienia przestępstwa*, „Prawo i Więź” 2021, nr 1, s. 271 i nast.

(częściej) w ogóle nie jest⁵, a jeżeli jest, sprowadza się do stwierdzenia, że w razie niewykonania obowiązku w terminie, obowiązek ten nadal ciąży na sprawcy, a skoro tak, przestępstwo jest popełniane przez cały czas, w którym nie stawia się on do odbycia służby wojskowej⁶. Tymczasem kwestia ta zasługuje na uwagę choćby właśnie z powodu niedostatków argumentacji podnoszonej na rzecz poprawności stawianej tezy.

Wypada zacząć od przypomnienia, na czym polega realizowanie znamion przestępstwa trwałego, następnie należy ustalić, na czym polega zrealizowanie znamion niestawienictwa do odbycia służby wojskowej. W istocie chodzi o zbadanie, na czym polega czynność wykonawcza w obu przypadkach – do tego bowiem da się sprowadzić zagadnienie. To pozwoli na stwierdzenie, czy uchylanie się od stawienictwa do odbycia służby wojskowej jest występkiem trwałym.

Chyba najklarowniej mechanizm popełniania czynu z art. 144 § 1 k.k. postrzeganego jako występki przedstawia J. Kulesza⁷. Autor ten wychodzi od stwierdzenia, że przestępstwo trwałe to takie, w którym sprowadzony przez sprawcę stan przeciwnyprawy trwa już po dokonaniu czynu zabronionego, a sprawca jest władny go zakończyć,⁸ co jest trafnym ujęciem istoty przestęp-

⁵ S. Hoc, [w:] R.A. Stefański (red.), op. cit., s. 919; idem, *Przestępstwo niezgłoszenia się...*, s. 8; uchwała SN z 30 września 1985 r., sygn. akt U 1/85, OSNKW 1986, z. 1, poz. 3; wyrok SN z 11 marca 2021 r., sygn. akt V KK 33/21, Lex nr 3209564; postanowienie SN z 26 maja 2021 r., sygn. akt I KZP 11/20, Lex nr 3215598 z glosą krytyczną J. Kuleszy, „Przegląd Sejmowy” 2023, nr 1, s. 127–144.

⁶ Wyjątek stanowi ujęcie J. Kuleszy, który klarownie wyjaśnia, czemu postrzega omawiane przestępstwo jako występki trwałe – J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja...*, s. 129. Patrz też przypis 7 niniejszego opracowania.

⁷ Dodam, że wywód ten należy szczególnie docenić, gdyż jest on prowadzony niejako na marginesie analizy głównego problemu badawczego, którym J. Kulesza uczynił zagadnienie wpływu stanu osoby stawiającej się do odbycia służby na odpowiedzialność za omawiany występki. Autor ten, odnosząc się do głosowanego postanowienia SN, słusznie wytknął, że SN ucieka od istoty problemu, wchodząc w kwestie nieistotne dla jej zbadania. Podjął zatem sam – skądinąd bardzo interesującą – próbę zbadania tego, przed czym SN się uchylił, a kwestię trwałości przestępstwa tylko zasygnalizował. Siłą rzeczy sygnalizacja ta musiała być zwięzła. Zwraca uwagę, że mimo zwięzłości, ma ona te zalety, jakich nie ma wiele innych ujęć w tym zakresie, ograniczających się do stwierdzenia, że mamy do czynienia z występkiem trwałym. Już w tym miejscu trzeba zastrzec, że w zakresie zagadnienia, które J. Kulesza uczynił głównym przedmiotem swych badań, czyli wpływu zdolności do odbywania służby na realizację znamion, podzielał stanowisko autora, z jednym drobnym uzupełnieniem. Uważam, że stawienie się w terminie, ale w stanie niezdolności do pełnienia służby, jest niestawienictwem w rozumieniu art. 144 § 1 k.k. Jednak jeżeli sprawca stawia się na tyle długo przed upływem terminu stawienictwa, że zdąży odzyskać stan zdolności do pełnienia służby przed owym upływem, do realizacji ustawowych znamion jednak nie dochodzi.

⁸ J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja...*, s. 129. Zob. też: idem, [w:] P. Daniluk (red.), *Leksykon prawa karnego – część ogólna. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2018, s. 271. Por. starsze ujęcia: I. Andrejew, *Glosa do uchwały SN z dnia 29 XI 1962 r. (sygn. VI KO 60/62)*, OSPiKA 1963, z. 10, s. 568; J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 123; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 396; W. Grzeszczyk, *Glosa do uchwały SN z dnia 10 VII 1987 r. (sygn. VI KZP 8/87)*, „Problemy Prawo-żalności” 1988, nr 8–9, s. 107; J. Kulesza, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r.*,

stwa trwałego, a następnie zwięźle przenosi to ustalenie na grunt art. 144 § 1 k.k., stwierdzając, że skoro czyn zostaje dokonany w momencie niezgłoszenia się do służby⁹, to zgłoszenie się nie znosi dokonania, kończy jedynie stan przeciwprawny, przestępstwo staje się i dokonane, i zakończone¹⁰.

Z tej perspektywy występki z art. 144 § 1 k.k. jest typowym występkiem trwałym, polegającym za wywołaniu i utrzymywaniu stanu przeciwprawnego – sprawca dokonuje czynu zabronionego, nie zgłaszając się do odbywania służby w terminie, a jego dalsze niezgłaszanie się stanowi realizację czynu zabronionego¹¹.

Postrzeganie występkę, o którym mowa, jest funkcją sposobu rozumienia trwałości cechującej występki trwałe. Wiemy, że trwałość owa sprowadza się do tego, że sprawca wywołuje i utrzymuje stan bezprawny, który trwa przez cały czas popełniania czynu, a przerwanie go jest w mocy sprawcy¹². Do przestępstw trwałych zaliczają się te, które polegają na zabronionym posiadaniu różnych przedmiotów,¹³ a także bezprawne pozbawienie wol-

sygn. I KZP 7/10, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6, s. 171; L. Lernell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Warszawa 1969, s. 291; W. Wolter, *Glosa do wyroku SN z dnia 4 V 1972 r.* (sygn. IV KR 210/71), „Nowe Prawo” 1973, nr 1, s. 166.

⁹ Należy podkreślić, że niezgłoszenia się w terminie.

¹⁰ J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 26 maja...*, s. 169.

¹¹ Idem, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca...*, s. 129.

¹² I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 252; J. Bafia, op. cit., s. 1989; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 151; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 402; W. Wolter, *Prawo karne – zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 86 oraz 389 i nast.; idem, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 351; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 219–220; J. Waszczyński, [w:] J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, s. 117–118; M. Cieślak, op. cit., s. 396; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 124–125; idem, *Wykroczenia ciągłe i wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1962, nr 3, s. 34 i nast.; G. Rejman, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 81; L. Tyszkiewicz, *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 359–361; J. Kulesza, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca...*, s. 165; M. Olszewski, *Wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989, nr 3, s. 26 i nast. Por. też uchwała SN z 20 grudnia 1972 r., sygn. akt VI KZP 61/72, OSNKW 1973, z. 2–3, poz. 23; wyrok SN z 20 grudnia 1975 r., sygn. akt II KRn 46/75, OSNKW 1976, z. 2, poz. 27; uchwała SN z 10 lipca 1987 r., sygn. akt VI KZP 8/87, OSNKW 1987, z. 11–12, poz. 97; wyrok SN z 13 sierpnia 1993 r., sygn. akt WR107/93, OSNKW 1993, z. 11–12, poz. 74; uchwała SN z 24 czerwca 1994 r., sygn. akt I KZP 13/94, OSNKW 1994, z. 7–8, poz. 42; uchwała SN z 7 września 2000 r., sygn. akt I KZP 22/00, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 79; postanowienie SN z 25 marca 2010 r., sygn. akt IV KK 315/09, OSNKW 2010, z. 8, poz. 67.

¹³ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 331; A. Gubiński, *Zasady prawa...*, s. 125; F.Ch. Schroeder, *Besitz als Straftat*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 561 i nast.; E. Struensee, *Besitzdelikte*, [w:] E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Ferster, W. Reiß (red.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden 1999, s. 716–721; A. Piaczyńska, *Posiadanie jako znamię czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 63; wyrok SN z 13 sierpnia 1993 r., sygn. akt WR 107/93, OSNKW 1993, z. 11–12, poz. 74.

ności¹⁴, dezercja w postaci polegającej na pozostawaniu poza jednostką lub wyznaczonym miejscem przebywania¹⁵, przestępstwo niepowrócenia do zakładu karnego określone w art. 242 § 2 k.k.¹⁶ Jest występkiem trwałym udaremnianie egzekucji w zakresie, w jakim polega na ukrywaniu przedmiotu¹⁷. Można uważać za występki trwałe przestępną niealimentację (art. 209 k.k.)¹⁸.

Cechą czynu trwałego jest wywołanie i utrzymywanie stanu bezprawnego czy też stanu sprzecznego z prawem. Jednak wydaje się, że nie jest to jego cecha konstytutywna, a raczej konieczny efekt ujęcia jego znamienia czynnościowego. To, że sprawca wywołuje stan spreczny prawem, jest koniecznym skutkiem wyczerpania ustawowych znamion przestępstwa trwałego, ale jest tak dlatego, że tak, a nie inaczej, ujęte są ustawowe znamiona czynu¹⁹. Jednak trzeba dodać, że stan bezprawnym o którym mowa, jest stanem bezprawnym na gruncie prawa karnego. Mowa zatem nie o stanie bezprawnym z punktu widzenia jakiegokolwiek dziedziny prawa, a o stanie bezprawnym na gruncie prawa karnego.

Jest to stwierdzenie niezwykle istotne dla ustalenia, co właściwie jest zabronione i na czym polega występki trwałe. Dodajmy, że rzecz nie tkwi w tym, jak rozumieć bezprawność na gruncie prawa karnego, czy poprawne

¹⁴ M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności (art. 165 k.k.)*, Lublin 1994, s. 126–140; L. Tyszkiewicz, op. cit., s. 361; W. Wolter, *Prawo karne...*, s. 86; J. Waszczyński, [w:] J. Waszczyński (red.), op. cit., s. 118.

¹⁵ Postanowienie SN z 5 kwietnia 1966 r., sygn. akt Rw 234/66, OSNKW 1966, z. 7, poz. 74. Wątpliwości może budzić, czy dezercja w postaci opuszczenia jednostki w celu trwałego uchylenia się od służby wojskowej jest przestępstwem trwałym (L. Tyszkiewicz, op. cit., s. 361). Wśród przykładów przestępstwa trwałego wymienia je M. Kulik, op. cit., s. 277, jednak można mieć wątpliwości, czy na pewno dezercja w postaci oddalenia się z jednostki lub miejsca przebywania ma cechę trwałości. Niewątpliwie sprawca działa w celu trwałego uchylenia się od służby wojskowej, jednak znamię to charakteryzuje stronę podmiotową czynu zabronionego. Sprawca nie uchyla się trwale od służby wojskowej, lecz opuszcza jednostkę lub miejsce w celu trwałego uchylenia się od służby. Z tego punktu widzenia można sądzić, że to nie jest przestępstwo trwałe.

¹⁶ Uchwała SN z 7 września 2000 r., sygn. akt I KZP 22/00, OSNKW 2000, z. 9–10, poz. 79. Por. też głosę krytyczną A. Marek, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 1, s. 108 i nast. oraz aprobowaną D. Wysockiego, OSP 2001, z. 12, poz. 182. Podobnie: uchwała SN z 17 marca 2000 r., sygn. akt I KZP 58/99, OSNKW 2000, z. 3–4, poz. 23 z głosem aprobowaną J. Cieszkowskiej, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 2, s. 108. Zob. W. Dadak, *Przestępstwo tzw. niepowrotu do zakładu karnego lub aresztu śledczego (art. 242 § 2 k.k.)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1999, z. 24–25, s. 14–15.

¹⁷ Por. uchwałę SN z 20 grudnia 1972 r., sygn. akt VI KZP 61/72, OSNKW 1973, z. 2–3, poz. 23.

¹⁸ Sprawca naraża pokrzywdzonego na niemożność zaspokojenia potrzeb życiowych, co stanowi skutek względnie trwały i możliwy do uchylenia przez sprawcę. Por. wyrok SA w Lublinie z 17 stycznia 2002 r., sygn. akt II KKN 45/01, Lex nr 53020.

¹⁹ Dlatego właśnie W. Wróbel słusznie podaje, że sytuacja, kiedy moment dokonania i zakończenia czynu zabronionego nie pokrywają się w układzie, w którym po dokonaniu czynu zabronionego, a więc realizacji wszystkich znamion typu czynu zabronionego, może dojść do dalszej realizacji znamion – W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, 2003, Lex, rozdz. V, 7.3.

jest jej ujęcie monistyczne²⁰ czy pluralistyczne²¹. Uważając, że istnieje jedna bezprawność, a w jej ramach karalność, dochodzimy na gruncie analizowanego zagadnienia do podobnych praktycznych wniosków, jak stojąc na stanowisku, że każda dziedzina prawa operuje swoim własnym ujęciem bezprawności. Istotne jest bowiem, że jakieś zachowanie może być bezprawne karnie lub (w zależności od ujęcia) karygodne i jednocześnie bezprawne administracyjnie (cywilnie) lub (w zależności od ujęcia) po prostu bezprawne. Ale może też być i tak, że dane zachowanie nie jest karygodne, będąc bezprawne, lub – inaczej rzecz ujmując – jest bezprawne na gruncie prawa administracyjnego lub cywilnego, nie będąc bezprawnym na gruncie prawa karnego. Stojąc na stanowisku, że prawo karne może (choć czyni to niezwykle rzadko) zabraniać pod groźbą kary zachowań, które nie są bezprawne na gruncie innych gałęzi prawa, będę trzymał się konwencji pojęciowej, zgodnie z którą istnieje rozróżnienie między bezprawnością karną, administracyjną i cywilną. Zaznaczam jednak, że przyjęcie tej koncepcji nie ma znaczenia dla oceny charakteru niestawieństwa do odbycia służby, gdyż mamy tu do czynienia z zachowaniem, które stanowi bezprawie zarówno na gruncie prawa karnego, jak i administracyjnego. Pozwala to nie tylko na prezentowanie każdej z konkurujących koncepcji bezprawności, ale ma też znaczenie dla samej istoty zagadnienia.

Obowiązek stawieństwa do pełnienia służby wojskowej wynika z art. 160 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny²². Zgodnie z tym przepisem osoba powołana do odbycia obowiązkowej zasadniczej służby wojskowej jest obowiązana stawić się do tej służby w określonym terminie i miejscu. W przypadku niestawienia się osoby powołanej do odbycia obowiązkowej zasadniczej służby wojskowej bez uzasadnionej przyczyny starosta (prezydent miasta na prawach powiatu), właściwy ze względu na jej miejsce pobytu stałego albo pobytu czasowego trwającego ponad 3 miesiące, na wniosek szefa wojskowego centrum rekrutacji, zarządza przymusowe doprowadzenie powołanego przez Policję do wskazanej jednostki wojskowej w trybie przepisów

²⁰ Zob. w szczególności: A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Kra-kowskie Studia Prawnicze” 1990, R. XXIII, s. 72 i nast.; idem, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz, maj 1990*, Wrocław 1990, s. 103; idem, *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*, [w:] B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Katowice 1992, s. 304; P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontrakt czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1, s. 17; W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawo karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8, s. 5 i nast.

²¹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu*, Warszawa 2009, s. 461 i nast.; R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 328 i nast.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych*, Warszawa 2005, s. 70 i nast.

²² Dz.U. z 2022 r., poz. 2305 ze zm.

o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (art. 160 ust. 2 ustawy o obrocie Ojczyzny). Zatem w wypadku niestawienia do odbycia służby wojskowej w określonym czasie powstaje stan przeciwny, który może zostać zniesiony przez dwa zdarzenia: stawienie do odbycia służby lub przymusowe doprowadzenie w trybie określonym w art. 160 ust. 2 ustawy²³. Czy to jednak ten właśnie stan przeciwny jest sankcjonowany przez art. 144 § 1 k.k.? I tak, i nie.

Otóż niewątpliwie sprawca czynu trwałego²⁴ wywołuje stan przeciwny²⁵. Stan ten musi być przez sprawcę podtrzymywany. W danym wypadku podtrzymywanie go odbywa się przez niewykonywanie ciężącego na sprawcy obowiązku.

Stwierdzenie to nie jest specjalnie odkrywczym. Skoro – jak się przyjmuje – jest to czyn trwały z zaniechania, jego popełnianie, czyli innymi słowy realizowanie czynności sprawczej polega na podtrzymywaniu stanu sprzecznego

²³ Rzecz jasna w wypadku, gdy niestawienie wynikało z uzasadnionej przyczyny, nie powstaje stan przeciwny, zachowanie nie jest bezprawne administracyjnie. Ponieważ art. 144 § 1 k.k. tworzy sankcję karną dla zakazu administracyjnego, nie może być też mowy o przestępstwie. Otwartą kwestią pozostaje, czy czyn nie jest pierwotnie, czy wtórnie bezprawny. Jest to zagadnienie uboczne dla tematu niniejszego opracowania, dlatego go nie rozwijam.

²⁴ Używane (także tutaj) określenie „przestępstwo trwałe” oceniam jako poprawne, dlatego posługuję się nim. Uważam jednak za potrzebne zaznaczenie, że trwałość w strukturze przestępstwa występuje na poziomie typizacji. Trwałość jest kwestią ujęcia ustawowych znamion czynu zabronionego, konkretnie znamienia czynności wykonawczej. Istnieje zatem przestępstwo trwałe, które jednak pierwotnie są czynami zabronionymi o charakterze trwałym.

²⁵ Uboczną kwestią jest, czy stan ten można uznać za skutek. Piszący te słowa tak właśnie określił ów stan (M. Kulik, op. cit., s. 279), aczkolwiek jest to też w znacznej mierze kwestia sposobu rozumienia skutku jako takiego. Dlatego widzę mocne strony stanowiska, K. Kmąka, op. cit., s. 280, który uważa, że w stan przeciwny wywołany czynem trwałym nie musi stanowić skutku przestępnego charakteryzującego czyn o charakterze materialnym. Jeżeli przyjąć, że skutkiem czynu jest wywołana przez sprawcę czynnością sprawczą zmiana w świecie zewnętrznym, dająca się w jakiś sensowny sposób odłączyć (odseparować) od samej czynności wykonawczej, to można stać na stanowisku, że stan przeciwny, który wywołuje sprawca, nie jest skutkiem, lecz charakteryzuje czynność wykonawczą. Sprawca stan ów bowiem swym działaniem lub zaniechaniem podtrzymuje i wówczas można mieć wątpliwość, czy owo oddzielenie, o którym tu mowa, w istocie ma miejsce. Wymagana separacja skutku od czynności wykonawczej może mieć bardzo różne postaci. W gruncie rzeczy nie da się wskazać żadnych uniwersalnych cech owej separacji. Gdyby uznać, że skutek musi istnieć choć chwilę dłużej niż czynność, która go wywołała, musielibyśmy uznać, że przestępstwo trwałe nie musi być skutkowe, gdyż stan przeciwny istnieje tak długo, jak długo jest podtrzymywany. Gdyby zaś owa separacja skutku od czynności, która go wywołała, nie musiała polegać ani wiązać się z odsunięciem w czasie, można byłoby stan przeciwny wywołany zachowaniem sprawcy potraktować jako skutek przestępny. Na obecnym etapie swojej refleksji nad istotą przestępstwa trwałego i skutku przestępnego skłonny jestem przychylić się do pierwszego z tych poglądów, rewidując swoje stanowisko wyrażone wcześniej. Kwestia ta nie jest pierwszorzędna dla analizowanej problematyki, z tym jednak zastrzeżeniem, że jej roztrząsanie unaocznia niezwykle istotną okoliczność – mianowicie że stan przeciwny charakterystyczny dla przestępstwa trwałego utrzymywany jest przez wykonywanie czynności sprawczej. W tym sensie nie jestem bardzo przywiązany do wyrażonego swego czasu poglądu o tym, że przestępstwo trwałe zawsze ma charakter skutkowy – zob. M. Kulik, *Glosa do wyroku SN z 24.10.2013 r. (III KK 311/13), LEX nr 1379928*, „Prawo w Działaniu” 2014, nr 18, s. 186.

z prawem przez niewykonywanie ciążącego na sprawcy obowiązku. Nie powinno bowiem być wątpliwości, że trwały charakter przestępstwa musi wynikać wprost z ujęcia jego ustawowych znamion²⁶. Konkretnie chodzi o ujęcie znamienia czynnościowego, przez realizację którego sprawca podtrzymuje stan sprzeczny z prawem. Odmienne, według mnie niesłusznie, uważa Katarzyna Banasik, która jest zdania, że trwałość może wynikać z okoliczności popełnienia konkretnego czynu²⁷. Takie ujęcie sprawia, że i w wypadku czynu z art. 144 § 1 k.k. mielibyśmy typowo do czynienia z występkiem trwałym. Recz jednak w tym, że trwałość charakteryzująca stan bezprawny będzie wówczas wywołana realizacją znamion, ale nie będzie ową realizacją znamion podtrzymywana. Właśnie dlatego należy podkreślić, że dla bytu czynu trwałego ujęcie ustawowych znamion jest absolutnie kluczowym, co więcej – jedynym warunkiem. Trwałość zatem musi wynikać z określenia czynności sprawczej.

W wypadku analizowanego typu czynu zabronionego sprawca nie wykonuje obowiązku stawienia się do odbycia służby wojskowej. Nie stawiając się w terminie, wywołuje stan sprzeczny z prawem, a nie stawiając się, w dalszym ciągu stan ten podtrzymuje.

Niestawienictwo do odbycia służby wojskowej po upływie terminu niewątpliwie stanowi podtrzymywanie stanu sprzecznego z prawem wywołanego przez sprawcę niestawieniem się w terminie. Czy jednak stanowi realizację ustawowych znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 144 § 1 k.k.? Otóż można i należy mieć co do tego istotne wątpliwości. Czyn trwały polega na wywołaniu i utrzymywaniu stanu sprzecznego z prawem, ale nie chodzi o stan sprzeczny z prawem cywilnym czy administracyjnym, lecz o stan sprzeczny z prawem karnym i to niezależnie od tego, czy wywołany stan sprzeczny z prawem nazwać stanem bezprawnym prawnokarnie, czy po prostu stanem karygodnym²⁸. Istotne jest to, że stan sprzeczny z prawem nie tylko zostaje wywołany, ale i jest podtrzymywany zachowaniem sprawcy, lecz nie jakimkolwiek, tylko realizującym znamię czynnościowe. Zatem podtrzymywanie stanu bezprawnego winno być skuteczniiane przez zachowanie realizujące znamię czynnościowe. Jest to podstawowa cecha czynu trwałego, niekiedy umykająca w refleksji nad istotą trwałości, która to refleksja, często skupiona na stwierdzeniu zaistnienia stanu przeciwprawnego, pomija zagadnienie sposobu podtrzymywania stanu przeciwprawnego (czy stanu karygodnego). Dobrze widać to na przykładzie czynu trwałego polegającego na nielegalnym posiadaniu broni. Sprawca rozpoczyna realizację znamienia czynnościowego, nabywając

²⁶ Zob. J. Kulesza, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja...*, s. 179; L. Tyszkiewicz, op. cit., s. 365; M. Nawrocki, *Przestępstwo trwałe w teorii i praktyce*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 6, s. 28 i nast.; K. Kmak, op. cit., s. 277.

²⁷ K. Banasik, *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8, s. 105–106.

²⁸ Co zależy w istocie od przyjęcia monistycznej lub pluralistycznej koncepcji bezprawności.

posiadanie broni. Wywołuje w ten sposób stan przeciwprawny i podtrzymuje go stale, ale czyni to w ten sposób, że realizuje znamie czynnościowe. Stale bowiem posiada broń, co jest zabronione pod groźbą kary. Jest to sytuacja inna niż w wypadku bigamii, gdy sprawca, zawierając związek małżeński, mimo że pozostaje w innym takim związku, wywołuje stan przeciwprawny, który trwa i później²⁹, ale który nie musi być już zachowaniem sprawcy podtrzymywany. Podobnie jest w wypadku kilku innych typów, kiedy sprawca wywołuje realizacją stan sprzeczny z prawem, który trwa po zakończeniu wykonywania czynności sprawczej³⁰.

Jasne jest, że nielegalne posiadanie broni jest czynem trwałym, a bigamia jest czynem jednorazowym ze skutkiem trwałym. Spójrzmy teraz na niestawienie do odbycia służby wojskowej. Otóż art. 140 § 1 k.k. zabrania pod groźbą kary niestawienia się do odbycia służby w terminie. To, że powstaje stan przeciwprawny, jest jasne, jednak jego dalsze utrzymywanie rodzi jedynie konsekwencje określone w art. 160 ust. 2 ustawy o obronie Ojczyzny³¹. Ustawowe znamiona zostają zrealizowane jeden raz, mianowicie w czasie niestawienia się do służby w terminie. Zatem nie jest to czyn trwały, lecz czyn jednorazowy z trwałym skutkiem w postaci niewykonywania administracyjnoprawnego obowiązku odbywania służby wojskowej. Jest tak dlatego, że o ile stan nieodbywania służby, będący skutkiem niestawienia się do jej odbywania, jest trwały i może zostać przerwany przez sprawcę, o tyle po upływie terminu stawienia się do służby wojskowej nie może on już wykonać obowiązku stawienia się do niej w terminie. Tymczasem znamie czynnościowe polega

²⁹ Jest to już jednak stan przeciwprawny nie karnie, ale cywilnoprawnie. Sprawca, pozostając w małżeństwie bigamicznym, nie realizuje ustawowych znamion czynu zabronionego, który wszak polega na zawarciu małżeństwa, a nie na pozostawaniu w nim.

³⁰ Jest tak w wypadku choćby czynu z art. 212 § 1 lub 2 k.k., gdy czas dokonania czynu kończy się z chwilą ogłoszenia zniesławiającej informacji. Jeżeli dokonuje się to w sposób utrwalony, np. drukiem czy w Internecie, zniesławiający wpis istnieje po zakończeniu czynu i wywołuje stan sprzeczny z prawem. Nie czyni to jednak ze zniesławienia czynu trwałego. Postanowienie SN z 29 czerwca 2010 r., sygn. akt I KZP 7/10, Lex nr 583984; D. Charko, *Glosa do postanowienia z 29 VI 2010, I KZP 7/10*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 4, s. 133–134; C. Kąkol, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r., I KZP 7/10*, 2011, Lex; K. Kmak, op. cit., s. 277. Odmienne: M. Sowa, *Odpowiedzialność karna sprawców przestępstw internetowych*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 68; M. Kornak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r., I KZP 7/10*, 2010, Lex. Ta ostatnia autorka pisze, że stan bezprawności utrzymuje się jednak przez cały okres, w jakim treść pomawiająca widnieje na stronie internetowej. Jest to słuszne stanowisko, co jednak nie znaczy, że czyn był popełniany przez cały czas trwania owego stanu. Czyn był popełniony w czasie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego, później trwał stan bezprawny nim wywołany, w podobnym sensie, jak w wypadku kradzieży. Była ona dokonana w określonym czasie (zabranie rzeczy w celu jej przywłaszczenia – niezależnie od tego, jak ten czas rozumieć). Tymczasem po zaborze rzeczy sprawca może ją nadal posiadać, a przez fakt zaboru rzeczy nie staje się on jej właścicielem. Posiada zatem cudzą rzecz – stan ten jest sprzeczny z prawem. Rzecz w tym, że nie jest sprzeczny z prawem karnym.

³¹ Czyli możliwość przymusowego doprowadzenia.

nie na niestawieniu się do służby w ogóle, ale na niestawieniu się do niej w terminie³².

Z powyższego wynika, że czyn ten jest popełniony w czasie, kiedy obowiązek jeszcze mógł zostać wykonany w terminie, a zatem w końcowym czasie terminu³³, co w danym wypadku oznacza, że jest to koniec dnia, w którym upływa termin stawiennictwa, ze wszystkimi skutkami, jakie ma to dla określenia np. uruchomienia biegu terminu przedawnienia karalności i tzw. przedawnienia recydywy. Nie pojawia się zagadnienie zmiany ustawy w czasie popełniania czynu, gdyż zostaje on popełniony w jednym punkcie czasowym. Nie ma tu rozciągnięcia w czasie typowego dla czynów trwałych. Nie pojawiają się zatem żadne wątpliwości dotyczące określenia czasu popełnienia przestępstw rozciągniętych w czasie³⁴, zawsze trudne od strony teoretycznej, jak i praktycznej. W danym bowiem wypadku mamy do czynienia z przestępstwem jednorazowym.

Wykaz literatury

- Andrejew I., *Glosa do uchwały SN z dnia 29 XI 1962 r. (sygn. VI KO 60/62)*, OSPiKA 1963, z. 10.
- Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1989.
- Bafia J., *Polskie prawo karne*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1989.
- Banasik K., *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
- Charko D., *Glosa do postanowienia z 29 VI 2010, I KZP 7/10*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 4.
- Cieszkowska J., *Glosa do uchwały SN z 17 marca 2000 r. (I KZP 58/99)*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 2.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1994.
- Ćwiakalski Z., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–211a (cz. 1)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Dańak W., *Przestępstwo tzw. niepowrotu do zakładu karnego lub aresztu śledczego (art. 242 § 2 k.k.)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1999, z. 24–25.
- Flemming M., Wojciechowska J., [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

³² Czyn ten zatem miałby charakter trwały, gdyby znamię czynnościowe zostało ujęte np. następująco: „nie stawia się do niej, mimo upływu terminu stawiennictwa”.

³³ Sygnalizuję tu tylko szerszy problem, mianowicie kontrowersję dotyczącą określenia czasu popełnienia przestępstwa z zaniechania. Część przedstawicieli doktryny stoi na stanowisku, że czasem popełnienia takiego czynu jest pierwszy moment, w którym nie można już wykonać obowiązku, którego niewykonanie jest zabronione pod groźbą kary. Inna część uważa, że chodzi o ostatni moment, kiedy ten obowiązek jeszcze może zostać wykonany. Stojąc na stanowisku, że niewykonanie obowiązku może rodzić skutki prawnokarne tylko wtedy, gdy obowiązek ów obowiązuje, opowiadam się za drugim ze wskazanych stanowisk.

³⁴ Na najważniejsze z nich wskazano na początku tekstu.

- Goc S., [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. Arche, Gdańsk 2005.
- Gruszecka D., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Grzeszczyk W., *Glosa do uchwały SN z dnia 10 VII 1987 r. (sygn. VI KZP 8/87)*, „Problemy Praworządności” 1988, nr 8–9.
- Gubiński A., *Wykroczenia ciągłe i wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Karno-Administracyjne” 1962, nr 3.
- Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1996.
- Hoc S., *Przestępstwo niezgłoszenia się do służby (art. 144 Kodeksu karnego) – wybrane aspekty*, „Prawo w Działaniu” 2022, nr 51.
- Hoc S., [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Hoc S., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kardas P., *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności?*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 1.
- Kmak K., *Termin przedawnienia recydywy specjalnej w przypadku przestępstw rozciągniętych w czasie. Kilka uwag o czasie popełnienia przestępstwa*, „Prawo i Więź” 2021, nr 1.
- Kornak M., *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r.*, I KZP 7/10, 2010, Lex.
- Kozłowska-Kalisz P., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2023.
- Królikowski M., *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Kulesza J., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2021 r.*, sygn. akt I KZP 11/20, „Przegląd Sejmowy” 2023, nr 1.
- Kulesza J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 czerwca 2010 r.*, sygn. I KZP 7/10, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 6.
- Kulesza J., [w:] P. Daniluk (red.), *Leksykon prawa karnego – część ogólna. 100 podstawowych pojęć*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Kulesza J., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. 2: *Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Kulik M., *Glosa do wyroku SN z 24.10.2013 r. (III KK 311/13)*, LEX nr 1379928, „Prawo w Działaniu” 2014, nr 18.
- Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Lernell L., *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, t. 1, Wyd. UW, Warszawa 1969.
- Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Lwów 1938.
- Marek A., *Glosa do uchwały SN z 7 września 2000 r. (I KZP 22/00)*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 1.
- Mozgawa M., *Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności (art. 165 k.k.)*, Wyd. UMCS, Lublin 1994.
- Nawrocki M., *Przestępstwo trwałe w teorii i praktyce*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 6.

- Olszewski M., *Wykroczenia trwałe*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1989, nr 3.
- Piaczyńska A., *Posiadanie jako znamię czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8.
- Rejman G., [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Schroeder F.Ch., *Besitz als Straftat*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Sowa M., *Odpowiedzialność karna sprawców przestępstw internetowych*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4.
- Struensee E., *Besitzdelikte*, [w:] E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Ferster, W. Reiß (red.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden 1999.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne*, Gebethner i Wolff, Warszawa 1946.
- Świda W., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1989.
- Tyszkiewicz L., *O przestępstwie trwałym i jego desygnatach*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Wyd. UMCS, Lublin 2005.
- Waszczyński J., [w:] J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Wyd. UŁ, Łódź 1992.
- Wolter W., *Glosa do wyroku SN z dnia 4 V 1972 r. (sygn. IV KR 210/71)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 1.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, PWN, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Prawo karne – zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Gebethner i Wolff, Warszawa 1947.
- Wróbel W., *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawo karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 8.
- Wróbel W., *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, 2003, Lex.
- Wysocki D., *Glosa do uchwały SN z 7 września 2000 r. (I KZP 22/00)*, OSP 2001, z. 12, poz. 182.
- Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Zoll A., *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*, [w:] B. Czech (red.), *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, Wyd. IWS, Katowice 1992.
- Zoll A., *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, [w:] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz, maj 1990*, Wyd. UW, Wrocław 1990.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, R. XXIII.

Summary

Is failure to appear for active military service a persistent offence?

Keywords: criminal law, failure to appear, military service, persistent offence, omission.

This paper aims to assess the legal nature of the offence of failure to appear for active military service. This offence is commonly regarded as a persistent offence in the literature and jurisprudence. However, a detailed analysis shows that the prohibited conduct does not consist in creating and maintaining a state contrary to the law, but in its one-off induction. This situation, which is detached from the offender's conduct, then exists regardless of the fact that the offender continues to fail to report for military service. From the point of view of administrative law, the obligation to present oneself for military service continues to exist despite the expiry of the deadline, but the criminal act consists of the failure to present oneself for military service within the indicated deadline, with the result that we are dealing here not with a permanent offence, but with a one-off act of omission. This is important for determining the time when the act was committed and for determining the commencement of the limitation period.

Katarzyna Laskowska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-6767-3929

k.laskowska@uwb.edu.pl

Wory w zakonie w Rosji jako zjawisko kryminologiczne

Wstęp

Wory w zakonie w Rosji stanowią niezwykle interesujący przedmiot badań kryminologicznych. Ta około 100-letnia instytucja środowiska przestępczego jest zjawiskiem zarówno historycznym, jak też współczesnym. Badaczy interesuje ich radziecko-rosyjska specyfika, koloryt, żywotność i siła oddziaływania.

Celem niniejszego opracowania jest ukazanie warunków kształtowania się i przemian *worów w zakonie* w dawnej i współczesnej Rosji oraz ich aktualnej sytuacji. Dlatego na potrzeby prowadzonych rozważań sformułowano następujący problem badawczy: czy we współczesnej Rosji ugrupowanie *worów w zakonie* zanika, czy się rozwija? Przedmiotem analiz będzie rosyjska literatura kryminologiczna.

Geneza powstania i etiologia rozwoju *worów w zakonie*

Współcześnie brak jest pełnych i wiarygodnych informacji określających czas powstania *worów w zakonie*. Wersji przedstawiających okoliczności jest kilka. Jedna z nich wskazuje, że jako stowarzyszenie zawodowych przestępców powstało w carskiej Rosji. Uznaje się, że część jego norm stworzono w XVIII w.¹ Inni uważają, że *wory* wywodzą się z elity więziennej drugiej połowy XIX w.² Należeli do niej włóczęgi (*brodiagi*) nieposiadający rodzin i domu, prowadzący

¹ О.В. Епихина, *К вопросу о формировании лидеров криминальной среды в России*, [w:] *Состояние и перспективы борьбы с преступностью в России. Сборник материалов*, Воронеж 2007, s. 125.

² С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, А.А. Брюхнов, *От „бродяг” и „иванов” к „ворам в законе”: история и современные перспективы противодействия криминальному феномену*, „Философия права” 2020, nr 3, s. 173.

koczujący tryb życia i sprzeciwiający się organom państwowym³. Uważano ich za „najbardziej profesjonalną część świata przestępczego”. W więzieniach najczęściej byli szefami cel i starostami tych placówek⁴. Autorytety spośród nich nazywano *ivanami*⁵. Prawdopodobnie na przełomie XIX i XX w. powstały podwaliny i podstawy późniejszego *worowskiego* prawa.

W latach 20. ubiegłego wieku w Rosji sytuacja polityczna spowodowała kryzys w świecie przestępczym, co doprowadziło w nim do zmiany sfer wpływów⁶. W związku z licznymi represjami liczba więźniów politycznych umieszczonych w obozach była znaczna⁷. Przebywali w nich „kułacy”, „oportuniści”, „szkodnicy”⁸, a także złodzieje różnych specjalizacji (*wory*)⁹, w tym okradający mieszkania, seify, sklepy. Wśród nich dominowali włamywacze do mieszkań i domów. Do grupy tej nie przyjmowano drobnych złodziejasków¹⁰. Ukształtowało to nowy społeczny stan populacji penitencjarnej¹¹.

Najprawdopodobniej kategoria *worów w zakonie* wykształciła się w miejscach wykonywania kary pozbawienia wolności na przełomie lat 20 i 30.¹² Uważa się, że pojęcie *wory w zakonie* pochodzi od zwrotu używanego wobec administracji placówek penitencjarnych, który brzmiał: „Jestem w prawie», dlatego postąpiłem w ten sposób, a nie inaczej, to znaczy na podstawie prawa i zwyczajów przestępczego świata”¹³.

Sytuacja w obozach doprowadziła do stworzenia *worowskiego* kodeksu¹⁴. Skazani ustalili swoją hierarchię, tryb i system jego funkcjonowania. Przyjęte metody były „radikalne i brutalne”. Spis wartości zakładał w szczególności niemieszanie się w politykę, gospodarkę państwa oraz niezajmowanie się legalną pracą¹⁵. Przewidywał obowiązek przekazywania pieniędzy do wspólnej

³ В. Чалидзе, [w:] О.Е. Калпинская, *Особенности возникновения и развития организованной преступности в дореволюционной России*, „Юриспруденция” 2020, т. 20, nr 4, s. 104–105.

⁴ С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, А.А. Брюхнов, *op. cit.*, s. 173.

⁵ В. Чалидзе, [w:] О.Е. Калпинская, *op. cit.*, s. 105.

⁶ А.И. Мухин, *Российская организованная преступность и власть. История взаимоотношений*, Москва 2003, s. 12.

⁷ *Организованная преступность и спецслужбы СНГ*, Служба анализа и профилактики, Федеральная служба полиции 2007, s. 5.

⁸ В.М. Анисимков, [w:] Е.А. Мохов, *ФСБ: борьба с организованной преступностью*, Москва 2006, s. 46.

⁹ Ю.В. Латов, „Воры в законе” как субъекты рыночной модернизации в России, s. 177, <http://ecsocman.hse.ru/data/354/679/1219/023.LATOV.pdf> (data dostępu: 5.08.2023).

¹⁰ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, „Воры в законе”: на рубеже веков, Рязань 2003, s. 5; О.И. Мальчук, *История развития феномена „вор в законе”, „Проблемы в российском законодательстве”* 2018, nr 5, s. 109.

¹¹ В.М. Анисимков, [w:] Е.А. Мохов, *op. cit.*, s. 46.

¹² Ю.В. Латов, *op. cit.*, s. 177.

¹³ С.И. Сухов, А.А. Турских, *Исторический аспект возникновения преступных лидеров*, „Вестник Восточно-Сибирского Института МВД России” 2009, nr 3, s. 66.

¹⁴ А.И. Мухин, *op. cit.*, s. 12.

¹⁵ *Организованная преступность и спецслужбы...*, s. 5.

kasy (*obszczaka*¹⁶) oraz kolegialne rozwiązywanie problemów środowiska przestępczego w miejscach wykonywania kary pozbawienia wolności podczas spotkań przestępców (tzw. *schodek*)¹⁷. Ustalono zatem nieformalny system postępowania, określono obyczaje, które porządkowały funkcjonowanie grupy. Dalszy rozwój *worów* następował wraz z rozrostem systemu obozów w ZSRR oraz zwiększeniem liczby skazanych. Przestępcy ci byli ich liderami¹⁸.

Stalinowskie represje lat 30. XX w. doprowadziły do znacznego wzrostu liczby więźniów w obozach. Pracowali oni w kopalniach, przy budowie kanałów, autostrad i miast. W placówkach przetrzymywano miliony ludzi „o negatywnych postawach społecznych”. W warunkach dużej koncentracji ludzi odizolowanych od społeczeństwa wśród skazanych panowała przemoc, powstawały różne grupy skazanych. W tej sytuacji rodzili się ich przywódcy potrafiący zarządzać, kontrolować i utrzymywać porządek w obozach. Taka sytuacja odpowiadała ich administracji. Do ugrupowania *worów w zakonie* przyjmowano tylko wyselekcjonowanych, tj. przestrzegających prawa złodziei¹⁹.

System Gułagu zappełniał się „wrogami ludu”, „szpiegami”, „oportunistami”, „szkodnikami”. W tym okresie nastąpił podział skazanych na trzy poziomy: wysoki, średni i niski. Poziom wysoki stanowili *wory w zakonie*. Byli ono następcomi przedrewolucyjnych autorytetów – *iwanów*. *Wory* zaczęły dorewolucyjne obyczaje i tradycje dostosowywać do ówczesnych warunków. Uznali *worowstwo* za jedyny sposób życia uprawniający do stania się autorytetem środowiska przestępczego. Przyjęto też, że *wor* nie może należeć do żadnych organizacji społecznych²⁰. Stał się nauczycielem młodszych niedoświadczonych skazanych, kształtował ich morale, wprowadzał w meandry życia obozowego. Był szanowany, bo wspierał innych i gwarantował poczucie bezpieczeństwa²¹. Średni poziom tworzyli tzw. zwykle *wory* zobowiązani do dbania o przestrze-

¹⁶ *Obszczak* – skrót nazwy *Общая касса* (*obszczaja kassa*) w znaczeniu ‘wspólna kasa’.

¹⁷ В.И. Монахов, [w:] М.П. Клейменов, Д.В. Корнеев, *Криминальные лидеры вчера и сегодня*, „Вестник Омского университета” 2012, nr 3, s. 40; М.В. Королева, *Организованная преступность*, [w:] В.Е. Эминов (red.), *Криминология*, Москва 2015, s. 136.

¹⁸ А.В. Федотова, О.В. Безлепкина, *Исторический аспект образования преступного феномена вор в законе в Российском государстве*, [w:] *Уголовная политика и правоприменительная практика. Сборник материалов VII-ой Международной научно-практической конференции*, Санкт Петербург 2019, s. 470.

¹⁹ У.А. Хасиев, *Формирование российской организованной преступности*, https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=599 (data dostępu: 4.07.2023).

²⁰ И.Н. Куркина, Ю.А. Соколова, О.В. Морозова, И.В. Плаксина, *Эволюция тюремной субкультуры в советский период российской истории: уроки прошлого*, „Пенитенциарное право: юридическая теория и правоприменительная практика” 2018, nr 4, s. 102.

²¹ С.А. Кутякин, *Некоторые исторические аспекты возникновения феномена «воры» в местах лишения свободы России второй половины XIX века*, „Уголовно-исполнительное право” 2007, nr 1, <https://cyberleninka.ru/article/n/nekotorye-istoricheskie-aspekty-vozniknoveniya-fenomena-vory-v-mestah-lisheniya-svobody-rossii-vtoroy-poloviny-xix-veka/viewer> (data dostępu: 4.07.2023).

ganie tradycji, odpowiadający za to przed *worami w zakonie*. Łącznikami między wysokim i średnim poziomem byli *mużiki*, tj. dobrze pracujący, wypełniający plan pracy skazani, nieuczestniczący w subkulturze. Niski poziom zajmowali tzw. *sześciorki*, tj. wykonawcy decyzji *worów*²². *Wory* funkcjonowali według *worowskich* pojęć. Stanowiły je: solidarność członków *worowskiego* ugrupowania, zakaz kontaktów z władzą, podejmowania pracy i posiadania prywatnego majątku oraz kontrola życia skazanych przebywających w obozach²³.

Mimo trudnych warunków w placówkach liderzy przestępczy organizowali *schodki*, a także zjazdy delegatów z innych obozów. Podczas ich trwania ustalano zakres obowiązujących norm. Za ich naruszenie przewidywano system kar obejmujący publiczne uderzenie w twarz, wydalenie ze społeczności i śmierć²⁴.

Początkowo, jak wspomniano, *worowskie* ugrupowanie powołane było do zarządzania skazanymi przebywającymi w obozach. Jednakże często po opuszczeniu obozu przenosili oni te zachowania na wolność. Często ponownie wracali do placówek²⁵.

Warto w tym miejscu podkreślić, że ukształtowała się procedura przyjęcia w poczet *worów w zakonie*. Obejmowała ona najczęściej przechodzenie okresu sprawdzającego wierność kandydata *worowskim* zasadom, otrzymanie rekomendacji innych *worów w zakonie*, rytuał koronacji podczas *schodki*, nadanie pseudonimu, otrzymanie tatuaży²⁶. Przyjęto, że w czasie trzyletniego okresu pretendent musiał uczyć się złodziejskiego rzemiosła przestępczego pod kierunkiem doświadczonych *worów*²⁷. Całym swym życiem powinien był udowodnić zaangażowanie w przestrzeganie *worowskich* zasad²⁸. Na tej podstawie *wory* wystawiali mu pozytywną opinię i rekomendowali go, a następnie w czasie *schodki* przyjmowali do grona *worów*. Następnie składał on przysięgę, która brzmiała: „Ja, jako *pacan* wkroczyłem na ścieżkę życia złodziei. Przysięgam przed *worami*, którzy są na zgromadzeniu. Być godnym *worem*, nie uczestniczyć w żadnych aferach czekistów”²⁹. Zatem *wor* powinien być wierny *worowskiej* ideologii opartej na „legendzie opiewającej szlachetność, nieustraszonność, silną wolę, zręczność, inteligencję i zaradność”³⁰.

²² И.Н. Куркина, Ю.А. Соколова, О.В. Морозова, И.В. Плаксина, op. cit., s. 103.

²³ Ю.В. Латов, op. cit., s. 177.

²⁴ У.А. Хасиев, op. cit.

²⁵ В.В. Волков, *Силовое предпринимательство в современной России*, s. 36–37, <https://cyberleninka.ru/article/n/silovoe-predprinimatelstvo-v-sovremennoy-rossii-glava-4-vory-i-bandity> (data dostępu: 4.07.2023).

²⁶ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, op. cit., s. 19.

²⁷ В.И. Монахов, [w:] М.П. Клейменов, Д.В. Корнеев, op. cit., s. 405.

²⁸ А.В. Федотова, О.В. Безлепкина, op. cit., s. 473.

²⁹ В.И. Монахов, [w:] М.П. Клейменов, Д.В. Корнеев, op. cit., s. 405.

³⁰ М.П. Клейменов, Д.В. Корнеев, op. cit., s. 405.

Po koronacji otrzymywał szereg nowych kompetencji, których nie posiadał przestępca nie mający tytułu *wora w zakonie*³¹. Tytuł był dożywotni³².

W związku z napaścią Niemiec na ZSRR w dniu 22 czerwca 1941 r. przedterminowo zwolniono ok. 25 % różnych kategorii skazanych i skierowano na front do walki z bronią, a w latach 1942–1943 – kolejne 10% skazanych. Wśród nich byli też *wory*³³. Zatem w celu obrony ojczyzny z więzień uwolniono ok. 35% populacji skazanych³⁴. Po II wojnie światowej „uczciwe”, „prawdziwe”, „stare” *wory* uważali się za obrońców tradycji przestępczych i prawa *worowskiego*. Przeszkadzało im uczestnictwo w wojnie części skazanych i współpraca z władzą, w tym w obozach. Traktowano to jako zdradę zagrożoną śmiercią. W związku z tym wykształciły się dwie grupy: skazanych doświadczonych, posiadających długi staż więzienny, oraz skazanych uczestników walk na frontach wojny z Niemcami³⁵. Nastąpił podział na *worów* oraz na *suki* (odrost z pnia drzewa), które poprzez udział w wojnie naruszyły *worowskie* prawo³⁶.

Po wojnie większość *suk* wróciła do obozów i kolonii, gdzie rządziły prawdziwe *wory*. *Suki* traktowano jak zdrajców. W rezultacie agresji ze strony *worów suki* zjednoczyły się z polskimi *worami*³⁷ (skazane były *wory* biorące udział w walkach w Polsce). *Suki* stworzyły nowy *worowski zakon*, pozwalający m.in. na pracę w obozach i zajmowanie w nich różnych stanowisk, posiadanie rodziny, służbę w armii. Z kolei *wory* zaostrzyli swoje prawo (m.in. dotyczące przyjmowania do społeczności)³⁸.

Od 1946 r. lub od 1947 r. do początku 1950 r. rozgorzała wojna między *worami w zakonie* a *sukami*. Tzw. *sucza wojna* trwała kilka lat³⁹. W jej wyniku nastąpiło przejście *worów* od przestępczości zawodowej (złodziei) do przestępczości zorganizowanej. O ile dawniej *wor* był zwykłym przestępcą, o tyle po wojnie stał się „przywódcą i organizatorem świata przestępczego”⁴⁰.

³¹ В.Г. Гриб, [w:] Г.А. Дымов, *Криминальная субкультура как элемент организованной преступности*, „Вестник Владимирского юридического института” 2012, nr 1, s. 84.

³² А.Я. Гришко, *Криминологическая характеристика лица, занимающего высшее положение в преступной иерархии (часть 4 статьи 210 уголовного кодекса Российской Федерации)*, „Человек: преступление и наказание” 2016, nr 3, s. 86.

³³ С.В. Михеева, В.С. Михайлов, *Криминальная общность в местах лишения свободы*, Самара 2016, s. 8.

³⁴ В.В. Важенкин, Д.А. Васильченко, Е.А. Зуев, *Закономерности формирования и развития высшего криминального сословия в России*, „Общество и право” 2015, nr 4, s. 21.

³⁵ К.Г. Войтехович, *Послевоенный преступный мир: причины и итоги внутренней борьбы*, s. 47–48, <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/227329/4/47-51.pdf> (data dostępu: 4.07.2023).

³⁶ В.В. Важенкин, Д.А. Васильченко, Е.А. Зуев, op. cit., s. 21.

³⁷ *Пolskie wory* – skazane były *wory* skierowani na front, biorące udział w walkach w Polsce.

³⁸ В.В. Важенкин, Д.А. Васильченко, Е.А. Зуев, op. cit., s. 21.

³⁹ А.В. Сенатов, *Трансформация традиций криминальной субкультуры в отношении лидеров уголовно-преступной среды*, „Пенитенциарное право: юридическая теория и правоприменительная практика” 2020, nr 4, s. 42.

⁴⁰ К.Г. Войтехович, op. cit., s. 50.

W marcu 1947 r. została zniesiona kara śmierci w czasie pokoju, co oznaczało, że za przestępstwa popełnione w obozach groziło jedynie podwyższenie wysokości kary. Wywołało to nowe konflikty i przestępstwa przeciwko innym skazanym i administracji. Opozycyjna działalność *worów* doprowadziła na początku lat 50. ubiegłego wieku do całkowitej dezorganizacji obozów⁴¹. Wobec ich zorganizowanej działalności, oporu wobec administracji i prawa⁴² oraz w warunkach cichego przyzwolenia na działalność *worów* prowadzono wobec nich określone przedsięwzięcia⁴³. Stanowiły je przenosiny do innego oddziału, zmiana warunków odbywania kary⁴⁴, stosowanie innego systemu izolacji, a nawet ich fizyczną eliminację⁴⁵.

W latach 1958–1961 wprowadzono szereg rozwiązań prawnych związanych z wykonywaniem pracy poprawczej⁴⁶. Zmiany dotyczące funkcjonowania obozów wymusiły dostosowanie przez *worów* norm do nowych ograniczeń, co wprowadziło wymóg „czystości” swoich szeregów⁴⁷. Różnymi surowymi metodami dążono do zmniejszenia liczby liderów⁴⁸. Wydawało się, że represje stosowane wobec *worów* spowodowały ich likwidację⁴⁹, a proces eliminacji został zakończony⁵⁰. Było to jednak iluzoryczne. Niektóre *wory* ukryli się, nie przejawiali aktywności, czekali na właściwy czas ujawnienia się. Jednakże nadal pielęgnowali swoje tradycje, byli dominującą częścią więziennej subkultury⁵¹. Inna część *worów*, będąc w tym czasie na wolności, przestrzegała zasad, co prowadziło do walk między starymi i nowymi *worami*⁵². Mimo to władze ogłosiły zwycięstwo nad *worami*, przekonując społeczeństwo o eliminacji przestępczości zawodowej i zorganizowanej⁵³.

Pod koniec lat 60. XX. *worów* w koloniach i więzieniach było już niewiele. Zmiany w strukturze skazanych spowodowały, że zaczęli oni porzucać dawne

⁴¹ В.А. Анфиногенов, *Исторические аспекты борьбы с идеологами преступного мира в советское время*, „Пробелы в российском законодательстве” 2018, nr 5, s. 154–155.

⁴² С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 19.

⁴³ В.А. Анфиногенов, *op. cit.*, s. 153.

⁴⁴ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 19.

⁴⁵ В.А. Анфиногенов, *op. cit.*, s. 153.

⁴⁶ И.Н. Куркина, Ю.А. Соколова, О.В. Морозова, И.В. Плаксина, *op. cit.*, s. 104.

⁴⁷ Е.А. Мохов, *op. cit.*, s. 49.

⁴⁸ О.Ю. Ельчанинова, *Феномен тюремной общины как угроза правовой безопасности в пенитенциарной системе*, [w:] А.Ф. Галузин, Р.А. Ромашов (red.), *Правовая безопасность в пенитенциарной системе: понимание, структура, обеспечение*, Самара 2012, s. 60.

⁴⁹ О.И. Мальчук, *op. cit.*, s. 109.

⁵⁰ В.Н. Фадеев, Л.В. Тэсс, *Трансформация профессиональной и организованной преступности*, [w:] *Международный Пенитенциарный Форум „Преступление, наказание, исправление”. Сборник тезисов выступлений и докладов участников к 140-летию уголовно-исправительной системы России и 85-летию Академии ФСИН России*, Рязань 2019, s. 271.

⁵¹ О.И. Мальчук, *op. cit.*, s. 109–110.

⁵² В.Н. Фадеев, Л.В. Тэсс, *op. cit.*, s. 271.

⁵³ О.И. Мальчук, *op. cit.*, s. 110.

zakazy. Mogli mieć rodzinę, dom i pracę, ale nie mogli służyć w armii i uczestniczyć w organizacjach społecznych. Utrzymany został też *obszczak*⁵⁴.

Na początku roku 1970 *wory* zanikły⁵⁵. Jednak w krótkim okresie nastąpił wzrost przestępczości, który spowodował ponowne pojawienie się w miejscach wykonywania kary złodziei, grabieżców i oszustów tworzących struktury. Na ich czele stawali liderzy „pretendujący do roli nosicieli *worowskich* tradycji” i organizujący *obszczak*. Administracja nie dostrzegała zagrożenia i nie podejmowała walki z nimi⁵⁶. W kolejnych latach *worowska* ideologia wciąż zabraniała prowadzenia biznesu i bogacenia się dzięki niemu⁵⁷. Jednakże w okresie deficytu wielu towarów, oprócz nielegalnej działalności *cechowników*, tj. przedsiębiorców z szarej strefy, swą aktywność prowadzili też oszuści, spekulanci, łapówkarze, którzy osiągalni ogromne korzyści. Ich sposobami osiągania dochodów zainteresowali się *wory*⁵⁸. W szczególności eksploatowali *cechowników*, z którymi następnie doszli do kompromisu⁵⁹. W połowie lat 70. zorganizowali zjazd *worów w zakonie* i przedstawicieli *cechowników*, na którym nałożyli na *cechowników* 10-procentowy „podatek” od dochodu przekazywany do *obszczaka*⁶⁰. W ten sposób zrosły się interesy *cechowników* z *worami*. Dzięki temu utworzono silne ugrupowania przestępcze pod przywództwem *worów*⁶¹. „Od tego czasu zaczyna się nowy etap merkantylizacji „ruchu *worowskiego*”, który ostatecznie obalił mit o jego „pełności” (tego, że idea droższa od pieniędzy)”⁶².

Od 1980 r. w warunkach zmian ekonomiczno-politycznych *wory* zaczęły legalizować się, tj. inwestować nielegalnie uzyskane środki w gospodarkę państwa⁶³. W latach 90., po latach wielu wyrzeczeń *worom* zaczęło powodzić się znacznie lepiej⁶⁴. Zdobyli mnóstwo środków finansowych, zostali legalnymi biznesmenami, inwestowali w gospodarkę i przenosili biznes za granice⁶⁵. Pod koniec XX w. posiadali rodziny, dzieci, konta w rosyjskich i zagranicznych bankach, zarządzali własnymi firmami, współpracowali z władzą, chcieli wejść

⁵⁴ И.Н. Куркина, Ю.А. Соколова, О.В. Морозова, И.В. Плаксина, *op. cit.*, s. 104–105.

⁵⁵ О.Е. Калпинская, *Эволюция организованной преступности в СССР в послевоенный период*, „История государства и права” 2010, nr 5, s. 26.

⁵⁶ В.И. Попов, *Актуальные проблемы борьбы с наиболее опасными проявлениями организованной преступности*, Москва 2004, s. 16.

⁵⁷ С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, „*Воры в законе*”: анализ истории и современности, „Вестник Российского университета. Серия »Человек и общество»” 2020, nr 1, s. 127.

⁵⁸ А.В. Кузьмин, „*Воры в законе*” в СССР и России, „Научный компонент” 2019, nr 3, s. 113–114.

⁵⁹ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 22.

⁶⁰ О.Е. Калпинская, *Эволюция организованной...*, s. 27.

⁶¹ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 22.

⁶² М.П. Клейменов, Д.В. Корнеев, *op. cit.*, s. 409.

⁶³ С.И. Сухов, А.А. Турских, *op. cit.*, s. 70.

⁶⁴ С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, *op. cit.*, s. 127.

⁶⁵ А.И. Мухин, *op. cit.*, s. 26.

do polityki⁶⁶. W tym okresie byli najczęściej przestępcami, którym tytuł nadano podczas *schodki*, karanymi i przestrzegającymi zasad subkultury przestępczej. Od kandydatów na *wora* wymagano wówczas: sprzedania się ideałom *worowskim*, posiadania organizatorskich zdolności i doświadczenia przestępczego, znajomości *worowskich* praw, braku kompromitujących informacji świadczących o współpracy ze strukturami państwowymi oraz braku udziału w organizacjach społecznych i uzyskiwania nagród od państwa, posiadania autorytetu wśród przestępców zawodowych. *Worem* mogła zostać wówczas także osoba niezupełnie spełniająca ww. wymagania, ale dysponująca znacznym majątkiem i przekazująca jego część do *worowskiej* kasy⁶⁷.

Spowodowało to podział w środowisku *worów* na nowych i starych według kryterium stosunku do dawnych norm. Stare *wory* byli stronnikami i następcami *worów* przestrzegających zasad świata przestępczego ukształtowanego w latach 1920–1930, a nowe *wory* byli reformatorami starego kodeksu i twórcami nowych praw, obyczajów, tradycji⁶⁸. W latach 90. XX w. narastały konflikty między *worami* starej i nowej formacji. Starzy obwiniali młodych o nieprzestrzeganie tradycji (posiadanie rodziny, kontakty w organami, korzystanie z *obszczaka* dla własnych celów, uczestnictwo w biznesie, posiadanie wielu dóbr, brak ascezy)⁶⁹. Nastąpiła „komercjalizacja wielu przestępczych autorytetów i związana z tym dezintegracja środowiska *worowskiego*, z którego wydzielili się bandy, co świadczyło o kryzysie ideologii *worowskiej*”⁷⁰. Doszło do tego, gdyż nowe *wory* nie osiągalni, jak kiedyś, dochodów wyłącznie z kradzieży, ale głównie z popełniania nowych przestępstw (bandytyzm, wymuszenia). Uznawano to za dopuszczalne⁷¹. Obie grupy walczyły ze sobą, by nieco później zbliżyć się do siebie i nawiązać współpracę. Powodem tego była obawa bandytów dotycząca złego traktowania ich przez *worów* podczas pobytu w kolonii lub więzieniu⁷².

Od ok. 1990 r. nastąpił też podział *worów* według kryterium narodowościowego, tj. na *worów* z Rosji i Zakaukazia. Pierwsi, tj. tradycjonałiści, wywodzili się z kręgu zawodowych przestępców przywiązanych do starych norm. W miejscach wykonywania kary pozbawienia wolności byli liderami⁷³. Drudzy (nowi) pojawili się na Kaukazie, zwłaszcza w Gruzji. W okresie ZSRR stanowili oni ok. 1/3 wszystkich *worów*⁷⁴. Popełniali przestępstwa ukierunkowane

⁶⁶ И.Г. Яковенко, *Цивилизация и варварство в истории России*, „Общественные науки и современность” 1996, nr 3, s. 94.

⁶⁷ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 23–24.

⁶⁸ О.В. Епихина, *op. cit.*, s. 125.

⁶⁹ В.Г. Гриб (red.), *Проблемы с организованной преступностью, коррупцией и терроризмом*, Москва 2000, s. 48.

⁷⁰ Г. Мишин, *Профессиональная и организованная преступность: сравнительный анализ*, „Уголовное право” 1999, nr 4, s. 99.

⁷¹ В.Г. Гриб (red.), *op. cit.*, s. 48.

⁷² А.В. Кузьмин, *op. cit.*, s. 115.

⁷³ А.И. Долгова, *Преступность, ее организованность и криминальное общество*, Москва 2003, s. 366.

⁷⁴ С.В. Михеева, В.С. Михайлов, *op. cit.*, s. 11.

na osiąganie korzyści w warunkach gospodarki rynkowej i swobodnej działalności gospodarczej. Nie posiadali doświadczenia więziennego, więc nie mogli uzyskać tytułu *wora w zakonie* ani się nim posługiwać. Zaczęli więc go sobie kupować, co doprowadziło do konfliktów⁷⁵.

Od początku XXI w. *wory w zakonie* stali na czele zarówno grup bandyckich, jak i ekonomicznych, organizowali działalność przestępczą, tworzyli struktury, nawiązywali więzi z innymi, przestrzegali swej ideologii i moralności⁷⁶. Jednocześnie dostosowywali się do zmieniającej się sytuacji w środowisku przestępczym, państwie i w społeczeństwie.

Fenomen *worów w zakonie* we współczesnej Rosji

Obecnie w Rosji występują dwie kategorie *worów*: wiernie przestrzegający starych *worowskich* praw i dostosowujący je do nowych zmieniających się warunków społeczno-ekonomicznych. Starych, tj. prawdziwych *worów*, jest dziś niewielu. Najczęściej są to ludzie w podeszłym wieku, wielokrotnie karani, którzy znaczną część życia spędzili w placówkach penitencjarnych i nieprzejawiający chęci współpracy z przestępcami ekonomicznymi⁷⁷. Obwiniają oni *worów* nowego pokolenia o nieprzestrzeganie zasad *worowskiego* kodeksu czci, posiadanie rodziny, wykorzystanie *obszczaka* do prywatnych celów, uczestnictwo w biznesie, posyłanie dzieci do prywatnych uczelni, brak ascezy życia⁷⁸. Z kolei nowe *wory* to ludzie o odmiennych cechach – młodzi, o niewielkim stażu więziennym, chętnie nawiązujący kontakty z przestępcami ekonomicznymi⁷⁹, którzy porzucili zakaz współpracy z organami państwowymi, w tym w instytucjach poprawczych. Uznali, że „wygodniej jest współpracować niż być w opozycji”. Coraz częściej przyjmują wyłącznie pozycje liderów środowiska przestępczego. Tytuł mogą kupić⁸⁰. „Ważne stało się uzyskiwanie maksymalnych dochodów drogą przestępczą”⁸¹. Od nowych *worów* nie wymaga się okresu odbycia kary w kolonii czy więzieniu. Gdy trafiają do nich, często naruszają zasady *worowskie*, co wywołuje niezadowolenie wśród osadzonych, utratę autorytetu tytułu⁸².

⁷⁵ А.И. Долгова, *op. cit.*, s. 366–367.

⁷⁶ А.В. Самохина, *Функции лидера в организованной преступной группе*, „Следователь” 2000, nr 3, s. 16–17.

⁷⁷ О.И. Мальчук, *op. cit.*, s. 110.

⁷⁸ В.С. Разинкин, [w:] Г.А. Дымов, *op. cit.*, s. 84.

⁷⁹ О.И. Мальчук, *op. cit.*, s. 110.

⁸⁰ Е.М. Глушкова, *Тенденции профессиональной преступности в России*, „Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и право” 2016, nr 1, s. 104.

⁸¹ С.Ю. Качалов, *Криминальные авторитеты современной России: тенденции и проблемы*, „Научный портал МВД России” 2009, nr 2, s. 58.

⁸² В.Ф. Лелюх, А.Э. Позднякова, *Самоорганизация осужденных в пенитенциарной системе России*, „Вестник КемГУ” 2012, nr 1, s. 303.

Współcześnie szacuje się, że ok. 79% *worów* to obywatele krajów kaukaskich, „całkowicie zasymilowani z legalnym biznesem”. Wcześniej więcej wśród nich było *worów* słowiańskich. Na taką sytuację wpłynęły ułatwienia w koronowaniu (kupno tytułu)⁸³.

Współcześnie liczby *worów* w Rosji są trudne do ustalenia, głównie ze względu na ich wyjazdy za granice, ucieczki i ukrywanie się. Dane z lat 1990–2000 wskazują na setki, a nawet na tysiące⁸⁴. Współczesne szacunki przekonują o aktywności ok. 400 *worów w zakonie*⁸⁵.

Obecnie *wory w zakonie* prowadzą swą działalność – jak dawniej – w instytucjach poprawczych oraz na wolności. Posiadają w grupie autorytet i władzę⁸⁶. Wpływają na zachowania członków grup i podejmują istotne decyzje. Są to jednostki odgrywające centralną rolę w działalności grup i kształtowaniu wewnętrznych relacji w nich⁸⁷.

„*Worowscy gubernatorzy*” przebywający na wolności mają swoich namiestników (*smotriaszczich*) w instytucjach poprawczych. Wyznaczają w nich *smotriaszczego* obiektowego, który kontroluje sytuację we wszystkich pomieszczeniach, blokach, pralniach, łaźniach itd.⁸⁸ Dzięki temu posiadają wiedzę na temat życia skazanych i działań administracji. Celem społeczności *worowskiej* w placówce jest ustanowienie władzy nad społecznością skazanych, osłabienie wpływu administracji na skazanych *worów* i skazanych z nimi współpracujących oraz tworzenie *obszczaka*⁸⁹. Mimo nieaktualności wielu norm *worowskich* następuje „odradzanie się i kultywowanie tradycji *worów w zakonie*”⁹⁰.

Wory w zakonie w instytucjach poprawczych pełnią szereg funkcji:

- przygotowują przestępstwa i kierują nimi;
- dbają o nabór w swoje szeregi i tworzą nowe kadry;

⁸³ А.Я. Гришко, *op. cit.*, s. 86.

⁸⁴ А.Г. Корчагин, В.А. Номоконов, В.И. Шульга, *Организованная преступность и борьба с ней*, Владивосток 1995, s. 16; С.В. Ванюшкин, *Организованная преступность*, [w:] А.И. Долгова (red.), *Криминология*, Москва 2001, s. 694; А.И. Долгова, *Организованная преступность*, [w:] А.И. Долгова (red.), *Криминология*, Москва 2010, s. 569.

⁸⁵ А.Е. Шалагин, *Криминальная среда и ее общественная опасность*, „Ученые записки Казанского юридического института МВД России” 2016, t. 2, s. 137; В.Г. Громов, А.А. Судейкина, *Проблемы определения лиц занимающих, высшее положение в преступной иерархии*, [w:] Е.М. Якимова (red.), *Правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: история и современность. Материалы международной научно-практической конференции*, Иркутск 2020, s. 16.

⁸⁶ В.Г. Гриб (red.), *op. cit.*, s. 46.

⁸⁷ С.И. Сухов, А.А. Турских, *op. cit.*, s. 63.

⁸⁸ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 31–32.

⁸⁹ Г.В. Курбатова, *Воры в законе: прошлое и настоящее криминального феномена России*, [w:] П.В. Голодов (red.), *Уголовное наказание в России и за рубежом: проблемы назначения и исполнения (к 10-летию принятия Европейских Пенитенциарных Правил). Сборник материалов международной научно-практической конференции. В 2-х частях*, Вологда 2017, s. 168.

⁹⁰ Ю.А. Воронин, *Криминальный профессионализм: современные тенденции*, „Вестник ЮрПГУ. Серия Право” 2018, t. 18, nr 1, s. 15.

- organizują finansowanie środowiska przestępczego;
- gromadzą, analizują, oceniają informacje o skazanych i funkcjonariuszach instytucji poprawczych;
- dokonują podziału obowiązków między członkami grup i kontrolują wypełnianie przez nich zadań;
- określają zadania i możliwości grupy, przewidują oraz określają ryzyka i trudności;
- wyznaczają kary członkom grup przestępczych naruszających normy *worowskie*, wyznaczają sposób jej wykonania i osobę;
- rozpropagowują ideologię przestępczą i „uromantyczniają” ją w celu zachęty młodzieży do wstąpienia do grupy;
- chronią interesy tych, którzy są pod wpływem grupy;
- odpowiadają za poprawność podejmowanych decyzji;
- dyskredytują negatywnie do nich nastawionych skazanych;
- będąc na wolności, wpływają na przebywających w instytucjach poprawczych w celu przeciwstawiania się administracji⁹¹.

Wory, utrzymując dyscyplinę w określonym środowisku przestępczym, mają wpływ na kontrolę sytuacji w świecie przestępczym⁹². Nadal kultywują ideologię przestępczego trybu życia i moralności⁹³. W celu realizacji swoich celów posiadają szerokie korupcyjne powiązania zarówno na wolności, jak i w instytucjach poprawczych⁹⁴.

Współcześnie wory nawiązują kontakty z innymi placówkami i określonymi osobami na wolności⁹⁵. Stały kontakt ze środowiskiem wolnościowym wory przebywający w placówkach utrzymują poprzez telefony komórkowe⁹⁶. Zwalczają organizacje skazanych posłusznie wykonujących polecenia administracji. Dyskredytują ich, zniechęcają do współpracy z administracją, zachowują się wobec nich agresywnie, niszczą ich mienie, grożą rodzinom⁹⁷. W ostatnich latach coraz częściej skazani uczestniczący w *worowskich* grupach inicjują zainteresowanie swą sytuacją organizacji społecznych i masmediów⁹⁸. Wory wdrażają wartości *worowskie*, zajmując ważne miejsce w życiu skazanych⁹⁹.

⁹¹ М.В. Максименко, Е.Е. Гашев, *Современная структура и состояние преступной херархии. Аналитический обзор*, Пермь 2021, s. 10–12.

⁹² В.Г. Громов, А.А. Судейкина, op. cit., s. 17.

⁹³ В.Г. Гриб, [w:] Г.А. Дымов, op. cit., s. 84.

⁹⁴ С.А. Кутякин, *Влияние „воров в законе” на криминологическую ситуацию в исправительных учреждениях*, „Уголовно-исполнительное право” 2014, nr 2, s. 66.

⁹⁵ С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, op. cit., s. 129.

⁹⁶ С.А. Кутякин, „Смотрящие” как субъекты криминального менеджмента в местах лишения свободы, „Вестник Самарского юридического института” 2014, nr 3, s. 26.

⁹⁷ С.А. Кутякин, Д.В. Теткин, op. cit., s. 130.

⁹⁸ Н.П. Барабанов, *Криминальная субкультура осужденных в исправительных учреждениях: „воры в законе”, „воровские группировки”, лидеры уголовно-преступной среды, криминальные „авторитеты”*, „Уголовно-исполнительное право” 2015, nr 1, s. 21.

⁹⁹ А.А. Брюхнов, С.А. Кутякин, И.П. Напханенко, *Историко-криминологический анализ состояния противодействия вора́м в законе и криминальным авторитетам в местах*

Tak jak dawniej, ważną rolę w funkcjonowaniu środowiska przestępczego odgrywa *schodka*¹⁰⁰, podczas której określone są sfery wpływów przestępczych i rozwiązywane konflikty¹⁰¹. Kiedyś w czasie takich spotkań omawiano problemy życia skazanych i środowiska przestępczego, a współcześnie dyskutuje się „o polityce i innych nie rozwiązanych problemach współczesnego społeczeństwa”¹⁰². Obecnie *schodki* odbywają się regularnie głównie na poziomie regionalnym i służą zarządzaniu przestępczością¹⁰³.

Podobnie ważny jest *obszczak*, stanowiący specyficzny bank oszczędnościowy¹⁰⁴. Występuje on zarówno w środowisku przestępczym na wolności, jak i w instytucjach poprawczych¹⁰⁵. W placówkach tworzą go pieniądze pochodzące z jakichkolwiek dóbr (paczka) lub z dokonywanych czynności (wygrana w karty). Wspólną kasę zasila 20% uzyskanych „przychodów”. Pieniądze, jedzenie, papierosy i alkohol są dzielone na podstawie decyzji *wora*. Obecnie w instytucjach poprawczych występują dwa rodzaje *obszczaka*: *worowski* (przeznaczony dla worów) i ogólny (przeznaczony dla pozostałych skazanych)¹⁰⁶. Kiedyś chronił go szanowany skazany, wskazany i rekomendowany przez *wora* ze stażem. Zasoby *obszczaka* służyły do „podgrzania” skazanych członków *worowskiego* ugrupowania w kolonii. Współcześnie służy także do inwestycji w różne przedsięwzięcia po uzyskaniu zgody *schodki*¹⁰⁷. Rozwój systemu bankowego przeniósł go w nowe miejsce – do banku. Dzięki temu przestępcy otrzymują odsetki, a ulokowane środki służą jako kapitał do nowych inwestycji. Część przekazuje się go do kolonii, ale tylko wtedy, gdy jest to opłacalne¹⁰⁸.

Należy podkreślić, że podejmowane w Rosji od lat działania o charakterze prawnym i instytucjonalnym mało skutecznie ograniczają aktywność *worów w zakonie*. Regulacje art. 210 ust. 4 kodeksu karnego z 1996 r. (kryminalizujące określone czyny popełnione przez osobę zajmującą najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii) oraz art. 210¹ (karzącego zajmowanie najwyższej pozycji w hierarchii przestępczej) są trudne do zastosowania ze względu na posługiwanie się niedookreślonymi znamionami, często o charakterze kryminologicznym, a nie prawnym. Z kolei działania administracji instytucji po-

лишения свободы в конце 80-х – начале 90 годов XX века, „Философия права” 2019, nr 2, s. 51.

¹⁰⁰ А.Г. Корчагин, В.А. Номоконов, В.И. Шульга, *op. cit.*, s. 16.

¹⁰¹ А.И. Мухин, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰² С.И. Кузьмин, Е.А. Малетина, *Классификация субкультурных отношений в криминальном сообществе*, „Вестник института: преступление, наказание, исправление” 2019, nr 13, s. 26.

¹⁰³ Ю.В. Латов, *op. cit.*, s. 181.

¹⁰⁴ А.И. Мухин, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰⁵ С.А. Кутякин, *Криминальный „общак”: назначение, структура и способы формирования в местах лишения свободы*, „Всероссийский научный журнал »Вопросы правоведения«” 2010, nr 3, s. 353.

¹⁰⁶ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *op. cit.*, s. 29–30.

¹⁰⁷ А.И. Мухин, *op. cit.*, s. 15.

¹⁰⁸ В.В. Волков, *op. cit.*, s. 42.

prawczych wskazują na problemy z ujawnianiem, izolowaniem i karaniem *worów* za popełnione przestępstwa i naruszenia regulaminu.

Podsumowanie

Podsumowując, analiza chronologii powstania i aktywności *worów w zakonie* wskazuje, że w latach 20. XX w. funkcjonowali oni wyłącznie w więzieniach i obozach. Przez kolejnych 20 lat ugruntowywali w nich swą wysoką pozycję, jednakże pod znaczną kontrolą administracji obozów Gułagu. Od roku 1950, z powodu niechęci władzy do dzielenia się „rządem dusz” nad skazanymi, restrykcyjnymi, ale skutecznymi działaniami o charakterze prawno-organizacyjnym, ograniczono ich działalność, niemal zniszczono. W pierwszej połowie lat 60. zmusiło ich to do konspiracji, a w drugiej połowie – dzięki odwilży chruszczowskiej i zmianom w środowisku przestępczym – spowodowało odrodzenie. W kolejnym dziesięcioleciu *wory* wyszli z kolonii oraz więzień i zaczęli uczestniczyć w nielegalnej części gospodarki państwa. Działali równolegle zarówno w placówkach, jak i na wolności. Oba światy efektywnie się przenikały. Od roku 1980 nastąpiło odrodzenie *worowskiej* ideologii i dostosowywanie się do zmieniających się warunków ekonomicznych. W latach 90. XX w. doszło do modyfikacji norm i odrzucenia niektórych (możliwość kupna tytułu *wora*), wejścia w legalną gospodarkę i sięgania po różne szczeble władzy. Działania prowadzono nawet poza granicami Rosji. W ciągu ostatnich 20 lat nastąpiło przekształcenie *worowskich* ugrupowań w przedsiębiorstwa i legalizowanie się *worów w zakonie* w strukturze społecznej, awansowanie w jej hierarchii. Zatem od wielu lat *wory*, działając w instytucjach poprawczych i tam tworząc swe zaplecza, poszerzali wpływy na wolności. Współcześnie środowisko *worowskie* ewoluuje i przeobraża się. Sporo jego norm ulega zmianie i dostosowaniu do rzeczywistości. Coraz bardziej zacierają się granice między światem przestępczym i legalnym.

Opracowanie należy zakończyć udzieleniem odpowiedzi na postawione na początku analiz nurtujące wielu badaczy pytanie. W ramach odpowiedzi, według niektórych badaczy, można wskazać na defensywę, a wręcz regres *worowskich* norm i tradycji, spowodowany nową filozofią funkcjonowania współczesnych *worów w zakonie*, stosowanymi sposobami i celami prowadzenia działalności przestępczej. W związku z tym nie wywołuje to potrzeby posiadania tytułu *wora* koronowanego, natomiast pozwala bogatym na jego zakup. Inni badacze wskazują, że *wory w zakonie* współcześnie są w dobrej kondycji. W zmodyfikowanej formie, popełniając szereg przestępstw, organizując *schodki*, dysponując *obszczakiem* i będąc liderami struktur, efektywnie wpływają na organy państwowe oraz środowisko społeczne i przestępcze współczesnej Rosji. Autorka niniejszego opracowania jest zwolenniczką tego stanowiska.

Wykaz literatury

- Анфиногенов В.А., *Исторические аспекты борьбы с идеологами преступного мира в советское время*, „Пробелы в российском законодательстве” 2018, nr 5 [Anfinogenov V.A., *Historical aspects of combating the ideologists of the criminal world in Soviet era*, “Gaps in Russian legislation” 2018, No. 5].
- Барабанов Н.П., *Криминальная субкультура осужденных в исправительных учреждениях: „воры в законе”, „воровские группировки”, лидеры уголовно-преступной среды, криминальные „авторитеты”*, „Уголовно-исполнительное право” 2015, nr 1 [Barabanov N.P., *Criminal subculture of convicts in correctional institutions: “vory v zakone”, “vory v zakone groups”, leaders of the criminal environment, criminal :authorities”*, “Criminal Executive Law” 2015, No. 1].
- Брюхнов А.А., Кутякин С.А., Напханенко И.П., *Историко-криминологический анализ состояния противодействия воров в законе и криминальным авторитетам в местах лишения свободы в конце 80-х – начале 90 годов XX века*, „Философия права” 2019, nr 2 [Bryukhnov A.A., Kutyakin S.A., Napkhanenko I.P., *Historical and criminological analysis of the state of countering vory v zakone and criminal authorities in penitentiary institutions in the late 80s – early 90s of the XX century*, “Philosophy of Law” 2019, No. 2].
- Долгова А.И., *Преступность, ее организованность и криминальное общество*, Москва 2003 [Dolgova A.I., *Crime, its organization and criminal society*, Moscow 2003].
- Долгова А.И. (red.), *Криминология*, Москва 2010 [Dolgova A.I. (ed.), *Criminology*, Moscow 2010].
- Дымов Г.А., *Криминальная субкультура как элемент организованной преступности*, „Вестник Владимирского юридического института” 2012, nr 1 [Dymov G.A., *Criminal subculture as an element of organized crime*, “Bulletin of the Vladimir Law Institute” 2012, No. 1].
- Фадеев В.Н., Тэсс Л.В., *Трансформация профессиональной и организованной преступности*, [w:] *Международный Пенитенциарный Форум „Преступление, наказание, исправление”. Сборник тезисов выступлений и докладов участников к 140-летию уголовно-исправительной системы России и 85-летию Академии ФСИН России*, Рязань 2019 [Fadeev V.N., Tess L.V., *Transformation of Professional and Organized Crime* [in:] *International Penitentiary Forum “Crime, Punishment, Correction”. Collection of abstracts of speeches and reports of participants for the 140th anniversary of the criminal correctional system of Russia and the 85th anniversary of the Academy of the Federal Penitentiary Service of Russia*, Ryazan 2019].
- Федотова А.В., Безлепкина О.В., *Исторический аспект образования преступного феномена вор в законе в Российском государстве*, [w:] *Уголовная политика и правоприменительная практика. Сборник материалов VII-ой Международной научно-практической конференции*, Санкт Петербург 2019 [Fedotova A.V., Bezlepkina O.V., *The historical aspect of the formation of the criminal phenomenon vor v zakone in the Russian state*, [in:] *Criminal politics and law enforcement practice. Collection of materials of the VII-th International scientific and practical conference*, St. Petersburg 2019].
- Глушкова Е.М., *Тенденции профессиональной преступности в России*, „Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и пра-

- во” 2016, nr 1 [Glushkova E.M., *Trends in professional crime in Russia*, “Modern science: actual problems of theory and practice. Series: Economics and Law” 2016, No. 1].
- Гриб В.Г. (red.), *Проблемы с организованной преступностью, коррупцией и терроризмом*, Москва 2000 [Grib V.G. (ed.), *Problems with organized crime, corruption and terrorism*, Moscow 2000].
- Гришко А.Я., *Криминологическая характеристика лица, занимающего высшее положение в преступной иерархии (часть 4 статьи 210 уголовного кодекса Российской Федерации)*, „Человек: преступление и наказание” 2016, nr 3 [Gris-hko A.Ya., *Criminological characteristics of a person holding the highest position in the criminal hierarchy (Part 4 of Article 210 of the Criminal Code of the Russian Federation)*, “Human: Crime and Punishment” 2016, No. 3].
- Громов В.Г., Судейкина А.А., *Проблемы определения лиц занимающих, высшее положение в преступной иерархии*, [w:] Е.М. Якимова (red.), *Правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: история и современность. Материалы международной научно-практической конференции*, Иркутск 2020 [Gromov V.G., Sudeikina A.A., *Problems of determining persons holding the highest position in the criminal hierarchy*, [in:] E.M. Yakimova (ed.), *Legal means of ensuring the national security of the Russian Federation: past and present. Materials of the international scientific and practical conference*, Irkutsk 2020].
- Хасиев У.А., *Формирование российской организованной преступности* [Khasiev U.A., *Formation of Russian organized crime*], https://superinf.ru/view_help-stud.php?id=599.
- Яковенко И.Г., *Цивилизация и варварство в истории России*, „Общественные науки и современность” 1996, nr 3 [Yakovenko I.G., *Civilization and barbarism in the history of Russia*, “Social sciences and modernity” 1996, No. 3].
- Ельчанинова О.Ю., *Феномен тюремной общины как угроза правовой безопасности в пенитенциарной системе*, [w:] А.Ф. Галузин, Р.А. Ромашов (red.), *Правовая безопасность в пенитенциарной системе: понимание, структура, обеспечение*, Самара 2012 [Elchaninova O.Yu., *The phenomenon of the prison community as a threat to legal security in the penitentiary system*, [in:] A.F. Galuzin, R.A. Romashov (eds.), *Legal security in the penitentiary system: understanding, structure, provision*, Samara 2012].
- Епихина О.В., *К вопросу о формировании лидеров криминальной среды в России*, [w:] *Состояние и перспективы борьбы с преступностью в России. Сборник материалов*, Воронеж 2007 [Epikhina O.V., *On the formation of the leaders of the criminal environment in Russia*, [in:] *State and prospects of combating crime in Russia. Collection of materials*, Voronezh 2007].
- Качалов С.Ю., *Криминальные авторитеты современной России: тенденции и проблемы*, „Научный портал МВД России” 2009, nr 2 [Kachalov S.Yu., *Criminal authorities of modern Russia: trends and problems*, “Scientific portal of the Ministry of Internal Affairs of Russia” 2009, No. 2].
- Калпинская О.Е., *Эволюция организованной преступности в СССР в послевоенный период*, „История государства и права” 2010, nr 5 [Kalpinskaya O.E., *Evolution of organized crime in the USSR in the post-war period*, “History of State and Law” 2010, No. 5].
- Калпинская О.Е., *Особенности возникновения и развития организованной преступности в дореволюционной России*, „Юриспруденция” 2020, t. 20, nr 4 [Kal-

- pinskaya O.E., *Features of genesis and development of organized crime in pre-revolutionary Russia*, "Jurisprudence" 2020, Vol. 20, No. 4].
- Клейменов М.П., Корнеев Д.В., *Криминальные лидеры вчера и сегодня*, „Вестник Омского университета” 2012, nr 3 [Kleymenov M.P., Korneev D.V., *Criminal leaders yesterday and today*, "Bulletin of the Omsk University" 2012, No. 3].
- Курбатова Г.В., *Воры в законе: прошлое и настоящее криминального феномена России*, [w:] П.В. Голодов (red.), *Уголовное наказание в России и за рубежом: проблемы назначения и исполнения (к 10-летию принятия Европейских Пениitenciарных Правил). Сборник материалов международной научно-практической конференции. В 2-х частях*, Вологда 2017 [Kurbatova G.V., *Vory v zakone: past and present of the criminal phenomenon in Russia*, [in:] P.V. Golodov (ed.), *Criminal Punishment in Russia and abroad: problems of appointment and execution (to the 10th anniversary of the adoption of the European Prison Rules). Collection of materials of the international scientific-practical conference. In 2 parts*, Vologda 2017].
- Корчагин А.Г., Номоконов В.А., Шульга В.И., *Организованная преступность и борьба с ней*, Владивосток 1995 [Korchagin A.G., Nomokonov V.A., Shulga V.I., *Organized crime and the fight against it*, Vladivostok 1995].
- Королева М.В., *Организованная преступность*, [w:] В.Е. Эминов (red.), *Криминология*, Москва 2015 [Koroleva M.V., *Organized crime*, [in:] V.E. Eminov (ed.), *Criminology*, Moscow 2015].
- Куркина И.Н., Соколова Ю.А., Морозова О.В., Плаксина И.В., *Эволюция тюремной субкультуры в советский период российской истории: уроки прошлого*, „Пенитенциарное право: юридическая теория и правоприменительная практика” 2018, nr 4 [Kurkina I.N., Sokolova Yu.A., Morozova O.V., Plaksina I.V., *The evolution of prison subculture in the Soviet period of Russian history: lessons from the past*, "Penal law: legal theory and law enforcement practice" 2018, No. 4].
- Кутякин С.А., *Некоторые исторические аспекты возникновения феномена «воры» в местах лишения свободы России второй половины XIX века*, „Уголовно-исполнительное право” 2007, nr 1 [Kutyakin S.A., *Some historical aspects of the emergence of the phenomenon of "vory" in penitentiary institutions in Russia in the second half of the 19th century*, "Penal Law" 2007, No. 1].
- Кутякин С.А., Курбатова Г.В., „Воры в законе”: на рубеже веков, Рязань 2003 [Kutyakin S.A., Kurbatova G.V., *"Vory v zakone": at the turn of the century*, Ryazan 2003].
- Кутякин С.А., *Криминальный „общак”: назначение, структура и способы формирования в местах лишения свободы*, „Всероссийский научный журнал »Вопросы правоведения«” 2010, nr 3 [Kutyakin S.A., *Criminal "common fund": purpose, structure and methods of formation in penitentiary institutions*, "All-Russian scientific journal »Issues of jurisprudence«” 2010, No. 3].
- Кутякин С.А., *Влияние „воров в законе” на криминологическую ситуацию в исправительных учреждениях*, „Уголовно-исполнительное право” 2014, nr 2 [Kutyakin S.A., *The influence of "vory v zakone" on the criminological situation in correctional institutions*, "Criminal Law" 2014, No. 2].
- Кутякин С.А., „Смотрящие” как субъекты криминального менеджмента в местах лишения свободы, „Вестник Самарского юридического института” 2014, nr 3 [Kutyakin S.A., *"Watchers" as subjects of criminal management in penitentiary institutions*, "Bulletin of the Samara Law Institute" 2014, No. 3].
- Кутякин С.А., Теткин Д.В., „Воры в законе”: анализ истории и современности, „Вестник Российского университета. Серия »Человек и общество«” 2020, nr 1

- [Kutyakin S.A., Tetkin D.V., "Vory v zakone": analysis of history and modernity, "Bulletin of the Russian University. Series »Man and Society«" 2020, No. 1].
- Кутякин С.А., Теткин Д.В., Брюхнов А.А., *От „бродяг” и „иванов” к „ворам в законе”: история и современные перспективы противодействия криминальному феномену*, „Философия права” 2020, nr 3 [Kutyakin S.A., Tetkin D.V., Bryukhnov A.A., *From “tramps” and “Ivans” to “vory v zakone”: history and modern prospects for countering the criminal phenomenon*, “Philosophy of Law” 2020, No. 3].
- Кузьмин А.В., „Воры в законе” в СССР и России, „Научный компонент” 2019, nr 3 [Kuzmin A.V., "Vory v zakone" in the USSR and Russia, "Scientific component" 2019, No. 3].
- Кузьмин С.И., Малетина Е.А., *Классификация субкультурных отношений в криминальном сообществе*, „Вестник института: преступление, наказание, исправление” 2019, nr 13 [Kuzmin S.I., Maletina E.A., *Classification of subcultural relations in the criminal community*, "Institute Bulletin: Crime, Punishment, Correction" 2019, No. 13].
- Латов Ю.В., „Воры в законе” как субъекты рыночной модернизации в России [Latov Yu.V., "Vory v zakone" as subjects of market modernization in Russia], <http://ecsocman.hse.ru/data/354/679/1219/023.LATOV.pdf>.
- Лелюх В.Ф., Позднякова А.Э., *Самоорганизация осужденных в пенитенциарной системе России*, „Вестник КемГУ” 2012, nr 1 [Lelyukh V.F., Pozdnyakova A.E., *Self-organization of convicts in the penitentiary system of Russia*, "Bulletin of the KemSU" 2012, No. 1].
- Максименко М.В., Гашев Е.Е., *Современная структура и состояние преступной херархии. Аналитический обзор*, Пермь 2021 [Maksimenko M.V., Gashev E.E., *Modern structure and state of the criminal hierarchy. Analytical review*, Perm 2021].
- Мальчук О.И., *История развития феномена „вор в законе”*, „Проблемы в российском законодательстве” 2018, nr 5 [Malchuk O.I., *The history of the development of the phenomenon of “vor v zakone”*, "Problems in Russian legislation" 2018, No. 5].
- Михеева С.В., Михайлов В.С., *Криминальная общность в местах лишения свободы*, Самара 2016 [Mikheeva S.V., Mikhailov V.S., *Criminal community in penitentiary institutions*, Samara 2016].
- Мишин Г., *Профессиональная и организованная преступность: сравнительный анализ*, „Уголовное право” 1999, nr 4 [Mishin G., *Professional and organized crime: a comparative analysis*, "Criminal Law" 1999, No. 4].
- Мохов Е.А., *ФСБ: борьба с организованной преступностью*, Москва 2006 [Mokhov E.A., *FSB: fighting organized crime*, Moscow 2006].
- Мухин А.И., *Российская организованная преступность и власть. История взаимоотношений*, Москва 2003 [Mukhin A.I., *Russian organized crime and authority. Relationship history*, Moscow 2003].
- Организованная преступность и спецслужбы СНГ*, Служба анализа и профилактики, Федеральная служба полиции 2007 [Organized crime and intelligence services of the CIS, Analysis and Prevention Service, Federal Police Service 2007].
- Попов В.И., *Актуальные проблемы борьбы с наиболее опасными проявлениями организованной преступности*, Москва 2004 [Popov V.I., *Actual problems of combating the most dangerous manifestations of organized crime*, Moscow 2004].
- Самохина А.В., *Функции лидера в организованной преступной группе*, „Следователь” 2000, nr 3 [Samokhina A.V., *The functions of a leader in an organized criminal group*, "Investigator" 2000, No. 3].

- Сенатов А.В., *Трансформация традиций криминальной субкультуры в отношении лидеров уголовно-преступной среды*, „Пенитенциарное право: юридическая теория и правоприменительная практика” 2020, nr 4 [Senatov A.V., *Transformation of the traditions of the criminal subculture in relation to the leaders of the criminal environment*, “Penal Law: Legal Theory and Law Enforcement Practice” 2020, No. 4].
- Сухов С.И., Турских А.А., *Исторический аспект возникновения преступных лидеров*, „Вестник Восточно-Сибирского Института МВД России” 2009, nr 3 [Sukhov S.I., Turskikh A.A., *The historical aspect of the emergence of criminal leaders*, “Bulletin of the East Siberian Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia” 2009, No. 3].
- Шалагин А.Е., *Криминальная среда и ее общественная опасность*, „Ученые записки Казанского юридического института МВД России” 2016, t. 2 [Shalagin A.E., *The criminal environment and its social danger*, “Scientific notes of the Kazan Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia” 2016, Vol. 2].
- Ванюшкин С.В., *Организованная преступность*, [w:] А.И. Долгова (red.), *Криминология*, Москва 2001 [Vanyushkin S.V., *Organized crime*, [in:] A.I. Dolgova (ed.), *Criminology*, Moscow 2001].
- Важенкин В.В., Васильченко Д.А., Зуев Е.А., *Закономерности формирования и развития высшего криминального сословия в России*, „Общество и право” 2015, nr 4 [Vazhenkin V.V., Vasilchenko D.A., Zuev E.A., *Patterns of formation and development of the highest criminal class in Russia*, “Society and Law” 2015, No. 4].
- Войтехович К.Г., *Послевоенный преступный мир: причины и итоги внутренней борьбы* [Voitekhovich K.G., *Post-war criminal world: causes and results of internal combat*], <http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/227329/4/47-51.pdf>.
- Волков В.В., *Силовое предпринимательство в современной России* [Volkov V.V., *Power Entrepreneurship in Modern Russia*], <https://cyberleninka.ru/article/n/silovoe-predprinimatelstvo-v-sovremennoy-rossii-glava-4-vory-i-bandity>.
- Воронин Ю.А., *Криминальный профессионализм: современные тенденции*, „Вестник ЮрГУ. Серия Право” 2018, t. 18, nr 1 [Voronin Yu.A., *Criminal professionalism: modern trends*, “Bulletin of SUSU. Series Law” 2018, Vol. 18, No. 1].

Summary

Vory v zakone in Russia as a criminological phenomenon

Keywords: criminology, *vory v zakone*, criminal authority figures, organized crime, Soviet Union, Russia.

The paper presents the development and evolution of criminal authority figures called *vory v zakone* in the Soviet Union and Russia. It shows the unique characteristics of their activities both in penitentiary institutions and at large. The purpose of this paper is to show the conditions for the formation and transformation of *vory v zakone* in historical and modern Russia and their current situation. The analyses carried out have led to the belief that

over the 100 years since the emergence of this group, despite the transformation of the socio-economic and political system in Russia, *vory v zakone* continues to occupy a dominant position in the world of organized crime. Even though they do not follow many long-established restraining moral principles, they successfully achieve their goals.

Krzysztof Lipka

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0002-1680-9635

lipkak@kozminski.edu.pl

Kilka uwag o roli NGO w tworzeniu globalnego ładu podatkowego

Wstęp

Organizacje NGO (tzw. trzeci sektor) odgrywają ważną rolę w kształtowaniu globalnych norm w wielu dziedzinach. Wzorcowe przykłady to prawa człowieka i ekologia. Są jednak sfery, w których aktywność NGO jest mała, a ich wpływ na powstające rozwiązania ograniczony. Jedną z nich jest globalny ład podatkowy. Jego ewolucja rozpoczęła się sto lat temu, a przyspieszyła wraz z falą globalizacji w drugiej połowie XX w. Procesy te zdominowały organizacje państw (takie jak OECD) oraz kraje zainteresowane korzystnymi rozwiązaniami. Od pewnego czasu rosną wpływy wielkich ponadnarodowych korporacji. Ograniczona jest jednak rola NGO. Brak ich wyraźnego głosu powoduje, że w debacie pomijany bywa szereg istotnych aspektów, ostateczne rozwiązania nie zawsze są sprawiedliwe, a wprowadzanie przełomowych zmian jest opóźniane. Autor stawia tezę, że zwiększenie roli NGO w kształtowaniu światowego ładu podatkowego jest możliwe i pożądane. Wzorcami działania mogą być doświadczenia organizacji z dziedziny ekologii i praw człowieka. W niniejszym artykule przeanalizowano funkcje, które powinny w tym zakresie pełnić NGO i postulaty dotyczące ich celów. W badaniach zastosowano metodę teoretyczno-prawną służącą do analizy poglądów doktryny i zbadania głównych nurtów polemicznych oraz pomocniczo metody dogmatyczno-prawną oraz logiczno-językową.

NGO w czasach globalizacji

Istnieje ogólna zgoda uznająca aktywność obywatelską za bardzo ważny obszar życia społecznego. Podkreśla się konieczność istnienia trzech współzależnych sektorów: instytucje państwowe, komercyjne organizacje prywatne

oraz trzeci sektor – organizacje, które nie są częścią instytucji państwa, a ich celem nie jest uzyskiwanie komercyjnych dochodów¹. Obok określenia „trzeci sektor” używa się nazw „organizacje pozarządowe” oraz NGO (z ang. *Non-Governmental Organization*), choć brak jest jednolitej definicji. Według Rady Europy są to organizacje społeczne założone w celu realizacji niezarobkowych celów swoich założycieli lub członków². Zbigniew Zawadzki uznaje za trzeci sektor organizacje społeczne lub grupy charytatywne zrzeszone wspólną wolą, działające formalnie lub nieformalnie³. Lester M. Salamon i Helmut K. Anheier wskazują na ich wspólne cechy – formę instytucjonalną, niezależność od państw, samorządność, dobrowolność i działanie *non-profit*⁴. Sam trzeci sektor za kluczowy uznaje następujący cel: angażowanie się w kwestie praw człowieka, działania humanitarne lub rozwojowe⁵.

Spektrum działalności NGO jest szerokie. Do ich podstawowych celów zalicza się:

- monitorowanie przestrzegania norm w danej dziedzinie;
- dostarczanie informacji rządów i agendum państwowym;
- współtworzenie norm postępowania;
- organizowanie pomocy⁶.

NGO są obecnie bardzo ważnym elementem samoorganizującego się społeczeństwa, ułatwiając aktywność obywateli poza komercyjnym obszarem rynku i bez upoważnienia państwa. W krajach demokratycznych trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie społeczeństw bez ich udziału. W państwach z deficytem demokracji dostrzec można negatywne skutki braku takich organizacji lub ograniczenia ich roli.

Procesy globalizacyjne zmieniają tradycyjne formuły legitymizacji i demokratycznej kontroli. Zdaniem Włodzimierza Aniola „pod wpływem globalizacji i aktywności nowych podmiotów na scenie światowej państwo narodowe, główne do tej pory źródło społecznej legitymizacji, przeżywa widoczny kryzys i znaczącą transformację. Centra decyzyjne przesuwają się do innych miejsc i ośrodków, których oddolna kontrola jest ograniczona”⁷. Jednocześnie globalizacja prowadzi do „poszerzania skali organizowania i wykonywania

¹ K. Rogaczewska, *Organizacje pozarządowe w polityce międzynarodowej*, Projekt „Kształcenie wysoko wykwalifikowanych specjalistów dla sfery publicznej w wymiarze transeuropejskim”, Wrocław 2015, s. 5.

² <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=330> (data dostępu: 11.07.2023).

³ Z. Zawadzki, *Organizacje pozarządowe formą aktywności społecznej*, „Edukacja Ustawiczna Dorosłych” 2021, nr 3, s. 22.

⁴ L.M. Salamon, H.K. Anheier, *In search of the non-profit sector. The question of definitions*, „Voluntas” 1992, nr 2, s. 125–151.

⁵ <https://humanrightscareers.com/issues/what-is-ngo/> (data dostępu: 11.07.2023).

⁶ B.-S. Baek, *RHRIs, NHRIs and human rights NGOs*, „Florida Journal of International Law” 2012, nr 24, s. 241–242.

⁷ W. Anioł, *Deficyt demokratyczny w systemie globalnym*, „Studia Europejskie” 2002, nr 4, s. 10.

władzy”⁸. To oznacza możliwość oddziaływania NGO na kształt norm i ich stosowanie. W konsekwencji nauki polityczne i prawne stawiają pytania o istnienie i rolę globalnego społeczeństwa obywatelskiego oraz jego wpływ na tworzenia norm będących nośnikiem „pozytywnych wartości i działań”⁹.

NGO są aktywne także w sferze gospodarki¹⁰. Celem tej aktywności jest zwiększenie „równowazącego wpływu instytucji przedstawicielskich możliwie wszystkich środowisk społecznych (...) na sposób rozwiązywania problemów i spraw decydujących w ostatecznym efekcie o dalszych losach świata”¹¹. Ma to prowadzić do „demokratyzacji globalnej gospodarki”, w której pierwszorzędne znaczenie ma mieć aktywność i rola samych obywateli. Wzrasta zarówno liczba, jak i jakość organizacji społecznych zaangażowanych w kształtowanie otoczenia gospodarki¹². Coraz częściej działania globalne inicjują lub koordynują podmioty o charakterze ponadnarodowym. Przewiduje się, że ich rola powinna systematycznie wzrastać.

Ewolucja światowego ładu podatkowego

Globalne zasady podatkowe zaczęły powstawać sto lat temu. Ich rozwój początkowo przebiegał wolno, a przyspieszenie nastąpiło w drugiej połowie XX w. Wyróżnić można kilka etapów tego procesu, począwszy od stworzenia systemu bilateralnych traktatów o unikaniu podwójnego opodatkowania, poprzez tworzenie systemowych, uniwersalnych i globalnych rozwiązań określonych problemów (niektórych skutecznie – standardy cen transferowych, innych tylko z ograniczonym sukcesem – zwalczanie zjawiska rajów podatkowych), aż po inicjatywy globalne, takie jak projekty Base Erosion Profit Shifting (BEPS), Pillar I i II oraz GloBE. Dziś można już mówić o wyłanianiu się zrębów światowego ładu podatkowego (*global tax order*), czyli systemu ogólnie uznawanych reguł i mechanizmów ich tworzenia¹³.

Działania dotyczące światowych rozwiązań podatkowych inicjowane są głównie przez państwowe organizacje międzynarodowe. Zasady cen transfe-

⁸ J. Szambelańczyk, *Kapitał społeczny a globalny kryzys finansowy na początku XXI wieku*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2009, nr 23, s. 84.

⁹ E. Pietrzak, *Globalne prawo – lokalne prawo*, [w:] M. Haliżak, M. Pietraś (red.), *Poziomy analizy stosunków międzynarodowych*, Lublin 2012, s. 209.

¹⁰ R. Lambell, G. Ramia, Ch. Nyland, M. Michelotti, *NGOs and international business research: progress, prospects and problems*, „International Journal of Management Reviews” 2008, nr 1, s. 75–92.

¹¹ J. Gołębiowski, *Zarządzanie globalne w gospodarce światowej (dotychczasowe formy i ich ewolucja)*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2009, nr 23, s. 60.

¹² Ch. Ku, *Strengthening international law's capacity to govern through multilayered strategic partnerships*, „South African Yearbook of International Law” 2007, nr 1, s. 114.

¹³ T.C. Halliday, G. Shaffer, *Transnational legal orders*, seria: Cambridge Studies in Law and Society, nr 56, Cambridge 2015, s. 7.

rowych oraz unikania podwójnego opodatkowania wypracowała Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. Organisation for Economic Co-operation and Development; dalej jako OECD). Projekt BEPS zainicjowany został przez grupę G20, ale jego realizację powierzono także OECD. Próby wpływania na światowe reguły podatkowe podejmuje Organizacja Narodów Zjednoczonych¹⁴ (dalej jako ONZ). Unia Europejska skutecznie wspiera globalną recepcję własnych idei podatkowych¹⁵.

Istotny wpływ na kształtowanie światowego ładu podatkowego mogą mieć także pojedyncze państwa (tzw. państwa-hegemony), które aktywnie kreują korzystny dla siebie ład międzynarodowy¹⁶. Obecnie tylko USA dysponują odpowiednią siłą ekonomiczną, polityczną, a także mogą mobilizować inne kraje w stopniu pozwalającym na uznanie ich za państwo o takim statusie¹⁷. Wzrasta także wpływ wielkich korporacji zainteresowanych korzystnymi rozwiązaniami fiskalnymi. Zjawisko to oceniane jest jako jednoznacznie negatywne¹⁸.

Oderwane od siebie zasady globalnego porządku podatkowego nie tworzą jeszcze systemu. Bardzo istotne zagadnienia nie zostały uregulowane (opodatkowanie dochodów z działalności *e-commerce*), lub regulacje są nieskuteczne (zjawisko rajów podatkowych). Obowiązujące rozwiązania nie są uznawane za efektywne i sprawiedliwe. Zarzuca się im, że nie nadążają za zmianami mechanizmów prowadzenia międzynarodowej działalności gospodarczej (takich jak rola wartości niematerialnych i prawnych i poziom mobilności kapitału), faworyzują kraje rozwinięte kosztem państw o niższym poziomie rozwoju i promują nieuczciwą konkurencję¹⁹. Mimo tych słabości należy się spodziewać przyspieszenia w omawianej dziedzinie, wynikającego z dalszej globalizacji gospodarki. Co więcej, coraz odważniej postuluje się wprowadzenie danin o charakterze globalnym (podatki od bogactwa, ekologiczne, pandemiczne)²⁰. Dotychczasowe inicjatywy w tym zakresie nie kończyły się sukcesami i wykazały, że procesy te nie będą proste²¹.

¹⁴ K. Lipka, *Organizacja Narodów Zjednoczonych a przyszłość światowych norm podatkowych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2023, nr 2, s. 21–40.

¹⁵ E.O. Eriksen, *The EU: a cosmopolitan vanguard?*, Paper to the ECPR Fourth Pan-European Conference on EU Politics, University of Latvia, Riga, 25 September 2008.

¹⁶ L. Hakelberg, *The hypocritical hegemon. How the United States shapes global rules against tax evasion and avoidance*, Nowy Jork 2020, s. 11.

¹⁷ M. Koenig-Archibugi, *Mapping global governance*, [w:] D. Held, A. McGrew (red.), *Governing globalization: power, authority and global governance*, Cambridge 2003, s. 7–11.

¹⁸ S. Hager, J. Baines, *The tax advantage of big business: how the structure of corporate taxation fuels concentration and inequality*, „Politics & Society” 2020, nr 2, s. 275–305.

¹⁹ A. Harpaz, *International tax reform: who gets a seat at the table?*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2023, s. 1007.

²⁰ G. Malinowski, J. Tomkiewicz, *Koncepcja globalnego podatku majątkowego*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2015, nr 43, s. 92–101.

²¹ S. Schulmeister, *The struggle over the financial transactions tax. A politico-economic farce*, „Revue de l'OFCE” 2015, nr 5, s. 15–55.

Powolne tempo wyłaniania się światowego ładu podatkowego spowodowane jest nie tylko konfliktami między interesariuszami, postawą państw i wielkich korporacji, ale też brakiem jasnych zasad procedowania, a przede wszystkim brakiem silnego lidera o odpowiednim umocowaniu. Obecnie trudno wskazać, kto i w jaki sposób mógłby przyjąć taką rolę. Często sugeruje się, że powinny to być OECD lub ONZ albo zupełnie nowy podmiot. W efekcie rozwiązania powstają pod wpływem nacisków różnych interesariuszy i zależą od ich siły wpływu, procesy nie są transparentne, a zainteresowane strony mogą je skutecznie blokować. Społeczna świadomość znaczenia problemu podatków globalnych, wielkości potencjalnych dochodów budżetowych, stopnia niesprawiedliwości w dystrybucji danin i jej wpływu na zachwianie zasad uczciwej konkurencji jest niska²². Doświadczenia z innych dziedzin sugerują, że zwiększenie aktywności obywatelskiej mogłoby mieć pozytywny wpływ na ewolucję analizowanego zjawiska²³.

Znaczenie NGO dla światowych rozwiązań podatkowych

Skala działalności NGO jest olbrzymia. Szacunki dotyczące ilości takich organizacji na świecie sugerują istnienie nawet 10 mln podmiotów²⁴. NGO pozostają aktywne zarówno lokalnie, jak i transgranicznie oraz globalnie. Niektóre są obecne w ponad 100 krajach (np. Amnesty International).

Znaczenie NGO jest różne w poszczególnych dziedzinach, można jednak zaryzykować twierdzenie, że bez nich współczesne rozwiązania dotyczące praw człowieka, ekologii lub społecznej odpowiedzialności biznesu przyjęłyby zupełnie inny kształt²⁵. Są też obszary, w których aktywność obywatelska jest mniejsza. Jednym z nich są daniny publiczne, a w szczególności globalne rozwiązania podatkowe. Istnieje wprawdzie grupa ponadnarodowych NGO zajmujących się tymi zagadnieniami, nie są to jednak podmioty o wysokim poziomie rozpoznawalności, faktycznym wpływie na debatę publiczną i mogące realnie oddziaływać na kształt ostatecznych rozwiązań podatkowych.

Dwie najważniejsze organizacje to Global Tax Justice oraz Tax Justice Network. Wymienić należy też Tax Foundation, Action for Economic Reforms,

²² R.W. McGee M.V. Achim, *How serious is tax evasion? A survey of Polish opinion*, www.researchgate.net/profile/Robert-Mcgee-5/publication/371966940_How_Serious_is_Tax_Evasion_A_Survey_of_Polish_Opinion/links/649f92f595bbbe0c6e0506a3.pdf (data dostępu: 11.07.2023).

²³ T. Kafel, *Rola organizacji pozarządowych a współczesne wyzwania społeczno-gospodarcze*, „Studia i Prace Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 4, s. 513–522.

²⁴ <https://www.standardizations.org/bulletin/?p=841> (data dostępu: 11.07.2023).

²⁵ Por. B. Ziemblicki, *Rola organizacji pozarządowych w ochronie praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Aksjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, Toruń 2017, s. 359–373.

GATJ Tax and Gender Working Group, Financing for Development Forum (FFD), ICTD, Platform for the Collaboration on Tax (PCT), High Level Political Forum (HLPF), CEDAW Review process, Christian Aid, SOMO, Addis Tax Initiative, Network of Tax Organisations, International Tax, czy wzbudzający liczne kontrowersje ze względu na formy działań OXFAM. Organizacją przygotowującą materiały dla innych NGO (np. Guide to Tax Work for NGOs) jest International Budget Partnership.

Podmioty te zajmują się monitorowaniem sytuacji związanej z kształtem światowego ładu podatkowego, próbując wpływać nań poprzez krytyczne komentowanie proponowanych rozwiązań i przedstawianie własnych idei, podnoszą kwestie znaczenia globalnych rozwiązań dla poszczególnych grup państw (np. krajów rozwijających się) lub potencjalnych skutków propozycji dla konkretnych zagadnień (ekologii, praw kobiet, itp.). Aktywność NGO w zakresie podatków jest często osadzona w szerszych nurtach społecznych. Ważną obserwacją było dostrzeżenie, że świat mierzy się obecnie z coraz większą liczbą problemów o charakterze globalnym, a takie wyzwania łatwiej jest rozwiązywać używając globalnych narzędzi (np. globalnych danin). NGO podnoszą, że wprowadzanie zmian społecznych (zarówno przez państwa jak i przez inne podmioty) wymaga zabezpieczenia wpływów finansowych. Niewłaściwy lub niesprawiedliwy rozkład obciążeń podatkowych prowadzi do negatywnych zjawisk i uniemożliwia podejmowanie pożądanych działań. Jednym z celów aktywności jest zwiększenie globalnej świadomości wagi zagadnień związanych z podatkami i ich bardziej sprawiedliwą alokacją. Dostrzegając, że kwoty danin publicznych traconych przez państwa w wyniku istniejących reguł są znaczne, podkreśla się, że środki te mogłyby pokryć dużą część postulowanych wydatków, dla których obecnie brak finansowania.

Same NGO oceniają, że mają realny wpływ na debatę o podatkach światowych²⁶. Jest tak jednak tylko w pewnym stopniu. Należy zaznaczyć, że ilość organizacji aktywnie zajmujących się podatkami na skalę globalną jest ograniczona, a ich głos słabo słyszalny. Trudno o precyzyjną diagnozę takiego stanu rzeczy. Wydaje się, że wpływ na to ma niskie zainteresowanie społeczne omawianą tematyką, co wynika także z obojętnej postawy środków przekazu uznających problemy sprawiedliwego opodatkowania za mało atrakcyjne medialnie. Kwestie podatkowe są skomplikowane i trudne do prezentacji, co jest skutkiem dominacji w debacie podatkowej profesjonalnego języka wykluczającego osoby niezajmujące się zawodowo tym zagadnieniem²⁷. Ograniczeniem roli NGO zainteresowany jest też biznes. Wielkie korporacje są beneficjentami

²⁶ J. White, *How NGOs changed the global tax debate*, www.internationaltaxreview.com/article/2a6a3wdiumi40dufkq8zk/how-ngos-changed-the-global-tax-debate (data dostępu: 11.07.2023).

²⁷ J. Kangave, M. Katusiimeh, *Tax bargains: understanding the role played by public and private actors in influencing tax policy reform in Uganda*, „UN Research Institute for Social Development” 2015, s. 19.

istniejących, ułomnych rozwiązań, a zmiany szczególnie te inicjowane przez aktywistów społecznych mogłyby oznaczać zwiększenie obciążeń fiskalnych.

Organizacjom pozarządowym udało się wprowadzić niektóre kwestie podatkowe do debaty publicznej. Jednak ze względu na opór innych interesariuszy wpływ NGO na konkretne rozwiązania ciągle pozostaje ograniczony. Część winy za taki stan rzeczy leży po stronie samych organizacji. Analiza jakości pracy NGO zajmujących się podatkami wykazuje, że są one skoncentrowane głównie na krytyce obowiązujących zasad. Kampanie NGO mają na celu „podkreślenie niesprawiedliwości obecnej światowej polityki”²⁸, brak przy tym wyraźnego pozytywnego programu i realnych sugestii jakie rozwiązania powinny być wprowadzone. Dużym problemem jest ograniczona współpraca między ponadnarodowymi NGO. Badacze podkreślają, że „na arenie międzynarodowej instytucje, by mogły osiągnąć własne wartości i cele, muszą wchodzić w relacje z innymi podmiotami”²⁹. Ten stan w dziedzinie globalnych rozwiązań podatkowych nie został jeszcze osiągnięty.

Dla porządku należy zaznaczyć, że istnieją NGO mające w swoim programie spowolnianie tworzenia rozwiązań globalnych. Przykładem organizacji osiągającej na tym polu wymierne sukcesy jest CF&P, która skutecznie wspierała blokowanie inicjatyw w zakresie wymiany informacji podatkowej³⁰.

Funkcje NGO w kształtowaniu globalnego ładu podatkowego

Z różnorodności instytucjonalnej oraz funkcjonalnej NGO wynika wielość funkcji, które są przez nie realizowane. Samuel Sharp, Stephanie Sweet i Alina R. Menocal wskazują na potrójną rolę NGO w kształtowaniu podatków światowych: analizowanie informacji, wyrażanie sprzeciwu lub poparcia dla konkretnych rozwiązań i zwiększanie społecznej świadomości tematyki³¹.

Można jednak pokusić się o bardziej szczegółową analizę funkcji realizowanych przez NGO w badanym zakresie³². Są to:

- ❖ funkcja poznawcza – funkcja ta ma dwa wymiary: po pierwsze, zbieranie i opracowywanie danych i informacji na temat zjawisk, które są następnie

²⁸ T. Rixen, *Politicization and institutional (non-)change in international taxation*, „Discussion Paper SP IV 2008-306, Wissenschaftszentrum für Sozialforschung” 2008, s. 10.

²⁹ M. Domiter, A. Marciszewska, *Trzeci sektor w Europie wobec deficytu demokratycznego w dobie integracji i globalizacji*, „Ekonomia XXI Wieku” 2018, nr 1, s. 70.

³⁰ D.M. Ring, *Who is making international tax policy? International organizations as power players in a high stakes world*, „Fordham International Law Journal” 2010, nr 3, s. 649–722.

³¹ S. Sharp, S. Sweet, A.R. Menocal, *Civil society engagement in tax reform*, „Accountability & Transparency Initiative Report” 2019, s. 8.

³² K. Rogaczewska, op. cit., s. 41.

prezentowane szerokim grupom odbiorców, pozwalając im zapoznać się z różnymi aspektami problemu. Często materiały opracowywane przez organizacje ukazują zjawiska w nowym świetle, mogą też być to informacje skrywane przez władze państwowe lub pomijane przez media. Drugi wymiar funkcji poznawczej realizowany jest poprzez sprzężenia zwrotne i dostarczanie organom władzy opinii i uwag dotyczących planowanych i podejmowanych działań. Organizacje monitorują daną tematykę i reagują na propozycje zmian. Dzięki temu decydenci uzyskują informację o szerszej akceptacji (lub jej braku) dla poszczególnych propozycji. W zakresie światowego ładu podatkowego funkcja ta jest istotna, ponieważ poziom świadomości społecznej dotyczącej zagadnienia jest niski, a podejmowane działania państw i organizacji międzynarodowych są słabo monitorowane przez niezależne podmioty. Istnieje konieczność promowania wiedzy o potencjalnym znaczeniu podatków globalnych i ich wpływie na światową społeczność. Bardzo ważne jest publikowanie danych o negatywnych stronach istniejącego stanu spraw (wielkości i rozkładu zjawisk ucieczki od opodatkowania, postawy międzynarodowych korporacji i niektórych rządów);

- ❖ funkcja organizatorska – również ta funkcja ma kilka przejawów. W jej ramach ludzie dzielący określone wartości i cele mogą jednoczyć się dla wspólnego działania. NGO uczestnicząc w formalnym życiu politycznym, artykułują swój punkt widzenia i docierając do nowych zwolenników. Mogą przy tym korzystać z dostępnych źródeł finansowania i nadanych im uprawnień (udział w pracach agend państwowych, dostęp do informacji itp.). W zakresie analizowanego zjawiska także ta funkcja jest niezwykle istotna. NGO powinny stać się platformami, które zintegrują osoby chcące uczestniczyć w procesach kształtowania światowego ładu podatkowego oraz udostępnić im narzędzia organizacyjne (w tym finansowanie). Powinny pełnić rolę interesariuszy procesów zmian na podobieństwo roli Amnesty International w kwestii praw człowieka lub Greenpeace w ekologii. To aktywność organizacji pozarządowych jest najlepszym sposobem na zapewnienie, aby głos społeczeństwa obywatelskiego był słyszalny w procesach globalnego zarządzania³³;
- ❖ funkcja inspirująca – organizacje NGO mogą oddziaływać na społeczności pobudzając ich zainteresowanie problemami i konsolidując aktywność. Może to być realizowane poprzez promowanie wzorców zachowań lub bezpośrednie wsparcie lokalnych struktur (organizacyjne, finansowe, merytoryczne i materiałowe). W tym zakresie istotne jest przyciągnięcie uwagi interesariuszy reprezentujących różne środowiska i zapewnienie, że lokalne społeczności będą aktywnie włączać się do wspólnych działań. Koordynacja

³³ B. Ziemblicki, op. cit., s. 359.

międzynarodowa może nadać promowanym postulatом uniwersalny charakter;

- ❖ funkcja lobbingowa – dobrze skoordynowane działania lobbingowe mogą prowadzić do zmian zachowań zarówno państw, jak i podatników. NGO uznawane są za podmioty stosunków międzynarodowych, mogą więc być aktywne na tej płaszczyźnie i stanowić instrument nacisku. Realizacja tej funkcji wpłynie na kształt konkretnych rozwiązań podatkowych, a przede wszystkim na ich recepcję i stosowanie w praktyce.

Dla realizacji swoich funkcji NGO stosują przemyślane strategie działania, właściwe dla danej tematyki i jej społecznej percepcji. Wyróżnia się cztery podstawowe strategie (nazywane też politykami)³⁴:

- strategia informacji – NGO zbierają obiektywne dane o charakterze naukowym i dokonują ich transkrypcji na język zrozumiały dla otoczenia. Działanie to jest ukierunkowane przede wszystkim na opinię publiczną. NGO mogą też dostarczać decydentom, zarówno informacje o nastrojach społecznych jak i poddane odpowiedniej prezentacji wyniki badań naukowych. Rola tej strategii wzrasta wraz z ekspansją mediów społecznościowych. W zakresie podatków globalnych NGO mogą pełnić rolę obiektywnego źródła informacji, zdolnego do prezentacji również tzw. niewygodnych danych;
- strategia symboliczna – organizacje pozarządowe kreują stronę symboliczną zagadnienia, operując pewnymi uogólnionymi modelami. Wprowadzają do technicznej debaty element emocji odwołując się do uczuć, idei i wartości. W sytuacji zdominowania dyskursu o globalnym ładzie podatkowym przez środowiska eksperckie, rola ta może okazać się kluczowa dla stworzenia szeroko zrozumiałego przekazu symbolicznego i umożliwienie identyfikacji społeczności obywatelskich z problematyką i postulatami;
- strategia nacisku – NGO aktywne globalnie muszą podejmować działania o mocy adekwatnej do siły podmiotów, na które chcą wywrzeć wpływ. Może to wymagać oddziaływania na rządy i organizacje międzynarodowe, które tworzą normy. NGO dysponują licznymi narzędziami nacisku, od udziału w publicznej debacie, aż do akcji bezpośrednich takich jak protesty, bojkoty itp. Ponieważ światowe regulacje podatkowe powstają w wyniku tarć potężnych sił (państw, globalnych firm, organizacji takich jak OECD), niezbędne jest, by także NGO dysponowały (i mogły używać) siłą pozwalającą im odgrywać odpowiednią rolę;
- strategia odpowiedzialności – ma na celu podniesienie świadomości interesariuszy (często podmiotów gospodarczych) i wymuszenie na nich odpowiednich zachowań. Pod naciskiem NGO korporacje kreując swój wizerunek zobowiązują się do pewnych działań lub zaniechań. Podobna polityka może

³⁴ K. Rogaczewska, op. cit., s. 78.

być też prowadzona z wykorzystaniem skoordynowanych wysiłków społeczności lokalnych i globalnych w stosunku do rządów i organizacji państw³⁵.

Tezy debaty o standardach podatkowych są uzależniane od interesów państw i firm dążących do narzucenia rozwiązań dla siebie korzystnych oraz uznania ich za uniwersalne i globalne. Dlatego należy wzmocnić w niej głos instytucji niezależnych, stawiających pytania dotyczące sprawiedliwości podatkowej i zasad współpracy koniecznych do jej efektywnego osiągnięcia³⁶. Rolą NGO powinno być wprowadzenie do dyskursu brakujących elementów. Należałoby oczekiwać w szczególności:

- ❖ zrównoważenia narracji narzuconej przez obecnych liderów (OECD, ONZ), koncentrującej się na aspektach technicznych rozwiązań, a często zdominowanej przez państwa rozwinięte;
- ❖ artykułowania głosu sprzeciwu wobec postawy państw-hegemonów (w praktyce USA);
- ❖ wpływania na przyspieszenie działań w najbardziej drażliwych sferach, w których brak uregulowań skutkuje utratą dochodów i zjawiskami nieuczciwej konkurencji (np. w kwestii *e-commerce*);
- ❖ zwiększenia stopnia transparentności procedur tworzenia standardów. Obecnie rozwiązania powstają bez demokratycznego nadzoru. Opinia publiczna nie ma dostępu do informacji jak przebiegają prace i podejmowane są decyzje (np. w OECD). Nie są jasne mechanizmy wyboru rozwiązań, stosowanych kryteriach i skali nacisków lobbingsowych determinujących ostateczny kształt propozycji;
- ❖ wsparcia pozycji krajów rozwijających się (często) odmiennych od interesów tzw. państw północy. Obecnie kraje rozwijające się nie są dostatecznie reprezentowane w organizacjach mających wpływ na powstawanie regulacji (tzw. *inclusion deficit*), co wpływa negatywnie na kształt proponowanych norm³⁷. W efekcie to „potężne państwa dyktują globalny porządek działań, a głos słabszych jest marginalizowany”³⁸. Zwiększony udział NGO mógłby zrównoważyć skutki tych zjawisk;
- ❖ piętnowania postaw wypaczających sens ładu globalnego i zrażających do tej idei kraje dostrzegające w niej przejawy hipokryzji (np. zwalczanie przez kraje rozwinięte zjawiska *tax havens* w krajach karaibskich przy jednoczesnym tolerowaniu go w Irlandii i Luksemburgu³⁹);

³⁵ Ch. Ku, op. cit., s. 116.

³⁶ G. Carlo, *Cosmopolitan rights, global tax justice, and the morality of cooperation*, „Bocconi Legal Studies Research Paper” 2021, s. 1–13.

³⁷ R.D. Germain, *Global financial governance and the problem of inclusion*, „Global Governance” 2001, nr 7, s. 411–426.

³⁸ S. Fung, *The questionable legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project*, „Erasmus Law Review” 2017, nr 2, s. 76–88.

³⁹ M. Pawlak, *Raje podatkowe i ich wykorzystanie przez zagraniczne korporacje działające na terenie Polski*, „Nowe Tendencje w Zarządzaniu” 2022, nr 2, s. 21–49.

- ❖ wsparcia organizacji międzynarodowych zrzeszających znaczącą liczbę państw (np. ONZ), tak aby w debacie stanowiły przeciwwagę dla organizacji elitarnych (OECD) reprezentujących tylko wybrane grupy państw.

Na koniec należy wymienić dwa postulaty mające w ocenie autora znaczenie fundamentalne:

- ❖ dopuszczenie krytycznego spojrzenia na obecne od stu lat rozwiązania fiskalne i przełamanie obowiązujących dogmatów (np. oparcia rozwiązań cen transferowych na zasadach *separate entity* oraz *ALP* zamiast użycia formuł alokacji);
- ❖ ujęcie problemu podatków światowych od strony człowieka, a nie tylko przez pryzmat liczb, a nade wszystko nadanie debacie „ludzkiej twarzy”. W obecnie narzuconym podejściu zapomina się, że podatki nie są celem samym w sobie, a sposobem na rozwiązywanie problemów z którymi zmagają się ludzkość.

Ryzyka i zagrożenia

Działalność NGO, w szczególności w przestrzeni międzynarodowej nie jest wolna od zagrożeń. Unia Europejska zwraca uwagę na trzy podstawowe grupy problemów – przede wszystkim na kwestie związane z regulacjami ograniczającymi funkcjonowanie (swoboda działania, wolność słowa, itp.). Te problemy wydają się mniej istotne dla organizacji zajmujących się podatkami. Druga grupa ograniczeń dotyczy finansowania umożliwiającego ciągłość funkcjonowania i jest bardzo istotna dla wszystkich NGO. Ostatnia grupa wyzwań odnosi się do działalności operacyjnej i kwestii, takich jak dostęp do informacji, uznania NGO za partnerów dialogu i szanowanie ich postulatów⁴⁰. Te wyzwania wydają się kluczowe dla działalności NGO w zakresie podatków światowych.

Obok ryzyka „zewnętrznego” NGO narażone są na liczne zagrożenia wynikające z ich własnej specyfiki. Jednym z nich jest ryzyko uzależnienia organizacji od rządów lub korporacji. Można dostrzec sieć powiązań między państwami, a niektórymi NGO, rodzącymi pytania o stopień ich niezależności⁴¹. Również korporacje mogą chcieć wykorzystywać organizacje trzeciego sektora do wpływania na zakres i dynamikę debaty podatkowej. Firmy dysponują znacznymi zasobami finansowymi, które mogą być jeszcze większe, gdy wy-

⁴⁰ <http://fra.europa.eu/en/publication/2018/challenges-facing-civil-society-organisations-working-human-rights-eu> (data dostępu: 11.07.2023).

⁴¹ Przykładowo International Tax Compact (ITC) świadczy usługi wsparcia (*secretariats, networks, incubator*) dla trzech NGO: Addis Tax Initiative, Network of Tax Organisations i DRM. Tymczasem ITC zostało założone przez Niemieckie Ministerstwo Współpracy Gospodarczej, a od roku 2022 inicjatywa jest współfinansowana przez UE – <https://www.taxcompact.net/mission-and-functions> (data dostępu: 11.07.2023).

siłki – aby promować rozwiązania dla siebie korzystne – podejmuje grupa podmiotów (działania firm tzw. *big tech*). Podatnicy będący beneficjentami obecnego *status quo* mogą próbować użyć organizacji NGO do blokowania decyzji (np. poprzez narzucanie rozwiązań ekstremalnych, trudnych do zaakceptowania przez rządy), tak by jak najdłużej utrzymywać impas.

Istnieje też ryzyko radykalizacji debaty. Doświadczenia z działań w zakresie ekologii lub praw człowieka pokazują, że istnieje wiele środowisk akceptujących tylko bardzo skrajne rozwiązania. Grupy te są obecne w mediach (ze względu na stosowane przez nie metody działania) i mogą narzucać sposób postrzegania problemu. Debata zredukowana do takiego poziomu mogłaby prowadzić do braku możliwości osiągnięcia kompromisów i wypaczenia idei światowego ładu podatkowego. Postawy skrajne często powodują wykluczenie niektórych środowisk z dialogu, a także akceptację języka i zachowań z pogranicza hejtu i agresji. Coraz częstszy problem to przekształcanie się NGO w podmioty realizujące komercyjne cele kierownictwa. Badania potwierdzają istnienie zjawiska wykorzystywania NGO jako „lukratywnych miejsc pracy dla cynicznych karierowiczów”⁴².

Remedium na powyższe zagrożenia może być tylko rygorystyczne respektowanie zasad zarówno w zakresie odpowiedzialności zewnętrznej (przestrzeganie prawa, tzw. *compliance*, upublicznianie informacji o organizacji), jak i wewnętrznej (transparentność i respektowanie procedur, poddawania się kontrolom i audytom)⁴³. Dzięki temu opinia publiczna i interesariusze mogą weryfikować, czy NGO postępuje zgodnie z prawem, w jakim stopniu działania są inspirowane siłami zewnętrznymi oraz jak wydawane są środki.

Podsumowanie

W ciągu najbliższych kilku dekad kształtować się będą ramy światowego porządku podatkowego. Proces ten już się rozpoczął i nie można go powstrzymać, choć nie musi przebiegać szybko. Obecnie w jego kształtowaniu tylko ograniczoną rolę odgrywają NGO. Rozwój globalnych norm w sferach typu prawa człowieka i ekologia udowodniły, że organizacje takie mogą mieć w tych procesach konkretne i ważne zadania do wypełnienia. Bez zwiększenia ich roli powstawać będą rozwiązania trudne do zaakceptowania dla międzynarodowej społeczności, choć korzystne dla globalnych korporacji i niektórych państw. Dlatego ważne jest, by NGO zwiększały aktywność w omawianej tematyce i śmieiej artykułowały swoje postulaty.

⁴² J. Petras, *NGOs: in the service of imperialism*, „Journal of Contemporary Asia” 1999, nr 4, s. 430.

⁴³ E. Panas, *Problem odpowiedzialności transnarodowych organizacji społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] M. Halizak, M. Pietraś (red.), op. cit., s. 757.

Rola NGO to przede wszystkim uświadomienie znaczenia rozwiązań globalnych w podatkach szerokiej opinii publicznej, uproszczenie języka debaty, promowanie bardziej sprawiedliwych modeli, a także wpływanie na przyspieszenie procesów, które obecnie w przypadku braku konsensusu potrafią być latami blokowane. NGO powinny tworzyć „skuteczny pod względem siły oddziaływania punkt odniesienia w dyskusjach i działaniach mających na celu usprawniać, korygować, zmieniać funkcjonowanie mechanizmów” światowego systemu podatkowego⁴⁴.

Wykaz literatury

- Aniol W., *Deficyt demokratyczny w systemie globalnym*, „Studia Europejskie” 2002, nr 4.
- Baek B.-S., *RHRIs, NHRIs and human rights NGOs*, „Florida Journal of International Law” 2012, nr 24.
- Carlo G., *Cosmopolitan rights, global tax justice, and the morality of cooperation*, „Bocconi Legal Studies Research Paper” 2021.
- Domiter M., Marciszewska A., *Trzeci sektor w Europie wobec deficytu demokratycznego w dobie integracji i globalizacji*, „Ekonomia XXI Wieku” 2018, nr 1.
- Eriksen E.O., *The EU: a cosmopolitan vanguard?* Paper to the ECPR Fourth Pan-European Conference on EU Politics, University of Latvia, Riga, 25 September 2008.
- Fung S., *The questionable legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project*, „Erasmus Law Review” 2017, nr 2.
- Germain R.D., *Global financial governance and the problem of inclusion*, „Global Governance” 2001, nr 7.
- Golebiowski J., *Zarządzanie globalne w gospodarce światowej (dotychczasowe formy i ich ewolucja)*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2009, nr 23.
- Hager S., Baines J., *The tax advantage of big business: how the structure of corporate taxation fuels concentration and inequality*, „Politics & Society” 2020, nr 2.
- Hakelberg L., *The hypocritical hegemon. How the United States shapes global rules against tax evasion and avoidance*, Cornell University Press, Nowy Jork 2020.
- Harpaz A., *International tax reform: who gets a seat at the table?*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2023.
- Halliday T.C., Shaffer G., *Transnational legal orders*, seria: Cambridge Studies in Law and Society, nr 56, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Kafel T., *Rola organizacji pozarządowych a współczesne wyzwania społeczno-gospodarcze*, „Studia i Prace Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2009, nr 4.
- Kangave J., Katusiimeh M., *Tax bargains: understanding the role played by public and private actors in influencing tax policy reform in Uganda*, „UN Research Institute for Social Development” 2015.
- Ku Ch., *Strengthening international law's capacity to govern through multilayered strategic partnerships*, „South African Yearbook of International Law” 2007, nr 1.
- Koenig-Archibugi M., *Mapping global governance*, [w:] D. Held, A. McGrew (red.), *Governing globalization: power, authority and global governance*, Polity Press, Cambridge 2003.

⁴⁴ J. Golebiowski, op. cit., s. 60.

- Lambell R., Ramia G., Nyland Ch., Michelotti M., *NGOs and international business research: progress, prospects and problems*, „International Journal of Management Reviews” 2008, nr 1.
- Lipka K., *Organizacja Narodów Zjednoczonych a przyszłość światowych norm podatkowych*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2023, nr 2.
- McGee R.W., Achim M.V., *How serious is tax evasion? A survey of Polish opinion*, https://www.researchgate.net/profile/Robert-Mcgee-5/publication/371966940_How_Serious_is_Tax_Evasion_A_Survey_of_Polish_Opinion/links/649f92f595bbbe0c6e0506a3/How-Serious-is-Tax-Evasion-A-Survey-of-Polish-Opinion.pdf.
- Malinowski G., Tomkiewicz J., *Koncepcja globalnego podatku majątkowego*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2015, nr 43.
- Panas E., *Problem odpowiedzialności transnarodowych organizacji społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] M. Haliżak, M. Pietraś (red.), *Poziomy analizy stosunków międzynarodowych*, Polskie Tow. Studiów Międzynarodowych, Lublin 2012.
- Pawlak M., *Raje podatkowe i ich wykorzystanie przez zagraniczne korporacje działające na terenie Polski*, „Nowe Tendencje w Zarządzaniu” 2022, nr 2.
- Petras J., *NGOs: in the service of imperialism*, „Journal of Contemporary Asia” 1999, nr 4.
- Pietrzak E., *Globalne prawo – lokalne prawo*, [w:] M. Haliżak, M. Pietraś (red.), *Poziomy analizy stosunków międzynarodowych*, Polskie Tow. Studiów Międzynarodowych, Lublin 2012.
- Ring D.M., *Who is making international tax policy? International organizations as power players in a high stakes world*, „Fordham International Law Journal” 2010, nr 3.
- Rixen T., *Politicization and institutional (non-)change in international taxation*, „Discussion Paper SP IV 2008-306, Wissenschaftszentrum für Sozialforschung” 2008.
- Rogaczewska K., *Organizacje pozarządowe w polityce międzynarodowej*, Projekt „Kształcenie wysoko wykwalifikowanych specjalistów dla sfery publicznej w wymiarze transeuropejskim”, Wrocław 2015.
- Salamon L.M., Anheier H.K., *In search of the non-profit sector. The question of definitions*, „Voluntas” 1992, nr 2.
- Schulmeister S., *The struggle over the financial transactions tax. A politico-economic farce*, „Revue de l'OFCE” 2015, nr 5.
- Sharp S., Sweet S., Menocal A.R., *Civil society engagement in tax reform*, „Accountability & Transparency Initiative Report” 2019.
- Szambelańczyk J., *Kapitał społeczny a globalny kryzys finansowy na początku XXI wieku*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2009, nr 23.
- White J., *How NGOs changed the global tax debate*, <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a6a3,wdiumi40dufkq8zk/how-ngos-changed-the-global-tax-debate>.
- Zawadzki Z., *Organizacje pozarządowe formą aktywności społecznej*, „Edukacja Ustawiczna Dorosłych” 2021, nr 3.
- Ziemblicki B., *Rola organizacji pozarządowych w ochronie praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w wymiarze uniwersalnym. Akcjologia – instytucje – nowe wyzwania – praktyka*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2017.

Summary

A few remarks on the role of NGOs in creating a global tax order

Keywords: international law, international taxation, global tax order, NGOs.

NGOs play an important role in shaping global norms in many areas – particularly human rights and ecology. Not so when it comes to the evolving global tax order, however. This area is dominated by international organizations such as the OECD. Individual countries and large, multinational corporations are promoting their own ideas, as well. The aim of the article is to analyse the role of NGOs in reshaping the global tax order and to examine their potential contributions (functions) to the process. The conclusions confirm that if NGOs remain largely excluded, the global tax structure that does emerge will lack an important component and implementation will certainly be delayed.

Anna Majer

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-3421-1941

anna.majer@uwm.edu.pl

Szkoda antymonopolowa. Zakres pojęciowy oraz przesłanki odpowiedzialności

Pojęcie szkody antymonopolowej – ustalenia terminologiczne

Pojęcie szkody antymonopolowej nie jest terminem języka prawnego, nie posługuje się nim ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji¹. Nazwa „szkoda antymonopolowa” używana jest natomiast w języku prawniczym. Wywodzi się ona z zagranicznej siatki pojęciowej – *antitrust injury*². Tę konwencję terminologiczną akceptuje także rodzima doktryna. Sama etymologia wyrażenia „szkoda antymonopolowa” może sugerować, że chodzi tu o szkodę będącą wynikiem przeciwdziałania koncentracji aktywności gospodarczej w jednym ręku. Mimo tych mankamentów odstępianie od tej nazwy jest nieuzasadnione. Jak wspomniano, ma ona utrwalony sens we współczesnym piśmiennictwie, przynajmniej w podstawowym zakresie desygnatów. Spełnia nadto wymóg komunikatywności.

W ustawie odszkodowawczej prawodawca posługuje się pojęciem „szkoda wyrządzona przez naruszenie prawa konkurencji”³. Konsekwentnie jednak nie ustanawia definicji legalnej tej szkody. Objasnia natomiast pojęcie naruszenia prawa konkurencji, które to w myśl art. 2 pkt 1 jest naruszeniem za-

¹ Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1132), dalej jako u.r.n.s. lub ustawa odszkodowawcza.

² D.C. Richman, *Antitrust standing, antitrust injury, and the per se standard*, 93 YALE L.J. 1309, 1984; K. Kohutek, *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności oraz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018, s. 18.

³ Przepis art. 1 u.r.n.s. stanowi, że ustawa określa zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez naruszenie prawa konkurencji oraz zasady dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji w postępowaniu cywilnym.

kazów określonych w art. 101 lub art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ lub zakazów określonych w art. 6 lub art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵.

Określenie szkoda antymonopolowa nie jest więc pojęciem normatywnym, stanowi pewnego rodzaju skrót myślowy zaakceptowany przez doktrynę⁶. Odnosząc się na wstępie do samego pojęcia szkody, należy wskazać, że również przepisy Kodeksu cywilnego⁷, w szczególności art. 361, nie definiują tego pojęcia, lecz wytyczają granice obowiązku jej naprawienia. W orzecznictwie przyjmuje się, że szkodę należy rozumieć jako uszczerbek poniesiony w dobrach chronionych poszkodowanego, powstały wbrew jego woli oraz w wyniku zdarzenia wyrządzającego szkodę⁸. Doktryna zgłasza zastrzeżenia co do braku woli poszkodowanego. W piśmiennictwie trafnie zakwestionowano zasadność wzbogacenia doktrynalnej definicji szkody o ten właśnie element.

Doktryna ujmuje szkodę jako naruszenie dóbr służących poszkodowanemu bądź skutek takiego naruszenia. Trafny jest ten drugi sposób rozumienia szkody, gdyż znajduje on silne uzasadnienie normatywne w art. 361 § 1 k.c., w którym odrębnie wymieniono następstwa działania lub zaniechania oraz szkodę⁹. Szkoda to ujemna dla poszkodowanego zmiana stanu faktycznego (względnie niekorzystny jej brak – art. 361 § 2 k.c.), stanowiąca efekt zdarzenia szkodzącego (niekoniecznie określonego w ustawie, choć wyłącznie następstwa takich zdarzeń mają znaczenie dla powstania obowiązku kompensacyjnego)¹⁰, która jednak nie musi być jego bezpośrednim następstwem¹¹.

Oba elementy szkody majątkowej mają ugruntowane orzecznictwem znaczenia. Poprzez stratę należy rozumieć pogorszenie się sytuacji majątkowej poszkodowanego w następstwie uszczuplenia aktywów lub zwiększenia pasywów. Do zmniejszenia aktywów dochodzi poprzez „utrata, ubytek lub zniszczenie poszczególnych elementów majątkowych, które dotąd przysługiwały poszkodowanemu, zatem omawiana postać szkody polega na tym, że pomniejszeniu ulega strona czynna majątku”¹². Celem uzupełnienia warto

⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana z 2016 r. (Dz. Urz. UE 2016 C 202), dalej jako TFUE.

⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r., poz. 229, 1089 i 1132), dalej jako u.o.k.k.

⁶ K. Kohutek, op. cit., s. 19.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.), dalej jako k.c.

⁸ Wyrok SN z 31 października 1974 r., sygn. akt II CR 594/74, OSNC 1975, Nr 12, poz. 175; wyrok SN z 4 października 1966 r., sygn. akt II PR 123/66, OSNC 1967, Nr 12, poz. 219; uchwała SN z 29 marca 1994 r., sygn. akt III CZP 29/94, Lex nr 84472.

⁹ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008, s. 232.

¹⁰ Ibidem, s. 42, 101 i nast.; A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 21.

¹¹ D. Kaczan, *Pomiędzy zasadą jedności szkody a teorią wielości szkód – głos w dyskusji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2017, t. 19, s. 53–76.

¹² Wyrok SA w Szczecinie z 22 kwietnia 2020 r., sygn. akt I ACa 29/20, Lex nr 3112833.

wyeksponować pogląd doktryny, który na poczet starty zalicza zwiększenie się tych zobowiązań poszkodowanego, których powstanie lub powiększenie się ich rozmiaru stanowi skutek zdarzenia przypisanego osobie zobowiązanej do naprawienia szkody¹³. Utracone korzyści w judykaturze są definiowane jako brak osiągnięcia spodziewanego majątku po stronie poszkodowanego przez zaistnienie zdarzenia szkodzącego. Typowe przykłady utraconych korzyści to: nieuzyskanie zarobku lub dochodu, utrata pożytków rzeczy lub prawa. Innymi słowy są to wszelkie aktywa, które nie weszły do majątku wskutek zdarzenia szkodzącego¹⁴, przy czym należy wskazać, że fakt osiągnięcia korzyści musi cechować się wysokim prawdopodobieństwem, graniczącym z pewnością, gdyby nie zaistniało zdarzenie wywołujące szkodę. W momencie gdy owe prawdopodobieństwo jest niższe, występuje szkoda ewentualna – utrata szansy uzyskania korzyści. Ten typ szkody nie podlega naprawieniu¹⁵. Ocena, czy doszło do utracenia korzyści, polega na swoistej ocenie indywidualnej sytuacji poszkodowanego z uwzględnieniem typu wpływów finansowych lub innych aktywów majątkowych oraz na doświadczeniu życiowym¹⁶. Zabieg ten następuje jedynie jako stwierdzenie hipotetycznych reperkusji następstwa szkody w majątku konkretnego podmiotu¹⁷.

W związku z powyższym oraz kierując się doktryną i orzecznictwem cywilistycznym, szkodą antymonopolową będzie uszczerbek na dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr powstałym wskutek naruszenia prawa konkurencji (antymonopolowego) a stanem, jaki by istniał, gdyby naruszenie prawa nie wystąpiło, zaznaczając, że zdarzeniem szkodzącym w przypadku szkody antymonopolowej może być tylko naruszenie prawa konkurencji (konkretne zdarzenie normatywnie zdefiniowane)¹⁸. Naruszeniem prawa konkurencji jest zatem „naruszenie zakazów określonych w art. 101 lub art. 102 TFUE, (...) lub zakazów określonych w art. 6 lub art. 9 u.o.k.k.”. Oznacza to, że krajowe uregulowanie pozwala jednoznacznie określić, z jakimi zdarzeniami, będącymi naruszeniami prawa konkurencji, zostanie powiązany obowiązek naprawienia szkody. Dyrektywa odszkodowawcza również odwołuje się do szkody rozumianej jako strata oraz utracone korzyści. Wyrazem czego jest pkt 12 preambuły, w którym ujęto szkodę jako „stratę rzeczywistą

¹³ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania*, Warszawa 2008, s. 91; T. Dybowski, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław 1981, s. 213–215 oraz np. wyrok SN z 21 lipca 2016 r., sygn. akt II CSK 668/15, Lex nr 2202491.

¹⁴ A. Koch, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz. Art. 353–626*, 2022, Legalis, komentarz do art. 361, nb 62–63.

¹⁵ Wyrok SA w Białymstoku z 6 marca 2019 r., sygn. akt AGa 165/18, Lex nr 2722032; wyrok SA w Białymstoku z 29 października 2020 r. sygn. akt I ACa 757/19 Lex nr 3127222; wyrok SA w Katowicach z 21 maja 2020 r., sygn. akt V ACa 507/19, Lex nr 3150885.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ K. Kohutek, op. cit., s. 19–21.

(*damnum emergens*) i szkodę z tytułu zysku, którego [poszkodowany – przyp. aut.] został pozbawiony (utrącone korzyści lub *lucrum cessans*)”. Odwołując się do dorobku doktryny, stratę rzeczywistą należy rozumieć jako szkodę materialną, która polega na faktycznym obniżeniu stanu majątkowego (kontekst ekonomiczny). Utrącone korzyści natomiast oznaczają zysk, który nie został osiągnięty z powodu naruszenia prawa konkurencji¹⁹. Zależenie od konkretnego stanu faktycznego, szkoda antymonopolowa może występować jako strata i jako utracone korzyści lub ograniczać się do któregoś z tych elementów. Zatem do szkody antymonopolowej dochodzi w wyniku naruszenia materialnych przepisów prawa publicznego z zakresu prawa konkurencji. Należy jednak pamiętać o szczególnych regulacjach przewidujących wyłączenia z zakazów antymonopolowych, które neutralizują działania antykonkurencyjne. W takim przypadku dana szkoda nie będzie szkodą antymonopolową, ponieważ wywołujące ją zachowanie nie stanowi naruszenia prawa konkurencji. Ustawa odszkodowawcza znajdzie zatem zastosowanie, gdy określone zachowanie będzie jednocześnie naruszeniem prawa konkurencji (w rozumieniu art. 2 pkt 1 u.r.n.s.) i jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. *A posteriori* prowadzi do odrzucenia części ogólnych regulacji odszkodowawczych. Oznacza to, że szkoda antymonopolowa powstanie tylko w przypadku naruszenia prawa konkurencji. Trzeba mieć przy tym na względzie dualne rozumienie pojęcia szkody i wskazać, że strata i utracone korzyści to ekonomiczne składowe szkody. Jednak interpretując dyrektywę odszkodowawczą oraz postulat pełnej kompensacji szkody antymonopolowej²⁰, należy dojść do wniosku, że na poczet straty w pewnych sytuacjach można zaliczyć też nieekonomiczne następstwa zdarzenia szkodzącego (np. utrata reputacji, dobrego imienia, utraconej szansy na zawarcie kontraktu)²¹. Biorąc pod uwagę otwarte katalogi zawierające wyliczenia typów naruszeń prawa konkurencji oraz różnorodne ujmowanie elementów szkody w doktrynie i judykaturze, można zauważyć, że w praktyce występuje kilka rodzajów szkody antymonopolowej.

Przesłanki odpowiedzialności za szkodę antymonopolową

Konieczność zestawienia różnic i podobieństw między odpowiedzialnością cywilną za szkody kartelowe a odpowiedzialnością deliktową w Kodeksie cywilnym została ostatnio zauważona w doktrynie niemieckiej. Poświecono temu

¹⁹ A. Koch, [w:] M. Gutowski (red.), op. cit., komentarz do art. 361, nb 62–63.

²⁰ Przepis art. 3 ust. 1 dyrektywy 2014/104/UE stanowi, że państwa członkowskie zapewniają, by każda osoba fizyczna lub prawna, która poniosła szkodę wynikającą z naruszenia prawa konkurencji, mogła dochodzić i uzyskać pełne odszkodowanie z tytułu tej szkody.

²¹ K. Kouhtek, op. cit., s. 24.

zagadnieniu obszerne opracowanie monograficzne²². Dalsze uwagi skoncentrują się na uwypukleniu węzłowych zagadnień dotyczących odpowiedzialności za szkodę antymonopolową w rodzimej doktrynie, z odniesieniami do orzecznictwa TSUE i obecnych rozwiązań prawnych.

Naruszenie prawa konkurencji jako zdarzenie szkodzące normatywnie zdefiniowane

Aby poprawnie zdefiniować przesłanki powstania szkody antymonopolowej, należy powtórzyć, że do naruszenia prawa konkurencji dochodzi poprzez zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję (art. 101 TFUE oraz art. 6 u.o.k.k.) lub nadużycie pozycji dominującej na rynku (102 TFUE oraz art. 9 u.o.k.k.), czyli wcześniej wspomniane zdarzenie normatywnie określone²³.

Ze względu na tożsamość celu i brzmienia art. 6 u.o.k.k. oraz 101 TFUE, rozważania dotyczące wykładni pojęcia zakazanych porozumień będą aktualne dla obu aktów prawnych. Zakazane porozumienia oznaczają umowy zawarte między przedsiębiorcami, związkami przedsiębiorców lub związkami przedsiębiorców a przedsiębiorcami. Porozumienia te mogą przybierać również inne postać niż umowa i mogą obejmować tylko niektóre postanowienia umów. Zarówno forma, jak i świadomość uczestnictwa nie jest istotna z perspektywy stosowania art. 6 u.o.k.k.²⁴ Wystarczająca jest możliwość przewidzenia, że antykonkurencyjny cel wynika z treści porozumienia, a jego realizacja może doprowadzić do skutku w postaci co najmniej zakłócenia konkurencji na rynku właściwym²⁵. Podobnie obojętna jest kwestia, czy strony rzeczywiście zre-

²² Szerzej: M. Mevißen, *Die Haftung für Kartellschäden im System des allgemeinen Delikt-srechts*, Baden-Baden 2023, passim.

²³ Krajowy prawodawca zdecydował się na wprowadzenie wspólnego reżimu prawnego dla dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji, które mają wpływ na handel między państwami członkowskimi, jak również dla tych o charakterze krajowym. Dyrektywa odszkodowawcza w swej rozpiętości dotyczy roszczeń o naprawienie szkody, która jest wynikiem naruszenia art. 101 lub 102 TFUE lub krajowego prawa konkurencji. W art. 2 pkt 2 dyrektywy prawo konkurencji zostało zdefiniowane w bardzo wąski sposób – są to przepisy prawa krajowego, których cel jest identyczny z art. 101 i 102 TFUE i które stosuje się do tej samej sprawy i równolegle z unijnym prawem konkurencji na mocy art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, z wyłączeniem przepisów prawa krajowego, które nakładają kary na osoby fizyczne, chyba że takie kary są sposobem egzekwowania reguł konkurencji mających zastosowanie do przedsiębiorstw. Dyrektywa nie dotyczy więc naruszeń krajowego prawa konkurencji, które mają czysto wewnętrzny charakter, tj. nie wpływają na handel między państwami członkowskimi, co wyklucza zastosowanie art. 101 i 102 TFUE. Jednocześnie w motywie 10 dyrektywy odszkodowawczej wskazano, że dyrektywa nie powinna wpływać na powództwa o odszkodowanie z tytułu naruszenia krajowego prawa konkurencji, jeżeli to naruszenie nie wpływa na handel między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 101 lub 102 TFUE.

²⁴ Wyrok SA w Warszawie z 16 grudnia 2015 r., sygn. akt VI ACa 1799/14, Lex nr 2023538.

²⁵ Wyrok SA w Warszawie z 27 marca 2015 r., sygn. akt VI ACa 526/14, Lex nr 1843245.

alizowały (lub realizują) porozumienie w praktyce. Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że zakres przedmiotowy art. 6 u.o.k.k., ze względu na użycie alternatywy łącznej „celem lub skutkiem”, odnosi się do przypadków, w których cel porozumienia został osiągnięty, ale też również obejmuje samo uczestnictwo w porozumieniu wymierzonym w dobro chronione, jakim jest swobodna konkurencja²⁶. Dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego wystarcza wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie reguł konkurencji. Naruszenie reguł konkurencji oznacza każde sztuczne zakłócenie warunków konkurencji, wynikające ze skoordynowanych działań stron w drodze porozumienia. Tego typu postępowania są nieważne z mocy prawa, w całości lub części (w zależności od zakresu porozumienia)²⁷.

Drugą normatywnie określoną praktyką antykonkurencyjną jest nadużywanie pozycji dominującej przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Punktem wyjścia do rozważań na temat nadużycia pozycji dominującej w myśl art. 102 TFUE i krajowego odpowiednika z art. 9 u.o.k.k. jest zasygnalizowanie kwestii definiowania pozycji dominującej oraz nadużycia tej pozycji. Przepis art. 102 TFUE (podobnie art. 9 u.o.k.k.) nie zawiera definicji legalnej pozycji dominującej, wpracowała ją natomiast praktyka orzecznicza Unii Europejskiej. Bezpośrednim odzwierciedleniem wykładni dokonanej przez organy Unii jest art. 4 pkt 10 u.o.k.k., w którym krajowy ustawodawca przyjął, że pozycja dominująca to taka, która umożliwia przedsiębiorcy zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez możliwość działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Przyjmuje się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%²⁸. Ze względu na brak legalnej definicji nadużycia pozycji dominującej w prawie unijnym i krajowym, doktryna korzysta z definicji zawartych w orzecznictwie unijnym oraz w aktach o charakterze *soft law*, ze względu na podobieństwo między art. 9 u.o.k.k. a art. 102 TFUE²⁹. Orzecznictwo wspólnoty europejskiej określa mianem nadużycia pozycji dominującej wszelkie zachowania przedsiębiorcy w znaczeniu obiektywnym, które mogą ingerować w panującą strukturę rynku „poprzez sięganie do metod odbiegających od tych, które zwykle warunkują normalną konkurencję (...), utrudnia-

²⁶ Por. wyrok SN z 17 marca 2021 r. sygn. akt I NSKP 4/21, Lex nr 3225302; wyrok SA w Warszawie z 19 stycznia 2016 r., sygn. akt VI ACa 468/15, Lex nr 2000411.

²⁷ Wyrok SA w Warszawie z 22 kwietnia 2015 r., sygn. akt VI ACa 624/14, Lex nr 1733748.

²⁸ Przepis art. 4 pkt 10 u.o.k.k. wprowadza definicję legalną pozycji dominującej, przez którą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów (przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%).

²⁹ R. Blicharz, K. Horubski, M. Pawełczyk, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 8B, Warszawa 2014, s. 659.

ją zachowanie konkurencji istniejącej na rynku lub rozwój konkurencji”, niebędące uzasadnione, a mające na celu osłabienie konkurencji³⁰.

Oznaczenie pozycji dominującej wymaga wyznaczenia rynku właściwego, co pozawala na stwierdzenie, czy dany przedsiębiorca posiada udział przekraczający 40% w rynku, umożliwiając tym samym ograniczenie konkurencji oraz eksploatację pozycji rynkowej kosztem innych uczestników obrotu³¹.

Warto podkreślić, że sama pozycja dominująca nie jest zakazana, co potwierdzają regulacje dotyczące uzyskania takiej pozycji w drodze koncentracji oraz fakt, że pozycja dominująca może wynikać z innych zdarzeń, które same w sobie nie są antykonkurencyjne. Sąd Najwyższy w wyroku z 20 kwietnia 2017 r. przyjął, że dla określenia posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej konieczne jest spełnienie kumulatywnie dwóch przesłanek: posiadania pozycji umożliwiającej zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym oraz zdolności przedsiębiorcy do działania w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Autonomia działania przedsiębiorcy powinna dawać mu możliwość zapobiegania konkurencji na rynku właściwym, ponieważ sama zdolność przedsiębiorcy do niezależnego działania, która nie wpływa na stan konkurencji, nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że przedsiębiorca ten ma pozycję dominującą³².

W przypadku nadużycia pozycji dominującej cel czy skutek działań nie mają znaczenia dla oceny jej antykonkurencyjnego charakteru³³. Oznacza to, że nie jest istotne, czy działania miały na celu zysk konkurencyjny, czy też mogły wynikać z innych motywacji. Istotne jest samo nadużycie pozycji dominującej, które wpływa na konkurencję na rynku. Przepis art. 9 u.o.k.k. zakazuje takiego nadużywania pozycji dominującej i nie przewiduje wyłączeń od jego stosowania³⁴.

³⁰ Por. wyrok S(PI) z 29 marca 2012 r., sygn. akt T-336/07, ZOTSiS 2012, Nr 3, poz. II-172; wyrok TS z 17 lutego 2011 r., sygn. akt C-52/09, ZOTSiS 2011, Nr 2, poz. I-527; wyrok S(PI) z 17 grudnia 2009 r., sygn. akt T-57/01, ZOTSiS 2009, Nr 11–12, poz. II-4621.

³¹ Zob. wyrok S(PI) z 17 grudnia 2003 r., sygn. akt T-219/99, Lex nr 186095.

³² Wyrok SN z 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt III SK 21/16, Lex nr 2310099.

³³ A. Stawicki, [w:] E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. drugie, 2016, Lex, komentarz do art. 9.

³⁴ Artykuł 9 u.o.k.k. ma charakter bezwzględny. Natomiast art. 6 u.o.k.k. przewiduje odstępstwa, dlatego nie każde porozumienie między przedsiębiorcami na tym samym rynku będzie nieważne z mocy prawa. W ust. 3 art. 101 TFUE (odpowiednio art. 7 i 8 u.o.k.k.) przewidziane zostały odstępstwa od ogólnej reguły nieważności postanowień ograniczających konkurencję. Funkcjonowanie gospodarki rynkowej opiera się na wielowymiarowej współpracy między konkurującymi przedsiębiorcami w sposób równoległy, jak i przedsiębiorcami występującymi na różnych szczeblach obrotu. Taka kooperacja wymaga zawierania różnych porozumień między współpracującymi konkurentami. Zastosowanie art. 6 u.o.k.k. ograniczone będzie art. 7 i 8 u.o.k.k. w myśl reguły *lex specialis derogat legi generali*. Te dwie normy prawne przewidują odstępstwa od zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

Związek przyczynowy pomiędzy szkodą a zdarzeniem szkodzącym

Ostatnią przesłanką, której istnienie warunkuje odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia prawa konkurencji, jest występowanie związku przyczynowego pomiędzy czynem naruszającym prawo konkurencji a szkodą. W tym zakresie państwa implementujące dyrektywę miały swobodę co do przyjęcia regulacji normującej związek przyczynowy, byleby zaproponowane rozwiązania były zgodne z orzecznictwem unijnym, zasadą słuszności oraz zasada równoważności³⁵. Z orzeczeń m.in. w sprawie C-557/12 *Kone AG i in. v. ÖBB-Infrastruktur AG*³⁶ oraz C-435/18 *Otis GmbH i in. v. Land Oberösterreich i in.*³⁷ wynika szeroka interpretacja związku przyczynowego. Pozwala to na przypisanie naruszcycielowi prawa konkurencji odpowiedzialności za szkody powstałe na rynkach innych niż te, na których naruszcyciel koncentruje swoją działalność (rynki te mogą nawet nie być tożsame lub podobne przedmiotowo), oraz za szkody wyrządzone podmiotom, które nie mają relacji prawnych ze sprawcą. Powyższe judykaty stają się podstawą do przyjęcia, że szkoda antymonopolowa nie musi powstać w bezpośrednim następstwie naruszenia prawa konkurencji³⁸.

Skoro przepisy dyrektywy nie obejmują bezpośrednio zagadnienia związku przyczynowego³⁹, uzasadnia to odwołanie się do wypracowanych przez rodzimą doktrynę rozwiązań funkcjonujących na gruncie art. 415 k.c., a mianowicie stosowania art. 361 § 1 k.c., który łączy odpowiedzialność po stronie zobowiązanego do naprawienia szkody z normalnymi działaniami lub zaniechaniami⁴⁰. Kluczowe znaczenie ma test normalności. Jego celem jest stwierdzenie, czy zdarzenie wskazywane jako przyczyna szkody zazwyczaj wywołuje takie następstwa, jakie wystąpiły w rozpatrywanym stanie faktycznym. Za normalne następstwa badanej przyczyny uznać należy takie, których prawdopodobieństwo zostaje każdorazowo zwiększone przez jej pojawienie się, przy czym wystarczy ustalenie, że prawdopodobieństwo jego zaistnienia ulega zwiększone przez przyczynę badaną w porównaniu do sytuacji, w których ów

³⁵ Tak stanowi motyw 11 dyrektywy odszkodowawczej.

³⁶ Wyrok TS z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt C-557/12 *Kone AG i in. v. Öbb-Infrastruktur AG*, ZOTSiS 2014, nr 6, poz. I-1317.

³⁷ Wyrok TS z 12 grudnia 2019 r., sygn. akt C-435/18, Lex nr 2751013.

³⁸ K. Kohutek, *Jakie szkody można przypisać naruszcicielom prawa konkurencji? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 12.12.2019 r., C-435/18, Otis GmbH i in. przeciwko Land Oberösterreich i in.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020 nr 4, s. 46–47.

³⁹ W preambule dyrektywy (pkt 11), powołując się na orzecznictwo, potwierdza się istnienie tej zasady, zaznaczając, że w związku z brakiem regulacji unijnych dotyczących tego zagadnienia podlega ona „krajowym przepisom i procedurom państw członkowskich”.

⁴⁰ A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 66.

czynnik sprawczy nie występuje⁴¹. W nauce utrwalony jest pogląd akceptujący możliwości wskazania jako przyczyny wyrządzającej szkodę takiego zachowania się, które ów skutek wywołuje poprzez wieloczołnowe czynniki kauzalne (przyczyny pośrednie)⁴².

Domniemanie szkody

Dotychczasowe uwagi jednoznacznie wskazują na istniejące różnice pomiędzy klasycznym pojęciem szkody a omawianą szkodą antymonopolową. Jednym z istotniejszych zagadnień różnicujących te pojęcia jest wprowadzenie domniemania szkody powstałej na skutek naruszenia prawa konkurencji. Domniemanie powstania szkody w wyniku naruszenia prawa konkurencji zostało implementowane do art. 7 u.r.n.s. na wzór regulacji z dyrektywy odszkodowawczej zawartej w art. 17 ust. 2⁴³. Z treści wspomnianego przepisu wynika, że ustanawia on wzruszalne domniemanie istnienia szkody będącej rezultatem wystąpienia na rynku zakazanego porozumienia, czyli kartelu. Jak wynika z motywu 47 dyrektywy 2014/104, prawodawca Unii ograniczył to domniemanie do spraw kartelowych z uwagi na ich tajny charakter. Przmiot tajności zwiększa asymetrię w dostępie do informacji, a w konsekwencji utrudnia poszkodowanym uzyskanie dowodów niezbędnych do wykazania istnienia szkody. Regulacja zawarta w art. 7 rodzimej regulacji ma szerszy zakres, ponieważ obejmuje wszelkie naruszenia prawa konkurencji, a nie tylko naruszenia kartelowe, jak przewidują przepisy unijne.

Przepis art. 7 u.r.n.s. ma charakter szczególny, ponieważ odwraca ogólną zasadę wyrażoną w art. 6 k.c. Co do zasady fakty, z których wywodzone jest dochodzone roszczenie, powinny być dowiedzione przez powoda, pozwany natomiast dowodzi fakty tamujące oraz niweczające te twierdzenia i dowody⁴⁴. Zasada ta obowiązuje w ramach dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych z tytułu wystąpienia szkody (art. 415 i nast. k.c.). Tymczasem domniemanie wyrządzenia szkody na skutek naruszenia prawa konkurencji ma charakter domniemania wzruszalnego, które odwraca ciężar dowodzenia. Motywacją wprowadzenia takiego rozwiązania było przekonanie

⁴¹ Szerzej: M. Kaliński, op. cit., s. 387; P. Sobolewski, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A Warszawa 2017, s. 152–153.

⁴² A. Koch, [w:] M. Gutowski (red.), op. cit., nb 19 i nast.; P. Sobolewski, [w:] K. Osajda (red.), op. cit., s. 153.

⁴³ Art. 17 ust. 2 dyrektywy 104/2014/UE ma następującą treść: „Domniemywa się, że naruszenia kartelowe wyrządzają szkodę. Sprawca naruszenia ma prawo obalić to domniemanie”.

⁴⁴ Wyrok SN z 30 listopada 2011 r., sygn. akt III CSK 28/11, Lex nr 1102263; wyrok SN z 14 lipca 2011 r., sygn. akt III SK 4/10, Lex nr 901642; wyrok SN z 10 lutego 2011 r., sygn. akt IV CSK 335/10, Lex nr 784972; wyrok SN z 26 marca 2010 r., sygn. akt I CSK 444/09, Lex nr 583733.

prawodawców, że udowodnienie faktu szkody antymonopolowej przez osoby poszkodowane byłoby zbyt utrudnione lub niemożliwe, podczas gdy obalenie domniemania wynika z okoliczności znanych drugiej stronie (naruszycielowi)⁴⁵.

Konstrukcja ta ma na celu ułatwienie poszkodowanemu wykazania przesłanek odpowiedzialności sprawcy naruszenia, w szczególności w kontekście tajnych karteli, których przepis dyrektywy bezpośrednio dotyczy. Celem przepisów prawa o charakterze domniemań jest zwolnienie stron z ciężaru dowodu, aby chronić określone kategorie podmiotów⁴⁶ (w tym wypadku chodzi o podmioty dotknięte pośrednio lub bezpośrednio szkodą antymonopolową).

Wprowadzenie domniemania szkody przełamuje dotychczasowe rozwiązania przyjęte w polskim porządku prawnym, stanowiąc przy tym wyraźne rozróżnienie szkody antymonopolowej i szkody w ujęciu klasycznym. Jednak nie można pomijać, że domniemanie to dotyczy szkody co do zasady, a nie jej wysokości⁴⁷. Biorąc pod uwagę dualny sposób pojmowania szkody, należy stwierdzić, że szkoda objęta domniemaniem to zarówno strata, jak i utracone korzyści. Oznacza to, że poszkodowany musi wykazać:

- a) wysokość szkody (naruszenie prawa konkurencji doprowadziło do powstania szkody indywidualnej),
- b) związek przyczynowy (między szkodą indywidualną a wspomnianym naruszeniem),
- c) sam fakt naruszenia prawa konkurencji⁴⁸.

Ostatecznie domniemanie okazuje się w dużej mierze nieprzydatne w dochodzeniu roszczeń, ponieważ poszkodowane strony nadal muszą udowodnić rzeczywistą wysokość szkody, co wiąże się z trudnościami dowodowymi.

W tym miejscu warto zasygnalizować postulaty *de lege ferenda*. Prawodawca unijny lub krajowy mógłby rozważyć wprowadzenie domniemania wysokości szkody, np. poprzez uznanie, że kartele powodują nadmierną szkodę cenową w wysokości 10%. Podobne rozwiązanie wprowadzono na Węgrzech oraz w Łotwie⁴⁹. Rumunia zakłada nawet domniemanie szkody w wysokości 20%⁵⁰. Takie podejście znacznie ułatwiłoby i przyspieszyłoby egzekwowanie pra-

⁴⁵ Postanowienie SN z 10 stycznia 2013 r., sygn. akt IV CSK 282/12, Lex nr 1288720.

⁴⁶ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Zarys prawa cywilnego*, Warszawa 2016, s. 115.

⁴⁷ Motyw 47 dyrektywy: „Domniemanie nie powinno obejmować konkretnej wartości szkody” („Presumption should not cover the concrete amount of harm”); ale również: wyrok TS z 16 lutego 2023 r., C-312/21 *Tráficos Manuel Ferrer s.l. and Ignacio v. Daimler A.G.*, Lex nr 3487039, w szczególności pkt 11.

⁴⁸ Ibidem, s. 93.

⁴⁹ Podobne rozwiązanie przyjęła Łotwa, szerzej: <http://m.likumi.lv/ta/en/en/id/54890-competition-law/> (data dostępu: 27.06.2023) oraz Węgry, § 88/C ust. 6 węgierskiej ustawy kartelowej, <https://mkogy.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a0900014.TV/> (data dostępu: 27.06.2023).

⁵⁰ Art. 16 ust. 2 ustawy Ordonanță De Urgență nr 170 din 14 octombrie 2020 privind acțiunile în despăgubire în cazurile de încălcare a dispozițiilor legislației în materie de concurență, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr 21/1996 zawiera domniemanie,

wa prywatnego, a ponadto istotnie wpłynęłoby na możliwość pozasądowego dochodzenia roszczeń z tytułu szkody antymonopolowej z pominięciem trudnego procesu dowodzenia wysokości szkody antymonopolowej.

Nadmierne obciążenie jako starta

Analizując pojęcie szkody antymonopolowej, nie sposób pominąć instytucji nadmiernego obciążenia (czyli jeden z rodzajów szkody antymonopolowej, mający zarazem charakter normatywny⁵¹) i związanych z tym zagadnieniem regulacji. To właśnie nadmierne obciążenie jest jednym typem szkody, który definiuje ustawa odszkodowawcza w ślad za przepisami unijnymi. Genezy idei przerzucania nadmiernego obciążeń można doszukać się w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako TSUE) w sprawach zwyczajowo nazywanych *Courage*⁵² i *Manfredi*⁵³, na kanwie których uznano, że każda osoba fizyczna jest uprawniona do dochodzenia odszkodowania za wyrządzoną szkodę. Termin „każda osoba fizyczna” ma obejmować zarówno bezpośrednich, jak i pośrednich nabywców produktów lub usług.

Nadmierne obciążenie stanowi stratę, którą ponoszą ofiary naruszeń kartelowych – klienci/nabywcy naruszcycieli (przynajmniej w zakresie, w jakim ci nabywcy nie przerzucili tej różnicy, tj. podwyższonej ceny, na własnych klientów)⁵⁴. Nadmierne obciążenie definiowane jest jako różnica między ceną faktycznie zapłaconą a ceną, która by obowiązywała, gdyby nie doszło do naruszenia prawa konkurencji⁵⁵. Mechanizm powstania nadmiernego obciążenia, który został uregulowany w przepisach unijnych, a następnie krajowych, dotyczy zarówno klientów podmiotu odpowiedzialnego za delikt antymonopolowy (nabywca bezpośredni⁵⁶), ale też podmiotów działających na dalszych szczeblach obrotu/łańcucha dystrybucji (nabywców pośrednich nabywających produkty

że kartele powodują wzrost cen towarów lub usług objętych kartelem o 20%, chyba że sprawca naruszenia to udowodni. Podobnie jak na Węgrzech i w Łotwie wprowadza to wzruszalne domniemanie wysokości szkody, które jednak znacznie wykracza poza domniemanie 10%. Ponadto art. 16 ust. 3 przewiduje wzruszalne domniemanie, że naruszenia prawa konkurencji w postaci nadużycia pozycji dominującej również powodują szkodę. Jak widać Rumunia jest zatem pierwszym państwem członkowskim, które również przewiduje domniemanie wystąpienia szkody w przypadku naruszeń w rozumieniu art. 102 TFUE. Szerzej: <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/231241/> (data dostępu: 29.06.2023).

⁵¹ Normatywny, ponieważ nadmierne obciążanie zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 3 u.r.n.s.

⁵² Wyrok TS z 20 września 2001 r., sygn. akt C-453/99, Lex nr 83373.

⁵³ Wyrok TS z 25 listopada 1998 r., sygn. akt C-308/97, Ecr 1998, Nr 11, poz. I-7685.

⁵⁴ Ibidem, s. 20–21.

⁵⁵ Definicja legalna ustanowiona w przepisie art. 2 ust. 20 dyrektywa 2014/104/UE oraz art. 2 pkt 11 u.r.n.s.

⁵⁶ W myśl art. 2 ust. 23 dyrektywy odszkodowawczej „nabywca bezpośredni” oznacza osobę fizyczną lub prawną, która nabyła bezpośrednio od sprawcy naruszenia produkty lub usługi objęte naruszeniem prawa konkurencji.

lub produkty pochodne, które objęte są deliktem). Dyrektywa, a następnie regulacja krajowa pojęcie przecucenia koncentrują na nabywcach pośrednich⁵⁷. W przypadku gdy nadmierne obciążenie dotyczy właśnie nabywców pośrednich (i dalszych)⁵⁸, dochodzi do przerzucenia nadmiernego obciążenia, a w konsekwencji podmioty te mogą powołać się na zarzut ujęty w art. 4 u.r.n.s, mający zarazem charakter domniemania przerzucenia nadmiernego obciążenia na nabywcę pośredniego. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że zarzut przerzucenia nadmiernego obciążenia może być stosowany w sposób dwojaki: defensywny, który ma miejsce, gdy powołuje się na niego sprawca powstałego obciążenia (efekt tzw. tarczy), lub sposób ofensywny, który służyć ma dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w trybie powództwa przez nabywcę pośredniego⁵⁹.

Mimo kazuistycznej regulacji należy przyjąć, iż domniemanie przerzucenia polega na przyjęciu, że nabywca bezpośredni nabył produkty bądź usługi obciążone cechą naruszenia prawa konkurencji, przerzucił część nadmiernego obciążenia poprzez zbycie (po cenie wyższej niż po takiej, gdyby zbył, gdyby nie doszło do nadmiernego obciążenia) na kolejnego nabywcę dóbr lub usług (tzn. na nabywcę pośredniego). W ten sposób nabywca bezpośredni w pewnym stopniu niweluje własną szkodę wynikającą z nadmiernego obciążenia, poprzez częściową podwyżkę cen zbywanych produktów lub usług w łańcuchu dystrybucji, natomiast nabywca pośredni doświadcza pomniejszenia zysków własnych⁶⁰. Na przywołane domniemanie może powoływać się tylko nabywca pośredni, który dochodzi odszkodowania bezpośrednio od naruszydiciela (taką legitymację *in concreto* zawiera przepis art. 3 u.r.n.s.). Warunkami skutecznego powołania się na zarzut z art. 4 u.r.n.s. są: 1) wystąpienie nadmiernego obciążenia w stosunku do nabywcy bezpośredniego (nabycie produktu lub usług od naruszydiciela prawa konkurencji) i 2) zbycie na rzecz nabywcy pośredniego towarów lub usług nabytych od naruszydiciela, przez nabywcę pośredniego za cenę własną (wyższą).

⁵⁷ Dyrektywa odszkodowawcza definiuje w art. 20 ust. 24 „nabywcę pośredniego” jako osobę fizyczną lub prawną, która nie bezpośrednio od nabywcy, ale od nabywcy bezpośredniego lub kolejnego nabywcy nabyła produkty lub usługi, które były przedmiotem naruszenia prawa konkurencji, lub produkty lub usługi zawierające je lub z nich pochodzą.

⁵⁸ Efekty przerzucenia nadmiernego obciążenia mogą przybrać postać kaskadową, bowiem nabywca pośredni może dalej zbyć nabyte produkty lub usługi dotknięte naruszeniem.

⁵⁹ K. Kohutek, *Obrona passing-on w procesie naprawienia szkody antymonopolowej: analiza krytyczna na tle unormowań dyrektywy, orzecznictwa oraz instytucji prawa cywilnego*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2020, nr 3, s. 45.

⁶⁰ B. Turno, [w:] A. Piszcz, A. Stawicki, D. Wolski (red.), *Roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 169–170; K. Drzewicka, A. Gulińska, [w:] K. Lis-Zarrias, P. Machnikowski (red.), *Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji. Komentarz*, 2018, Legalis, art. 4, nb 6–7.

Celem wprowadzenia regulacji dotyczącej przerzucenia nadmiernego obciążenia jest efektywna kompensacja powstałej szkody, w sposób zgodny z zasadą pełnego odszkodowania, jednocześnie bez doprowadzenia do bezpodstawnego wzbogacenia poszkodowanego (sytuacji, gdy odszkodowanie przewyższa poniesioną szkodę)⁶¹. Unormowania dyrektywy⁶² nie tylko określają zasady stosowania instytucji przerzucenia nadmiernego obciążenia (ang. *passing-on*), ale też stanowią wyraz uznania tej instytucji w porządku prawnym, w szczególności w trybie prywatnoprawnego dochodzenia szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji⁶³ (tzw. *private enforcement*), czyli szkody antymonopolowej⁶⁴.

Warto w tym miejscu odnotować, że w prawie niemieckim odwołanie do instytucji przerzucenia nadmiernego obciążenia pojawiło się wcześniej niż sama dyrektywa, ponieważ dopuszczalność obrony z przerzuceniem obciążeń i prawo klientów pośrednich do wniesienia skargi zostały wykazane już w wyroku BGH w sprawie ORWI z 2011 r.⁶⁵ Jednakże podejście usankcjonowane w dyrektywie oficjalnie wdrożone zostało w § 33c⁶⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁶⁷, który ułatwia powoływanie się na *pass-on as a shield*, a przede wszystkim na *pass-on as a sword*⁶⁸ (stosowania *de facto* zarzutu przerzucenia nadmiernego obciążenia w sposób defensywny – jako tarcza lub ofensywny – jako miecz). W tym zakresie regulacja niemiecka nie odbiega od sposobu unormowania owego zarzutu w polskiej ustawie odszkodowawczej.

Podsumowanie

W porównaniu do szkody w klasycznym znaczeniu szkoda antymonopolowa może mieć bardziej abstrakcyjny charakter. Może ona obejmować szerszy zakres szkód, takich jak utrata możliwości konkurencji, ograniczenie dostępu

⁶¹ Wyroki SN: z 4 listopada 2010 r., sygn. akt IV CSK 126/10, Lex nr 898263; z 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt II CSK 100/18, Lex nr 2648598.

⁶² Zagadnieniu temu w dyrektywie poświęcono rozdział IV *Nadmierne obciążania*, który obejmuje art. 12–16.

⁶³ K. Kohutek, *Obrona passing-on...*, s. 46.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Wyrok BGH z 28 czerwca 2011 r., sygn. akt KZR 75/10, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 190, s. 45.

⁶⁶ Poprawka ustawy, która weszła w życie 9 czerwca 2017 r., wdrażając w szczególności dyrektywę UE w sprawie odszkodowań z tytułu naruszenia prawa konkurencji – Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, s. 1155.

⁶⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In der Fassung der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009, s. 3850).

⁶⁸ J. Franck, [w:] U. Immenga, E. Mestmäcker (red.), *Wettbewerbsrecht*, München 2020, komentarz do § 33c, nb 2.

do rynku, utrudnienia dla innych uczestników rynku itp. Szkoda antymonopolowa często dotyczy również interesów ogólnego dobra, jak efektywna alokacja zasobów czy ochrona konsumentów.

Dotychczas w przypadku zaistnienia szkody z tytułu naruszenia prawa konkurencji jej naprawienie następowało na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym. Dopiero ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, będąca implementacją dyrektywy unijnej 2014/104/UE⁶⁹, tzw. dyrektywy odszkodowawczej, wprowadziła rozwiązania mające na celu ułatwienie dochodzenia odszkodowania z tytułu wąsko rozumianej szkody antymonopolowej w trybie prywatnoprawnym. Ustawa zapewniła równowagę między publicznoprawnym i prywatnoprawnym mechanizmem realizowania prawa konkurencji, jak również zagwarantowała prawo do pełnej kompensacji szkody z tytułu naruszenia unijnych i krajowych reguł konkurencji⁷⁰ (będąc jednocześnie regulacją szczególną wobec unormowań ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym).

Pierwsze rozstrzygnięcie, stanowiące niejako punkt zwrotny w ustaleniu prawa do naprawienia szkody antymonopolowej, zapadło w sprawie *Courage Ltd. v. Crehan*. Wówczas TSUE wyraźnie uznał istnienie prawa do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na rzecz jednostek, podkreślając bezpośredni skutek przepisów art. 102 TFUE. Wówczas stwierdzono, że w przypadku naruszenia praw jednostki, przewidzianych przepisami unijnymi, należy umożliwić jej dochodzenie naprawienia szkody poniesionej przez czyn bezprawny. Zasada ta została wyraźniej potwierdzona w kolejnym wyroku TSUE, tj. w sprawie *Manfredi*, gdzie trybunał stwierdził, że „każda osoba może dochodzić naprawienia poniesionej szkody, jeżeli istnieje związek przyczynowy między tą szkodą a porozumieniem lub praktyką zakazaną przez art. 81 WE [obecnie art. 101 TFUE – przyp. aut.]”⁷¹. Postulat dotyczący konieczności unormowania wykonywania prawa konkurencji w interesie publicznym oraz w interesie poszkodowanych za pomocą instytucji prawa prywatnego został podkreślony również w dyrektywie 2014/104/UE.

Od tego momentu w obrocie prawnym funkcjonować zaczęło pojęcie szkody antymonopolowej, które – jak wynika z przeprowadzonej analizy – jest konstrukcją analogiczną do ogólnej kategorii szkody ujętej w przepisach Kodeksu cywilnego. Przy odtwarzaniu pojęcia szkody antymonopolowej, kierując się dotychczasowym dorobkiem doktryny i orzecznictwa, można przyjąć, że

⁶⁹ Dyrektywa 2014/104/UE w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego, (Dz.U. UE L 2014.349.1), dalej jako dyrektywa odszkodowawcza.

⁷⁰ A. Tworkowska-Baraniuk, K. Zapolska, *Prywatnoprawny tryb egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 35, s. 10–112.

⁷¹ Cytowane wcześniej wyroki TS: z 20 września 2001 r., sygn. akt C-453/99, pkt 61 i z 12 grudnia 2019 r., sygn. akt C-435/18, pkt 43.

jest to uszczerbek w dobrach poszkodowanego polegający na różnicy między stanem tych dóbr, powstałym wskutek naruszenia prawa konkurencji (antymonopolowego), a stanem, jaki by istniał, gdyby naruszenie to nie miało miejsca⁷². Istotną różnicą konstrukcyjną jest podstawa zaistniałej szkody – ponieważ w przypadku szkody antymonopolowej zdarzeniem szkodzącym może być tylko konkretnie zdefiniowane zdarzenie, jakim jest naruszenie prawa konkurencji. Istotnym posunięciem ze strony ustawodawcy, czy to krajowego, czy unijnego, jest wprowadzenie domniemania szkody antymonopolowej oraz regulacji dających możliwość kompensacji tego typu szkody również podmiotom pośrednio nią dotkniętym. Domniemanie wyrządzenia szkody na skutek naruszenia prawa konkurencji miało ułatwić poszkodowanemu wykazywanie przesłanek odpowiedzialności sprawcy naruszenia. Z praktycznego punktu widzenia, mimo implikacji tego domniemania w celu usunięcia asymetrii dostępu informacji, jakimi dysponuje poszkodowany i naruszyiciel⁷³, nie został rozwiązany podstawowy problem, tzn. ustalenie wyrządzenia szkody oraz ustalenie jej rozmiaru wyznaczonego granicami art. 361 § 2 k.c.

Pomimo wdrożenia do porządku krajowego rozwiązań dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, ustawą z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji roszczenia z tytułu szkody antymonopolowej, tzw. *private enforcement*, nie są dochodzone na drodze sądowej⁷⁴. Do tej pory pojawiło się niewiele orzeczeń sądów powszechnych⁷⁵ dotyczących bezpośrednio zagadnienia szkody antymonopolowej. Bez wątpienia na uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 2 lipca 2021 r., sygn. akt XVI GC 2042/13, będący nijako prejudykatem w dochodzeniu szkody antymonopolowej w rozumieniu ustawy odszkodowawczej⁷⁶. Być może ten wyrok będący korzystnym rozstrzygnięciem dla strony powodowej doprowadzi do intensyfikacji dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w trybie prywatnoprawnym, zgodnie z motywacją prawodawcy unijnego, a następnie krajowego.

⁷² M. Kaliński, op. cit., s. 168.

⁷³ Tak też: motyw 47 dyrektywy odszkodowawczej.

⁷⁴ Szerzej: <http://kohutek.pl/wyrok-w-sprawie-magna-polonia-emitel-zasadzenie-odszkodowanie-za-naruszenie-prawa-konkurencji-krok-w-kierunku-rozwoju-private-enforcement-w-polsce/> (data dostępu: 13.04.2023).

⁷⁵ Inne orzeczenia podkreślające istotę *private enforcement* to m.in. wyrok SO w Warszawie z 30 marca 2023 r., sygn. akt XX GC 342/20 oraz wyrok SO w Warszawie z 28 października 2022 r., sygn. akt XX GC 74/19, Lex nr 3459510.

⁷⁶ Wyrok SO w Warszawie z 2 lipca 2021 r., sygn. akt XVI GC 2042/13, Lex nr 3256659.

Wykaz literatury

- Blicharz R., Horubski K., Pawełczyk M., [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 8B, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Drzewicka K., Gulińska A., [w:] K., Lis-Zarrias, P. Machnikowski (red.), *Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej naruszeniem prawa konkurencji. Komentarz*, 2018, Legalis.
- Dybowski T., [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ossolineum, Wrocław 1981.
- Franck J., [w:] U. Immenga, E. Mestmäcker (red.), *Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, München 2020.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Kaczan D., *Pomiędzy zasadą jedności szkody a teorią wielości szkód – głos w dyskusji*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2017, t. 19.
- Koch A., [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz. Art. 353–626*, 2022, Legalis.
- Koch A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, PWN, Warszawa 1975.
- Kohutek K., *Jakie szkody można przypisać naruszcicielom prawa konkurencji? Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 12.12.2019 r., C-435/18, Otis GmbH i in. przeciwko Land Oberösterreich i in.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 4.
- Kohutek K., *Obrona passing-on w procesie naprawienia szkody antymonopolowej: analiza krytyczna na tle unormowań dyrektywy, orzecznictwa oraz instytucji prawa cywilnego*, „*Transformacje Prawa Prywatnego*” 2020, nr 3.
- Kohutek K., *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności oraz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Machnikowski P., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Zarys prawa cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Mevßen M., *Die Haftung für Kartellschäden im System des allgemeinen Deliktsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- Olejniczak A., Radwański Z., *Zobowiązania*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Richman D. C., *Antitrust Standing, Antitrust Injury, and the Per Se Standard*, 93 YALE L.J. 1309, 1984.
- Sobolewski P., [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Stawicki A., [w:] E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. drugie, 2016, Lex.
- Szpunar A., *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Branta, Bydgoszcz 1998.
- Turno B., [w:] A. Piszcz, A. Stawicki, D. Wolski (red.), *Roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Tworowska-Baraniuk A., Zapolska K., *Prywatnoprawny tryb egzekwowania zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2017, nr 35.

Summary

Antitrust damages. The conceptual scope and preconditions of liability

Keywords: civil law, competition law, private law, damage, antitrust damages.

The purpose of this study is to attempt to reconstruct the concept of antitrust damages, the origin of which should be sought in Directive 2014/104/EU of 26 November 2014 on certain provisions governing the pursuit of claims for damages for infringement of the competition law of the Member States and of the European Union and the implementing Act of 21 April 2017 on claims for damages caused by infringement of competition law. Due to the specificity of the subject matter of the Act, the study refers to EU and national jurisprudence, taking into account the achievements of doctrine in the field of substantive civil law. The paper attempts to evaluate the adopted regulations, in particular their effectiveness in improving the situation of victims of anticompetitive torts. The analysis is based on dogmatic, legal and, to a limited extent, comparative law methods.

On the basis of the analyses conducted, it is concluded that the general structure of antimonopoly damages does not differ from that of civil damages. However, attention should be paid to the presumptions introduced in the provisions of the Act on Claims for Damages for Infringement of Competition Law, which were intended to make the private law mode of pursuing claims for damages for infringement of competition law more attractive, in particular, the presumption of antimonopoly damage as a result of an infringement of competition law and the presumption of overcharging.

Katarzyna Maj-Serwatka

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ORCID: 000-0003-0312-3359

katarzyna.maj@uek.krakow.pl

Anna Wichowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-2862-4424

anna.wichowska@uwm.edu.pl

Prawno-finansowe uwarunkowania funkcjonowania miast metropolitalnych w Polsce w turbulentnym otoczeniu – doświadczenia po pandemii COVID-19*

Wstęp

Od momentu reaktywacji samorządu terytorialnego w Polsce w 1991 r. zasady jego działania podlegały licznym zmianom, które w pierwszych latach miały z reguły charakter ewolucyjny. Jednak począwszy od 2007 r. i ogólnoswiatowego kryzysu finansowego funkcjonowanie jednostek samorządu terytorialnego (dalej jako JST) w dużym stopniu było determinowane także aktualną sytuacją społeczno-gospodarczą, co w konsekwencji powodowało brak stabilności warunków prawno-ekonomicznych działania JST. Wpływ kryzysów fiskalnych i gospodarczych na finanse publiczne i związane z nimi ograniczenia fiskalne oraz sposoby przywracania równowagi finansów publicznych są często analizowane w literaturze przedmiotu. Kryzysy te powodują rosnące oczekiwania instytucji międzynarodowych dotyczące ograniczenia wydatków,

* Publikacja została napisana w wyniku odbywania przez współautorkę (Annę Wichowską) stażu w Katedrze Finansów Publicznych, Kolegium Ekonomii, Finansów i Prawa na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie, współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego (Program Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój), zrealizowanego w projekcie Program Rozwojowy Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie (POWR.03.05.00-00-Z310/17). Projekt finansowany w ramach programu Ministra Edukacji i Nauki pod nazwą „Regionalna Inicjatywa Doskonałości” w latach 2019–2022, nr projektu: 021/RID/2018/19, kwota finansowania: 11 897 131,40 zł.

zapewnienia zrównoważonych budżetów oraz zmniejszenia kwoty długu publicznego. Jednocześnie od rządów oczekuje się działań mających na celu zaspokojenie popytu na usługi oraz pobudzenie wzrostu gospodarczego¹. W konsekwencji zwiększa się rola procesu planowania budżetowego², w przypadku którego szczególnego znaczenia nabiera racjonalizacja wydatków publicznych.

Zdaniem Daniela J. Wilsona³ reakcja fiskalna na kryzys wywołany pandemią COVID-19 wykazuje wiele podobieństw do tej, będącej odpowiedzią na kryzys zapoczątkowany w 2007 r. Podobieństwa do wcześniejszego kryzysu dostrzegają także Marilyn M. Rubin i Katherine Willoughby⁴, wskazując, że pomoc finansowa państwa została przekazana do budżetów samorządowych w celu dalszego skierowania wsparcia finansowego do podmiotów indywidualnych. W rzeczywistości przed wybuchem pandemii w 2020 r. samorządy miały dobrą kondycję fiskalną. Chociaż państwa nie przewidziały pandemii, po jej wybuchu wiele z nich wykazało się szybką reakcją na nową sytuację, co pozwoliło na złagodzenie negatywnych skutków kryzysu. Działania te polegały na zmianie obowiązujących przepisów prawnych (np. zmianie terminów składania rozliczeń podatkowych, wprowadzaniu zwolnień podatkowych, czy złagodzeniu reguł zadłużania się JST), ale także związane były z wprowadzaniem nowych rozwiązań (np. mechanizmów finansowania).

Działania będące odpowiedzią na kryzys finansowy na poziomie samorządu terytorialnego różnią się od polityki realizowanej na szczeblu centralnym, zwłaszcza w przypadku kierunków i szybkości wdrażanych rozwiązań⁵. Wynika to z faktu, że decyzje podejmowane na szczeblu lokalnym wpływają na poziom i zakres świadczonych usług, a ograniczeniu dochodów budżetowych często towarzyszy rosnący popyt na usługi publiczne⁶. Reakcja JST na kryzys finansowy uzależniona jest od ich wielkości, stopnia uzależnienia finansowego od transferów rządowych oraz zdolności do gromadzenia własnych dochodów. Oznacza to, że inny jest wpływ kryzysu na dochody i wydatki poszczególnych szczebli samorządu. W odniesieniu do powiatów i województw reakcja ta jest

¹ W. Kickert, *How the German government responded to the financial, economic and fiscal crises*, „Public Money & Management” 2013, nr 33(4), s. 291–296; J. Peters, *The rise of finance and the decline of organised labour in the advanced capitalist countries*, „New Political Economy” 2011, nr 16(1), s. 75–80.

² E. Anessi-Pessina, C. Barbera, M. Sicilia, I. Steccolini, *Public sector budgeting: a European review of accounting and public management journals*, „Accounting, Auditing & Accountability Journal” 2016, nr 29(3), s. 492.

³ D.J. Wilson, *The COVID-19 fiscal multiplier: lessons from the great recession*, „FRBSF Economic Letter” 2020, nr 13, s. 1–5.

⁴ M.M. Rubin, K. Willoughby, *State budget balancing strategies: COVID-19 and the Great Recession*, „Public Budgeting & Finance” 2021, nr 41(3), s. 22–41.

⁵ D.B. Miller, T. Hokenstad, *Rolling downhill: effects of austerity on local government social services in the United States*, „Journal of Sociology & Social Welfare” 2014, nr 41, s. 104–105.

⁶ D. Cepiku, R. Mussari, F. Giordano, *Local governments managing austerity: approaches, determinants and impact*, „Public Administration” 2016, nr 94(1), s. 223.

zdecydowanie bardziej ograniczona, co wynika z faktu, że w przypadku tych szczebli samorządu udział dochodów własnych w dochodach ogółem jest zdecydowanie mniejszy. Natomiast jeśli chodzi o gminy, które z punktu widzenia realizacji zadań publicznych i zaspokajania potrzeb społeczności lokalnych mają największe znaczenie, to możliwości podejmowania działań w odpowiedzi na kryzys są bez porównania większe. Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku gmin miejskich i miast na prawach powiatu. Z kolei gminy zależne w dużym stopniu finansowo od transferów bieżących z budżetu państwa (głównie gminy wiejskie i miejsko-wiejskie) mogą być mniej dotknięte kryzysem dzięki zwiększeniu wsparcia finansowego państwa. W konsekwencji kryzys finansowy w szczególności ma wpływ na duże miasta o stosunkowo wysokim stopniu samodzielności finansowej⁷.

Stąd też, mając na uwadze znaczący wpływ kryzysu na sytuację finansową JST, w szczególności miast metropolitalnych w Polsce, w artykule sformułowano dwa cele badawcze. Pierwszym celem była identyfikacja zmian prawnych w zakresie finansowania jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem okresu pandemii COVID-19. Drugim celem była ocena wpływu pandemii COVID-19 na sytuację finansową największych miast w Polsce należących do Unii Metropolii Polskich oraz identyfikacja skutków pandemii i ich zróżnicowania w obszarze finansów miast metropolitalnych.

Dla realizacji określonych celów dokonano analizy zmian przepisów prawnych oraz analizy dochodów i wydatków 12 miast metropolitalnych. Wykorzystano do tego analizę wskaźnikową – wybrane wskaźniki finansowe jako miarę zmian stanu budżetowego i finansowego w latach 2019–2021. Wskaźniki te zostały opracowane m.in. przez Ministerstwo Finansów.

Struktura opracowania odzwierciedla przyjęte cele badawcze. W pierwszej kolejności dokonano krytycznej analizy literatury przedmiotu i aktów prawnych w zakresie uwarunkowań prowadzenia gospodarki finansowej JST w dobie kryzysu, ze szczególnym uwzględnieniem pandemii COVID-19 i jej skutków dla budżetów JST. Następnie w sposób syntetyczny przedstawiono najważniejsze zmiany przepisów prawa w zakresie finansów samorządowych. W kolejnej części artykułu zaprezentowano wyniki badań własnych na temat wpływu pandemii i zmian prawnych wprowadzonych w jej następstwie na sytuację finansową miast metropolitalnych w Polsce. Ponadto przeprowadzono analizę porównawczą otrzymanych wyników z badaniami innych autorów. Ostatnią część opracowania stanowi zakończenie, w którym zawarto najistotniejsze wnioski płynące z badań.

⁷ OECD, *The impact of the COVID-19 crisis on regional and local governments*, „OECD Regional Development Working Papers” 2020, https://www.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/the-impact-of-the-covid-19-crisis-on-regional-and-local-governments_fb952497-en (data dostępu: 31.01.2022).

Prawne determinanty gospodarki finansowej JST w dobie pandemii COVID-19

Ostatnia dekada przed wybuchem pandemii COVID-19 była dla jednostek samorządu terytorialnego okresem stabilnego rozwoju. W 2019 r. dochody JST wzrosły w stosunku do 2010 r. o blisko 42%. Z drugiej jednak strony już w 2019 r. zwracano uwagę na konieczność przeprowadzenia reform, które pozwoliłyby organom samorządu terytorialnego odpowiedzialniej i efektywniej wypełniać ich zadania wobec obywateli i przedsiębiorstw⁸. W szczególności wskazywano na problemy wynikające ze zmian celów i instrumentów polityki budżetowej Unii Europejskiej po 2020 r., narastających dysproporcji rozwojowych w ramach poszczególnych województw, a także podziału zadań publicznych pomiędzy administrację rządową a samorząd terytorialny. Ten ostatni aspekt był szczególnie istotny, gdyż wpływał na gospodarkę finansową JST poprzez procedury ustalania kwot dotacji celowych oraz zasady wyliczania subwencji⁹. Pandemia COVID-19 i będąca jej następstwem znacząca zmiana przepisów prawa, w tym dotyczącego finansów publicznych, nie tylko wzmogły skalę i zakres problemów sygnalizowanych już w 2019 r., ale stały się źródłem wielu nowych wyzwań. Wprawdzie w 2020 r. wydatki gmin ogółem zwiększyły się o 6,2% w stosunku do 2019 r., to wydatki majątkowe zmniejszyły się o 7,2% (w tym wydatki na inwestycje o 7,6%). Należy również zwrócić uwagę na wskaźnik wykonania wydatków inwestycyjnych, który w 2020 r. wyniósł w gminach 79%. Było to o 4,1 punktów procentowych mniej w stosunku do roku poprzedniego¹⁰. Jak wiadomo, ograniczenie zakresu realizowanych inwestycji bądź też rezygnacja z nich może mieć negatywne skutki nie tylko dla gospodarki, ale również dla społeczności lokalnej.

Problemy te stanowiły typowe przejawy kryzysu finansowego. Wzrostowi wydatków budżetowych towarzyszył spadek dochodów i nadwyżki operacyjnej, co z kolei istotnie wpływało na realizację zadań przez władze lokalne i spowolnienie dotychczasowego ożywienia¹¹. Rozważania zawarte w niniejszym artykule wpisują się w dyskusję na temat niestabilności warunków działania szeroko rozumianych podmiotów sektora finansów publicznych, będących efek-

⁸ L. Patrzałek, *Wyzwania dla finansów jednostek samorządu terytorialnego w Polsce po 2020 r.*, „Samorząd Terytorialny” 2019, nr 3, s. 5.

⁹ Ibidem, s. 13.

¹⁰ Główny Urząd Statystyczny, *Gospodarka finansowa jednostek samorządu terytorialnego 2020*, Warszawa 2021, https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5483/5/17/1/gospod_finansowa_jst_2020.pdf (data dostępu: 8.12.2022).

¹¹ M. Leachman, E. McNichol, *Pandemic's impact on state revenues less than earlier expected but still severe*. Center on budget and policy priorities, <https://www.cbpp.org/research/state-budget-and-tax/pandemics-impact-on-state-revenues-less-than-earlier-expected-but> (data dostępu: 21.07.2022).

tem kryzysów finansowych. Thomas Hale i współautorzy¹² oraz Luca Fornaro i Martin Wolf¹³ wskazywali, że rosnące zadłużenie i deficyty budżetowe w związku ze zwiększonymi wydatkami publicznymi w odpowiedzi na pandemię COVID-19 należy traktować jako sygnały ostrzegawcze przed nadchodzącym spowolnieniem gospodarczym. Z kolei Samira Meier i współautorzy analizowali kierunki działań i reformy w zakresie przepisów prawa, które zostały zaproponowane jako reakcja na światowy kryzys finansowy i europejski kryzys zadłużenia w poszczególnych krajach¹⁴. Olga Cantó i inni rozważali wpływ kryzysu na finanse publiczne w Belgii, Hiszpanii, Wielkiej Brytanii i we Włoszech, wskazując różnice w stosowanych politykach publicznych¹⁵. Emmanuel Saez i Gabriel Zucman¹⁶ oraz Amílcar Moreira i Rod Hick¹⁷ analizowali natomiast reakcje rządów państw europejskich na gospodarcze skutki pandemii COVID-19, podkreślając stosowanie nowych nadzwyczajnych i innowacyjnych środków i rozwiązań prawnych na znacznie większą skalę niż w przypadku kryzysu z roku 2008. Collin Marrs zauważył, że pandemia COVID-19 zachwiała podstawami rządowego planowania finansowego i równowagą finansową na wszystkich szczeblach władzy, ale w szczególności na poziomie lokalnym, gdzie zdolność do absorpcji i adaptacji do funkcjonowania w warunkach kryzysu jest bardziej ograniczona¹⁸. Do podobnych wniosków doszli Kate Ogden i David Phillips, podkreślając szczególny wpływ pandemii COVID-19 na sytuację finansową miast o dużej liczbie mieszkańców, w przypadku których istotnie wzrosły koszty realizacji określonych zadań przy jednoczesnym spadku dochodów własnych¹⁹. Wynika to z faktu, że dochody wła-

¹² T. Hale, N. Angrist, B. Kira, A. Petherick, T. Phillips, S. Webster, *Variation in government responses to COVID-19*, <https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-12/BSG-WP-2020-032-v10.pdf> (data dostępu: 21.07.2022).

¹³ L. Fornaro, M. Wolf, *Covid-19 coronavirus and macroeconomic policy*, „Working Papers from Barcelona Graduate School of Economics” 2020, nr 1168, https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/48498/CREIFornaroWolfCorona_v2.pdf?sequence=1&isAllowed=y (data dostępu: 21.07.2022).

¹⁴ S. Meier, M.R. Gonzalez, F. Kunze, *The global financial crisis, the EMU sovereign debt crisis and international financial regulation: lessons from a systematic literature review*, „International Review of Law and Economics” 2020, nr 65.

¹⁵ O. Cantó, F. Figari, C.V. Fiorio, S. Kuypers, S. Marchal, M. Romaguera-de-la-Cruz, I.V. Tasseva, G. Verbist, *Welfare resilience at the onset of the COVID-19 pandemic in a selection of European countries: Impact on public finance and household incomes*, „Review of Income and Wealth” 2022, nr 68(2), s. 293–322.

¹⁶ E. Saez, G. Zucman, *Keeping business alive: the government will pay*, „Social Europe” 2020, nr 18(3).

¹⁷ A. Moreira, R. Hick, *COVID-19, the Great Recession and social policy: is this time different?*, „Social Policy & Administration” 2020, nr 55(2), s. 261–279.

¹⁸ C. Marrs, *An eye to the future: preparing public finances for life after Covid-19*, „Public Finance” 2020, nr 23, <https://www.publicfinance.co.uk/feature/2020/06/eye-future-preparing-public-finances-life-after-covid-19> (data dostępu: 21.07.2022).

¹⁹ K. Ogden, D. Philips, *The financial risk and resilience of English local authorities in the coronavirus crisis*, <https://ifs.org.uk/publications/14893> (data dostępu: 27.07.2022).

sne dominują w strukturze dochodów ogółem i pobierane są one ze źródeł zlokalizowanych na ich terenie²⁰, a ich poziom uzależniony jest od stopnia rozwoju społeczno-gospodarczego miasta i czynników o charakterze makroekonomicznym i polityczno-prawnym²¹.

Sytuacja taka wystąpiła w Polsce. W niniejszym artykule skupiono się na konsekwencjach kryzysu wywołanego pandemią COVID-19 dla gospodarki finansowej miast metropolitalnych, które są istotnym ogniwem samorządu terytorialnego. Stąd rozważania teoretyczne obejmują przegląd literatury odnoszącej się nie tylko do badanych jednostek, ale także do samorządu terytorialnego jako podsektora finansów publicznych.

W przypadku kryzysu wywołanego pandemią COVID-19, w celu ograniczenia jego skutków, kluczowe znaczenie miały dochody transferowe, tj. przekazywane JST w formie dotacji i subwencji. Wbrew początkowym obawom to gminy małe w mniejszym stopniu odczuwały skutki kryzysu. Wynikało to z faktu, że dochody transferowe dominują w ich dochodach ogółem. W konsekwencji skutki nagłych kryzysów gospodarczych i społecznych są bardziej dotkliwe dla dużych miast, gdyż dysponują one większymi dochodami własnymi i licznymi powiązaniami gospodarczymi z innymi podmiotami sektora publicznego i sektorem prywatnym²². Warto również zwrócić uwagę na fakt, że wsparcie finansowe w formie transferów zależy od uwarunkowań polityczno-prawnych i jest narzędziem o charakterze dyskrecjonalnym, a jego skutki są z reguły krótkotrwałe i nie zabezpieczają przed kolejnym kryzysem²³.

Mimo że JST borykały się ze skutkami różnych kryzysów, to jednak w przypadku ostatniego z nich zarówno przyczyny, jak i sposoby przeciwdziałania mu różniły się od dotychczas znanych. Po pierwsze, natura kryzysu była odmienna – źródłem kryzysu gospodarczego był kryzys zdrowotny; po drugie, w celu ograniczania jego skutków zaangażowano na niespotykaną dotąd skalę środki publiczne. Podstawą dla podjęcia tych działań była ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych²⁴. Nieprzewidywalność sytuacji sprawiła, że w pierwszym roku obowiązywania była ona zmieniana ponad 40-krotnie, co spowodowało, iż w 2020 r. przyjęto 15 ustaw oraz ok. 200 uchwał

²⁰ OECD, *The impact of...*

²¹ A. Wichowska, *Determinanty budżetów gmin na przykładzie województwa warmińsko-mazurskiego*, Olsztyn 2020.

²² M. Poniatowicz, *Wpływ kryzysu gospodarczego na systemy finansowe jednostek samorządu terytorialnego. Na przykładzie największych miast w Polsce*, Warszawa 2011, s. 30–32.

²³ M. López-Santana, P. Rocco, *Fiscal federalism and economic crises in the United States: lessons from the COVID-19 pandemic and great recession*, „The Journal of Federalism” 2021, nr 51(3), s. 365–395.

²⁴ Dz.U. z 2020 r., poz. 374 z późn. zm.

i rozporządzeń dotyczących problematyki związanej z COVID-19²⁵. Z punktu widzenia gospodarki finansowej JST istotna była również ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r.²⁶, nowelizująca wspomnianą ustawę i specustawę z dnia 31 marca 2020 r.²⁷ Część przepisów odnosząca się do JST określono jako „tarczę samorządową”. Miały one na celu przede wszystkim ułatwienie zarządzania finansami, złagodzenie reguł fiskalnych i zwiększenie bezpieczeństwa finansowego. Zmiany te przedstawiono w tabeli 1.

Tabela 1

Najważniejsze zmiany przepisów prawnych w zakresie finansów samorządowych
w latach 2020–2022

Cel	Zakres	Charakterystyka zmian
1	2	3
Złagodzenie reguł fiskalnych	Zasada zrównoważonego budżetu	Określono kwoty, o jakie JST, dokonując zmian budżetu, mogły przekroczyć tę zasadę. Po stronie dochodowej obejmuje ona ubytek wynikający ze skutków pandemii. Po stronie wydatkowej wyłączono kwotę wydatków bieżących poniesionych w celu przeciwdziałania kryzysowi w części sfinansowanej dochodami majątkowymi lub przychodami. W szczególności chodzi tutaj o przychody pochodzące: – ze sprzedaży papierów wartościowych wyemitowanych przez JST, – z kredytów, – z pożyczek, – z prywatyzacji majątku jednostki samorządowej, – ze spłat udzielonych pożyczek w latach ubiegłych.
	Indywidualny wskaźnik zadłużenia	Wyłączono z limitu zadłużenia pożyczki, kredyty i emisję obligacji wynikającą z ubytku dochodów wskutek wystąpienia kryzysu. Pomniejszono wysokość spłaty długu w kolejnych latach o zobowiązania wynikające z wydatków bieżących z 2020 r. poniesionych na przeciwdziałanie skutkom pandemii.
	Zasady przekazywania subwencji	Zliberalizowano przepisy dotyczące terminów przekazywania subwencji ogólnej – w 2020 r. raty poszczególnych części mogły być przekazywane JST wcześniej. Przedłużono termin wpłat dokonywanych przez JST do budżetu państwa, których dochody podatkowe przekraczały ustawowy wskaźnik na II półrocze 2020 r.

²⁵ J. Łubina, *Oddziaływanie pandemii COVID-19 na finanse jednostek samorządu terytorialnego*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2021, nr 9(4), s. 103–116.

²⁶ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2020 r., poz. 1086 z późn. zm.).

²⁷ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 568 z późn. zm.).

cd. tabeli 1

1	2	3
Zwiększenie bezpieczeństwa finansowego	Reguły zadłużenia	Wprowadzono limit relacji długu na koniec kwartału do planowanych w danym roku dochodów na poziomie 80% planowanych w danym roku budżetowym dochodów tej jednostki. Wprowadzono dodatkowo jednoroczny limit relacji długu do dochodów wykonanych na poziomie 80% - jednak nie dotyczył on jednostek, które stosowały wyłączenia spłaty zobowiązań zaciągniętych w związku z ubytkami w dochodach i nie przekroczyły indywidualnego wskaźnika zadłużenia.
	Rządowy Fundusz Inwestycji Lokalnych (RFIL)	Za pośrednictwem utworzonego RFIL przekazywano z budżetu państwa środki na inwestycje służące społeczeństwu m.in. na budowę żłobków, przedszkoli czy dróg, a także na inne niezbędne lokalnie działania. W ramach RFIL przeznaczono dla JST ponad 13 mld zł (w tym 5 mld zł dla miast na prawach powiatu).
Ułatwienia w zakresie zarządzania finansami	Nadwyżka operacyjna	Przy obliczaniu nadwyżki wyłączono koszty obsługi zadłużenia. Oznacza to, że w latach 2020–2025 wydatki bieżące podlegają pomniejszeniu o wydatki bieżące na obsługę długu.

Źródło: art. 15zo–zof ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 374 z późn. zm.); J. Łubina, op. cit., s. 103–116; Główny Urząd Statystyczny, *Gospodarka finansowa jednostek samorządu terytorialnego 2020*, Warszawa 2021, s. 19–20, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rachunki-narodowe/statystyka-sektora-instytucji-rzadowych-i-samorzadowych/gospodarka-finansowa-jednostek-samorządu-terytorialnego-2020,5,17.html> (data dostępu: 20.01.2023).

Sytuacja społeczno-gospodarcza, w której znalazły się JST w związku z pandemią, oznaczała konieczność działania w nowych warunkach i stosowania narzędzi polityki budżetowej na bardzo szeroką skalę. Wprowadzane w okresie pandemii COVID-19 przepisy prawne miały ograniczać negatywne skutki kryzysu związane ze spadkiem dochodów budżetowych i rosnącymi wydatkami, a w konsekwencji ze wzrostem deficytu i zadłużenia oraz pogorszeniem stanu gospodarki lokalnej. Należy jednak podkreślić, że JST równolegle odczuwały skutki zmian prawnych wynikających ze zmian ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, które szczególnie odczuwane były przez gminy miejskie i miasta na prawach powiatu. W przypadku tych jednostek bowiem dochody z tytułu udziałów w PIT stanowią jedno z najbardziej wydajnych fiskalnie źródeł dochodów. Chodzi przede wszystkim o skutki zmian:

– wprowadzonych począwszy od 2019 r. (wprowadzenie tzw. PIT dla Młodych, podniesienie kosztów uzyskania przychodów, obniżenie stawki z 18%

do 17%²⁸, zmiany w ryczałcie od przychodów ewidencjonowanych wprowadzone w 2020 r.²⁹),

– obowiązujących od 1 stycznia 2022 r. (podniesienie kwoty wolnej do 30 000 zł i progu podatkowego do 120 000 zł, likwidacja możliwości odliczania składki zdrowotnej od podatku, wprowadzenie ulgi dla klasy średniej, zwolnienie z podatku dla rodzin wychowujących co najmniej czwórkę dzieci)³⁰,

– które weszły w życie 1 lipca 2022 r. (obniżenie stawki podatkowej do 12%, częściowe przywrócenie możliwości odliczania składki zdrowotnej w zależności od formy opodatkowania, likwidacja ulgi dla klasy średniej)³¹.

W związku z pandemią i częstymi zmianami przepisów prawnych JST działały w odmiennym środowisku prawnym i w warunkach dużej niepewności, co stało się źródłem wielu wyzwań w obszarze procesów finansowych, społecznych i gospodarczych, w tym dotyczących wyboru skutecznych instrumentów pozwalających na ograniczenie negatywnych skutków kryzysu gospodarczego i finansowego.

Metoda badawcza i wyniki badań

W związku z podjętym w opracowaniu problemem badawczym w części empirycznej opracowania sformułowano następujące pytania:

1) Jakie skutki dla dochodów budżetowych i kondycji finansowej miast metropolitalnych w Polsce miała pandemia COVID-19?

2) Czy skutki pandemii i zmian przepisów prawnych były zróżnicowane w poszczególnych miastach?

Wpływ pandemii COVID-19 na sytuację finansową największych miast w Polsce należących do Unii Metropolii Polskich oceniono na podstawie danych wtórnych pochodzących ze sprawozdań z wykonania ich budżetów. W badaniach wykorzystano analizę wskaźnikową – wybrane wskaźniki dla 12 miast metropolitalnych w Polsce jako miarę zmian stanu budżetowego i finansowego w latach 2019–2021. Wskaźniki te zostały opracowane m.in. przez Ministerstwo Finansów i służą ocenie sytuacji finansowej JST w Polsce³². Uzyskane dane poddano analizie statystycznej z wykorzystaniem metod analizy wielowymia-

²⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1835).

²⁹ Ustawa z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r., poz. 2123).

³⁰ Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2105).

³¹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 1265).

³² Ministerstwo Finansów, *Wskaźniki do oceny sytuacji finansowej jednostek samorządu terytorialnego w latach 2018–2020*, Warszawa 2021, <https://www.gov.pl/web/finanse/wskazniki>.

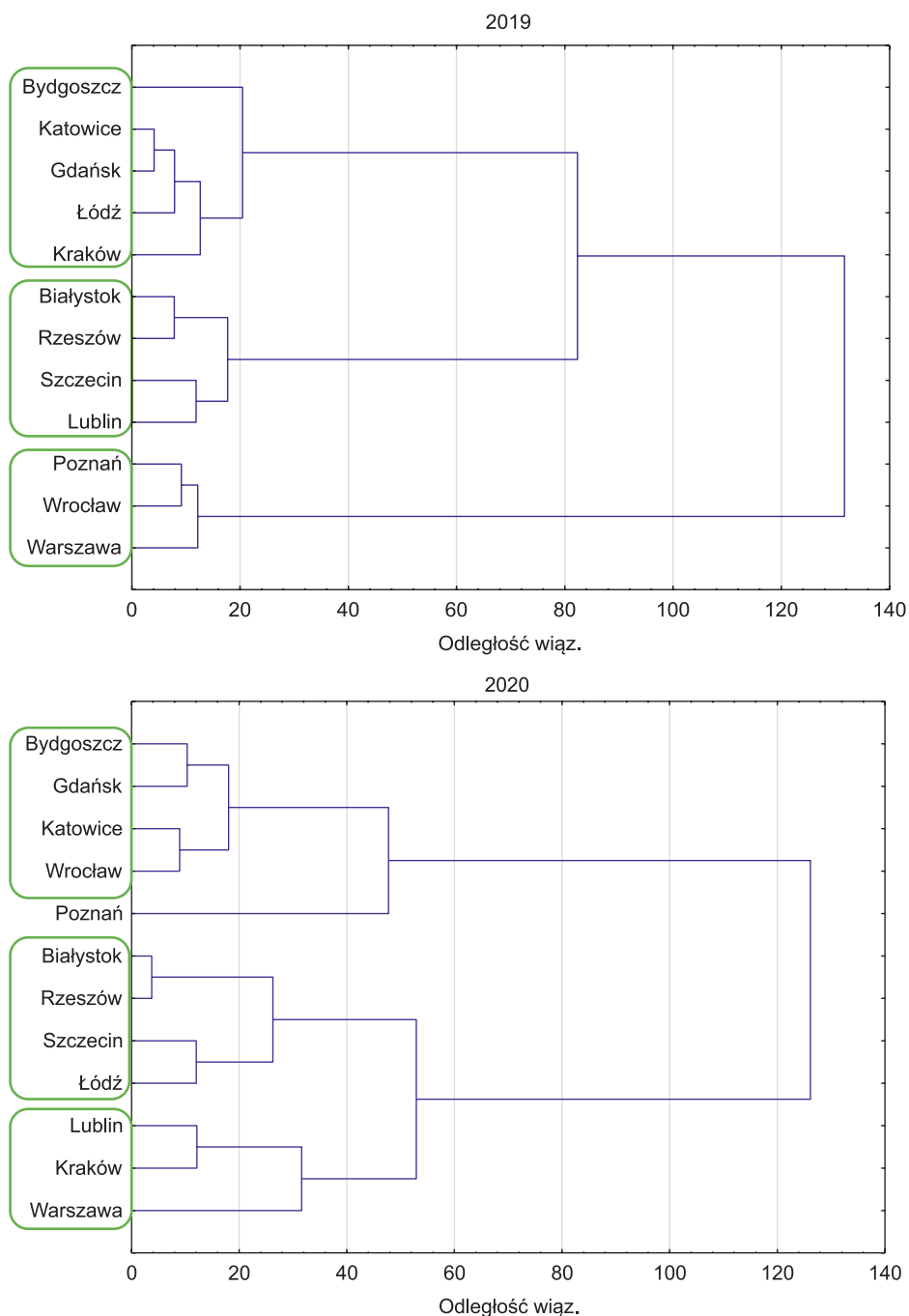
rowej, w tym grupowania metodą Warda, która opiera się na kryterium wariancji w celu zminimalizowania całkowitej wariancji w grupach³³.

Metodę aglomeracji Warda z odległością euklidesową zastosowano do grupowania miast w grupy jednorodne pod względem wskaźników budżetowych: WB1 – udział dochodów bieżących w dochodach ogółem; WB2 – udział dochodów własnych w dochodach ogółem; WB3 – udział nadwyżki operacyjnej w dochodach ogółem; WB4 – udział wydatków majątkowych w wydatkach ogółem; WB5 – obciążenie wydatków bieżących wydatkami na wynagrodzenia i pochodnymi od wynagrodzeń; WB6 – udział nadwyżki operacyjnej i dochodów ze sprzedaży majątku w dochodach ogółem; WB7 – wskaźnik samofinansowania. Grupowanie zostało poprzedzone analizą korelacji pomiędzy badanymi wskaźnikami. Wskaźnik udziału nadwyżki operacyjnej i dochodów ze sprzedaży majątku w dochodach ogółem (WB6) został wyłączony z grupy wskaźników ze względu na zbyt dużą korelację z udziałem nadwyżki operacyjnej w dochodach ogółem – 0,96. Wyniki badań zaprezentowano na rysunkach 1 i 2.

Zastosowanie metody aglomeracji Warda pozwoliło na wyodrębnienie trzech grup miast w 2019 r. oraz 2021 r. W 2019 r. miasta o najwyższych poziomach wskaźników budżetowych znalazły się w grupie trzeciej (Lublin, Kraków, Warszawa). Grupa pierwsza to miasta, w których zaobserwowano średnie poziomy wskaźników, a grupa druga to miasta z najniższymi wartościami badanych wskaźników. W 2020 r. struktura badanych grup i poziom wskaźników budżetowych w efekcie pandemii COVID-19 znacząco różniły się od obserwowanych w 2019 r. Po pierwsze, wszystkie wskaźniki uległy spadkowi, a różnice pomiędzy badanymi grupami się zmniejszyły. Dodatkowo jedno z badanych miast (Poznań) znalazło się poza trzema wyodrębnionymi grupami. W tym przypadku spadek poziomu wskaźników budżetowych był mniejszy niż w innych miastach. Poznań charakteryzował się najlepszą sytuacją finansową w 2020 r., co uniemożliwiło przypisanie tego miasta do innych grup. Grupa pierwsza (Bydgoszcz, Gdańsk, Katowice, Wrocław) charakteryzowała się najwyższym poziomem wskaźników (poza Poznaniem) na tle pozostałych grup, natomiast w przypadku miast z drugiej grupy (Białystok, Rzeszów, Szczecin, Łódź) wskaźniki były na średnim poziomie. W grupie trzeciej wskaźniki były na najniższym poziomie i w 2020 r. największe zmiany zaobserwowano właśnie w przypadku tej grupy. W 2019 r. znajdowały się w niej miasta najlepiej ocenione pod względem sytuacji finansowej. Zmianie uległy miasta wchodzące w jej skład i w największym stopniu spadł średni poziom badanych wskaźników (o 15 pkt. proc.) względem 2019 r. Tym samym w 2020 r. w grupie tej znalazły się miasta o relatywnie niskich poziomach wskaźników: Lublin, Kraków, Warszawa. Miasta te w największym stopniu odczuły z jednej strony finansowe skutki

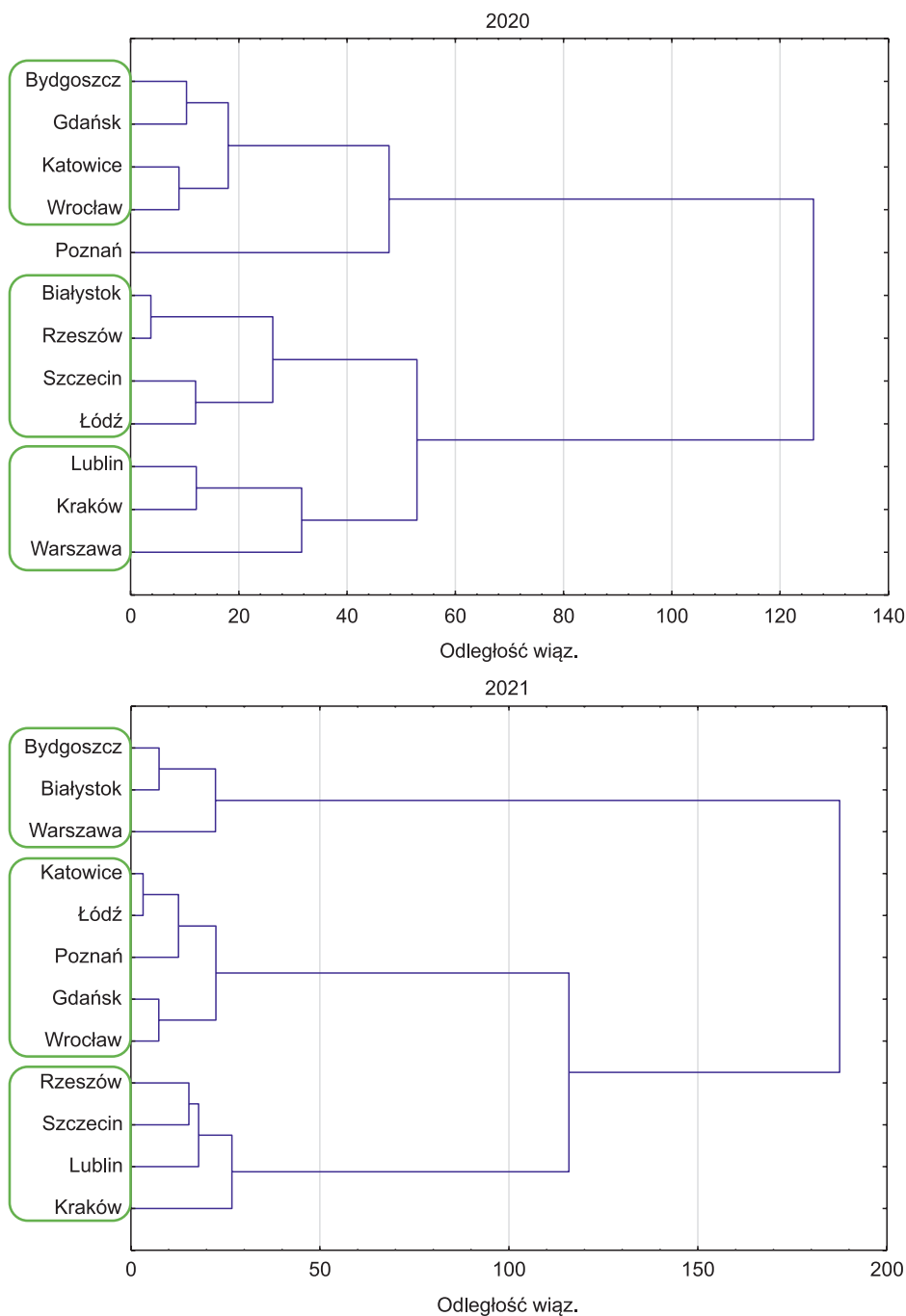
-do-oceny-sytuacji-finansowej-jednostek-samorządu-terytorialnego-w-latach-2018-2020 (data dostępu: 10.12.2022).

³³ F. Murtagh, P. Legendre, *Ward's hierarchical agglomerative clustering method: which algorithms implement Ward's criterion?*, „Journal of Classification” 2014, nr 31, s. 274–295.



Rys. 1. Wyniki grupowania metodą Warda miast metropolitalnych w Polsce ze względu na wskaźniki budżetowe w 2019 r. i w 2020 r.

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Ministerstwa Finansów.



Rys. 2. Wyniki grupowania metodą Warda miast metropolitalnych w Polsce ze względu na wskaźniki budżetowe w 2020 r. i w 2021 r.

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych Ministerstwa Finansów.

pandemii, a z drugiej konsekwencje zmian prawnych wprowadzonych w obszarze finansów JST. Natomiast Wrocław, który znajdował się w 2019 r. w grupie miast o najwyższych poziomach wskaźników (trzecia grupa), trafił do grupy pierwszej, w przypadku której wskaźniki uległy pogorszeniu w najmniejszym stopniu i były w 2020 r. na najwyższym poziomie. Tym samym grupa ta charakteryzowała się relatywnie najlepszą sytuacją finansową. W przypadku grupy drugiej zmiana dotyczyła jedynie jednego miasta (zamiast Lublina w grupie tej znalazła się Łódź) i jednocześnie zaobserwowano w tej grupie najmniejszy spadek wskaźników, co oznaczało, że wpływ pandemii COVID-19 na ich sytuację był mniejszy niż w przypadku innych miast.

W 2021 r. średni poziom analizowanych wskaźników zwiększył się w każdej grupie. Najwyższy średni poziom wskaźników odnotowano w grupie pierwszej (tak jak w 2020 r.). Grupa ta obejmowała Bydgoszcz, Białystok, Warszawę. Skład poszczególnych grup uległ zasadniczej zmianie, co wskazuje, że skutki pandemii i zmian prawnych, nawet w przypadku stosunkowo jednorodnej grupy miast metropolitalnych, były bardzo zróżnicowane. W 2021 r. miasta, które charakteryzowały się najniższym średnim poziomem wskaźników, znalazły się w grupie trzeciej (Rzeszów, Szczecin, Lublin, Kraków). W przypadku Rzeszowa, Szczecina i Lublina oznacza to, że ich sytuacja finansowa uległa zmianie w najmniejszym stopniu, natomiast w przypadku Krakowa negatywne skutki pandemii i zmian prawnych były najsilniejsze. Z grupy miast o średnim poziomie wskaźników w 2019 r. Kraków trafił do grupy miast charakteryzujących się najniższymi wskaźnikami finansowymi. Było to jedyne miasto o liczbie mieszkańców powyżej 750 tys. mieszkańców, które znalazło się w tej grupie. W 2021 r. w przypadku miast z drugiej grupy odnotowano podobny poziom wskaźników, jak w 2020 r. Wskaźniki tej grupy pozostały w dalszym ciągu na średnim poziomie na tle pozostałych grup. Zmianie uległa natomiast struktura grup w porównaniu do 2020 r. – w grupie drugiej znalazły się nowe miasta: Katowice, Poznań, Gdańsk, Wrocław, natomiast Białystok i Szczecin, które były w drugiej grupie w 2020 r., znalazły się odpowiednio w grupie pierwszej i w grupie trzeciej. Zmiany, które nastąpiły w 2021 r., związane były z poprawą sytuacji finansowej miast metropolitalnych i wychodzeniem ze skutków kryzysu pandemicznego z 2020 r. W przypadku wszystkich badanych grup miast poziomy wskaźników w 2021 r. w dużym stopniu uległy poprawie. Można jednak zauważyć, że niektóre z miast silniej odczuły skutki zmian prawnych oraz kryzysu pandemicznego i jednocześnie skutki te miały bardziej trwały charakter. Przykładem takiego miasta jest Kraków.

Ocena wpływu skutków pandemii COVID-19 i zmian przepisów prawa finansowego na sytuację finansową miast metropolitalnych w Polsce

Przeprowadzone badania wskazują, że zmiany przepisów prawnych w obszarze finansów JST, jak i pandemia COVID-19 miały istotny wpływ na kształtowanie się wskaźników będących podstawą do oceny sytuacji finansowej miast metropolitalnych w Polsce. W literaturze przedmiotu wskazuje się na różne skutki kryzysu i sposoby przeciwdziałania im³⁴. Przykładowo Christopher Hood i Ruth Dixon wskazali, że wpływ ogólnosiwiatowego kryzysu finansowego na dochody własne jednostek samorządowych, jak i jego wpływ na zmiany poziomu dochodów transferowych wynikał z ograniczeń budżetowych na poziomie centralnym³⁵. Z kolei Sanjay Pandey podkreślał, że podmioty kreujące politykę lokalną w dobie kryzysu muszą optymalizować działania tak, aby pogodzić rosnące zapotrzebowanie na usługi publiczne, a co za tym idzie – wzrost wydatków oraz potrzebę zapewnienia równowagi fiskalnej³⁶. Walter Kickert zauważył, że władze lokalne mają możliwość stosowania wielu rozwiązań od wprowadzenia mechanizmów rynkowych, często negatywnie ocenianych społecznie aż po ograniczenia zakresu realizowanych zadań publicznych³⁷.

Reakcja na globalny kryzys finansowy wywołany pandemią COVID-19 i będące jego konsekwencją zmiany przepisów prawa mogą być analizowane przez pryzmat skutków finansowych, gospodarczych czy społecznych. Skutki te są rozpatrywane w kontekście decyzji politycznych, zaufania obywateli, wyników wyborów, centralizacji w porównaniu z decentralizacją, zmiany zakresu aktywności sektorów, tj. sektora publicznego, sektora prywatnego oraz tzw. trzeciego sektora, czyli społeczeństwa obywatelskiego³⁸.

W przypadku miast metropolitalnych w Polsce w aspekcie finansowym zaobserwowano zmiany poziomu wskaźników budżetowych, które wynikały

³⁴ M. Lodge, C. Hood, *Into an age of multiple austerities? Public management and public service bargains across OECD countries*, „Governance” 2012, vol. 25(1), s. 97–98; J. F. A. Overmans, M. Noordegraaf, *Managing austerity: rhetorical and real responses to fiscal stress in local government*, „Public Money & Management” 2014, nr 34(2), s. 99–106.

³⁵ C. Hood, R. Dixon, *A model of cost-cutting in government? The great management revolution in UK central government reconsidered*, „Public Administration” 2013, nr 91(1), s. 128–129.

³⁶ S.K. Pandey, *Cutback management and the paradox of publicness*, „Public Administration Review” 2010, nr 70(4), s. 568–569.

³⁷ W. Kickert, *State responses to the fiscal crisis in Britain, Germany and the Netherlands*, „Public Management Review” 2012, nr 14(3), s. 299–303.

³⁸ S. Moulton, C. Wise, *Shifting boundaries between the public and private sectors: implications from the economic crisis*, „Public Administration Review” 2010, nr 70(3), s. 349–360; A. Schick, *Repairing the budget contract between citizens and the state*, „OECD Journal on Budgeting” 2011, nr 11(3), s. 1–27; C. Breunig, M.R. Busemeyer, *Fiscal austerity and the trade-off between public investment and social spending*, „Journal of European Public Policy” 2012, nr 19(6), s. 921–938; C. Hood, R. Dixon, op. cit., s. 128–129.

m.in. ze zmiany struktury dochodów budżetowych, zwłaszcza zwiększenia dochodów transferowych, i jednoczesnego spadku dochodów własnych. Było to rezultatem zmian przepisów prawnych, które zostały omówione w części pierwszej artykułu. Podobnych obserwacji dokonali Kate Ogden i David Phillips, dodatkowo zauważając, że mniejsze miasta w szczególności obawiały się rosnących kosztów i oczekiwań mieszkańców w odniesieniu do zadań dotyczących m.in. pomocy społecznej³⁹. Wspólną jednak płaszczyzną dla wszystkich jednostek lokalnych były trudności w planowaniu budżetowym dochodów. Plany finansowe każdorazowo powinny bowiem uwzględniać aktualną sytuację społeczno-gospodarczą na poziomie regionu, kraju i świata, ale także szerokie spektrum skutków lokalnych kryzysu np. dla opieki zdrowotnej i społecznej, mieszkalnictwa, transportu, edukacji i innych dziedzin działalności samorządu lokalnego. Przygotowanie planów było szczególnie utrudnione w związku z licznymi i częstymi zmianami przepisów prawa finansowego, które niejednokrotnie nie były konsultowane ze stroną samorządową. Wynikało to z faktu, że kryzys wywołany pandemią w pierwszej swojej fazie charakteryzował się dużym dynamizmem i niepewnością, co znacząco utrudniało procedurę przygotowania i uchwalania budżetu⁴⁰.

Należy podkreślić, że powyższe problemy finansowe i zarządcze JST miały również swoje źródło w poprzednim kryzysie finansowym, którego początki sięgają 2007 r. Przede wszystkim wynikało to z ograniczonych rezerw budżetowych oraz reguł bezpieczeństwa, które zostały przyjęte w wielu państwach członkowskich Unii Europejskiej⁴¹. Reguły te wskazywały, że rezerwy takie mogą zostać przeniesione jedynie na działalność bieżącą w kierunkach z góry określonych w długookresowych planach inwestycyjnych i finansowych jednostek⁴². Nie było więc możliwości wykorzystania ich na walkę z pandemią i jej skutkami. Można zatem stwierdzić, że problemy budżetowe pogłębiła niska elastyczność dochodów lokalnych i ograniczone możliwości finansowania z nich nowych wyzwań przeciwdziałających recesji w związku z pandemią COVID-19. Podmioty odpowiedzialne za kreowanie polityki finansowej musiały więc wzmocnić instytucje finansowe i przygotować je na kryzys, pamiętając, że rząd w pewnym sensie zobowiązany jest wspierać finansowo samorząd lokalny w okresie dekonunktury⁴³. Znalazło to wyraz w licznych regulacjach

³⁹ K. Ogden, D. Philips, op. cit.

⁴⁰ T. Ahrens, L. Ferry, *Newcastle City Council and the grassroots: accountability and budgeting under austerity*, „Accounting, Auditing & Accountability Journal” 2015, nr 28, s. 909–933.

⁴¹ K. Maj-Waśniowska, M. Cycoń, *Reguły fiskalne dotyczące jednostek samorządu terytorialnego jako element konsolidacji fiskalnej w Polsce*, „Zeszyty Naukowe/Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2012, nr 13, s. 192–193.

⁴² T. Ahrens, L. Ferry, op. cit., s. 909–933.

⁴³ T. Ahrens, L. Ferry, *Financial resilience of English local government in the aftermath of COVID-19*, „Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management” 2020, nr 32(5), s. 813–823.

prawnych, zwiększających wsparcie finansowe dla jednostek samorządowych z budżetu centralnego w okresie pandemii COVID-19 i zmieniających zasady zadłużania się JST.

Rozważając wpływ pandemii COVID-19 na kondycję finansową miast w Polsce, należy wskazać na źródła dochodów budżetowych oraz możliwe kierunki transmisji kryzysu pandemicznego na dochody budżetowe. Na podstawie art. 9 Europejskiej karty samorządu terytorialnego⁴⁴ JST mają prawo do posiadania własnych środków budżetowych, którymi mogą rozporządzać zgodnie z przepisami prawa. W Polsce jednym z ważniejszych źródeł dochodów budżetowych, z punktu widzenia idei samorządności lokalnych jednostek, są wspomniane już dochody własne. Dochody te podlegają autonomicznej polityce finansowej miast. Podstawowymi kategoriami dochodów własnych w Polsce są: podatki i opłaty lokalne, udziały w podatku dochodowym od osób fizycznych (PIT) i w podatku dochodowym od osób prawnych (CIT), dochody z majątku, środki zagraniczne, spadki, zapisy i darowizny oraz odsetki od udzielonych pożyczek⁴⁵. Konsekwencje pandemii COVID-19 i wywołanej przez nią recesji oraz zmian prawnych nie pozostały bez wpływu na te dochody. Dochody własne pobierane są bowiem ze źródeł zlokalizowanych na terenie jednostek samorządowych i tym samym w całości oraz bezterminowo przekazywane są do ich dyspozycji⁴⁶. Co więcej, Marzanna Poniatowicz wskazuje, że dochody te w dużym stopniu uzależnione są od koniunktury gospodarczej poprzez mechanizm redystrybucji poziomej dochodów, który może ograniczyć samodzielność finansową JST o najwyższym potencjale ekonomicznym⁴⁷. Stąd miasta są jednostkami, które najszybciej odczuwają skutki kryzysu wywołanego pandemią COVID-19 w zakresie ich wpływu na dochody własne⁴⁸.

Jednym ze skutków kryzysu zdrowotnego i gospodarczego, odzwierciedlającym wpływ sytuacji makroekonomicznej na dochody i kondycję finansową JST, jest spadek dochodów z tytułu udziałów w podatkach państwowych. Spadek dochodów z tytułu udziału w podatku PIT w 2020 r. wynikał przede wszystkim ze spadku PKB o 2,7 punktu procentowego w stosunku do roku

⁴⁴ Europejska karta samorządu terytorialnego z dnia 15 października 1985 r. (Dz.U. z 1994 r., Nr 124, poz. 607).

⁴⁵ K. Maj-Waśniowska, R. Góral, *Zasada adekwatności w finansowaniu zadań oświatowych jednostek samorządu terytorialnego w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2010, nr 840, s. 94–95.

⁴⁶ L. Pratchett, *Local autonomy, local democracy and the new localism*, „Political Studies” 2004, nr 52(2), s. 358–375.

⁴⁷ M. Poniatowicz, *O tym jak kryzys finansowy podważył ideę redystrybucji poziomej dochodów w sektorze samorządowym*, „Zeszyty Naukowe Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2011, nr 10, s. 237–251.

⁴⁸ Eadem, *Wpływ kryzysu gospodarczego na systemy finansowe jednostek samorządu terytorialnego. Na przykładzie największych miast w Polsce*, Warszawa 2011, s. 30–32; OECD, *The impact of...*, s. 16–17.

poprzedniego⁴⁹. Na spadek dochodów JST z tego tytułu miały także wpływ zmiany wprowadzone w podatku PIT w 2019 r., polegające na obniżeniu stawki podstawowej z 18% do 17%, wprowadzeniu zwolnienia z podatku dla osób do 26 roku życia oraz podniesieniu kosztów uzyskania przychodu. W tym miejscu należy również podkreślić, że od stycznia 2022 r. weszły w życie kolejne zmiany w tymże podatku⁵⁰, których skutkiem będzie dalszy spadek dochodów gmin z tego źródła. Wskazuje to na istotny wpływ wspomnianych czynników o charakterze prawnym na dochody własne JST.

Również w przypadku drugiej grupy dochodów budżetowych miast metropolitalnych w Polsce, czyli transferów zewnętrznych, wskutek pandemii i zmian prawnych odnotowano istotne zmiany. Dotyczyły one zarówno subwencji ogólnej, jak i dotacji celowych. Dochody transferowe mają na celu uzupełnienie dochodów JST i z reguły mają charakter redystrybucyjny⁵¹. Rolą subwencji jest przede wszystkim wyrównywanie różnic w dochodach, natomiast dotacje celowe przekazywane są w celu finansowania lub dofinansowywania kosztów realizacji zadań publicznych miasta. W przypadku kryzysu wywołanego pandemią COVID-19 to właśnie transfery celowe odegrały istotną rolę w przeciwdziałaniu jego skutkom finansowym i społecznym. Mimo że część pomocy państwa przekazywanej w tej formie skierowana była bezpośrednio do osób fizycznych i przedsiębiorstw, to miała ona również duże znaczenie dla zachowania stosunkowo dobrej kondycji finansowej JST. Przeciwdziałała ona pogarszaniu się lokalnej koniunktury⁵².

W kontekście wsparcia finansowego państwa dla JST w formie transferów ważne wydają się wnioski płynące z badań Mariely López-Santana i Philip Rocco⁵³. Autorzy zwracają uwagę na pewne niebezpieczeństwo, wskazując, że zarówno w przypadku kryzysu z 2007 r., jak i kryzysu związanego z COVID-19 państwowe antycykliczne wsparcie dla samorządów zależało od uwarunkowań polityczno-prawnych i pozwalało na działanie dyskrecjonalne. Biorąc pod uwagę te ograniczenia, pomoc antycykliczna działa doraźnie, chroniąc do pewnego stopnia finanse na szczeblu lokalnym, ale jest niebezpieczna w sytuacji kolejnego kryzysu.

⁴⁹ Statistic Poland, *Statistical bulletin*, nr 4, Warszawa 2021.

⁵⁰ Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2105).

⁵¹ M. Poniatowicz, *Koncepcja federalizmu fiskalnego w systemie finansów samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018, s. 176.

⁵² M.M. Rubin, K. Willoughby, op. cit., s. 22–41.

⁵³ M. López-Santana, P. Rocco, op. cit., s. 365–395.

Zakończenie

Sytuacja finansowa JST w okresie kryzysów determinowana jest m.in. polityką finansową państwa, zarówno fiskalną, jak i monetarną, oddziałującą na sferę gospodarczą i społeczną. Działania podejmowane na szczeblu samorządowym koncertowały głównie się na wdrażaniu strategii działań oraz wyborze skutecznych instrumentów finansowych, pozwalających w największym stopniu na ograniczenie negatywnych skutków kryzysu gospodarczego, finansowego i społecznego.

W przypadku kryzysu wywołanego pandemią COVID-19 istotny wpływ na jego skutki i reakcję na nie miał rodzaj gminy, a co za tym idzie – możliwości gromadzenia dochodów własnych oraz poziom uzależnienia finansowego od transferów rządowych. Ponadto regulacje prawne określające zasady prowadzenia gospodarki finansowej JST w dobie pandemii podlegały zasadniczym zmianom. Dotyczyły one zarówno rozwiązań wynikających z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁵⁴ (np. zasady równowagi budżetowej, indywidualnego wskaźnika zadłużenia), jak i zawartych w ustawie z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego⁵⁵ (np. w zakresie zasad przekazywania subwencji). Zmiany wprowadzono także w ustawach regulujących podatki i opłaty lokalne. W ramach przeciwdziałania skutkom pandemii ustawą z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych⁵⁶ zmieniono zasady realizacji zadań i funkcjonowania JST w wybranych obszarach. Ponadto, jak wskazano w artykule, niezależnie od zmian przepisów prawa, będących odpowiedzią na skutki pandemii, wprowadzono szereg kluczowych z punktu widzenia dochodów JST zmian prawnych. Przede wszystkim związane były one z kolejnymi nowelizacjami ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, a także ze zmianami w ustawie o podatku dochodowym od osób prawnych. Miały one szczególne znaczenie dla jednostek samorządowych, w przypadku których dochody z tytułu udziałów w podatkach centralnych stanowią znaczące źródło dochodów własnych. Zjawisko to związane jest z „urynkowaniem budżetów” gmin, czyli silnym uzależnieniem dochodów budżetów zwłaszcza dużych gmin miejskich od dochodów osób fizycznych i przedsiębiorstw⁵⁷. Problemy budżetowe pogłębiły również ograniczone możliwości finansowania z dochodów lokalnych zadań mających na celu przeciwdziałanie recesji w związku z pandemią COVID-19.

⁵⁴ Dz.U. z 2022 r., poz. 1634 z późn. zm.

⁵⁵ Dz.U. z 2022 r., poz. 2267.

⁵⁶ Dz.U. z 2020 r., poz. 374 z późn. zm.

⁵⁷ M. Będzieszak, *Dochody gmin w sytuacji kryzysu gospodarczego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2010, nr 43, s. 9–18.

Wpływ wymienionych zmian prawnych i skutków pandemii na sytuację finansową JST potwierdzają wyniki przeprowadzonych badań w grupie miast metropolitalnych. W ich przypadku skutki kryzysu były szczególnie dotkliwe, co wynikało ze struktury ich dochodów, a zwłaszcza stosunkowo znaczącej roli dochodów własnych (podatkowych) i jednocześnie relatywnie niskiego udziału dochodów transferowych, które w większym stopniu skierowane były do jednostek o mniejszym potencjale finansowym. W efekcie pandemii nastąpiło istotne pogorszenie się sytuacji finansowej miast metropolitalnych w Polsce. Należy jednak zauważyć, że skutki pandemii i zmian prawnych nawet w przypadku stosunkowo jednorodnej grupy miast metropolitalnych były bardzo zróżnicowane. Najsilniej odczuły je takie miasta, jak: Lublin, Kraków, Warszawa. Wskaźniki budżetowe w 2020 r. w tych miastach były na najniższym poziomie spośród badanych grup; co więcej, w największym stopniu uległy one pogorszeniu w stosunku do 2019 r. Podobnie jak skala negatywnych skutków pandemii, tak również ich trwałość były zróżnicowane. O ile w 2021 r. wskaźniki budżetowe wszystkich badanych miast uległy poprawie, to jednak w przypadku Krakowa była ona stosunkowo niewielka. Na tle średniego poziomu wskaźników grupy miast o najgorszej sytuacji finansowej w 2021 r. wskaźniki dla Krakowa były najniższe.

Kryzys pandemiczny wyeksponował dotychczasowe problemy w obszarze finansów samorządu terytorialnego, jak również stał się źródłem nowych wyzwań. Przeprowadzona analiza zmian przepisów prawnych pozwala stwierdzić, że ich skutki mają wpływ nie tylko na zasady prowadzenia gospodarki finansowej, ale przede wszystkim na poziom i strukturę dochodów JST (w szczególności miast metropolitalnych). Niepokojący jest fakt, że regulacje te ograniczyły samodzielność finansową poprzez zmniejszenie znaczenia dochodów własnych, przy jednoczesnym zwiększeniu roli transferów zewnętrznych. Mimo że najtrudniejszy okres działania w warunkach niepewności i wysokiego poziomu ryzyka zakończył się, to jednak przed jednostkami samorządu terytorialnego wciąż stoją kolejne wyzwania. Z jednej strony wynikają one wciąż ze skutków kryzysu pandemicznego i aktualnej sytuacji gospodarczej, a z drugiej są efektem czynników o charakterze głównie geopolitycznym. Biorąc pod uwagę aktualną sytuację makroekonomiczną i realizowaną politykę finansową, JST będą musiały uwzględnić w swoich strategiach działania rosnące koszty realizacji zadań publicznych, które wynikają m.in. z wysokiego poziomu inflacji, rosnącego poziomu płac wraz z pochodnymi, rosnących cen materiałów i usług, a także rosnącego zadłużenia i kosztów obsługi związanych z wysokim poziomem stóp procentowych. Natomiast wyzwania wynikające z sytuacji geopolitycznej wiążą się m.in. z kryzysem energetycznym, napływem uchodźców, rosnącymi wymaganiami na poziomie Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska, nierozwiązanymi problemami dotyczącymi wsparcia finansowego z budżetu Unii Europejskiej dla Polski na przeciwdziałanie skutkom pandemii

COVID-19 (brak wypłaty środków z Krajowego Planu Odbudowy). Zarówno wyzwania wynikające z sytuacji makroekonomicznej, jak i geopolitycznej ze względu na swój charakter w największym stopniu dotyczą gmin miejskich i miast metropolitalnych. Stąd wydaje się, że konieczne jest – niezależnie od postulowanej od kilkunastu lat reformy finansów samorządowych – dodatkowe wsparcie jednostek najbardziej dotkniętych skutkami kryzysu i zmian prawnych i jednocześnie najbardziej narażonych na ryzyka związane z wskazanymi wyzwaniami.

Wykaz literatury

- Ahrens T., Ferry L., *Financial resilience of English local government in the aftermath of COVID-19*, „Journal of Public Budgeting, Accounting & Financial Management” 2020, nr 32(5).
- Ahrens T., Ferry L., *Newcastle City Council and the grassroots: accountability and budgeting under austerity*, „Accounting, Auditing & Accountability Journal” 2015, nr 28.
- Anessi-Pessina E., Barbera C., Sicilia M., Steccolini I., *Public sector budgeting: a European review of accounting and public management journals*, „Accounting, Auditing & Accountability Journal” 2016, nr 29(3).
- Będzieszak M., *Dochody gmin w sytuacji kryzysu gospodarczego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2010, nr 43.
- Breunig C., Busemeyer M.R., *Fiscal austerity and the trade-off between public investment and social spending*, „Journal of European Public Policy” 2012, nr 19(6).
- Cantó O., Figari F., Fiorio C.V., Kuypers S., Marchal S., Romaguera-de-la-Cruz M., Tasseva I.V., Verbist G., *Welfare resilience at the onset of the COVID-19 pandemic in a selection of European countries: Impact on public finance and household incomes*, „Review of Income and Wealth” 2022, nr 68(2).
- Cepiku D., Mussari R., Giordano F., *Local governments managing austerity: Approaches, determinants and impact*, „Public Administration” 2016, nr 94(1).
- Fornaro L., Wolf M., *Covid-19 coronavirus and macroeconomic policy*, „Working Papers from Barcelona Graduate School of Economics” 2020, nr 1168, https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/48498/CREIFornaroWolfCorona_v2.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Główny Urząd Statystyczny, *Gospodarka finansowa jednostek samorządu terytorialnego 2020*, Warszawa 2021, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rachunki-narodowe/statystyka-sektora-instytucji-rzadowych-i-samorzadowych/gospodarka-finansowa-jednostek-samorzadu-terytorialnego-2020,5,17.html>.
- Hale T., Angrist N., Kira B., Petherick A., Phillips T., Webster S., *Variation in government responses to COVID-19*, <https://www.bsg.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-12/BSG-WP-2020-032-v10.pdf>.
- Hood C., Dixon R., *A model of cost-cutting in government? The great management revolution in UK central government reconsidered*, „Public Administration” 2013, nr 91(1).
- Kickert W., *How the German government responded to the financial, economic and fiscal crises*, „Public Money & Management” 2013, nr 33(4).

- Kickert W., *State responses to the fiscal crisis in Britain, Germany and the Netherlands*, „Public Management Review” 2012, nr 14(3).
- Leachman M., McNichol E., *Pandemic's impact on state revenues less than earlier expected but still severe. Center on budget and policy priorities*, <https://www.cbpp.org/research/state-budget-and-tax/pandemics-impact-on-state-revenues-less-than-earlier-expected-but>.
- Lodge M., Hood C., *Into an age of multiple austerities? Public management and public service bargains across OECD countries*, „Governance” 2012, vol. 25(1).
- López-Santana M., Rocco P., *Fiscal federalism and economic crises in the United States: Lessons from the COVID-19 pandemic and great recession*, „The Journal of Federalism” 2021, nr 51(3).
- Łubina J., *Oddziaływanie pandemii COVID-19 na finanse jednostek samorządu terytorialnego*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2021, nr 9(4).
- Maj-Waśniowska K., Cycoń M., *Reguły fiskalne dotyczące jednostek samorządu terytorialnego jako element konsolidacji fiskalnej w Polsce*, „Zeszyty Naukowe/Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2012, nr 13.
- Maj-Waśniowska K., Góral R., *Zasada adekwatności w finansowaniu zadań oświatowych jednostek samorządu terytorialnego w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie” 2010, nr 840.
- Marrs C., *An eye to the future: preparing public finances for life after Covid-19*, „Public Finance” 2020, nr 23, <https://www.publicfinance.co.uk/feature/2020/06/eye-future-preparing-public-finances-life-after-covid-19>.
- Meier S., Gonzalez M.R., Kunze F., *The global financial crisis, the EMU sovereign debt crisis and international financial regulation: lessons from a systematic literature review*, „International Review of Law and Economics” 2020, nr 65.
- Miller D.B., Hokenstad T., *Rolling downhill: effects of austerity on local government social services in the United States*, „Journal of Sociology & Social Welfare” 2014, nr 41.
- Ministerstwo Finansów, *Wskaźniki do oceny sytuacji finansowej jednostek samorządu terytorialnego w latach 2018–2020*, Warszawa 2021, <https://www.gov.pl/web/finanse/wskaźniki-do-oceny-sytuacji-finansowej-jednostek-samorządu-terytorialnego-w-latach-2018-2020>.
- Moreira A., Hick R., *COVID-19, the Great Recession and social policy: is this time different?*, „Social Policy & Administration” 2020, nr 55(2).
- Moulton S., Wise C., *Shifting boundaries between the public and private sectors: implications from the economic crisis*, „Public Administration Review” 2010, nr 70(3).
- Murtagh F., Legendre P., *Ward's hierarchical agglomerative clustering method: which algorithms implement Ward's criterion?*, „Journal of Classification” 2014, nr 31.
- OECD, *The impact of the COVID-19 crisis on regional and local governments*, „OECD Regional Development Working Papers” 2020, https://www.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/the-impact-of-the-covid-19-crisis-on-regional-and-local-governments_fb952497-en.
- Ogden K., Philips D., *The financial risk and resilience of English local authorities in the coronavirus crisis*, Institute for Fiscal Studies 2020, <https://ifs.org.uk/publications/14893>.
- Overmans J.F.A., Noordegraaf M., *Managing austerity: rhetorical and real responses to fiscal stress in local government*, „Public Money & Management” 2014, nr 34(2).
- Pandey S.K., *Cutback management and the paradox of publicness*, „Public Administration Review” 2010, nr 70(4).

- Patrzalek L., *Wyzwania dla finansów jednostek samorządu terytorialnego w Polsce po 2020 r.*, „Samorząd Terytorialny” 2019, nr 3.
- Peters J., *The rise of finance and the decline of organised labour in the advanced capitalist countries*, „New Political Economy” 2011, nr 16(1).
- Poniatowicz M., *Koncepcja federalizmu fiskalnego w systemie finansów samorządu terytorialnego*, CeDeWu, Warszawa 2018.
- Poniatowicz M., *O tym jak kryzys finansowy podważył ideę redystrybucji poziomej dochodów w sektorze samorządowym*, „Zeszyty Naukowe Polskie Towarzystwo Ekonomiczne” 2011, nr 10.
- Poniatowicz M., *Wpływ kryzysu gospodarczego na systemy finansowe jednostek samorządu terytorialnego. Na przykładzie największych miast w Polsce*, CeDeWu, Warszawa 2011.
- Pratchett L., *Local autonomy, local democracy and the new localism*, „Political Studies” 2004, nr 52(2).
- Rubin M.M., Willoughby K., *State budget balancing strategies: COVID-19 and the Great Recession*, „Public Budgeting & Finance” 2021, nr 41(3).
- Saez E., Zucman G., *Keeping business alive: the government will pay*, „Social Europe” 2020, nr 18(3).
- Schick A., *Repairing the budget contract between citizens and the state*, „OECD Journal on Budgeting” 2011, nr 11(3).
- Statistic Poland, *Statistical bulletin*, nr 4, Warszawa 2021.
- Wichowska A., *Determinanty budżetów gmin na przykładzie województwa warmińsko-mazurskiego*, Wyd. UWM, Olsztyn 2020.
- Wilson D.J., *The COVID-19 fiscal multiplier: lessons from the great recession*, „FRBSF Economic Letter” 2020, nr 13.

Summary

Legal and financial conditions of the functioning of metropolitan cities in Poland in a turbulent environment – experiences after the COVID-19 pandemic

Keywords: financial law, financial management of local government units, revenues of local government units, COVID-19 pandemic, financial crisis.

The COVID-19 pandemic and its effects in the form of lockdown and significant changes in the legal conditions of the functioning of local government units were important factors affecting the financial management of local government in 2020–2021. The scale and type of effects varied depending on the level of self-government and the type of municipalities. In the case of large cities, the effects of sudden economic and social crises are even more severe as cities have relatively higher own revenues and are characterized by a number of economic connections with the public and private sectors. Hence, the research goal of the study was to identify legal changes in the field of financing local government units, with particular emphasis on the period of the

COVID-19 pandemic, and to assess the impact of the COVID-19 pandemic on the financial situation of the largest cities in Poland belonging to the Union of Polish Metropolises. To achieve the goals defined in this way, first, an analysis of changes in legal regulations and an analysis of selected financial indicators for 12 metropolitan cities in Poland in 2019–2021 were carried out, and then an assessment of the diversity of the effects of the pandemic in the study group. The results of the research constitute a complementation of the research gap on the effects of the COVID-19 pandemic on local government finance. They concern not only about the impact of the pandemic on the financial situation of metropolises in Poland but also include an assessment of the impact of the most important changes in legal regulations on the financial situation of local government units. The analysis of changes in legal regulations allows us to conclude that their effects have an impact not only on the principles of financial management but above all on the level and structure of local government units' revenues (especially in metropolitan cities). These regulations limited financial independence by reducing the importance of own revenues, while increasing the role of external transfers. As a result of the pandemic, the financial situation of metropolitan cities in Poland has significantly deteriorated. It should be noted, however, that the effects of the pandemic and legal changes, even in the case of a relatively homogeneous group of metropolitan cities, were very diverse. Lublin, Cracow and Warsaw were the most affected.

Aleksander Maziarz

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0002-0482-5400

amaziarz@kozminski.edu.pl

Decyzja o niezbędności wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości w celu wykonania robót budowlanych

Wstęp

Realizacja obiektu budowlanego często bywa skomplikowana pod względem technicznym, co nieraz powoduje, że nie jest możliwe przeprowadzenie części prac budowlanych bez wejścia na teren cudzego, sąsiedniego budynku, lokalu lub na teren sąsiedniej nieruchomości. Jednakże wejście i korzystanie w celu przeprowadzenia prac przygotowawczych i budowlanych z cudzej nieruchomości stanowi ingerencję w prawo własności. Z tego względu ustawodawca w ustawie Prawo budowlane¹ uregulował możliwość wejścia na teren takich nieruchomości. Warto zaznaczyć, że preferencją ustawodawcy jest dobrowolne porozumienie się inwestora z właścicielem sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) w celu przeprowadzenia robót budowlanych. Właściciele, wykonując przysługujące im prawo własności, mogą udzielić zgody na wejście na ich teren, niezależnie od tego czy faktycznie jest to niezbędne do wykonania określonych robót budowlanych.

W przypadku braku porozumienia w kwestii wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) możliwe jest zwrócenie się do organu administracji architektoniczno-budowlanej o wydanie decyzji administracyjnej, zezwalającej na takie wejście w celu przeprowadzenia prac przygotowawczych lub robót budowlanych. Taka decyzja wydawana jest po spełnieniu przez inwestora przesłanek określonych przez ustawodawcę, ale jednocześnie stanowi ingerencję w prawo własności. Z tego względu ustawodawca zawęził możliwość uzyskania takiej decyzji tylko do tych przypadków, w których wykonanie określonych prac budowlanych nie może być dokonane bez wejścia na teren sąsiedniej, cudzej nieruchomości (budynku, lokalu).

¹ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 682 z późn. zm.).

Celem artykułu jest poddanie analizie art. 47 ustawy Prawo budowlane regulującego przedstawioną powyżej problematykę i ustalenie, czy obecnie obowiązujące przepisy nie stanowią nadmiernej ingerencji w prawo własności, umożliwiając udzielenie zgody w formie decyzji administracyjnej na wejście na teren cudzej nieruchomości.

Ochrona własności a zasada wolności budowlanej

W polskim porządku prawnym ochrona własności zajmuje szczególne miejsce, gdyż przepisom dotyczącym ochrony własności nadano rangę konstytucyjną. Konstytucja RP w art. 64 wprowadza zasadę ochrony prawa własności, jednakże w ust. 3 tego przepisu wprowadza możliwość ograniczenia tego prawa. Przepis ten wskazuje, że ograniczenie prawa własności może nastąpić tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że prawo właściciela do dysponowania nieruchomością nie jest prawem absolutnym² i nie jest nieograniczone³. Każda ingerencja w prawo własności musi jednak spełniać wymóg proporcjonalności nakazujący zachowanie odpowiedniej relacji między ograniczeniem prawa a zamierzonym celem określonej regulacji prawnej⁴. Z prawa własności wywodzi się zasada wolności budowlanej wyrażona w art. 4 ustawy Prawo budowlane⁵. Przepisy tej ostatniej ustawy, kierując się dobrem wspólnym, wprowadzają ograniczenia prawa własności⁶, z których większość skierowana jest do właściciela nieruchomości. Ograniczenia te związane są z koniecznością uzyskania pozwolenia na budowę, zgłoszenia robót budowlanych czy też zachowaniem określonych warunków technicznych przy realizacji obiektów budowlanych.

Sama realizacja wolności zabudowy bezpośrednio wpływa na prawa innych podmiotów prawa zabudowy⁷. Realizacja obiektu budowlanego zwykle będzie oddziaływała w sposób faktyczny, a niekiedy i prawny na inne nieruchomości, w szczególności na nieruchomości sąsiednie. Niemniej jednak realizacja zasady wolności zabudowy podlega równej ochronie prawnej, podobnie jak prawo własności. Tym samym właściciele sąsiednich nieruchomości nie mogą podej-

² L. Garlicki, S. Jarosz-Żukowska, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, art. 64; wyrok NSA z 9 lutego 2018 r., sygn. akt II OSK 1284/17, Lex nr 2480270.

³ Wyrok WSA w Gdańsku z 19 kwietnia 2018 r., sygn. akt II SA/Gd 42/18, Lex nr 2493913.

⁴ Wyrok NSA z 8 lutego 2017 r., sygn. akt II OSK 1330/15, Lex nr 2282127.

⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2351 z późn. zm.).

⁶ T. Bąkowski, *O wolności budowlanej de lege lata i de lege ferenda*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, nr 1, s. 63–72.

⁷ W. Jakimowicz, *Wolność zabudowy w prawie administracyjnym*, Warszawa 2012, s. 75 i nast.

mować względem siebie takich zachowań, które utrudniałoby lub uniemożliwiałoby zabudowę, bowiem godziłoby to w zasadę wolności zabudowy. Oznacza to, że ustawodawca w prawie budowlanym umożliwił ograniczanie prawa własności nieruchomości także po to, aby urzeczywistnić zasadę wolności zabudowy. Ingerencja w prawo własności nieruchomości sąsiedniej nie może być jednak nieograniczona. Właściciele nieruchomości sąsiednich, a także użytkownicy wieczystości lub zarządcy nieruchomości znajdujących się w obszarze oddziaływania obiektu budowlanego muszą mieć zapewnione poszanowanie ich uzasadnionych interesów⁸.

Realizacja procesu inwestycyjnego może wiązać się z koniecznością wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości, budynku czy też lokalu, co może ograniczać chronione konstytucyjnie prawo własności⁹. Taka czynność nie może być jednak dokonywana samowolnie, bowiem godziłaby w prawo własności. Z tego też względu ustawodawca uregulował instytucję wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości, budynku czy też lokalu, która z jednej strony umożliwia realizację zasady wolności zabudowy, a z drugiej strony jest dozwolonym przez ustawodawcę sposobem ograniczenia prawa własności. Niewątpliwie instytucja ta jest konieczna, bowiem dzięki niej możliwe jest zrealizowanie określonych prac budowlanych wymagających wejścia na teren sąsiedni. Jednocześnie też ma na celu zapewnienie ograniczenia prawa własności tylko w niezbędnym stopniu.

Forma administracyjnoprawnej zgody na wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości

Jak wcześniej wspomniano, preferowanym przez ustawodawcę trybem udzielenia zgody na wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) w celu przeprowadzenia robót budowlanych jest tryb cywilnoprawny, w którym dochodzi do osiągnięcia konsensusu przez inwestora i właściciela sąsiedniej nieruchomości. W tym trybie interesy właściciela sąsiedniej nieruchomości są najmocniej chronione, ponieważ właśnie to od niego zależy, czy udzieli takiej zgody i jaki będzie zakres wykorzystania jego nieruchomości.

Natomiast w sytuacji gdy nie uda się osiągnąć takiego konsensusu, ustawodawca umożliwia inwestorowi skorzystanie z trybu administracyjnoprawnego, w którym organ administracji publicznej władczo rozstrzyga o możliwości wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości w celu przeprowadzenia robót budowlanych. Warto podkreślić, że w ten sposób dochodzi niejako do rozwiązania sporu powstałego między ww. podmiotami co do możliwości oraz sposobu

⁸ Wyrok NSA z 23 sierpnia 2018 r., sygn. akt II OSK 2117/16, Lex nr 2566370.

⁹ J. Wyporska-Frankiewicz, *Uгода w sprawach z zakresu prawa budowlanego*, [w:] eadem, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, 2009, Lex.

wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu)¹⁰. Jednak wydając decyzję administracyjną, rozstrzygającą o możliwości wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości, umożliwia się zrealizowanie określonej inwestycji. A zatem tego typu decyzja administracyjna służy urzeczywistnieniu skonkretyzowanego prawa do zabudowy, choć w istocie czyni to, ograniczając inne prawo, tj. prawo własności.

Rozstrzygając o wejściu na teren sąsiedniej nieruchomości, organ wydaje decyzję administracyjną, zaś samo postępowanie administracyjne wszczynane jest na wniosek inwestora. Wniosek o wydanie decyzji można złożyć w postaci papierowej lub formie dokumentu elektronicznego za pośrednictwem portalu e-Budownictwo.

Dokonując oceny zasadności złożonego przez inwestora wniosku, organ administracji publicznej zobowiązany jest do ustalenia, czy łącznie zachodzą następujące przesłanki:

1) czy podjęto starania celem uzyskania zgody właściciela nieruchomości sąsiedniej i czy starania te okazały się bezskuteczne,

2) czy wejście na teren sąsiedniej nieruchomości jest niezbędne w celu wykonania prac przygotowawczych lub robót budowlanych,

3) czy wniosek dotyczy legalnie prowadzonych prac przygotowawczych lub robót budowlanych.

Należy dodać, że ustawodawca wskazuje, iż w przypadku łącznego spełnienia ww. przesłanek organ administracji orzeka o udzieleniu zgody na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu).

Zakres podmiotowy i przedmiotowy

Dobrowolne porozumienie się co do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) jest możliwe między inwestorem a właścicielem takiej sąsiedniej nieruchomości. Jako właściciela nieruchomości należy także rozumieć użytkownika wieczystego i zarządcę nieruchomości¹¹. Podmioty te mogą być również reprezentowane przez pełnomocników. Podobnie stronami postępowania administracyjnego w sprawie udzielenia zgody na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości będą te podmioty.

Ustawodawca wskazał, że decyzja wydana na podstawie art. 47 ust. 2 ustawy Prawo budowlane umożliwia wejście do sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). W doktrynie podkreśla się, że zgodnie z ustawą o własności

¹⁰ B. Deskiewicz, *Decyzja w przedmiocie niezbędności wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości a ostateczna decyzja o pozwoleniu na budowę*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 9, s. 60–67.

¹¹ T. Filipowicz, [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany*, 2022, Lex, art. 47.

lokali do lokalu mogą przynależeć jako jego części składowe pomieszczenia, choćby nawet do niego nie przylegały (np. piwnica, strych, komórka), co powoduje, że decyzja wydawana w trybie art. 47 ust. 2 ustawy Prawo budowlane powinna obejmować także takie części składowe¹², o ile będzie to niezbędne do przeprowadzenia robót budowlanych. Natomiast lokalem sąsiednim nie jest lokal, który stanowi część nieruchomości, będący własnością inwestora, wynajmowany osobom trzecim. W przypadku gdy wynajmujący nie może się porozumieć z własnym najemcą co do sposobu i terminu udostępnienia lokalu, nie może skorzystać z trybu administracyjnoprawnego¹³. W takim przypadku właściwą drogą do rozstrzygnięcia takiego sporu jest droga cywilnoprawna.

Ustawodawca w art. 47 ustawy Prawo budowlane wskazał, że decyzja zezwalająca na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości może być wydana, w sytuacji gdy niezbędne jest wykonanie robót budowlanych lub prac przygotowawczych. Termin roboty budowlane znajduje się w słowniczku ustawowym ustawy Prawo budowlane, ale definicja ustawowa¹⁴ nie przesądza, czy inwestor, planując przeprowadzenie takich robót, musi uzyskać odpowiednią zgodę administracyjnoprawną. Analizując przepisy dotyczące robót budowlanych, których podjęcie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę lub zgłoszenia, należy podkreślić, że art. 29 ustawy Prawo budowlane wskazuje, iż określone rodzaje robót budowlanych nie wymagają uzyskania takiego pozwolenia lub dokonania zgłoszenia. A zatem określone roboty budowlane mogą być wykonywane bez konieczności uzyskania zgody administracyjnoprawnej na ich podjęcie. Należy uznać zatem, że są to również roboty budowlane wykonywane legalnie. Tym samym także przy wykonywaniu takich robót budowlanych można ubiegać się o wydanie decyzji zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości, bowiem roboty te mogą być niezbędne do zrealizowania określonej inwestycji. Natomiast w art. 41 ustawy Prawo budowlane wskazano, że pracami przygotowawczymi są:

- wytyczenie geodezyjne obiektów w terenie;
- wykonanie niwelacji terenu;
- zagospodarowanie terenu budowy wraz z budową tymczasowych obiektów;
- wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy.

W postępowaniu o wydanie decyzji zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) organ nie jest uprawniony do oceny zarzutów kierowanych pod adresem udzielonego pozwolenia na budowę¹⁵. Po-

¹² Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. jedenaste, Warszawa 2022, art. 47.

¹³ Wyrok NSA w Krakowie z 30 stycznia 2003 r., sygn. akt II SA/Kr 763/99, *Legalis* nr 94182.

¹⁴ Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane robotami budowlanymi są budowa i prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

¹⁵ Wyrok WSA w Gdańsku z 11 maja 2022 r., sygn. akt II SA/Gd 547/21, *Lex* nr 3345309.

stępowanie to nie może więc służyć podważeniu decyzji organu wyrażającego zgodę na realizację określonych robót budowlanych. Ponadto prowadząc takie postępowanie, organ nie jest uprawniony do zakwestionowania rodzaju planowanych robót budowlanych czy samej potrzeby ich przeprowadzania¹⁶.

Niezbędność wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości

Ustawodawca w art. 47 ustawy Prawo budowlane w bardzo ogólny sposób sformułował przesłankę wydania decyzji zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu), jaką jest niezbędność przeprowadzenia robót budowlanych. Przesłankę niezbędności należy utożsamiać przede wszystkim z fizyczną niemożliwością przeprowadzenia robót budowlanych z innego miejsca, jak właśnie teren sąsiedniej nieruchomości. Oznacza to, że niezbędność zaistnieje wtedy, gdy nie będzie żadnego alternatywnego sposobu przeprowadzenia robót budowlanych niż poprzez fizyczną obecność na terenie sąsiedniej nieruchomości. Typowym przykładem może być konieczność przeprowadzenia prac budowlanych, tj. wykonanie ocieplenia czy tynku, w przypadku położenia ściany budynku przy granicy nieruchomości. Z niezbędnością będziemy także mieli do czynienia, gdy bez wejścia na teren w sąsiedniej nieruchomości inwestycja nie będzie mogła zostać zrealizowana¹⁷. Taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy roboty budowlane mają zostać wykonane przy granicy działki sąsiedniej bądź z uwagi na zbyt mały teren na nieruchomości inwestora, uniemożliwiając przeprowadzenie takich robót¹⁸. W orzeczeniu WSA w Łodzi z 10 listopada 2021 r. sąd wskazał, że teren dostępny na działce inwestora o szerokości gruntu wynoszącej ok. 20 cm uniemożliwia przeprowadzenie prac budowlanych i z tego też powodu wejście na teren nieruchomości sąsiedniej jest niezbędne¹⁹. Należy podkreślić, że organ ma obowiązek ustalenia, czy wejście na teren sąsiedniej nieruchomości jest obiektywnie konieczne²⁰, bowiem uzyskanie władczej zgody na korzystanie z sąsiedniej nieruchomości nie powinno być nadużywane, czy też nie można uzasadniać wydania takiej decyzji przeprowadzeniem każdego, wskazanych przez inwestora robót budowlanych.

Należałoby się także zastanowić, czy występowanie możliwości przeprowadzenia robót budowlanych poza wejściem na teren sąsiedniej nieruchomości,

¹⁶ Wyrok WSA w Łodzi z 11 marca 2022 r., sygn. akt II SA/Łd 592/21, Lex nr 3338212.

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 6 listopada 2020 r., sygn. akt VII SA/Wa 669/20, Lex nr 3152316.

¹⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 14 maja 2019 r., sygn. akt VII SA/Wa 2599/18, Lex nr 3073831; wyrok WSA w Gdańsku z 11 października 2017 r., sygn. akt II SA/Gd 384/17, Lex nr 2380798.

¹⁹ Wyrok WSA w Łodzi z 10 listopada 2021 r., sygn. akt II SA/Łd 393/21, Lex nr 3282110.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 6 listopada 2020 r., sygn. akt VII SA/Wa 669/20, Lex nr 3152316.

która jest ekonomicznie nieuzasadniona, wyklucza przesłankę niezbędności. Niewątpliwie celem ustawodawcy jest racjonalne prowadzenie inwestycji budowlanych. A zatem gdy istnieje co prawda techniczna możliwość zrealizowania robót budowlanych, której skutkiem będzie zużycie znacznie większej ilości energii, zasobów oraz doprowadzenie do większej emisji zanieczyszczeń niż wykonanie tych robót z terenu sąsiedniej nieruchomości, należy uznać, że wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) jest niezbędne. Podobnie należy stwierdzić, że niezbędność wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości zaistnieje, gdyby alternatywny do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości sposób przeprowadzenia robót budowlanych narażałby na niebezpieczeństwo osoby wykonujące prace budowlane i osoby postronne.

Należy dodać, że zgoda na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości dotyczy jedynie takich prac budowlanych, które wynikają z pozwolenia na budowę bądź dokonanego zgłoszenia²¹. Nie można więc uznać, że dostęp do nieruchomości sąsiedniej jest niezbędny do dokonania innych czynności pośrednio związanych z pracami budowlanymi. Nie może więc inwestor twierdzić, że taki dostęp jest niezbędny w celu zapewnienia np. dojazdu do placu budowy, jak też nie uprawnia do zainstalowania lub wykonywania na nieruchomości sąsiedniej jakichkolwiek elementów budowlanych, które miałyby tam pozostać²². Z drugiej zaś strony niezbędność wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości wystąpi, w przypadku gdy np. zabezpieczenia czy podpory rusztowań muszą być zamontowane na sąsiedniej nieruchomości w celu zapewnienia bezpieczeństwa prowadzonych prac budowlanych, a te będą fizycznie przeprowadzone jedynie z terenu należącego do inwestora.

Legalność prowadzonych robót budowlanych

Decyzja zezwalająca na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości może być wydana wyłącznie w przypadku, gdy dotyczy robót budowlanych wykonywanych legalnie. A zatem inwestor, ubiegając się o taką zgodę, musi dysponować wymaganym przez przepisy prawa pozwoleniem na budowę lub dokonać skutecznego zgłoszenia zamiaru wykonywania robót budowlanych. Zgoda ta nie może być także udzielona w sytuacji naruszenia przepisów prawa budowlanego, tj. gdy inwestor odstąpił w sposób istotny od warunków pozwolenia na budowę lub prowadzi roboty budowlane odbiegające od dokonanego zgłoszenia. W takich właśnie przypadkach mamy do czynienia z samowolą budowlaną, która nie może być podstawą do udzielenia zgody na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). W przeciwnym wypadku doszłoby wręcz do urzędowej legalizacji realizacji samowoli budowlanych.

²¹ Wyrok NSA z 4 marca 2015 r., sygn. akt II OSK 1870/13, Lex nr 1794224.

²² D. Okolski (red.), *Prawo budowlane i nieruchomości*. Komentarz, 2020, Legalis, art. 47.

Jak wspomniano, wykonywanie niektórych robót budowlanych nie wymaga uzyskania pozwolenia na budowę lub dokonania ich zgłoszenia. A zatem wskazane przez ustawodawcę w art. 29 ust. 4 ustawy Prawo budowlane roboty budowlane także mogą być objęte decyzją zezwalającą na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) i należy uznać, że będą to roboty budowlane wykonywane legalnie.

W przypadku gdy w trakcie rozpatrywania wniosku o zezwolenie na wejście na teren nieruchomości sąsiedniej organ stwierdzi, że inwestor nie dysponuje wymaganą, wykonalną decyzją o pozwoleniu na budowę lub nie dokonał wymaganego zgłoszenia robót budowlanych, wniosek taki nie podlega rozpatrzeniu, a organ zobowiązany jest do umorzenia postępowania jako bezprzedmiotowego²³. Warto także nadmienić, że podjęcie robót budowlanych przed uprawnieniem się decyzji o pozwoleniu na budowę oraz podjęcie robót budowlanych przed wyrażeniem „milczącej akceptacji” przez organ stanowi samowolę budowlaną i również przesądza o konieczności umorzenia postępowania.

Brak zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości

W przypadku braku zgody właściciela nieruchomości sąsiedniej na wejście na teren jego nieruchomości (budynku, lokalu) inwestor zawsze może dokonać zmian w planowanym lub realizowanym obiekcie budowlanym w taki sposób, żeby nie było konieczności wykonywania prac budowlanych z tego terenu.

Brak takiej zgody umożliwia również ubieganie się o wydanie decyzji administracyjnej zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). Ustawodawca wymaga od inwestora aktywności w kwestii uzyskania zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości. Nie oznacza to, że o braku zgody można mówić jedynie w sytuacji, gdy inwestor nie dysponuje pisemnym oświadczeniem, w którym właściciel sąsiedniej nieruchomości nie wyraża zgody na wejście na teren jego nieruchomości. Wystarczające jest skierowanie listu do właściciela nieruchomości sąsiedniej z prośbą o wyrażenie takiej zgody²⁴, co oznacza, że wymagane jest podjęcie próby uzyskania takiej zgody²⁵. Obowiązkiem organu jest więc ustalenie, czy inwestor podjął starania o uzyskanie przedmiotowej zgody i że starania te okazały się bezskuteczne²⁶.

Warto również dodać, że zgoda na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości może być udzielona przez jej właściciela do czasu wydania przez organ

²³ Wyrok NSA z 16 czerwca 2016 r., sygn. akt II OSK 2517/14, Lex nr 2106676.

²⁴ Wyroki WSA w Warszawie z 26 listopada 2010 r. sygn. akt II OSK 1819/09 i z 6 kwietnia 2009 r., sygn. akt VII SA/Wa 110/09, CBOSA.

²⁵ Wyrok WSA w Opolu z 11 października 2011 r. sygn. akt II SA/Op 201/07, CBOSA.

²⁶ Wyrok WSA w Lublinie z 20 września 2012 r., sygn. akt II SA/Lu 269/12, Lex nr 1225226.

decyzji. A zatem może to nastąpić także w trakcie toczącego się w tym przedmiocie postępowania²⁷. Oznacza to, że preferowane przez ustawodawcę jest ugodowe ustalenie możliwości wejścia na teren nieruchomości sąsiedniej, natomiast władcza ingerencja organu administracji publicznej powinna nastąpić dopiero wtedy, gdy nie uda się uzyskać konsensusu między zainteresowanymi podmiotami.

Skutki uwzględnienia wniosku

Po ustaleniu, że zostały spełnione wszystkie wymienione wyżej przesłanki wydania decyzji zezwalającej na weście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu), organ zobowiązany jest do określenia w jakich granicach możliwe będzie korzystanie z nieruchomości sąsiedniej oraz warunków wykorzystania tej nieruchomości²⁸. Pozytywna decyzja wydana przez organ powinna więc określać, w jakiej dokładnie części nieruchomość sąsiednia może być używana i wskazać właśnie obszar, na który może wejść inwestor. W niektórych sytuacjach, gdy np. sąsiednia nieruchomość jest stosunkowo mała i niezabudowana, może się okazać, że do wykonania prac budowlanych niezbędne będzie wejście na cały teren takiej nieruchomości.

Podobnie organ zobowiązany jest do określenia terminu lub terminów, w jakich możliwe będzie „używanie” sąsiedniej nieruchomości przez inwestora. Nie jest jednak możliwe określenie tego terminu w bardzo rozległy sposób, np. do zakończenia wszystkich prac budowlanych związanych z realizacją określonej inwestycji. Przeciwnie, organ powinien dokładnie sprecyzować, w jakich dniach lub na jaki okres czasu inwestor uprawniony jest do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości. Warto zaznaczyć, że w zależności od planowanych prac budowlanych wskazany okres może być bardzo dokładny, a w przypadku gdy wykonywanie takich prac uzależnione jest od warunków pogodowych, powinien być podany w przybliżeniu, przez np. wskazanie pory roku, podczas której uprawnienie do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości może być wykonane. W tym ostatnim przypadku organ powinien sprecyzować, na ile dni inwestor będzie mógł wejść na teren sąsiedniej nieruchomości. Tak określony termin powinien być określony od daty ostateczności decyzji²⁹. Ustawodawca poprzez określenie 14-dniowego terminu dla organu na wydanie decyzji od dnia złożenia wniosku chciał, aby instytucja ta była racjonalna i efektywna, niemniej jednak wobec tego typu decyzji mają zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administra-

²⁷ Wyrok WSA w Krakowie z 7 maja 2021 r., sygn. akt II SA/Kr 259/21, Lex nr 3199819.

²⁸ Wyrok WSA w Kielcach z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt II SA/Ke 227/14, Lex nr 1483389.

²⁹ Wyrok NSA w Krakowie z 25 sierpnia 2003 r., sygn. akt II SA/Kr 784/99, Lex nr 655950.

cyjnego³⁰. Tym samym decyzji takiej może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, jeżeli będą spełnione przesłanki określone w art. 108 Kodeksu postępowania administracyjnego, jak też termin określony w tej decyzji może być zmieniony przez organ II instancji.

Należy również dodać, że wraz z wydaniem pozytywnej decyzji zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości inwestor uzyskuje ograniczone w czasie prawo przebywania na sąsiedniej nieruchomości oraz wykonywania tam związanych z inwestycją robót budowlanych³¹. W związku z tym, że decyzja taka niewątpliwie ingeruje w prawo własności, aby zapobiec nadużywaniu przyznanego uprawnienia do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości, wymagane jest precyzyjne określenie w decyzji administracyjnej sposobu realizacji tego uprawnienia.

Wydanie decyzji na podstawie art. 47 ust. 2 ustawy Prawo budowlane może dotyczyć jedynie planowanych do przeprowadzenia robót budowlanych³², co zaś oznacza, że decyzja taka nie może niejako legalizować tych sytuacji, w których inwestor bez zgody właściciela sąsiedniej nieruchomości wszedł na jej teren.

Warto dodać, że w przypadku gdy inwestor porozumiał się z właścicielem sąsiedniej nieruchomości co do możliwości wejścia na jej teren, możliwe jest ustalenie wysokości rekompensaty z tego tytułu za zgodą obu stron. Zaś gdy organ przychylił się do wniosku o zezwolenie na wejście na teren nieruchomości sąsiedniej, nie jest możliwe określenie w decyzji administracyjnej wysokości przysługującej właścicielowi rekompensaty. Po pierwsze, art. 47 ust. 2 ustawy Prawo budowlane nie przewiduje takiej możliwości; po drugie, wysokość rekompensaty powinna być określona na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego po wykonaniu prac budowlanych³³.

Po zakończeniu robót budowlanych inwestor, który korzystał sąsiedniej nieruchomości, jest obowiązany do przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego i do zabrania z niej wszystkich swoich urządzeń i przedmiotów³⁴. Ponadto art. 47 ust. 3 ustawy Prawo budowlane nakłada na inwestora obowiązek naprawienia właścicielowi sąsiedniej nieruchomości powstałej szkody na skutek korzystania przez niego z cudzej nieruchomości na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym, choć ustawodawca nie wskazuje, o jakie dokładnie zasady chodzi. W doktrynie podkreśla się, że nie będzie to odpowiedzialność

³⁰ A. Plucińska-Filipowicz, T. Filipowicz, A. Kosicki, *Budowa przy granicy sąsiada*, „Nieruchomości” 2017, nr 6, s. 101 i nast.

³¹ Wyrok WSA w Opolu z 11 października 2007 r., sygn. akt II SA/Op 201/07, Lex nr 419005.

³² Wyrok WSA w Poznaniu z 13 października 2011 r., sygn. akt IV SA/Po 777/10, Lex nr 1694719.

³³ Wyroki NSA z 16 stycznia 2002 r., sygn. akt II SA/Ka 825/00 i z 10 marca 2000 r., sygn. akt II SA/Ld 183/97.

³⁴ R. Godlewski, [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 47.

z tytułu czynów niedozwolonych, bowiem uprawnienie inwestora do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) wynika z decyzji administracyjnej. Co więcej, to właśnie art. 47 ust. 3 ustawy Prawo budowlane będzie stanowił samoistną podstawę obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przez inwestora w skutek realizacji prawa do wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu)³⁵. Wydaje się więc, że ustawodawca miał na myśli przepisy dotyczące sposobu naprawienia szkody – art. 363 Kodeksu cywilnego.

Naprawienie szkody może nastąpić poprzez wykonanie przez inwestora określonych prac naprawczych³⁶, poprzez przywrócenie np. ogrodzenia do stanu poprzedniego. Ponadto możliwe jest, że zamiast takich prac inwestor wypłaci właścicielowi odszkodowanie. W sytuacji braku porozumienia między inwestorem a właścicielem sąsiedniej nieruchomości co do sposobu naprawienia szkody, inwestor może dochodzić odszkodowania w drodze cywilnoprawnej. Jednocześnie nieuzasadnione będzie żądanie przez właściciela sąsiedniej nieruchomości kwoty znacznie przewyższającej wartość wyrządzonej szkody, mając wręcz zarobkowy charakter³⁷. Istotne jest przy tym to, że właściciel obowiązany jest do naprawy takiej szkody po zakończeniu robót objętych decyzją wyrażającą zgodę na korzystanie z sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). A zatem gdy decyzja uprawnia inwestora do kilkukrotnego wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości, obowiązek naprawienia szkody powstanie z chwilą zrealizowania tego uprawnienia.

Warto nadmienić, że decyzja organu zezwalająca na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości nie zawiera rozstrzygnięcia, jakie konkretnie prace budowlane inwestor może przeprowadzić z sąsiedniej nieruchomości. Organ, udzielając takiej zgody, przesądza, że bez dostępu do sąsiedniej nieruchomości nie da się zrealizować określonej inwestycji, a co za tym idzie – właściciel sąsiedniej nieruchomości nie ma uprawnienia do kwestionowania zasadności prowadzenia określonych robót budowlanych przez inwestora, jeżeli odbywają się w okresie i na warunkach określonych w decyzji administracyjnej.

Podsumowanie

Możliwość uzyskania decyzji zezwalającej na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) niewątpliwie umożliwia zrealizowanie robót budowlanych w tych sytuacjach, w których realizacja określonych prac budowlanych wymaga wejścia na teren cudzej nieruchomości sąsiedniej. Choć poprzez

³⁵ Z. Kostka, [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2016, art. 47.

³⁶ Wyrok WSA w Szczecinie z 10 czerwca 2021 r., sygn. akt II SA/Sz 66/21, Lex nr 3206042.

³⁷ Z. Niewiadomski (red.), op. cit., komentarz do art. 47.

wydanie takiej decyzji dochodzi do ograniczenia prawa własności, to należy wskazać, że ustawodawca zapewnił, iż ingerencja ta nie będzie nadmierna. Przede wszystkim słusznie ustawodawca sformułował przesłankę niezbędności wejścia na teren nieruchomości sąsiedniej. Przesłanka ta umożliwia zawężenie sytuacji, do których może być wydana przedmiotowa decyzja, jeśli przeprowadzenie robót budowlanych jest fizycznie niemożliwe bez wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). Pewien niedosyt budzi jednak to, że orzecznictwie powiązano przesłankę niezbędności jedynie z fizyczną niemożnością przeprowadzenia robót budowlanych bez dostępu do cudzej nieruchomości. Wydaje się uzasadnione twierdzenie, że niezbędność zajęcia także tam, gdzie dostęp do cudzej nieruchomości w znaczący sposób zwiększy bezpieczeństwo związane z prowadzeniem prac budowlanych lub przyczyni się do ochrony zasobów, w tym do ochrony środowiska.

Decyzja zezwalająca na wejście na teren sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu) zapewnia poszanowanie prawa własności także poprzez określenie, w jakim okresie i zakresie inwestor może korzystać z cudzej nieruchomości. Można więc uznać, że decyzja ustanawia swoistego rodzaju krótkotrwałą służebność administracyjną, której warunków wykonywania są dokładnie określone w decyzji administracyjnej. Ma to istotne znaczenie dla właściciela nieruchomości, bowiem inwestor nie może korzystać z niej w sposób przekraczający to, co jest niezbędne do wykonania określonych prac budowlanych.

Czy zatem ustawodawca nie ingeruje w sposób nadmierny w prawo własności poprzez wydanie tego typu decyzji? Odpowiedź na to pytanie wydaje się przecząca, bowiem niewątpliwie zapewniono, że przedmiotowe decyzje będą wydawane niejako w ostateczności, jedynie gdy nie ma możliwości przeprowadzenia prac budowlanych bez dostępu do sąsiedniej nieruchomości (budynku, lokalu). Niemniej jednak warto wskazać, że w ustawie Prawo budowlane nie sprecyzowano sposobu naprawienia szkody powstałej w wyniku korzystania inwestora z cudzej nieruchomości (budynku, lokalu), odsyłając w tym zakresie do przepisów Kodeksu cywilnego. Taka konstrukcja może powodować, że właściciel nieruchomości będzie musiał sam podjąć często kosztowne i długotrwałe starania w tym zakresie na drodze cywilnoprawnej. Wydaje się, że właśnie brak nakazania w decyzji administracyjnej obowiązku przywrócenia do stanu poprzedniego nieruchomości osłabia ochronę interesów właściciela takiej nieruchomości.

Wykaz literatury

Bąkowski T., *O wolności budowlanej de lege lata i de lege ferenda*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2015, nr 1.

- Deskiewicz B., *Decyzja w przedmiocie niezbędności wejścia na teren sąsiedniej nieruchomości a ostateczna decyzja o pozwoleniu na budowę*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 9.
- Filipowicz T., [w:] A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany*, 2022, Lex.
- Garlicki L., Jarosz-Żukowska S., [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2016.
- Godlewski R., [w:] H. Kisilowska (red.), *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Jakimowicz W., *Wolność zabudowy w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Kostka Z., [w:] A. Gliniecki (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. trzecie, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Niewiadomski Z. (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, wyd. jedenaste, C.H. Beck, Warszawa 2022.
- Okolski D. (red.), *Prawo budowlane i nieruchomości. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Plucińska-Filipowicz A., Filipowicz T., Kosicki A., *Budowa przy granicy sąsiada*, „Nieruchomości” 2017, nr 6.
- Wyporska-Frankiewicz J., *Ugoda w sprawach z zakresu prawa budowlanego*, [w:] eadem, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, 2009, Lex.

Summary

Decision on the necessity of entering the neighbouring property to undertake construction works

Keywords: construction law, decision granting permission to enter the neighbouring property, building freedom.

The article analyses the conditions for issuing a decision permitting entry to a neighbouring building, premises or land of a neighbouring property in order to carry out preparatory work or construction works. It analyses in which situations the issuance of such a decision is necessary to carry out construction works and to what extent the investor may use someone else's property. The aim of the article was to analyse whether the current regulations do not constitute an excessive interference with the right to property by allowing consent in the form of an administrative decision to enter someone else's property. While it has been established that the current regulations do not excessively interfere with the ownership right, the legislator has not specified the manner of repairing the damage resulting from the investor's use of someone else's real property (building, premises), referring in this respect to the Civil Code. Such a construction may result in the owner of the real estate having to undertake often costly and long-lasting efforts in this respect on his/her own through civil law.

Joanna Narodowska

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

ORCID: 0000-0003-1154-5041

joanna.narodowska@uwm.edu.pl

An overview of offences against monuments in the Polish law

Introduction

Over the last hundred years, Polish law for the protection of cultural heritage has been shaped by four basic legal acts¹. These were, in turn: Decree of the Regency Council on the Care of Art and Cultural Monuments of 1918², Regulation of the President of Poland on the Care of Monuments of 1928³, Act on the Protection of Cultural Property of 1962⁴ and the Act on the Protection and Guardianship of Monuments 2003⁵. The doctrine indicates that the law of cultural heritage protection should be considered as a separate, special branch of law. This is due to the fact that the regulations pertaining to the issue in question contain provisions of various branches of law, such as constitutional law, administrative law, criminal law, civil law, international law⁶.

I should be pointed out that the legislator uses a diverse conceptual grid regarding criminal protection of monuments. In legal acts regulating the sub-

¹ See: K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), *Dekret Rady Regencyjnej z 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z komentarzem czyli eseje o prawie ochrony dziedzictwa kultury*, Gdańsk 2017.

² Decree of the Regency Council on the Care of Art and Cultural Monuments (Journal of Laws 1918, No. 16, item 36), repealed on 29 March 1928.

³ Regulation of the President of the Republic of Poland on the Care of Monuments (Journal of Laws 1928, No. 29, item 265), repealed on 22 May 1962.

⁴ Act of 15 February 1962 on the Protection of Cultural Property (Journal of Laws 1999, No. 98, item 1150, consolidated text with amendments), repealed on 17 November 2003.

⁵ Act of 23 July 2003 on the Protection and Guardianship of Monuments (Journal of Laws 2022, item 840, consolidated text with amendments), hereinafter referred to as the APM or Act on Protection of Monuments.

⁶ K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014, p. 23–33; idem, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa 2007, p. 15–19; W. Kowalski, K. Zalasieńska, *Prawo ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce – próba oceny i wnioski*, [in:] B. Szmygin (ed.), *System ochrony zabytków w Polsce – analiza, diagnoza, propozycje*, Lublin–Warszawa 2011, p. 33.

ject matter in question appear, among others, such notions as “cultural heritage”, “cultural goods”, “goods of particular importance for culture” and “monuments”. These notions are not identical and should not be considered synonymous. The heterogeneity of the terms used in particular acts, and the lack of legal definitions for most of them, raises difficulties of interpretation related to the application of the legislation and thus hinders the effective protection of cultural heritage⁷.

The literature uses the notion “crime against monuments”, which in criminal law terms can be defined *sensu stricto*, *sensu largo* and *sensu largissimo*. In the narrow (*sensu stricto*) sense, “crime against monuments” is only criminal acts that are considered as offences. The broader (*sensu largo*) view includes not only crimes but also misdemeanours directed against monuments. The broadest perspective of this term (*sensu largissimo*) covers all acts for which legal liability is envisaged (crimes, petty offences and administrative torts)⁸. The notion “crime against monuments” is a part of concept so-called “crime against heritage”.

The provisions criminalizing behaviours directed against monuments are of so-called “semi-code” nature⁹. This means that some of them are located in the Penal Code¹⁰, the Petty Offence Code¹¹ and other legal acts, which, according to the doctrine, is not conducive to the transparency of the system of criminal law protection of monuments¹². The main core of criminal law regulations ensuring the preservation of monuments is the Act of 2003 on Protection of Monuments. Other legal acts regulating the criminal law on the protection of monuments are: Act of 1996 on Museums¹³, Act 1983 on the National Archival Resource and Archives¹⁴, Act 1997 on Libraries¹⁵, Act of 2017 on the Restitution of National Cultural Property¹⁶.

⁷ M. Trzcíński, *Przestępczość przeciwko zabytkom*, „Prokuratura i Prawo” 2011, No. 6, p. 36.

⁸ See also: B. Gadecki, O. Jakubowski, M. Trzcíński, K. Zeidler (eds.), *Praktyczne aspekty zwalczania przestępczości przeciwko dziedzictwu kulturowemu*, Gdańsk 2019, p. 42; M. Bojarski, W. Radecki, *Ochrona zabytków w polskim prawie karnym. Stan aktualny i propozycje de lege ferenda*, [in:] J. Kaczmarek (ed.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury. Materiały z konferencji Gdańsk, 30 maja – 1 czerwca 2005*, Kraków 2006, p. 22.

⁹ B. Gadecki, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108–120. Przepisy karne. Komentarz*, Warszawa 2014, p. VII.

¹⁰ Act of 6 June 1997 Penal Code (Journal of Laws 2022, item 1138, consolidated text with amendments), hereinafter referred to as the PC.

¹¹ Law of 20 May 1971 Petty Offence Code (Journal of Laws 2021, item 2008, consolidated text with amendments).

¹² O. Jakubowski, *Karnoprawna ochrona zabytków – rozważania nad kierunkami zmian prawnych*, [in:] K. Zeidler (ed.), op. cit., p. 482 – 483.

¹³ Act of 21 November 1993 on Museums (Journal of Laws 2022, item 385, consolidated text).

¹⁴ Act of 14 July 1983 on the National Archival Resource and Archives (Journal of Laws 2020, item 164, consolidated text with amendments).

¹⁵ Act of 27 June 1997 on Libraries (Journal of Laws 2022, item 2393, consolidated text).

¹⁶ Act of 25 May 2017 on the Restitution of National Cultural Property (Journal of Laws 2019, item 1591, consolidated text).

The presented study is to provide overview of the criminal law regulations on the protection of monuments in Poland. The work is primarily of popularization character. Its aim is to acquaint the international society with the Polish law provisions concerning the subject in question. Due to the complexity and extensiveness of the issue studied, the paper focuses exclusively on offences against monuments contained in the Penal Code and the Act of 2003 on the Protection of Monuments. The basic research methods used for purposes of this article were the formal-dogmatic method, consisting in analysis the content of legal sources and the method of analysis of literature on the subject.

Key terms

The broadest of aforementioned in introduction terms is “cultural heritage”. It is emphasized that this notion is very complex, as it consists not only of movable and immovable monuments, but also of industrial heritage, works of art, cultural routes, intangible heritage, underwater heritage, etc.¹⁷ The criteria that determine the recognition of an object as “cultural heritage” therefore demonstrate great diversity, causing problems in their identification, recording and description¹⁸. In literature, the most frequently quoted definition is that created by Jan Pruszyński, according to whom “cultural heritage” is “a stock of immovable and movable property together with associated spiritual values, historical and customary phenomena considered worthy of legal protection for the benefit of society and its development and passing on to future generations, due to understandable and accepted historical, patriotic, religious, scientific and artistic values having significance for the identity and continuity of political, social and cultural development, proving the truth and commemorating historical events, cultivating the sense of beauty and civilization community”¹⁹. Summarily and at the same time aptly, the notion of “cultural heritage” has been defined by Wiesław Pływaczewski as “the material and immaterial heritage of a given group of communities”²⁰. If the heritage refers to a particular nation, its cultural identity resulting from a common language, history or religious traditions, it should be regarded as “national

¹⁷ See also: W. Pływaczewski, *Grabież i niszczenie podwodnego dziedzictwa kultury*, „Prokuratura i Prawo” 2008, No. 2, p. 24–37.

¹⁸ B. Szmygin, *System ochrony zabytków w Polsce – próba diagnozy*, [in:] B. Szmygin (ed.), op. cit., p. 10.

¹⁹ J. Pruszyński, *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, t. 1, Kraków 2001, p. 50.

²⁰ W. Pływaczewski, *Niszczenie dziedzictwa kulturowego – między imperatywem ekonomii i ekologii. Kryminologiczne ujęcie problemu*, [in:] E.W. Pływaczewski (ed.), *Współczesne zagrożenia przestępczością i innymi zjawiskami patologicznymi, a prawo karne i kryminologia*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2009, Issue 6, p. 196.

heritage". Article 5 of the Constitution of the Republic of Poland²¹ stipulates that the role of the state is to guard the "national heritage", without, however, specifying what is meant by this term. Furthermore, an Article 6 of this act indicates that the state is to create conditions for the dissemination of and equal access to cultural goods, which are the source of the identity of the Polish nation, its continuity and development, and to provide assistance to Poles residing abroad in preserving their links with the national cultural heritage²².

Another concept, narrower in scope, is "cultural property", which was defined in the expired Act on the Protection of Cultural Property of 1962. This term was understood as "any movable or immovable object, ancient or modern, which is of significance for heritage and cultural development due to its historical, scientific or artistic value". However, this concept was not introduced into the binding Act on the protection of monuments of 2003, but at the same time, it is used by the PC of 1997. It is due to the fact that the Law on the Protection of Cultural Property was still in force when the Criminal Code was passed. When interpreting the term "cultural asset", one may refer to the Act on the Restitution of National Cultural Assets of 2017²³. Article 2 of this act stipulates that a "cultural asset" is "a monument within the meaning of Article 3(1) of the Act on the Protection of Monuments, a movable thing that is not a monument, as well as their components or ensembles, the preservation of which is in the public interest due to their artistic, historical or scientific value or due to their significance for heritage and cultural development". Furthermore, this concept is clarified in Article 2 of the European Parliament and Council (EU) Regulation 2019 on the entry and import of cultural goods²⁴ as "any object of archaeological, prehistoric, historical, literary, artistic or scientific interest, listed in the Annex".

The term "cultural property" was also explicit in the Hague Convention for the Protection of Cultural Property In the event of armed conflict from 1954²⁵. According to art. 1 of the Convention, "cultural property" is considered to be, regardless of their origin and of the person of their owner: a) movable or immovable goods which are of great importance for the cultural heritage of a nation, for example, architectural, artistic or historical monuments, whether

²¹ Act of 2 April 1997 The Constitution of the Republic of Poland (Journal of Laws 1997, No. 78, item 483, with the amendments).

²² B. Gadecki, *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury*, [in:] B. Gadecki, O. Jakubowski, M. Trzciński, K. Zeidler (red.), op. cit., pp. 39–40.

²³ Act of 25 May 2017 on the Restitution of National Cultural Property (Journal of Laws 2019, item 1591, consolidated text).

²⁴ Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (Journal of UE Laws 2019, No. 151, p. 1).

²⁵ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention. The Hague 14 May 1954 (Journal of Laws 1957, No. 46, item 212).

religious or secular; archaeological sites; building complexes having historical or artistic significance as such; works of art, manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest, as well as scientific collections and major collections of books, archival materials or reproductions of the goods referred to above; b) buildings whose primary and practical purpose is the storage or exhibition of movable cultural goods as defined in subparagraph (a), for example, museums, large libraries, archives depots and shelters for the storage, in the event of armed conflict, of movable cultural goods as defined in subparagraph (a); c) centres housing a significant number of the cultural goods referred to in points (a) and (b), hereinafter referred to as “heritage centres”. In this definition, the key element is that movable and immovable goods are to possess the feature of being “of great importance for the cultural heritage of a nation”. It is therefore within the discretion of the state concerned to decide which goods meet this criterion. states themselves may therefore determine which goods meet this criterion²⁶.

In the Criminal Code, the legislator also uses the term “goods of particular cultural importance”. The literature on the subject points out that the classification of an item as a “good of particular cultural importance” is not determined by its value (although these are usually items of high property value), but by the fact that the item must be included among cultural goods of national significance²⁷. Noteworthy is the classification of goods which are considered to be of special significance for culture by Bartłomiej Gadecki. According to this author, such goods should be regarded as: 1) monuments recognized as monuments of history; 2) monuments inscribed on the “Heritage Treasures List”; 3) monuments in respect of which the Minister in charge of culture and national heritage protection refused to issue a single permit for the permanent export of the monument abroad in the case where the monument has a special value for cultural heritage; 4) cultural goods included in the “International Register of Cultural Property under Special Protection”; 5) cultural goods under enhanced protection included in the “List of Cultural Property under Enhanced Protection”; 6) goods included in the “World Heritage List”²⁸.

The narrowest in scope of aforementioned terms is “monument”. In addition, this concept is one of the few that has a legal definition which is contained in Article 3 pt 1 of the Act on Protection of Monuments. Within the meaning of this legal act, a monument is “an immovable or movable property, parts or

²⁶ Zob. B. Gadecki (ed.), *Kodeks karny. Komentarz. Art. 1–316*, 2023, Legalis, komentarz do art. 125 k.k.; H. Schreiber, *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r.*, [in:] K. Zalesińska (ed.), *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, Warszawa 2014, pp. 37–38.

²⁷ R.A. Stefański (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2023, Legalis, komentarz do art. 294 k.k.

²⁸ B. Gadecki (ed.), op. cit., komentarz do art. 294 k.k.

complexes thereof, being the work of man or related to his activity and being a testimony of a bygone era or event, the preservation of which is in the public interest due to its historical, artistic or scientific value". The Act on Protection of Monuments enumerates three types of monuments. These are, respectively: immovable monuments²⁹ (Article 3 pt 2 APM), movable monuments³⁰ (Article 3 pt 3 APM) and archaeological monuments, which are a qualified type of monuments and may take the form of both immovable and movable monuments³¹ (Article 3 pt 4 APM). According to the APM, an immovable monument is "an immovable thing, a part of it or a group of immovable things referred to in pt 1". A movable monument is "a movable thing, a part of it or a group of movable things referred to in pt 1". The last of the above-mentioned group of monuments consists of an archaeological monument which is defined as "an immovable monument, which is a surface, underground or underwater remnant of human existence and activity, consisting of cultural strata and the products or traces thereof contained therein, or a movable monument, which is such a product". The definition of monument contained in the Article 3 of the APM is supplemented by Article 6 of the APM which lists examples of objects and areas to which, irrespective of their state of preservation, the legislator grants statutory protection and care, provided that they meet the criteria for recognition as monuments. The Act on Protection of Monuments give protection and care to three groups of objects, regardless of their state of preservation. The first one concerns immovable monuments which are, in particular: cultural landscapes; urban and rural layouts and building complexes; works of architecture and construction; works of defence works; technical facilities, and in particular mines, steelworks, power stations and other industrial plants; cemeteries; parks, gardens and other forms of designed greenery; places commemorating historical events or the activities of prominent personalities or institutions. The second group refers to movable monuments which are, in particular: works of fine arts, artistic crafts and applied arts; collections, being collections of objects assembled and arranged according to the ideas of people who created these collections; numismatic and historical memorabilia, in particular militaria, flags, seals, badges, medals and orders; technological creations, in particular equipment, means of transport, machines and tools bearing witness to material culture, characteristic of old and new forms of economy, documenting the level of science and the development of civilization; library materials referred to in Article 5 of the Act on libraries³²; musical instruments; folk art and

²⁹ M. Duda, *Zabytki nieruchome*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), op. cit., pp. 92–99.

³⁰ J. Narodowska, *Zabytki ruchome*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), op. cit., pp. 130–136.

³¹ M. Trzciński, *Definicja zabytku archeologicznego – problemy i kontrowersje wokół stosowania prawa*, [in:] K. Zeidler (ed.), op. cit., pp. 115–122.

³² Act of 27 June 1997 on libraries (Journal of Laws of 2019, item 1479, consolidated text with amendments).

handicraft products and other ethnographic objects; objects commemorating historical events or the activities of eminent personalities or institutions. The last group covers archeological monuments which are, in particular: field remains of prehistoric and historic settlements; cemeteries; burial mounds relics of economic, religious and artistic activities.

Offences against monuments

► Penal Code offences against monuments

The binding Penal Code does not devote a separate chapter to provisions criminalizing acts directed neither against cultural heritage nor monuments. At the same time, representatives of the doctrine postulate that the creation of such a chapter would raise the wound of legal norms protecting cultural heritage, especially the monuments³³. Furthermore, none of the provisions of the Penal Code use the term “monument” to define the constituent elements of the crime. Instead, one may encounter undefined terms such as “cultural asset/property” and “good of particular importance for culture”. Determining the scope of the particular terms is essential to be able to hold the perpetrator criminally liable under a relevant criminal provision (subsumption). For example, every monument will constitute a cultural asset, but not every cultural asset will meet the criteria of a monument. A similar relationship will apply to a good of particular importance for culture and a monument³⁴.

Under the Penal Code, criminal liability for acts against monuments is primarily envisaged in chapter XVI entitled “Offences against Peace, Humanity and War Crimes” and chapter XXXV “Offences against Property”.

The provisions of chapter XVI of the Penal Code concerning the protection of monuments correlate closely with the with international legal acts dealing with armed conflicts to which the Republic of Poland is a party³⁵.

Article 125 § 1 of the PC criminalizes the acts of destroying, damaging, looting or appropriating cultural property in violation of international law. The place of the perpetrator’s behaviour is an area occupied, seized or where armed actions are taking place. The subject of the assault in the light of the disposition of Article 125 of PC is cultural heritage, which is exposed to depletion during armed conflicts. This provision protects both the legal order established by international law and property in the form of cultural property³⁶.

³³ M. Bojarski, W. Radecki, op. cit., pp. 27–28.

³⁴ M. Trzciński, *Przestępczość przeciwko...*, p. 47.

³⁵ See: P. Chorbot, M. Nowiński, *Ochrona dziedzictwa kulturalnego w trakcie konfliktów zbrojnych*, [in:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (eds.), *Ochrona dziedzictwa kulturalnego i przyrodniczego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, Warszawa 2015, pp. 74–100.

³⁶ V. Konarska-Wrzošek (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, Lex.

The offence is of a substantive nature, which means that an result is required in order to incur criminal liability on the perpetrator. The offender's behaviour takes the form of action³⁷. It is a common offence that can only be committed intentionally. The criminal threat for the basic type is imprisonment of between year and 10 years. The qualified type is stipulated in Article 125 § 2 of the PC. In this case the prohibited acts involve the behaviours listed in § 1, and the objects of the attack are goods of particular importance for culture. The criminal sanction is deprivation of liberty for a period of not less than 3 years. As of 1 October 2023, the criminal sanction for the offence of Article 125 § 2 of the PC will be between three and 20 years' imprisonment. The offences under Article 125 of the PC are subject to the jurisdiction of the Polish courts on general principles and no international agreement introduces universal jurisdiction in this respect. The doctrine emphasizes that this offence requires the dual criminality of international law and criminal illegality. It should be noted that the Charter of the International Military Tribunal from 1945³⁸ does not mention the destruction of cultural property among war crimes³⁹. In the international context, *ratio legis* of the art 125 of the PC are primarily: the Hague Convention of 1954⁴⁰, the Paris Convention of 1970⁴¹, Protocol II to the Hague Convention of 1954⁴². In the Rome Statute of the International Criminal Court, the issue of cultural property is included in Article 8(2)(b) (ix). The aforementioned stipulation considers as the "war crime" an act of "intentionally directing attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals and places where the sick and wounded are collected, provided they are not military objectives"⁴³.

The legislator in Article 126a of the PC has introduced the punishment of behaviour consisting in public incitement or public praise of the commission of offences under Article 125 of the PC.

A subsequent provision, Article 126 § 2 of the PC, criminalizes the use of a protective sign identifying cultural property in violation of international law

³⁷ M. Mozgawa (ed.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex; E. Jurgielewicz-Delegacz, *Wybrane aspekty prawnokarnej ochrony zabytków na przykładzie Kodeksu karnego z 1997 r.*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2019, No. 43, pp. 143–144.

³⁸ Agreement for the prosecution and punishment of the major criminals of the European Axis. Signed at London, on 8 August 1945 (*Journal of Laws* 1947, No. 63, item 367).

³⁹ R.A. Stefański (ed.), *op. cit.*, komentarz do art. 125 k.k.

⁴⁰ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, Hague, 14 May 1954.

⁴¹ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14 November 1970.

⁴² Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Hague, 26 march 1999 (*Journal of Laws* 2012, item 248).

⁴³ Rome Statute of the International Criminal Court of 17 July 1998 (*Journal of Laws* 2003, No. 78, item 708).

during military operations⁴⁴. The disposition of this provision is aimed at protecting the legal order established by international law and ensuring the reliability of signs ensuring security (in this particular case, the security of cultural property). This offence may be committed either by act or omission⁴⁵. Only intentional conduct by the perpetrator is punishable. The penalty for this act is up to 3 years' imprisonment.

Article 294 § 2 of the PC provides for criminal liability for the commission of the offences specified in § 1 of this article, if the acts are detrimental to goods of particular importance for culture. The following offences are listed in § 1 of this provision: theft (Art. 278 § 1, 2 or 5 of the PC), particularly aggravated theft (278a § 1 of the PC), appropriation (284 § 1 or 2 of the PC), theft of telephone impulses (Art. 285 § 1 of the PC), fraud (Art. 286 § 1 or 2 of the PC), computer fraud (Art. 287 § 1 of the PC), violation of the integrity of property (Art. 288 § 1 or 3 of the PC), illegal logging and timber theft (Art. 290 § 1 of the PC) or handling stolen items (Art. 291 § 1 of the PC).

Representatives of the doctrine point out that the content of Article 294 § 2 of the PC is fairly problematic. Firstly, its provision is non-self-contained in relation to the basic type (Article 294 § 1 of the PC), as it does not specify the elements of the prohibited act. Secondly, the necessary element for the application of Article 294 § 2 is the attribution to the good the characteristic of "particular importance for culture". In addition, it is argued that placing this offence in the chapter concerning offences against property may cause wrong perception of goods of particular importance for culture assessed mainly through their material value⁴⁶. According to some representatives of doctrine the shortcoming of this provision is that it does not cover all cultural goods, but only those whose importance is particular, and the interpretation of this concept is difficult⁴⁷. The penal sanction for the basic type and the qualified type under Article 294 of the PC is the same and consists of imprisonment from one to ten years.

⁴⁴ As an aside, it should be added that the author of this emblem is a Pole, Jan Zachwatowicz, who was the General Conservator of Monuments in Poland at the time of the enactment of the aforementioned Convention. See more on the website of the Ministry of Culture and National Heritage MKiDN – Znak Błękitnej Tarczy (accessed: 23.11.2020).

⁴⁵ M. Mozgawa (ed.), op. cit.

⁴⁶ J. Karaźniewicz, *Specyfika postępowania przygotowawczego prowadzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko dobrom kultury*, „Prokuratura i Prawo” 2019, No. 1, p. 66; B. Gadecki, *Kontrowersje wokół odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury*, „Ius Novum” 2013, No. 4, pp. 19–31.

⁴⁷ M. Trzciński, *Przestępczość przeciwko...*, p. 49.

► Offences under the Act of 2003 on the Protection and Guardianship of Monuments

The basic legal act regulating the issues related to monuments is the Act on Protection of Monuments passed in 2003. Chapter XII, entitled “Criminal Provisions”, lists the prohibited acts that are either criminal offences or misdemeanours.

The initial version of the APM provided for only two offences, which were included in Articles 108 and 109 of the Act. However, the legislator successively expanded the catalogue of prohibited acts by adding further editorial units.

As it stands, the APM contains six offences, which are defined in Articles 108, 108a, 109, 109a, 109b, 109c, eleven petty offences, i.e. Articles 110, 112, 113, 113a, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 119a⁴⁸ and five administrative torts, i.e. 107a, 107b, 107c, 107d, 107e⁴⁹.

The disposition of Article 108 of the APM has remained unchanged since the entry into force. The behaviours penalized under the provision are destruction or damage of a monument, which in the literature is also referred to as “vandalism of monuments”⁵⁰. It has been stated in the judicature that “destruction” of a monument consists in such change that the restoration of the previous state is not possible at all. On the other hand, “damage” to a monument involves such a change of properties or condition of the monument that it renders the monument permanently or temporarily unusable to perform the function for which it was intended⁵¹. This offence can be committed both by action and omission. In the case of an action, a subject to criminal liability is everyone. It is irrelevant whether the monument is someone else’s thing for the perpetrator (the subject to criminal liability is also the owner or holder of the monument)⁵². On the other hand, criminal liability for an offence of omission is incurred only by the person who is under a legal obligation to prevent the result⁵³. The basic

⁴⁸ See more: M. Duda, *Wykroczenia przeciwko zabytkom*, [in:] M. Duda, S. Buczyński (eds.), *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty ochrony dziedzictwa kultury pogranicza*, Warszawa 2021, pp. 214–228.

⁴⁹ B. Gadecki, *Zmiany w zakresie karnoprawnej ochrony zabytków w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 22 czerwca 2017 roku o zmianie ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami oraz niektórych innych ustaw*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, No. 1(4), pp. 81–96.

⁵⁰ J. Narodowska, M. Duda, *Wandalizm zabytków z perspektywy kryminologicznej*, „Santander Art and Law Review” 2017, No. 1(3), pp. 37–52; J. Narodowska, M. Duda, *Ochrona zamków oraz pałaców i dworów szlacheckich na Warmii i Mazurach – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, No. 43, pp. 250–253.

⁵¹ Judgment of the Supreme Court of 24 June 1993, III KRN 98/93, OSNKW 1993, No. 9–10, item 64, p. 46.

⁵² A. Gerecka-Żołyńska, *Rozważania wokół współczesnych problemów karnoprawnej i kar-noprosowej ochrony zabytków*, [in:] W. Szafrński (ed.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, Vol. 2, Poznań 2008, p. 134.

⁵³ B. Gadecki, *Karnoprawna ochrona zabytków architektury*, [in:] W. Pływaczewski, S. Buczyński (eds.), *Wandalizm wobec dziedzictwa naturalnego i kulturowego*, Olsztyn 2015, p. 56; Different

type is included in paragraph 1 and involves intentional conduct by the offender. The criminal penalty is imprisonment for a term of 6 months to 8 years. A mitigated penalty is provided for the privileged type as defined in paragraph 2 and covers the unintentional conduct of the offender. If the perpetrator intentionally destroyed a monument, the court obligatorily orders punitive damages in the amount up to the value of the destroyed monument to be paid to the National Heritage Preservation Fund. If the perpetrator has intentionally damaged the monument, the court awards an obligation to restore the monument to its previous state, and if it is not possible, impose on perpetrator an obligation to pay punitive damages for the benefit of national Heritage Preservation Fund in the amount up to the value of the damage to the monument⁵⁴.

The offence under Article 108a the APM was introduced by the 2021 amendment to the Act on Protection of Monuments⁵⁵. The addition of another prohibited act was a consequence of the enactment of the Regulation 2019 of the UE Parliament and of the Council on the introduction and the import of cultural goods into the European Union from the third countries⁵⁶. Article 108a of the APM criminalizes conduct consisting in the introduction into the territory of the Republic of Poland of cultural goods specified in part A of the Annex to the above-mentioned regulation, which have been removed from the territory of a country which is not a member of the European Union, where the cultural property originated or was discovered, in violation of the statutory provisions of such country. The criminal sanction for infringement of the disposition of Article 108a item 1 of the APM is alternatively a fine, restriction of freedom or imprisonment of up to 2 years. In Part A of the Annex to the aforesaid Regulation, the following cultural goods are listed: a) rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest; b) property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance; c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries on land or underwater; d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been

stand point R. Golat, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Kraków 2004, p. 193.

⁵⁴ See B. Gadecki, *Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko przepisom*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), op. cit., p. 253.

⁵⁵ Act of 15 April 2021 amending the Act on the Protection and Guardianship of Monuments and the Act on the National Revenue Administration (Journal of Laws 2021, item 954).

⁵⁶ Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods (Journal of Law UE L 151 of 2019, p. 1). The Regulation stipulates conditions for the introduction of cultural goods and procedures for the importation of cultural goods in order to protect the world cultural heritage and to prevent illegal trafficking in cultural goods, in particular if illegal trafficking could be used to finance terrorism.

dismembered⁵⁷; e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals; f) objects of ethnological interest; h) objects of artistic interest, such as: (i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand); (ii) original works of statuary art and sculpture in any material; (iii) original engravings, prints and lithographs; (iv) original artistic assemblages and montages in any material; h) rare manuscripts and incunabula; i) old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections; j) postage, revenue and similar stamps, singly or in collections; k) archives, including sound, photographic and cinematographic archives; l) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

A mitigated penalty is stipulated in Article 108a item 2 of the APM. In the case of a minor offence, the offender is liable to a fine. Thus, the penal sanction depends on the degree of reprehensibility of the perpetrator's behaviour, and the criterion determining the classification of the offender's act is, inter alia, the degree of social harmfulness⁵⁸. In addition, if the perpetrator fulfil the disposition of Article 108a item 1 and 2 of the APM, the court may impose the forfeiture of a cultural asset even though it is not the property of the perpetrator.

The aforementioned UE Regulation in Article 3 item 1 also indicates that customs authorities and relevant authorities are to take all appropriate measures in order to prevent the illegal introduction of cultural goods listed in Part A of the Annex. This provision is in correlation with the Article 33 item 1 pt 10 lit. h of the Act on National Revenue Administration⁵⁹, according to which the Head of National Revenue Administration is obligated to detect and combat the offences of under Article 108a and 109 of the APM. The subject of the act referred to in Article 108a of the APM can be anyone (common subject). Punishable is only an intentional act of the perpetrator. However, it is incomprehensible that the legislator placed the offence of illegal transport and export of monuments after Article 108 of the APM, which penalizes behaviour consisting in destruction or damage of a monument. Due to the content of Article 108a of the APM, it would seem more reasonable to place it after Article 109 of the Act, which criminalizes transporting a monument abroad without a permit. An argument that the legislator did not opt for such a solution may

⁵⁷ Liturgical icons and statues, even free-standing, are to be considered as cultural goods belonging to this category.

⁵⁸ See: W. Kowalski, *Nowe zasady wywozu zabytków za granicę w świetle prawa polskiego*, [in:] *Stop przestępczości przeciwko dziedzictwu. Dobre praktyki i rekomendacje*, Warszawa 2011, pp. 31–34.

⁵⁹ Act of 16 December 2016 on National Revenue Administration (Journal of Laws 2021, item 422, consolidated text with amendments).

be the fact that the remaining offences from Act on Protection of Monument specified in Articles 109a, 109b, 109c would then have to be renumbered. This legislative procedure could have caused some inconvenience for the procedural authorities.

The behaviour concerning illegal transporting monuments outside the Republic of Poland is penalized under Article of 109 of the APM. The binding content of this provision was introduced by the 2015 amendment to the Act on Protection of Monuments⁶⁰. In the light of the disposition of Article 109 of the APM, two acts are criminalized: transporting the monument outside of the Republic of Poland without permission and not bringing the previously transported monument back to the country. In the first situation, any removal of the monument without the required permit is prohibited. According to the doctrine, it is not exportation if a monument is moved to the territory of an embassy or consulate of a foreign state located on the territory of the Republic of Poland. This is because the territory of diplomatic representations accredited in Poland is its territory⁶¹. On the other hand, in the case where an antique is placed on board a Polish sea or air vessel which then moves outside the territory of the Republic of Poland, exportation is performed. This is because a Polish watercraft or aircraft does not constitute a part of Polish territory, but only falls under Polish jurisdiction, which is relevant for the application of the Polish criminal law, but is not relevant for the interpretation of the element of exporting an object abroad⁶². In the second situation the penalized behaviours consist in exporting the monument abroad and thereafter failing to bring it to Poland within the period of validity of the export permit or, in the case referred to in Article 58, within 60 days from the date on which the decision on the refusal to issue another permit for the temporary export of the monument abroad became final or from the date of receipt of information on leaving the application for another permit for the temporary export of the monument abroad unprocessed⁶³. The criminal sanction for infringement of the disposition of Article 109 of the APM is imprisonment from 3 months to 5 years. A mitigated criminal sanction is imposed for an unintentional act of the perpetrator, who is subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to 2 years. In the case of an intentional act, the court orders punitive damages to be paid to a social purpose designated for the care of monuments. The value of the punitive damages is between three times and 30 times the minimum wage. If the perpetrator act unintentionally the court is not obliga-

⁶⁰ Act of 10 July 2015 amending the Act on the Protection and Guardianship of Monuments and the Act on Museums (Journal of Laws 2016, item 1330).

⁶¹ L. Gardocki, *Zasady obowiązywania ustawy*, „Palestra” 1996, No. 3–4, p. 90.

⁶² B. Gadecki, *Ustawa o ochronie...*, pp. 51–53.

⁶³ K. Zalaśńska, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Warszawa 2020, pp. 316–317.

ted to impose punitive damages. In addition, the court may order the forfeiture of the monument, even if it is not the property of the offender.

Article 109a of the APM was added to the catalogue of offences against monuments in 2006. The introduction of another prohibited act was dictated by the need to regulate the issues concerning the forgery of cultural goods and their introduction into circulation in order to gain financial benefits. It was observed that neither the Act on Protection of Monuments nor the Penal Code penalize this type of behaviour. At the same time, the demand for the introduction of such a provision has been raised for many years by antiquarians and collectors of monuments⁶⁴. The disposition of art. 109a of the APM criminalizes two types of act which consist in “counterfeiting” or “reworking” a monument in order to use it in the trade of monuments. According to legal doctrine, the following acts are considered as “counterfeiting” a monument: giving it a different appearance from the original one; altering an authentic monument; altering an existing monument in such a way that it may be perceived as a monument different from the one it actually is or it will not be perceived as a monument at all; introducing certain changes in order to deceive the purchaser⁶⁵. On the other hand, “reworking a monument” is defined as changing the original artistic or esthetic content of a monument and involves interfering with an existing monument⁶⁶. Such reworking may consist, among others, in: giving the monument a different appearance than the original one; altering the existing monument in such a way that it may be perceived as a different monument or not perceived as a monument at all⁶⁷. The offence under Article 109a of the APM is a common offence, which means that anyone capable of criminal responsibility can be held criminally liable. Only the intentional act of the perpetrator (*dolus directus coloratus*) is punishable. It is important to show that the perpetrator’s aim is to use the counterfeited or reworked monument in trade on the monument market. It is also indicated that the perpetrator must have intended to use such an object in the circulation of monuments even before or during the act of counterfeiting or reworking. The perpetrator will not be subject to criminal liability under Article 190a of the APM if the intention to introduce such an object in the circulation of the monuments only arises after the forgery or alteration has been carried

⁶⁴ Justification of the Government Bill on Amendments to the Law on the Protection of Monuments; Parliamentary Paper No. 50 (accessed: 14.03.2021).

⁶⁵ K. Zalasńska, op. cit., p. 320; B. Gadecki, *Ustawa o ochronie...*, pp. 71–74; idem, *Kopia a falsyfikat w ujęciu prawnym*, [in:] A. Jagielska-Burduk, W. Szafranski (eds.), *Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne*, Vol. 3, Poznań 2014, p. 199; A. Szczekala, *Falszerstwa dzieł sztuki. Zagadnienia prawnokarne*, Warszawa 2012, p. 116.

⁶⁶ D. Wilk, *Falszerstwa dzieł sztuki. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, Warszawa 2015, p. 36.

⁶⁷ See more B. Gadecki, *Kopia a falsyfikat...*, p. 199.

out⁶⁸. An important criterion for determining the possibility of criminal liability is the timing of the intention. This limitation is criticized by the doctrine⁶⁹. Furthermore, it does not constitute an offence under Article 190a of the APM if the perpetrator counterfeits or reworks a monument for the purpose of: merely demonstrating his skill, adding it to his collection; trading in such a monument, but with the intention of informing the purchaser that the monument purchased is counterfeited or reworked. In the doctrine, however, there are concerns on the understanding of the term “circulation” of monuments. According to B. Gadecki, the term covers only the sale of a monument or its exchange. The term does not include donation. Therefore, if the perpetrator counterfeits or reworks a monument in order to make a donation, the disposition of Article 190a of the APM will not be violated⁷⁰. A different view has been expressed by Agnieszka Szczekala, who considers donation also as a form of turnover, as the monument changes ownership⁷¹. The offence under art. 190a is sanctioned with a fine, restriction of freedom or imprisonment for up to 2 years.

In the literature on the subject, the offence of Article 109b of the APM is referred to as offence of introducing a counterfeit into circulation⁷², handling of stolen monuments⁷³, and offence of fraud on the monuments market⁷⁴. The 2006 amendments to the Act on the Protection of Monuments sanctioned in Article 109b two forms of the offender’s conduct, which are the disposal of a movable thing as a monument or the disposal of a monument as another monument. In the first case, the offence consists in the disposal of a movable object which is not a monument, but has been counterfeited as a monument. The essence of this act is the “counterfeiting” of a movable object. If the perpetrator disposes of a “forged” movable object as a monument, he may be punished under Article 286, i.e. offence of fraud⁷⁵. In the second variant, the

⁶⁸ B. Gadecki, *Odpowiedzialność karna za podrabianie i przerabianie zabytków oraz obrót podrobionymi i przerobionymi zabytkami*, [in:] W. Szafranski, K. Zalasinska (eds.), *Prawna ochrona dziedzictwa kulturowego*, Vol. 3, Poznań 2009, p. 297.

⁶⁹ See: W. Szafranski, *Przeciwdziałanie fałszerstwom dzieł sztuki. Ku nowym rozwiązaniom prawnym*, [in:] *Problematyka autentyczności dzieł sztuki na polskim rynku sztuki. Teoria – praktyka – prawo*, Warszawa 2012, p. 416; B. Gadecki, *Karnoprawna ochrona autentyczności zabytków – aktualny stan prawny i propozycje de lege ferenda*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014, p. 566–567.

⁷⁰ B. Gadecki, *Ustawa o ochronie...*, p. 71–72.

⁷¹ A. Szczekala, *op. cit.*, p. 121.

⁷² K. Zeidler, *Nowe przestępstwa w systemie karnoprawnej ochrony dziedzictwa kultury*, „Ochrona Zabytków” 2006, No. 4, p. 66.

⁷³ K. Zeidler, *Rola i zadania Policji w zakresie ochrony dziedzictwa kultury*, [in:] A. Szymaniak, W. Ciepiela (eds.) *Policja w Polsce. Stan obecny i perspektywy*, Poznań 2007, p. 402.

⁷⁴ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007, p. 612.

⁷⁵ B. Gadecki, *Przestępstwo zbycia fałszyfikatu. Komentarz do art. 109b ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, „Ochrona Zabytków” 2008, No. 56/2 (241), p. 89.

disposal refers to a monument that has been counterfeited, however, the legislator has not derived a limitation exclusively to movable monuments⁷⁶. It can be any category of monuments (movable, immovable or archaeological). Some doubts are raised with regard to the content of the verb “dispose”. This concerns the question of whether “disposal” covers only paid or unpaid transactions, including donation. The scientific community is divided on this issue⁷⁷. The offence under Article 109b of the APM can only be committed intentionally by action. The circle of persons who may be held liable is not limited to the counterfeiter, but also to other persons. There are also proposals that it would be reasonable to introduce criminalization of the unintentional introduction of the counterfeit into circulation. It has been suggested that the privileged type could be formulated as follows: “Whoever disposes of a monument which, on the basis of the surrounding circumstances, he ought and may presume to have been counterfeited or forged, shall be subject to a fine, the penalty of restriction of liberty or the penalty of deprivation of liberty for up to one year”⁷⁸. Extending the scope of criminalization to unintentional form would enhance the safety of the circulation of monuments and their authenticity.

Illegal search for monuments as defined in Article 190c of the APM has been introduced to catalogue of offences in 2017⁷⁹. It should be noted that such behaviour had already been penalized under Article 111 of the APM. The criminal sanction for this petty offence was arrest, restriction of freedom or a fine. The legislator, by moving aforementioned behavior from the catalogue of misdemeanours to offences, clearly indicated that, in his opinion, illegal search for monuments has a significant degree of social harm⁸⁰. Article 109c of the APM sanctions the conduct of searching for hidden or abandoned monuments without permission or in violation of the conditions of permission, including with the use of any kind of electronic device, technical devices and diving equipment. The introduction of a requirement to obtain a permit in order to undertake searches implements the standard contained in Article 3 of the La Valletta Convention of 1992⁸¹. The object of protection is the inte-

⁷⁶ A. Księżopolska-Kukulska, *Dobra kultury jako przedmiot ochrony w prawie karnym*, „Prokurator” 2007, No. 2, p. 109; D. Olejniczak, *Zarys problematyki prawnej fałszerstw dzieł malarstkich*, [in:] J. Włodarski, K. Zeidler (eds.), *Prawo muzeów*, Warszawa 2008, pp. 88–89.

⁷⁷ B. Gadecki, *Przestępstwo zbycia...*, pp. 89–90.

⁷⁸ Idem, *Karnoprawna ochrona zabytków: propozycje de lege ferenda*, „Ochrona Zabytków” 2009, No. 64(247), p. 93.

⁷⁹ Act of 22 June 2017 amending the Act on the Protection and Guardianship of Monuments and other acts *Journal of Laws* 2017, item 1595).

⁸⁰ See more: J. Narodowska, M. Duda, *Eksploatacja archeologiczna obszarów leśnych*, [in:] W. Pływaczewski, M. Duda (eds.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Olsztyn 2013, pp. 192–204; W. Pływaczewski, *Grabież i niszczenie...*, p. 28.

⁸¹ European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised), signed at La Valetta on January, 16, 1992 (*Journal of Laws* 1996, No. 120, item 564).

grity of monuments and the correctness of the search for hidden or abandoned monuments. Although the legislator did not expressly state whether it refers to movable or immovable monuments, in the context of art. 36 item 1 pt 12 of the APM, it shall be assumed that the provision of art. 109c of the AMP refers to movable monuments, including archaeological ones⁸². It is a crime which can be committed only by action, however to hold perpetrator liable it is not necessary that the result of finding the monument has occurred. If the perpetrator breaches the disposition of Article 109c of the APM, he is subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to 2 years.

Conclusions

Since the Act on Protection of Monuments came into force in 2003, it has been amended several times and the catalogue of acts considered as crimes has been gradually expanded. The addition of new offences was dictated primarily by the necessity to adapt national provisions to the EU laws and international acts to which Poland is a party. Although most of the offences against monuments have been sanctioned under the Act on the Protection of Monuments, a large number of them still operates in other Acts, which, as indicated above, does not favour the transparency of the system of monument protection. It is worth mentioning the Criminal Code, which, despite providing a number of provisions protecting monuments, does not include the term “monument” in the description of any of the prohibited acts. Moreover, the regulations protecting monuments are located in several unrelated chapters of the Penal Code. It has been rightly argued in the doctrine that due to the nature of the protected property, i.e. “monuments”, it is reasonable to introduce a separate chapter containing regulations condemning acts committed against monuments or even cultural heritage, which is a broader concept. Undoubtedly, this would raise the status of such regulations and point out to the public the particular need to preserve monuments. These assets are a testimony to history of mankind and constitute an unquantifiable national, European and global legacy. Therefore, due to their special nature, monuments should be granted enhanced legal protection so that they can serve future generations.

Another element that weakens the protection of monuments and cultural heritage is the use by the legislator of terms which do not have legal definitions on the ground of Polish law. Aforementioned terms are imprecise, hence, in determining their scope, one has to resort to acts of international law, jurisprudence and definitions formulated by the doctrine. Inconsistencies concerning

⁸² M. Duda, *Nielegalne poszukiwania zabytków jako zagrożenie dla dziedzictwa kulturalnego*, [in:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (eds.), op. cit., p. 170.

the understanding of particular concepts, e.g. “cultural asset”, “asset of particular importance for culture”, “cultural heritage”, “national heritage”, cause problems in performing the proper legal qualification of an act. Due to the fact that these concepts are undefined in nature, they require assessment by the trial authority in each case. A consequence of the inconsistent system of notions relating to cultural heritage are practical difficulties in conducting criminal proceedings, e.g. in carrying out evidentiary activities and determining the powers of specialized bodies. These elements affects the effectiveness disclosure of crimes in the investigated area. Therefore, it seems that the available statistical data do not fully reflect a reliable depiction of crime against monuments. In this respect, it is also postulated to introduce their definitions into the legal system. This would greatly improve the work of services responsible for prosecuting crimes against monuments, and thus affect their effectiveness.

Another issue is the relationship between the provisions contained in the Criminal Code and the Law on the Protection of Monuments. An example of this is Article 294 § 2 of the PC, which criminalises, *inter alia*, theft, misappropriation, fencing, destruction or damage of an object of particular importance to culture. In the doctrine, doubts arise as to whether, due to the fact that this offence is located in the chapter “Offences against property”, it is necessary to apply the amount criterion when qualifying an act against an asset of particular importance for culture, as in the case of other property.

In recent years, there has also been a trend of moving offences from the catalogue of acts criminalized under criminal law to the catalogue of administrative torts in various areas of law. This is also reflected in the area of monument protection law. Indeed, in 2018, the legislator introduced a new chapter 10a entitled “Administrative fines” into the Law on the Protection of Monuments. The change of responsibility from criminal-legal to administrative-legal was dictated by the low effectiveness of the previous criminal sanctions. The aim of the amendments was to increase the efficiency of the implementation of tasks under the protection of monuments.

In the face of the armed conflict in Ukraine, one of the challenges in the field of the law on the protection of monuments, including criminal law, is the fulfillment of the provisions of international law. It is necessary to point out that the catalogue of acts which are detrimental to monuments remains the responsibility of individual countries. Thus, the scope of criminalization and the dimension of criminal sanctions vary from state to state. The exception is conventional law (within conventional crime), which is binding on the states that are parties to Conventions.

References

- Bojarski M., Radecki W., *Ochrona zabytków w polskim prawie karnym. Stan aktualny i propozycje de lege ferenda*, [in:] J. Kaczmarek (ed.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury. Materiały z konferencji Gdańsk, 30 maja – 1 czerwca 2005*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Chorbot P., Nowiński M., *Ochrona dziedzictwa kulturalnego w trakcie konfliktów zbrojnych*, [in:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (eds.), *Ochrona dziedzictwa kulturalnego i przyrodniczego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Duda M., *Nielegalne poszukiwania zabytków jako zagrożenie dla dziedzictwa kulturalnego*, [in:] W. Pływaczewski, B. Gadecki (eds.), *Ochrona dziedzictwa kulturowego i naturalnego. Perspektywa prawna i kryminologiczna*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Duda M., *Wykroczenia przeciwko zabytkom*, [in:] M. Duda, S. Buczyński (eds.), *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty ochrony dziedzictwa kultury pogranicza*, Difin, Warszawa 2021.
- Duda M., *Zabytki nieruchome*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), *Dekret Rady Regencyjnej z 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z komentarzem czyli eseje o prawie ochrony dziedzictwa kultury*, Wyd. UG, Gdańsk 2017.
- Gadecki B. (ed.), *Kodeks karny. Komentarz. Art. 1–316*, Legalis, 2023.
- Gadecki B., Jakubowski O., Trzcíński M., Zeidler K. (eds.), *Praktyczne aspekty zwalczania przestępczości przeciwko dziedzictwu kulturowemu*, Wyd. UG, Gdańsk 2019.
- Gadecki B., *Karnoprawna ochrona autentyczności zabytków – aktualny stan prawny i propozycje de lege ferenda*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Wolters Kluwer/UG, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Gadecki B., *Karnoprawna ochrona zabytków architektury*, [in:] W. Pływaczewski, S. Buczyński (eds.), *Wandalizm wobec dziedzictwa naturalnego i kulturowego*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej WPiA UWM, Olsztyn 2015.
- Gadecki B., *Karnoprawna ochrona zabytków: propozycje de lege ferenda*, „Ochrona Zabytków” 2009, No. 64(247).
- Gadecki B., *Kontrowersje wokół odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury*, „Ius Novum” 2013, No. 4.
- Gadecki B., *Kopia a falsyfikat w ujęciu prawnym*, [in:] A. Jagielska-Burduk, W. Szafrński (eds.), *Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne*, Vol. 3, PTPN, Poznań 2014.
- Gadecki B., *Odpowiedzialność karna za podrabianie i przerabianie zabytków oraz obrót podrobionymi i przerobionymi zabytkami*, [in:] W. Szafrński, K. Zalasíńska (eds.), *Prawna ochrona dziedzictwa kulturowego*, Vol. 3, Wyd. Poznańskie, Poznań 2009.
- Gadecki B., *Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko przepisom*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), *Dekret Rady Regencyjnej z 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z komentarzem czyli eseje o prawie ochrony dziedzictwa kultury*, Wyd. UG, Gdańsk 2017.
- Gadecki B., *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury*, [in:] B. Gadecki, O. Jakubowski, M. Trzcíński, K. Zeidler (eds.), *Praktyczne aspekty zwalczania przestępczości przeciwko dziedzictwu kulturowemu*, Wyd. UG, Gdańsk 2019.
- Gadecki B., *Przestępstwo zbycia falsyfikatu. Komentarz do art. 109b ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, „Ochrona Zabytków” 2008, No. 56/2 (241).
- Gadecki B., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108–120. Przepisy karne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Gadecki B., *Zmiany w zakresie karnoprawnej ochrony zabytków w związku z uchwaleniem ustawy z dnia 22 czerwca 2017 roku o zmianie ustawy o ochronie zabytków*

- i opiece nad zabytkami oraz niektórych innych ustaw*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018, No. 1(4).
- Gardocki L., *Zasady obowiązywania ustawy*, „Palestra” 1996, No. 3–4.
- Gerecka-Żołyńska A., *Rozważania wokół współczesnych problemów karnoprawnej i karnoprocesowej ochrony zabytków*, [in:] W. Szafrński (ed.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, Vol. 2, Wyd. Poznańskie, Poznań 2008.
- Golat R., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Jakubowski O., *Karnoprawna ochrona zabytków – rozważania nad kierunkami zmian prawnych*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Wolters Kluwer/UG, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Jurgielewicz-Delegacz E., *Wybrane aspekty prawnokarnej ochrony zabytków na przykładzie Kodeksu karnego z 1997 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, No. 43.
- Karaźniewicz J., *Specyfika postępowania przygotowawczego prowadzonego w sprawach o przestępstwa przeciwko dobrom kultury*, „Prokuratura i Prawo” 2019, No. 1.
- Konarska-Wrzosek V. (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2020, Lex.
- Kotowski W., Kurzepa B., *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Kowalski W., Zalaśńska K., *Prawo ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce – próba oceny i wnioski*, [in:] B. Szmygin (ed.), *System ochrony zabytków w Polsce – analiza, diagnoza, propozycje*, Polski Komitet Narodowy Międzynarodowej Rady Ochrony Zabytków, Lublin–Warszawa 2011.
- Kowalski W., *Nowe zasady wywozu zabytków za granicę w świetle prawa polskiego*, [in:] *Stop przestępczości przeciwko dziedzictwu. Dobre praktyki i rekomendacje*, Narodowy Inst. Dziedzictwa, Warszawa 2011.
- Księżopolska-Kukulska A., *Dobra kultury jako przedmiot ochrony w prawie karnym*, „Prokurator” 2007, No. 2.
- Mozgawa M. (ed.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2021, Lex.
- Narodowska J., *Zabytki ruchome*, [in:] K. Zeidler, M. Marcinkowska (eds.), *Dekret Rady Regencyjnej z 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z komentarzem czyli eseje o prawie ochrony dziedzictwa kultury*, Wyd. UG, Gdańsk 2017.
- Narodowska J., Duda M., *Eksploracja archeologiczna obszarów leśnych*, [in:] W. Pływaczewski, M. Duda (eds.), *Nielegalna eksploatacja obszarów leśnych*, Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej WPiA UWM, Olsztyn 2013.
- Narodowska J., Duda M., *Ochrona zamków oraz pałaców i dworów szlacheckich na Warmii i Mazurach – aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, „Studia Prawnoustrojowe” 2019, No. 43.
- Narodowska J., Duda M., *Wandalizm zabytków z perspektywy kryminologicznej*, „Santander Art and Law Review” 2017, No. 1(3).
- Olejniczak D., *Zarys problematyki prawnej fałszerstw dzieł malarskich*, [in:] J. Włodarski, K. Zeidler (eds.), *Prawo muzeów*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Pływaczewski W., *Grabież i niszczenie dziedzictwa podwodnego kultury*, „Prokuratura i Prawo” 2008, No. 2.
- Pływaczewski W., *Niszczenie dziedzictwa kulturowego – między imperatywem ekonomii i ekologii. Kryminologiczne ujęcie problemu*, [in:] E.W. Pływaczewski (ed.), *Współczesne zagrożenia przestępczością i innymi zjawiskami patologicznymi, a prawo karne i kryminologia*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2009, z. 6.
- Pruszyński J., *Dziedzictwo kultury Polski. Jego straty i ochrona prawna*, t. 1, Zakamycze, Kraków 2001.

- Schreiber H., *Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r.*, [in:] K. Zalesińska (ed.), *Konwencje UNESCO w dziedzinie kultury. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Stefański R.A. (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2023, Legalis.
- Szafrański W., *Przeciwdziałanie fałszerstwom dzieł sztuki. Ku nowym rozwiązaniom prawnym*, [in:] *Problematyka autentyczności dzieł sztuki na polskim rynku sztuki. Teoria – praktyka – prawo*, Narodowy Instytut Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów, Warszawa 2012.
- Szczekala A., *Falszerstwa dzieł sztuki. Zagadnienia prawnokarne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Szmygin B., *System ochrony zabytków w Polsce – próba diagnozy*, [in:] B. Szmygin (ed.), *System ochrony zabytków w Polsce – analiza, diagnoza, propozycje*, Polski Komitet Narodowy Międzynarodowej Rady Ochrony Zabytków, Lublin–Warszawa 2011.
- Trzciński M., *Definicja zabytku archeologicznego – problemy i kontrowersje wokół stosowania prawa*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Wolters Kluwer/UG, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Trzciński M., *Przestępczość przeciwko zabytkom*, „Prokuratura i Prawo” 2011, No. 6.
- Trzciński M., *Przestępczość przeciwko zabytkom*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Wilk D., *Falszerstwa dzieł sztuki. Aspekty prawne i kryminalistyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Zalasińska K., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Zeidler K., *Nowe przestępstwa w systemie karnoprawnej ochrony dziedzictwa kultury*, „Ochrona Zabytków” 2006, No. 4.
- Zeidler K., Marcinkowska M. (eds.), *Dekret Rady Regencyjnej z 1918 r. o opiece nad zabytkami sztuki i kultury z komentarzem czyli eseje o prawie ochrony dziedzictwa kultury*, Wyd. UG, Gdańsk 2017.
- Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [in:] K. Zeidler (ed.), *Prawo ochrony zabytków*, Wolters Kluwer/UG, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Zeidler K., *Rola i zadania Policji w zakresie ochrony dziedzictwa kultury*, [in:] A. Szymaniak, W. Ciepiela (eds.), *Policja w Polsce. Stan obecny i perspektywy*, Wyd. Nauk. INPID UAM, Poznań 2007.

Summary

An overview of the offences against monuments in Polish law

Keywords: law on protection of monuments, crime against monuments, monuments, offences, cultural heritage, Act on the Protection and Guardianship of Monuments.

The aim of the article is to overview the criminal law regulations and the standpoints of Polish doctrine concerning the protection of monuments under Polish law. The main discussion is preceded by an introduction, which explains

key concepts relating to crime against monuments, including what is to be understood by the criminological term “crime against monuments”. The next part of the study discusses crimes against monuments governed by the Penal Code and the Law on the Act on the Protection and Guardianship of Monuments. The paper closes with brief conclusions. One of the main postulates is the need to strengthen the criminal law protection of monuments by creating a separate chapter of the Penal Code dedicated to these assets.

Streszczenie

Przegląd przestępstw przeciwko zabytkom w prawie polskim

Słowa kluczowe: prawo ochrony zabytków, przestępczość przeciwko zabytkom, zabytki, przestępstwa, dziedzictwo kulturowe, ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Celem artykułu jest przegląd regulacji prawnokarnych oraz stanowisk polskiej doktryny dotyczących ochrony zabytków na gruncie prawa polskiego. Główne rozważania poprzedza wstęp, w którym wyjaśniono kluczowe pojęcia odnoszące się do przestępczości przeciwko zabytkom, w tym co należy rozumieć pod kryminologicznym pojęciem „przestępczość przeciwko zabytkom”. W kolejnej części opracowania zanalizowano przestępstwa przeciwko zabytkom uregulowane w Kodeksie karnym oraz w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Opracowanie zamykają krótkie wnioski. Jednym z głównych postulatów jest potrzeba wzmocnienia karnoprawnej ochrony zabytków poprzez utworzenie oddzielnego rozdziału Kodeksu karnego poświęconemu zabytkom.

Michał Prusek

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0002-4652-5529

michal.prusek@uni.opole.pl

W kwestii ujednolicenia dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej i górnej granicy wieku obrony obligatoryjnej

Wstęp

Ustawą nowelizacyjną z dnia 27 września 2013 r.¹ ustawodawca dokonał zmiany art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k.² Zrezygnowano z posługiwania się pojęciem nieletniego i w sposób wyraźny wskazano, że oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu karnym, jeżeli nie ukończył 18 lat. Tym samym wyeksponowano różnicę między wspomnianym cenzusem wieku a podstawową dolną granicą wieku odpowiedzialności karnej z art. 10 § 1 k.k.³ na poziomie 17 lat. Nowelizacja spowodowała wzmocnienie postulatów *de lege ferenda* dotyczących ujednolicenia wspomnianych przepisów poprzez określenie takiej samej granicy wieku, która z jednej strony zasadniczo będzie wyznaczała początek odpowiedzialności karnej, z drugiej natomiast koniec obrony obligatoryjnej⁴. Niniejsze opracowanie zmierza do oceny zasadności tych postulatów, poszerzając kontekst o przepisy prawa cywilnego.

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247), dalej jako ustawa nowelizacyjna z 27 września 2013 r.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r., poz. 1375 ze zm.), dalej jako k.p.k.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1138 ze zm.), dalej jako k.k.

⁴ R.A. Stefański, *Konstytucyjne prawo do obrony a obrona obligatoryjna w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r.*, [w:] T. Gardocka i in., *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 20–21; M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 139. Zob. także: K. Zgryzek, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym – zagadnienia wybrane*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 4, s. 38; idem, *Prawo do obrony po noweli wrześniowej – kilka uwag*, [w:] B.T. Bieńkowska, H. Gajewska-Kraczkowska, M. Rogacka-Rzewnicka (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 561.

Rys historyczny

Już na wstępie warto wskazać, że zróżnicowanie cenzusów wieku ma w polskim ustawodawstwie pewną tradycję. Wprawdzie art. 88 k.p.k. z 1928 r.⁵ pierwotnie zastrzegał obronę obligatoryjną dla oskarżonych, którzy nie ukończyli 17 lat, jeżeli nie odpowiadali w postępowaniu przed sądem dla nieletnich. Natomiast z art. 69 i 70 k.k. z 1932 r.⁶ wynikała zasadniczo odpowiedzialność karna osób, które ukończyły 17 lat. Mimo to w art. 10 i 11 Kodeksu cywilnego (dalej jako k.c.) ustawodawca przyjął, iż pełną zdolność do czynności prawnych osoba fizyczna uzyskuje w momencie ukończenia 18 lat, chyba że wcześniej zawarła małżeństwo⁷. Jednocześnie na podstawie art. 426 k.c. wyłączono tzw. zdolność deliktową osób, które nie ukończyły 13 lat⁸.

Powstała niejednolitość została w dalszych latach pogłębiała przez ustawodawcę, bowiem w art. 9 § 1 k.k. z 1969 r.⁹ przyjął on podstawowy dolny próg odpowiedzialności karnej na poziomie 17 lat, z możliwością pociągnięcia do warunkowej odpowiedzialności karnej od 16 lat w § 2. Natomiast w art. 99 § 1 ust. 1 lit. b u.p.n.¹⁰ uzależniono obronę obligatoryjną ze względu na wiek od popełnienia czynu między 13 a 17 rokiem życia sprawcy oraz wszczęcia

⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 33, poz. 313), dalej jako k.p.k. z 1928 r.

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571), dalej jako k.k. z 1932 r.

⁷ R. Strugała, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa 2021, s. 37; M. Gutowski, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz do art. 1–352*, Warszawa 2021, s. 142; J. Regan, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 20; P. Nazaruk, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex, tezy 1, 6, 7; M. Maraszek, op. cit., s. 130, 136, 138. Por. A. Grześkowiak, *Prawo nieletnich*, Warszawa 2020, s. 23; O. Sitarz, A. Sołtysiak-Blachnik, S. Dwornicka, *Granica wieku odpowiedzialności karnej – dwugłos*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006, s. 120–121.

⁸ P. Machnikowski, *O zdolności deliktowej*, [w:] E. Gniewek (red.), *Podmiotowość cywilnoprawna w prawie polskim*, Wrocław 2008, s. 113–114; M. Gutowski, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), op. cit., s. 147; P. Książak, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2022, Legalis, teza 10; M. Pilich, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna, cz. 1 (art. 1–55(4))*, Warszawa 2021, s. 264; A. Rzetecka-Gil, *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, 2011, Lex, art. 426, teza 7; Z. Banaszczyk, *Głos do wyroku SN z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 1469/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 1, s. 7; P. Nazaruk, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), op. cit., teza 6; M. Wałachowska, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Frasz, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Warszawa 2018, s. 461–462.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94), dalej jako k.k. z 1969 r.

¹⁰ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r., poz. 969 ze zm.), dalej jako u.p.n.

postępowania przed ukończeniem przez niego 18 lat¹¹. Z jednej strony wprowadzone zmiany można postrzegać jako krok w stronę ujednolicenia przepisów. Obrona obligatoryjna bowiem tak samo jak co do zasady odpowiedzialność karna zostały w sposób tożsamy uzależnione od wieku sprawcy z chwili czynu. Dostrzega się spójność przedstawionego rozwiązania z dolnym progiem tzw. zdolności deliktowej¹². Ponadto wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 426 k.c. także jest niezależne od wieku z chwili postępowania¹³.

Z drugiej strony zmiany wprowadzone u.p.n. można potraktować jako pogłębienie różnic, bowiem w chwili ukończenia 17 lat rozpoczyna się zasadniczo pełna odpowiedzialność karna, co nie oddziałuje na koniec obrony obligatoryjnej w procesie karnym, ponieważ ta może nadal trwać, jeżeli czyn karalny został popełniony między 13 a 17 rokiem życia. Jako złagodzenie wspomnianych różnic można postrzegać uzależnienie istnienia obrony obligatoryjnej w procesie karnym od wieku z chwili wszczęcia postępowania. Jednak granica wieku została w tym zakresie ustalona nie na poziomie 17 lat, lecz na poziomie 18 lat, co przybliżało komentowane rozwiązanie do wieku pełnej zdolności do czynności prawnych z art. 10 i 11 k.c.

Kolejną zmianę stanowiło uchwalenie art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k., który pierwotnie zastrzegał obronę obligatoryjną dla nieletnich niezależnie od ich wieku w chwili wszczęcia postępowania. Przepis art. 99 § 1 ust. 1 lit. b u.p.n. ustawodawca pozostawił bez modyfikacji, co spowodowało zaistnienie dwóch podstaw obrony obligatoryjnej nieletnich w procesie karnym. Zakres normowania wspomnianych przepisów częściowo się pokrywał, częściowo zaś uzupełniał¹⁴.

¹¹ M. Koreyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, Warszawa 2015, s. 39; idem, *Sądy rodzinne w Polsce orzekające w sprawach nieletnich – wczoraj, dziś i jutro*, [w:] K. Krajewski, B. Stańdo-Kawecka (red.), *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Holdy*, Warszawa 2011, s. 207; G. Rdzanek-Piowar, *Nieletniość i jej granice*, Warszawa 1993, s. 101; A. Krukowski, *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] A. Krukowski (red.), *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 1991, s. 19; B. Stańdo-Kawecka, *Prawo karne nieletnich od opieki do odpowiedzialności*, Warszawa 2007, s. 301; M. Maraszek, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 kwietnia 2009 r., III KK 21/09*, 2010, Lex, teza 2.III; K. Gromek, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Warszawa 2004, s. 59; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek (red.), *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 32; T. Bojarski, *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz (red.), *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 47–48, 51.

¹² J. Gudowski, G. Bieniek, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, s. 803; J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011, s. 157.

¹³ W. Borysiak, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), op. cit., teza 12; P. Machnikowski, op. cit., s. 114; G. Bieniek, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2011, s. 478.

¹⁴ A. Grześkowiak, op. cit., s. 261–262; S. Steinborn, *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, 2016, Lex, teza 3.

W konsekwencji z chwilą gdy wiek nieletniego *tempore procedendi* przestał mieć znaczenie dla obrony obligatoryjnej w procesie karnym, podobieństwo wspomnianego warunku z art. 99 § 1 ust. 1 u.p.n. do wieku pełnej zdolności do czynności prawnych z art. 10 i 11 k.c. straciło na znaczeniu.

Z czasem poddano krytyce uzależnienie obrony obligatoryjnej od wieku nieletniego *tempore criminis*. Za pozbawiony racjonalnego uzasadnienia uznawano stan prawny, w którym osobie np. w wieku 25 lat przepisy zastrzegały obronę obligatoryjną tylko dlatego, że osoba ta popełniła czyn karalny między 13 a 17 rokiem życia¹⁵. Wspomniana krytyka przyczyniła się do zmiany art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. poprzez przyznanie obrony obligatoryjnej osobom, które *tempore procedendi* nie ukończyły 18 lat. W uzasadnieniu ustawy nowelizacyjnej z dnia 27 września 2013 r. wskazano, że nowelizacja w komentowanym zakresie zmierza do zapewnienia każdemu dziecku pomocy prawnej w przygotowaniu i prezentowaniu obrony zgodnie z art. 40 ust. 2 pkt b lit. ii Konwencji o prawach dziecka¹⁶, a ponadto do usunięcia wątpliwości i trudności związanych z wykładnią art. 79 k.p.k.¹⁷

W wykładni art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. po zmianach ugruntowało się stanowisko, zgodnie z którym obrona obligatoryjna w procesie karnym kończy się z chwilą ukończenia przez oskarżonego 18 lat¹⁸. Wydaje się jednak, że przytoczone stanowisko nie uwzględniało art. 18 § 2 pkt 1 lit. b u.p.n., zastrzegającego wzorem art. 99 § 1 ust. 1 lit. b u.p.n. obronę obligatoryjną dla nieletnich,

¹⁵ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 349. Zob. też K. Eichstaedt, *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1, 2022, Lex, teza 5.

¹⁶ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

¹⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, Sejm VII kadencji, s. 27, 29–30, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870> (data dostępu: 1.04.2023); M. Zimna, *Kształtowanie się instytucji obrony obligatoryjnej w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2015, nr 4, s. 40; R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r.*, [w:] P. Wiliński (red.), *Obrona i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Warszawa 2015, s. 28; K. Zgryzek, *Prawo do obrony...*, s. 560–561; K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 314.

¹⁸ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2017, s. 883; D. Drązewicz, *Obrona z urzędu w znnowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 5, s. 244; D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2016, s. 64; J. Kosonoga, *Appointed counsel for the defence in the polish criminal proceeding*, „Ius Novum” 2016, nr 2, s. 100; W. Posnow, *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 243–244; K. Zgryzek, *Obrona obligatoryjna...*, s. 38; M. Smarzewski, *Granice efektywności prawa do korzystania z pomocy obrońcy w kontekście ostatnich nowelizacji KPK*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 21, s. 1155; K. Eichstaedt, op. cit., teza 5; postanowienie SN z 2 lutego 2016 r., sygn. akt II KK 288/15, Lex nr 2194922; postanowienie SN z 2 lutego 2016 r., sygn. akt IV KK 337/15, Lex nr 1976250.

którzy w chwili wszczęcia postępowania nie ukończyli 18 lat. Tym samym nadal istniały dwie podstawy obrony obligatoryjnej w procesie karnym, które w części miały tożsamy zakres normowania. Wydaje się, że art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. po zmianach zbliżył koniec obrony obligatoryjnej do art. 10 i 11 k.c. i oddalił od art. 10 § 1 k.k., zgodnie z którym odpowiedzialność karą ponosi osoba, która w chwili popełnienia przestępstwa ukończyła 17 lat. Należy jednak pamiętać, że w świetle obowiązującego wówczas art. 18 § 2 pkt 1 lit. b u.p.n. jednym z warunków obrony obligatoryjnej nieletnich w procesie karnym było nieukończenie 17 lat w chwili czynu, co wykazywało spójność z art. 10 § 1 k.k.

Aktualny stan prawny

Wspomniana zbieżność została utrzymana przez ustawodawcę także po uchyleniu u.p.n., bowiem w art. 67 ust. 2 pkt 1 u.w.r.n.¹⁹ zastrzeżono obronę obligatoryjną nieletnich, którzy odpowiadają w procesie karnym na podstawie art. 10 § 2 k.k. niezależnie od wieku w chwili wszczęcia postępowania. Jednocześnie w art. 1 ust. 1 pkt 2 u.w.r.n. utrzymano definicję nieletniego w sprawach o czyny karalne jako osoby, która popełniła taki czyn między 13 a 17 rokiem życia.

W świetle powyższych rozważań, jeszcze przed przystąpieniem do oceny postulatów ujednolicenia dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej i górnej granicy wieku obrony obligatoryjnej, należy zwrócić uwagę, że co do zasady w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich jednolitość ta jest zapewniona przez rzeczony art. 67 ust. 2 pkt 1 u.w.r.n. Jeżeli bowiem oskarżony zostaje pociągnięty do warunkowej odpowiedzialności karnej za czyn popełniony przed ukończeniem 17 roku życia, jest objęty obroną obligatoryjną. Wspomniany postulat zyskuje zatem w większym stopniu znaczenie w odniesieniu do oskarżonych niebędących nieletnimi, którym art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. przyznaje obronę obligatoryjną do ukończenia 18 lat. Podnosi się, że z jednej strony w k.k. ustawodawca przyjmuje, że dopiero w wieku 17 lat „sprawca osiąga taki poziom rozwoju intelektualnego, emocjonalnego oraz społecznego, że potrafi prawidłowo rozpoznać znaczenie swego czynu oraz znaczenie normy prawnej, którą tym czynem narusza”²⁰. Natomiast z drugiej strony w k.p.k. uznaje, że do ukończenia 18 lat „dojrzałość psychiczna i społeczna nie jest w pełni wykształcona i z tego powodu konieczna jest (...) pomoc podmiotu fachowego”²¹.

¹⁹ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Dz.U. z 2022 r., poz. 1700), dalej jako u.w.r.n.

²⁰ R.A. Stefański, *Konstytucyjne prawo...*, s. 20.

²¹ Ibidem.

Stąd za słuszne przyjmuje się podniesienie dolnego progu odpowiedzialności karnej co do zasady do 18 lat²².

Kryteria określenia dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej

Odnosząc się do zasadności zgłoszonego postulatu, wydaje się, że zróżnicowanie przepisów można racjonalnie uzasadnić. W tym celu konieczne staje się nawiązanie do *ratio legis* przepisów określających dolny próg wieku odpowiedzialności karnej oraz regulujących obronę obligatoryjną ze względu na wiek.

Określając wiek, od którego osoba ponosi pełną odpowiedzialność karną, ustawodawca kierował się stopniem rozwoju biologicznego, psychicznego, społecznego oraz moralnego człowieka, opierając się na danych statystycznych²³. Mimo że ukończenie procesu dojrzewania psychicznego człowieka bywa datowane na 25 rok życia²⁴, zdaniem ustawodawcy ukończenie 17 roku życia jest „równoznaczne z osiągnięciem dojrzałości w sferze prawa karnego, co z kolei jest immanentnie związane z możliwością przypisania sprawcy winy będącej subiektywną podstawą odpowiedzialności za czyn”²⁵. Z chwilą osiągnięcia tego wieku „sprawca osiąga taki poziom rozwoju intelektualnego, emocjonal-

²² Ibidem; M. Maraszek, *Dolna granica...*, s. 139. Zob. jednak: K. Zgryzek, *Obrona obligatoryjna...*, s. 38; idem, *Prawo do obrony...*, s. 561. Zob. także wcześniejsze postulaty: P. Kardas, *O podstawach odpowiedzialności nieletnich na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Uwagi na tle sporów dotyczących wymierzenia nieletniemu kary*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, Warszawa 2009, s. 94–95.

²³ O. Rataj, *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1, s. 126, 129, 135; O. Sitarz, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. 1: Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, Warszawa 2021, s. 329–330; P. Kardas, op. cit., s. 97; A. Zoll, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1: Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 186; P. Kobes, *Orzekanie i wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec nieletnich w Polsce*, Warszawa 2015, s. 18, 21, 23, 80; V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, s. 23; M.J. Lubelski, *Zagadnienia stykowe kodeksu karnego i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 10 § 1, art. 10 § 3, art. 10 § 4, art. 38 § 3, art. 1 § 3 k.k.)*, [w:] T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Lublin 2001, s. 56

²⁴ V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system...*, s. 22.

²⁵ M. Maraszek, *Glosa do wyroku SN z dnia 1 czerwca 2006 r., V KK 158/06*, 2010, Lex, teza 2. Zob. też: idem, *Odpowiedzialność karna nieletnich (art. 10 § 2 k.k., art. 13 i 91 u. Niel.)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7–8, s. 125; P. Kardas, op. cit., s. 96; M. Kornak, *Glosa do wyroku SN z dnia 29 września 2009 r., III KK 105/09*, 2010, Lex, teza 1; M. Korcyl-Wolska, *Uwagi o konstytucyjnie gwarantowanych prawach obywatelskich nieletnich w świetle rozwiązań przyjętych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich z dnia 26 października 1982 r.*, [w:] P. Kardas, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Warszawa 2012, s. 151.

nego oraz społecznego, że potrafi prawidłowo rozpoznać znaczenie swego czynu oraz znaczenie normy prawnej, którą tym czynem narusza”²⁶. Jest świadomy swojego postępowania i jego konsekwencji oraz potrafi dokonać wyboru swojego zachowania²⁷. Tym samym nieletniego charakteryzuje mniejsza autonomizacja procesów poznawczych, opisowych oraz mniejszy zasób doświadczenia życiowego i pamięci²⁸, a także brak kontroli mechanizmów własnego zachowania oraz ograniczona zdolność do autodeterminacji. W mniejszym stopniu jest w stanie przezwyciężyć motywy skłaniające go do popełnienia czynu karalnego. Wykazuje większą podatność na emocje oraz wpływy zewnętrzne z powodu niewykształconych jeszcze w pełni hamulców etycznych i moralnych²⁹.

Z uwagi na powyższe wskazuje się, że zasadniczo ukończenie 17 lat w chwili czynu jest warunkiem przypisania sprawcy winy³⁰. Jednocześnie dostrzega się brak jednolitości poglądów w zakresie przypisania winy nieletniemu. Z jednej strony wskazuje się, że jest to konieczne, aby pociągnąć nieletniego do odpowiedzialności karnej³¹. Dostrzega się także, że wina nieletniego jest zawsze ograniczona³². W opozycji do przedstawionego stanowiska

²⁶ J. Giezek, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 90. Zob. też: R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna...*, s. 28–29; M. Mączyńska, *Kilka uwag o granicach nieletniości w prawie polskim w świetle historycznych, obowiązujących i projektowanych rozwiązań prawnych*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013, s. 355; A. Grześkowiak, op. cit., s. 245; P. Kardas, op. cit., s. 92–93; A. Szwarek, *Pojęcie zdolności do ponoszenia odpowiedzialności karnej*, [w:] P. Kardas, T. Sroka (red.), op. cit., s. 617.

²⁷ O. Sitarz, op. cit., s. 312–313. Zob. M. Mączyńska, op. cit., s. 355; P. Kardas, op. cit., s. 98; T. Bojarski, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 79–80.

²⁸ R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna...*, s. 28–29.

²⁹ O. Rataj, op. cit., s. 129. Zob. też: V. Konarska-Wrzosek, *Prawny system...*, s. 22–23; P. Kobes, op. cit., s. 76, 129–133.

³⁰ M. Maraszek, *Glosa do wyroku SN z dnia 1 czerwca...*, teza 2; idem, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 maja 2005 r.*, I KZP 12/05, 2011, Lex, teza 6.VI; idem, *Glosa do wyroku SN z dnia 29 września 2009 r.*, III KK/105/09, 2011, Lex, teza 2.III; J. Giezek, op. cit., s. 90; O. Sitarz, op. cit., s. 312; B. Stańdo-Kawecka, op. cit., s. 324; M. Korcył-Wolska, *Postępowanie w sprawach...*, s. 46; P. Kobes, op. cit., s. 23, 25; M.J. Lubelski, op. cit., s. 54; A. Zoll, *Czy nieletniość jest okolicznością wyłączającą winę?*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), op. cit., s. 191. Por. O. Rataj, op. cit., s. 129; P. Kardas, op. cit., s. 99; M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex, teza 4, 10.

³¹ K. Burdziak, *Art. 10 § 2 k.k. i art. 94 u.p.n. z perspektywy art. 40 ust. 3 Konwencji o prawach dziecka, czyli kilka słów na temat odpowiedzialności karnej nieletnich*, „Probacja” 2019, nr 2, s. 45; A. Grześkowiak, op. cit., s. 243–245; idem, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 151–152, 156–157; M. Budyn-Kulik, op. cit., teza 10; M.J. Lubelski, op. cit., s. 54; M. Korcył-Wolska, *Postępowanie w sprawach...*, s. 46.

³² O. Rataj, op. cit., s. 135; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 46; A. Walczak-Żochowska, J. Dąbrowski, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 178; Z. Sienkiewicz, *O dyrektywie wymiaru kary wobec nieletnich i młodocianych (uwagi na tle art. 54 § 1 k.k.)*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces*

przyjmuje się, że w przypadku nieletniego w ogóle nie rozważa się winy³³, co zdaniem niektórych czyni odpowiedzialność nieletnich za czyny karalne odpowiedzialnością o charakterze obiektywnym czy przedmiotowym³⁴.

Niekwestionowany związek wieku *tempore criminis* z winą spowodował zarysowanie się tezy zrównującej nieletniość z niepoczytalnością³⁵. Zgodnie bowiem z art. 31 § 1 k.k. niepoczytalność to niemożność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, spowodowana jednak chorobą psychiczną, upośledzeniem umysłowym lub innym zakłóceniem czynności psychicznych. Wprawdzie w skutkach niepoczytalność może wykazywać podobieństwo do nieletniości, jednak różnicą jest czynnik wywołujący wspomniane rezultaty, który w przypadku art. 31 § 1 i 2 k.k. ma charakter patologiczny. W przypadku nieletniego natomiast wynika z przyczyn naturalnych, tj. braku pełnego rozwoju psychicznego³⁶.

Kryteria określenia górnej granicy wieku obrony obligatoryjnej

Inne natomiast są cele obrony obligatoryjnej. Rzeczona instytucja nakłada na oskarżonego obowiązek korzystania z pomocy obrońcy, bowiem zakłada się, że jako nieletni nie będzie posiadał odpowiedniej wiedzy prawniczej oraz doświadczenia procesowego czy doświadczenia życiowego, a to znacznie utrudni albo uniemożliwi samodzielne realizowanie przez oskarżonego prawa do obrony³⁷. Podkreśla się, że taki oskarżony jest niezdolny do obrony³⁸. Obrona obligatoryjna ma zatem zapewnić równowagę sił w procesie karnym³⁹. Jednocześnie komentowana instytucja zmierza do zabezpieczenia praw oskarżonego,

karny. *Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, Warszawa 2009, s. 694; A. Wąsek, *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 35. Zob. też V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system...*, s. 29, 123, 128; P. Kobes, op. cit., s. 19, 77.

³³ A. Zoll, *Komentarz do...*, s. 171; idem, *Czy nieletniość...*, s. 194, 196; J. Mierzwińska-Lorencka, *Kwalifikowany typ przestępstwa zgwałcenia a odpowiedzialność karna nieletniego*, [w:] A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielączna, P. Wiktorowska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013, s. 909–910; P. Kardas, op. cit., s. 100–101.

³⁴ O. Sitarz, op. cit., s. 314; P. Kardas, op. cit., s. 99.

³⁵ A. Grześkowiak, *Prawo nieletnich...*, s. 245; J. Mierzwińska-Lorencka, op. cit., s. 908–909.

³⁶ P. Kobes, op. cit., s. 21; O. Rataj, op. cit., s. 134; J. Giezek, op. cit., s. 92.

³⁷ J. Kosonoga, *Przesłanki obrony obligatoryjnej w postępowaniu wykonawczym*, [w:] A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielączna, P. Wiktorowska (red.), op. cit., s. 511, 527; M. Maraszek, *Głosa do wyroku SN z dnia 26 czerwca 2008 r., V KK 126/08*, 2012, Lex, teza II; R.A. Stefański, *Komentarz do...*, s. 878–879; M. Smarzewski, op. cit., s. 1157; M. Zimna, op. cit., s. 32.

³⁸ J. Kosonoga, *Appointed counsel...*, s. 99.

³⁹ Ibidem, s. 99–100; M. Matusiak-Frąćczak, *Określenie momentu postępowania karnego, w którym podejrzanemu lub oskarżonemu powinien być udostępniony kontakt z obrońcą. Głosa do wyroku ETPC z dnia 27 listopada 2008 r., 36391/02*, 2013, Lex, teza 5.

co w przypadku nieletniości jest wymagane z punktu widzenia interesu publicznego oraz względów słuszności⁴⁰. W praktyce w zachowaniu nieletnich przed sądem widoczna jest także obniżona zdolność pojmowania powagi sytuacji, w jakiej się znajdują, biorąc udział w procesie karnym w charakterze oskarżonego⁴¹.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że inne są cele określenia granic wiekowych oskarżonego na potrzeby odpowiedzialności karnej względem obrony obligatoryjnej. Różnicowanie *ratio legis* może uzasadniać niespójność wspomnianych cenzusów wieku.

Wprawdzie niedojrzałość intelektualna, moralna i społeczna wskazywane są jako okoliczności uzasadniające zarówno granice wiekowe odpowiedzialności karnej, jak i obrony obligatoryjnej nieletnich⁴². Ponadto nieletnich charakteryzuje brak „refleksji nad tym, że ludzie żyją w ogólniejszym systemie – znaczenie normy prawnej może się zmieniać w zależności od obiektu identyfikacji aż do odmówienia osobom spoza grupy ochronnego waloru normy prawnej czy też usprawiedliwienia złamania normy prawnej wtedy, gdy dla jednostki ważniejsza jest identyfikacja z aprobowaną grupą”⁴³, którą mogą tworzyć nie tyle rodzice, co w wielu przypadkach koledzy i rówieśnicy⁴⁴. Wspomniany brak refleksji może dotyczyć każdej normy prawa, niezależnie od jej *ratio legis*.

Należy jednak zwrócić uwagę na różnice w określaniu zdolności do dokonywania czynności zgodnych z prawem i niezgodnych z prawem⁴⁵. Inaczej oceniana będzie świadomość nieletniego przez pryzmat znajomości przez niego norm formułujących zachowania zakazane w społeczeństwie, a inaczej świadomość i umiejętność wykorzystania norm regulujących uprawnienia jednostki, w szczególności na gruncie przepisów postępowania karnego⁴⁶.

Mając na uwadze sygnalizowane wcześniej związki nieletniości z niepo czytalnością, warto przytoczyć poglądy, które były wyrażane w zakresie obro-

⁴⁰ R.A. Stefański, *Konstytucyjne prawo...*, s. 18; F. Prusak, *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1999, s. 294; M. Zimna, op. cit., s. 32.

⁴¹ O. Sitarz, A. Sołtysiak-Blachnik, S. Dwornicka, op. cit., s. 128–129.

⁴² R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 98–100. Zob. też G. Rdzanek-Piwowar, op. cit., s. 102.

⁴³ R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie...*, s. 128.

⁴⁴ Ibidem, s. 130.

⁴⁵ P. Księżak, op. cit., teza 10; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 42; P. Nazaruk, *Komentarz do art. 11...*, teza 6; M. Pazdan, *Zdolność do czynności prawnych i inne postaci zdolności czynnej*, [w:] Z. Radwański, M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 1, Warszawa 2012, s. 1104; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 76–77; J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 157; P. Machnikowski, op. cit., s. 111.

⁴⁶ Początek zdolności do dokonywania czynności niezgodnych z prawem bywa określany nawet na wiek 7 czy 10 lat. Zob. G. Bieniek, op. cit., s. 482–483 i wskazane tam orzecznictwo; J. Gudowski, G. Bieniek, op. cit., s. 807–808; J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 157–158.

ny obligatoryjnej ze względu na uzasadnione wątpliwości co do poczytalności oskarżonego w art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. w brzmieniu sprzed ustawy nowelizacyjnej z 27 września 2013 r. Sprzeciwiano się wówczas używaniu pojęcia poczytalności na określenie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego *tempore procedendi*. Poczytalność jako pojęcie wywodzące się z art. 31 § 1 i 2 k.k. w sposób naturalny było powiązane ze stanem zdrowia psychicznego sprawcy *tempore criminis* i oznaczało zdolność rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Tak rozumiana poczytalność była kwestionowana jako kryterium oceny stanu zdrowia psychicznego *tempore procedendi*, ponieważ w chwili postępowania oskarżony nie popełnia przestępstw⁴⁷. Z punktu widzenia podstaw obrony obligatoryjnej, ze względu na stan zdrowia psychicznego, w toku procesu znaczenie zyskuje nie tyle zdolność do rozpoznania normy zakazanej i adekwatnego zachowania się do zakazu, co zdolność do rozpoznania norm procesowych i wykorzystania ich na swoją korzyść w postępowaniu, w którym oskarżony bierze udział. Wyodrębnienie wspomnianych dwóch rodzajów zdolności spowodowało zróżnicowanie kryteriów obrony obligatoryjnej w orzecznictwie, co w konsekwencji doprowadziło do zmiany art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k., poprzez jego rozbitcie na dwie odrębne podstawy obrony obligatoryjnej wyrażone obecnie w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k.⁴⁸

Znaczenie wieku dla zdolności w prawie cywilnym

W podobny sposób ustawodawca traktuje wiek jako kryterium zdolności do dokonywania czynności zgodnych z prawem i niezgodnych z prawem na gruncie prawa cywilnego. Pełną zdolność do czynności prawnych przyznaje się osobom, które ukończyły 18 lat, co stanowi wyraz uznania, że osiągnięcie wspomnianego wieku wiąże się z uzyskaniem odpowiedniego stopnia dojrze-

⁴⁷ R. A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim...*, s. 126–128; E. Habzda-Siwek, *Dylematy związane z opinią o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (refleksje wokół art. 202 k.p.k.)*, [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007, s. 186; K. Eichstaedt, *Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 11–12, s. 90, 93; T. Grzegorzczak, op. cit., s. 351–353; S. Ładoś, *Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi*, Warszawa 2013, s. 185–186; P. Nycz, *Obrona obligatoryjna związana ze stanem psychiki oskarżonego – uwagi na marginesie postanowienia SN z 29 czerwca 2010 r.*, I KZP 6/10, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 3, s. 53–58; A. Platek, *Poczytalność oskarżonego „w czasie postępowania” czy psychiczna zdolność do „rozumnej obrony”?*, „Palestra” 2009, nr 5–6, s. 70, 72; D. Krakowiak, *Sprawca niepoczytalny w procesie karnym*, Łódź 2018, s. 21–26; R. Kmiecik, *O poczytalności oskarżonego „w czasie postępowania” – polemicznie*, „Palestra” 2007, nr 5–6, s. 92–94.

⁴⁸ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 29–30; S. Steinborn, op. cit., teza 6; M. Zimna, op. cit., s. 41–42; postanowienie SN z 29 czerwca 2010 r., sygn. akt I KZP 6/10, Lex nr 583986.

łości⁴⁹. Dopiero wówczas, w oparciu o ogólnie przyjęte poglądy dotyczące dojrzałości biologicznej i umysłowej człowieka, zyskuje on zdolność do samodzielnego kształtowania praw i obowiązków, korzystania z uprawnień i zaciągania zobowiązań⁵⁰. Podkreśla się jednak, że art. 10 i 11 k.c. są wyrazem pewnej konwencji. Bowiem rzeczywista chwila uzyskania wspomnianej dojrzałości jest kwestią indywidualną każdego człowieka. Ponadto granica wieku na poziomie 18 lat jest uznawana za zaniżoną, bowiem dojrzałość umysłową człowiek uzyskuje później. Tym niemniej tak niskie usytuowanie wieku osiągnięcia zdolności do czynności prawnych uzasadnia się względami praktycznymi i potrzebami obrotu⁵¹.

Mimo powyższej argumentacji jako początek potencjalnej zdolności do ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej ustawodawca w art. 426 k.c. wyznacza ukończenie 13 roku życia. Jako kryterium przywołuje się w tym zakresie stopień rozwoju psychofizycznego pozwalający na rozpoznanie znaczenia swojego czynu i właściwe kierowanie swym postępowaniem⁵². Mając na uwadze podobieństwo rzeczzonego kryterium do przesłanek poczytalności, osoby w wieku poniżej 13 lat zrównuje się z osobami niepoczytalnymi⁵³. Jednocześnie podkreśla się, że początek tzw. zdolności deliktowej zbiega się z możliwością pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności za popełnienie

⁴⁹ R. Strugała, op. cit., s. 37; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), op. cit., s. 37; M. Pilich, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny...*, t. 1, s. 259–260. Nieco odmiennie: S. Kalus, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: Część ogólna (art. 1–125), Warszawa 2018, s. 67–68.

⁵⁰ P. Księżak, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), op. cit., teza 7; J. Regan, *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), op. cit., s. 19; idem, *Komentarz do art. 11...*, s. 20; R. Strugała, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), op. cit., s. 38; M. Gutowski, *Komentarz do art. 11...*, s. 145; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Komentarz do art. 11...*, s. 40–41; P. Nazaruk, *Komentarz do art. 11...*, teza 1 i 2; S. Dmowski, *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] S. Rudnicki, S. Dmowski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 81. Nieco odmiennie: S. Kalus, op. cit., s. 67–68; M. Pilich, *Komentarz do art. 11...*, s. 264; M. Pazdan, op. cit., s. 1091.

⁵¹ P. Księżak, *Komentarz do art. 10...*, teza 7; idem, *Komentarz do art. 11...*, teza 5; M. Gutowski, *Komentarz do art. 10...*, s. 143; J. Regan, *Komentarz do art. 10...*, s. 19; A. Lutkiewicz-Rucińska, *Komentarz do art. 10...*, s. 37. Nieco odmiennie: S. Kalus, op. cit., s. 67–68.

⁵² W. Dubis, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), op. cit., s. 964; P. Machnikowski, op. cit., s. 113; I. Długoszewska-Kruk, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), op. cit., s. 921–922; Z. Banaszczyk, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: Art. 1–449¹⁰, Warszawa 2020, s. 1539–1540; idem, *Glosa do wyroku...*, s. 7; A. Olejniczak, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2014, s. 468; A. Rzetecka-Gil, op. cit., art. 426, tezy 1 i 7.

⁵³ W. Dubis, op. cit., s. 965; M. Marcinkowski, *Obiektywizacja odpowiedzialności deliktowej małoletnich we Francji i Polsce*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 8, s. 88; A. Śmieja, *Wiek sprawcy szkody jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej z tytułu czynów niedozwolonych*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 3, s. 123; W. Borysiak, op. cit., teza I, III, 9; Z. Banaszczyk, *Komentarz do art. 426...*, s. 1539–1540; idem, *Glosa do wyroku...*, s. 6.

czynu karalnego na podstawie uprzednio u.p.n., a obecnie u.w.r.n.⁵⁴ Tym samym zdaniem części doktryny i orzecznictwa osoba, która ukończyła 13 lat, odpowiada tak jak dorosły w cywilnoprawnym rozumieniu tego pojęcia⁵⁵. Należy jednak pamiętać, że również w tym przypadku przepisy są wyrazem przyjętej konwencji, która nie uwzględnia indywidualnych predyspozycji poszczególnych osób⁵⁶.

Wnioski

Przykłady zróżnicowania cenzusów wieku można mnożyć, nawiązując chociażby do zdolności sądowej i procesowej w postępowaniu cywilnym albo do zdolności procesowej i zdolności do czynności procesowych w postępowaniu karnym. Obszarem badawczym można by także objąć przepisy pozwalające na zawieranie związków małżeńskich, czynny udział w wyborach, zakup alkoholu czy uzyskanie prawa jazdy⁵⁷. Wydaje się jednak, że poglądy zaprezentowane powyżej są wystarczające do sformułowania pewnych wniosków natury ogólnej.

W ocenie postulatów ujednolicenia dolnej granicy wieku odpowiedzialności karnej i górnej granicy wieku obrony obligatoryjnej nie sposób ograniczać się jedynie do analizy art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. i art. 10 § 1 k.k. Kwestia ta wymaga szerszego spojrzenia na osobę nieletniego z uwzględnieniem chociażby przytoczonych przepisów u.w.r.n. czy k.c. W świetle powyższego zasadne jest odrębne dokonywanie oceny zdolności do dokonywania czynności zgodnych z prawem i niezgodnych z prawem. Należy mieć na uwadze, że art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. dotyczy pierwszej z wymienionych zdolności, natomiast art. 10 § 1 k.k. – drugiej z nich. Trudno zatem zgodzić się z postulatem ujednolicenia komentowanych cenzusów wieku przyjętych we wspomnianych przepisach. Nie należy wykluczać postulatu podniesienia podstawowego wieku odpowiedzialności karnej z 17 do 18 lat, jednak jego oceny powinno się dokonywać z uwzględnieniem celów i funkcji prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem stopnia dojrzałości nieletniego. Tym niemniej nawet w przypadku pozytywnej oceny wspomnianego postulatu wydaje się on mało realny, mając na uwadze głęboko zakorzeniony w polskim porządku prawnym podstawowy próg odpowiedzialności karnej usytuowany na poziomie 17 lat oraz ostatnie zmiany

⁵⁴ J. Gudowski, G. Bieniek, op. cit., s. 803; J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 157.

⁵⁵ M. Zelek, *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz do art. 353–626*, Warszawa 2021, s. 689. Zob. też: A. Szpunar, *Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 1469/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 6, s. 306; M. Marcinkowski, op. cit., s. 88. Odmienne: G. Bieniek, op. cit., s. 478; J. Gudowski, G. Bieniek, op. cit., s. 803. Nieco inaczej: M. Wałachowska, op. cit., s. 462–463.

⁵⁶ J. Gudowski, G. Bieniek, op. cit., s. 803; J. Kuźmicka-Sulikowska, op. cit., s. 158.

⁵⁷ M. Maraszek, *Dolna granica...*, s. 138–139.

art. 10 k.k., zmierzające do dalszego obniżania wieku warunkowej odpowiedzialności karnej⁵⁸. Wyrażona wątpliwość zyskuje na sile przy uwzględnieniu, że podejmując na przestrzeni lat kolejne decyzje w przedmiocie obniżenia wieku warunkowej odpowiedzialności karnej, ustawodawca kierował się nie tyle szacunkowym stopniem dojrzałości nieletniego, co poziomem zagrożenia społeczeństwa ze strony zdemoralizowanych sprawców⁵⁹.

Wykaz literatury

- Banaszczyk Z., *Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 1469/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 1.
- Banaszczyk Z., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–449*¹⁰, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Bieniek G., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Bojarski T., *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz (red.), *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Bojarski T., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Boratyńska K.T., Czarnecki P., [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Borysiak W., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2022, Legalis.
- Budyn-Kulik M., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex.
- Burdziak K., *Art. 10 § 2 k.k. i art. 94 u.p.n. z perspektywy art. 40 ust. 3 Konwencji o prawach dziecka, czyli kilka słów na temat odpowiedzialności karnej nieletnich*, „Probacja” 2019, nr 2.
- Drugoszewska-Kruk I., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Dmowski S., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] S. Rudnicki, S. Dmowski, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Drajewicz D., *Obrońca z urzędu w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 5.
- Dubis W., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Eichstaedt K., *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, t. 1, 2022, Lex.

⁵⁸ Ustawa z 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 2600).

⁵⁹ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 10...*, s. 142–143; eadem, *Prawo nieletnich...*, s. 226; J. Giezek, op. cit., s. 93; K. Burdziak, op. cit., s. 40; Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2024, Sejm IX kadencji, s. 1–4, 6–7, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024> (data dostępu: 1.04.2023). Zob. też słuszną krytykę O. Rataj, op. cit., s. 138; P. Kobes, op. cit., s. 78, 342.

- Eichstaedt K., *Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Sądowy” 2019, nr 11–12.
- Giezek J., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Gromek K., *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Grzegorzczuk T., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Artykuły 1–467*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Grześkowiak A., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Grześkowiak A., *Prawo nieletnich*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Gudowski J., Bieniek G., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Gutowski M., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz do art. 1–352*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Gutowski M., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz do art. 1–352*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Habzda-Siwiek E., *Dylematy związane z opinią o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (refleksje wokół art. 202 k.p.k.)*, [w:] K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Kalus S., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna (art. 1–125)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kardas P., *O podstawach odpowiedzialności nieletnich na zasadach określonych w Kodeksie karnym. Uwagi na tle sporów dotyczących wymierzenia nieletniemu kary*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kmieciak R., *O poczytalności oskarżonego „w czasie postępowania” – polemicznie*, „Palestra” 2007, nr 5–6.
- Kobes P., *Orzekanie i wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec nieletnich w Polsce*, Difin, Warszawa 2015.
- Konarska-Wrzošek V., *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek (red.), *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Konarska-Wrzošek V., *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Korcyl-Wolska M., *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Korcyl-Wolska M., *Sądy rodzinne w Polsce orzekające w sprawach nieletnich – wczoraj, dziś i jutro*, [w:] K. Krajewski, B. Stańdo-Kawecka (red.), *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Korcyl-Wolska M., *Uwagi o konstytucyjnie gwarantowanych prawach obywatelskich nieletnich w świetle rozwiązań przyjętych w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich z dnia 26 października 1982 r.*, [w:] P. Kardas, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

- Kornak M., *Glosa do wyroku SN z dnia 29 września 2009 r., III KK 105/09*, 2010, Lex.
- Kosonoga J., *Appointed counsel for the defence in the polish criminal proceeding*, „Ius Novum” 2016, nr 2.
- Kosonoga J., *Przesłanki obrony obligatoryjnej w postępowaniu wykonawczym*, [w:] A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielączna, P. Wiktorowska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Krakowiak D., *Sprawa niepoczytalny w procesie karnym*, Wyd. UŁ, Łódź 2018.
- Krukowski A., *Komentarz do art. 1 u.p.n.*, [w:] A. Krukowski, (red.), *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1991.
- Księżak P., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2022, Legalis.
- Księżak P., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] K. Osajda, W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 2022, Legalis.
- Kuźmicka-Sulikowska J., *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Lubelski M.J., *Zagadnienia stykowe kodeksu karnego i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (art. 10 § 1, art. 10 § 3, art. 10 § 4, art. 38 § 3, art. 1 § 3 k.k.)*, [w:] T. Bojarski, E. Skrzętułowicz (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy stosowania ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Wyd. UMCS, Lublin 2001.
- Lutkiewicz-Rucińska A., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Lutkiewicz-Rucińska A., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Ładoś S., *Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Machnikowski P., *O zdolności deliktowej*, [w:] E. Gniewek (red.), *Podmiotowość cywilnoprawna w prawie polskim*, Wyd. UWr, Wrocław 2008.
- Maraszek M., *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Maraszek M., *Glosa do uchwały SN z dnia 24 maja 2005 r., I KZP 12/05*, 2011, Lex.
- Maraszek M., *Glosa do wyroku SN z dnia 22 kwietnia 2009 r., III KK 21/09*, 2010, Lex.
- Maraszek M., *Glosa do wyroku SN z dnia 1 czerwca 2006 r., V KK 158/06*, 2010, Lex.
- Maraszek M., *Glosa do wyroku SN z dnia 26 czerwca 2008 r., V KK 126/08*, 2012, Lex.
- Maraszek M., *Glosa do wyroku SN z dnia 29 września 2009 r., III KK/105/09*, 2011, Lex.
- Maraszek M., *Odpowiedzialność karna nieletnich (art. 10 § 2 k.k., art. 13 i 91 u. Niel.)*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7–8.
- Marcinkowski M., *Obiektywizacja odpowiedzialności deliktowej małoletnich we Francji i Polsce*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 8.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Matusiak-Frączczak M., *Określenie momentu postępowania karnego, w którym podejrzanemu lub oskarżonemu powinien być udostępniony kontakt z obrońcą. Glosa do wyroku ETPC z dnia 27 listopada 2008 r., 36391/02*, 2013, Lex.
- Maczyńska M., *Kilka uwag o granicach nieletniości w prawie polskim w świetle historycznych, obowiązujących i projektowanych rozwiązań prawnych*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Mierzwińska-Lorencka J., *Kwalifikowany typ przestępstwa zgwałcenia a odpowiedzialność karna nieletniego*, [w:] A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielączna, P. Wikto-

- rowska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013.
- Nazaruk P., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex.
- Nazaruk P., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, 2023, Lex.
- Nycz P., *Obrona obligatoryjna związana ze stanem psychiki oskarżonego – uwagi na marginesie postanowienia SN z 29 czerwca 2010 r.*, *IKZP 6/10*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 3.
- Olejniczak A., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania – część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Pazdan M., *Zdolność do czynności prawnych i inne postaci zdolności czynnej*, [w:] Z. Radwański, M. Safjan (red.), *Prawo cywilne – część ogólna*, seria: System Prawa Prywatnego, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Pilich M., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, cz. 1 (art. 1–55(4)), Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Pilich M., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, cz. 1 (art. 1–55(4)), Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Platek A., *Poczytalność oskarżonego „w czasie postępowania” czy psychiczna zdolność do „rozumnej obrony”?*, „Palestra” 2009, nr 5–6.
- Posnow W., *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Prusak F., *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1999.
- Rataj O., *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1.
- Rdzanek-Piowar G., *Nieletniość i jej granice*, Wyd. WSPS, Warszawa 1993.
- Regan J., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Regan J., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Rzetecka-Gil A., *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*, 2011, Lex.
- Sienkiewicz Z., *O dyrektywie wymiaru kary wobec nieletnich i młodocianych (uwagi na tle art. 54 § 1 k.k.)*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdry*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Sitarz O., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. 1: *Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Sitarz O., Sołtysiak-Blachnik A., Dwornicka S., *Granica wieku odpowiedzialności karnej – dwugłos*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wyd. STO, Bielsko-Biała 2006.
- Smarzewski M., *Granice efektywności prawa do korzystania z pomocy obrońcy w kontekście ostatnich nowelizacji KPK*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 21.
- Sokołowski T., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Stańdo-Kawecka B., *Prawo karne nieletnich od opieki do odpowiedzialności*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

- Stefański R.A., *Konstytucyjne prawo do obrony a obrona obligatoryjna w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r.*, [w:] T. Gardocka i in., *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Biuro RPO, Warszawa 2014.
- Stefański R.A., *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r.*, [w:] P. Wiliński (red.), *Obronca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Stefański R.A., *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Steinborn S., *Komentarz do art. 79 k.p.k.*, [w:] S. Steinborn (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, 2016, Lex.
- Strugała R., *Komentarz do art. 10 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Strugała R., *Komentarz do art. 11 k.c.*, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Szpunar A., *Glosa do wyroku SN z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 1469/00*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2002, nr 6.
- Szwarc A., *Pojęcie zdolności do ponoszenia odpowiedzialności karnej*, [w:] P. Kardas, T. Sroka (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Śmieja A., *Wiek sprawcy szkody jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej z tytułu czynów niedozwolonych*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 3.
- Świecki D., *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Walczak-Zochowska A., Dąbrowski J., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Wałachowska M., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Wąsek A., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2006.
- Zelek M., *Komentarz do art. 426 k.c.*, [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz do art. 353–626*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Zgryzek K., *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym – zagadnienia wybrane*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 4.
- Zgryzek K., *Prawo do obrony po noweli wrześniowej – kilka uwag*, [w:] B.T. Bienkowska, H. Gajewska-Kraczkowska, M. Rogacka-Rzewnicka (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa profesora Piotra Kruszyńskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Zimna M., *Kształtowanie się instytucji obrony obligatoryjnej w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2015, nr 4.
- Zoll A., *Czy nieletniość jest okolicznością wyłączającą winę?*, [w:] P. Hofmański, S. Waltoś (red.), *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Zoll A., *Komentarz do art. 10 k.k.*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1: *Komentarz do art. 1–52*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Summary

On the matter of uniforming the lower limit of the age of criminal liability and the upper age of mandatory defense

Keywords: criminal liability of minors, obligatory defence of minors, the legal capacity of minors, tort capacity of minors, standardization of age qualifications.

In recent years, the postulate to unify the lower age limit for criminal responsibility and the upper age limit for mandatory defence has gained strength. This article aims to assess the legitimacy of this postulate. The conducted analysis goes beyond the framework of criminal law and proceedings and refers to civil law, in the field of legal capacity and tortious capacity. The study considered the psychological approach to the juvenile's abilities and practical experience of the juvenile's functioning in court proceedings.

Arkadiusz Tomczyk

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-7885-9411

akadiusztomczyk@o2.pl

Pranie pieniędzy pochodzących z eko-przestępczości. Wyrafinowane przestępstwo czy prymitywny proceder?

Zagadnienia wprowadzające

Niniejszy artykuł stanowi pokłosie referatu wygłoszonego podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Transgraniczna (zorganizowana) eko-przestępczość w Europie i poza jej granicami”, która odbyła się w Olsztynie w dniach 10–11 października 2022 r. Autor, dostrzegając doniosłość problematyki przestępczości skierowanej przeciwko szeroko rozumianemu środowisku naturalnemu, postanowił zwrócić uwagę na nieco bardziej „przyziemny” aspekt tego zjawiska. Trudno jest bowiem wyobrazić sobie, aby przedmiotowe delikty popełniane były w imię jakiegokolwiek idei albo jedynie ku uciesze ich sprawców – znakomita ich większość wydaje się mieć tylko jeden cel, tj. przysporzenie wymiernej korzyści ekonomicznej. Na potrzeby niniejszej pracy rozważania zostaną oparte na przykładzie przestępczości związanej z nielegalnym handlem (przemytem) okazami dzikiej fauny i flory, które najczęściej ma charakter transgraniczny, a nawet globalny. Zjawisko to zostało również przeanalizowane przez FATF¹ i stało się przedmiotem raportu tej organizacji, opublikowanego w 2020 r.²

¹ The Financial Action Task Force (FATF) – niezależna, międzyrządowa organizacja o charakterze doradczym, który opracowuje i upowszechnia standardy, rekomendacje dotyczące ochrony światowego systemu finansowego m.in. przed praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu. Rekomendacje FAFT uznawane są za standardy przeciwdziałania praniu pieniędzy (AML) oraz przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu (CTF). Źródło: <https://www.fatf-gafi.org/> (data dostępu: 12.10.2022).

² FATF, *Money laundering and the illegal wildlife trade*, Paris 2020, www.fatf-gafi.org/publications/methodandtrends/documents/money-laundering-illegal-wildlife-trade.html (data dostępu: 12.10.2022).

Zyski czerpane przez organizacje przestępcze z przestępstw przeciwko środowisku naturalnemu szacunkowo mieszczą się w przedziale od 110 do 281 mld dol. amerykańskich (USD) rocznie³. Liczby te wydają się uzasadniać swoistą atrakcyjność tego sektora dla grup przestępczych. Oczywiście nielegalny handel dzikimi zwierzętami i roślinami nie ogranicza się jedynie do gatunków chronionych, jednak to właśnie z uwagi na ich ograniczony dostęp, a nawet jego brak, ceny, jakie trzeba za nie zapłacić, czynią ten obszar działalnością atrakcyjnym. Ten rodzaj przestępczości, jak podaje Maciej A. Duda, określany jest w kryminologii mianem *CITES crimes*, od nazwy Konwencji waszyngtońskiej z 1973 r. (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora – CITES), obejmującej ochroną zagrożone gatunki fauny i flory⁴. Choć w opinii publicznej tego rodzaju delikty często wydają się być marginalizowane, np. z uwagi na ich znikomy wpływ na społeczeństwo (czy też w skali globalnej – na ludzkość), jednak trzeba stwierdzić, że dotyczą one i szkodzą wszystkim: zdrowiu publicznemu (wylesianie olbrzymich połączy ziemi, przyspieszenie globalnego ocieplenia), egzystencji lokalnych społeczności (plemiona Indian w Amazonii), stabilności i bezpieczeństwu systemu finansowemu (pranie pieniędzy). Zgodnie z powszechnie znanym porzekadłem – popyt rodzi podaż – można wyróżnić różnego rodzaju determinanty, które w dużej mierze przyczyniają się do rosnącej liczby omawianych czynów zabronionych. Trzeba bowiem zauważyć, że sam rynek nielegalnego handlu okazami dzikiej fauny i flory szacunkowo wart jest między 7 a 23 mld USD⁵. Jak wskazuje Wiesław Pływaczewski, „rabunkowa eksploatacja świata roślin i zwierząt” jest prowadzona z uwagi na zapotrzebowanie i wykorzystywanie tych surowców przez kilka wiodących branż, tj. przemysł mięsny i gastronomię, farmaceutykę i przemysł kosmetyczny, branżę tekstylną i futrzarską, przemysł jubilerski oraz pamiątkarski⁶.

Wskazane sektory gospodarki, jak podaje W. Pływaczewski, wykazują zapotrzebowanie na całą gamę produktów pochodzenia zwierzęcego oraz roślinnego, np. „dziczyznę” (mięso antylop, rzadkich gatunków ryb, kawior etc.), składniki potrzebne do wytworzenia leków lub suplementów diety i kosmetyków (również stosowane w tzw. medycynie ludowej), skóry do produkcji odzieży, obuwia, jak również innego rodzaju galanterii (np. znana już w popkulturze „torebka z krokodyla”)⁷. Tytułem przykładu warto przytoczyć dane przedsta-

³ FATF, *Money laundering from environmental crimes*, Paris 2021, s. 5, <https://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/money-laundering-environmentalcrime.html> (data dostępu: 12.10.2022).

⁴ M.A. Duda, *CITES crimes in Poland – causes, manifestations, counteracting*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52, s. 82.

⁵ FATF, *Money laundering and...*, s. 13.

⁶ W. Pływaczewski, *Nielegalny rynek chronionych gatunków dzikiej fauny i flory. Geneza, przejawy, przeciwdziałanie*, Szczytno 2016, s. 34–35.

⁷ Ibidem.

wione przez Europol, dotyczące przemytu węgorza szklatego (węgorza europejskiego) w sezonie połowowym 2018–2019, kiedy to europejskim organom ścigania udało się przechwycić łącznie 5789 kg tej ryby, a szacunkowa wartość była określana na 2000 euro za kg⁸.

Droga „towaru” od pozyskania do odbiorcy

Geografia i związana z nią zasobność i bogactwo środowiska naturalnego determinują w istotnie rolę państw, jaką pełnią one w nielegalnym handlu chronionymi gatunkami zwierząt i roślin. Nie jest nadużyciem stwierdzenie, że mowa jest w tym kontekście o pewnym „łańcuchu dostaw”, gdzie wyróżnić można swoistą klasyfikację państw świata według właśnie pełnionej roli na:

- 1) państwa źródłowe (*source countries*),
- 2) państwa tranzytowe (*transit countries*),
- 3) państwa przeznaczenia, docelowe (*destination countries*).

Do pierwszej kategorii należy zaliczyć kraje, których lokalna fauna i flora stanowią przedmiot nielegalnego handlu, a co za tym idzie – są atrakcyjnym „towarem” na nielegalnym rynku zwierząt i roślin. Wydaje się, że przykładów takich państw upatrywać można przede wszystkim w Azji, Amerykach, Afryce, biorąc pod uwagę bioróżnorodność tych kontynentów oraz liczbę chronionych przez CITES gatunków (ponad 29 000 z ok. 39 000 ogółem)⁹.

Za państwa tranzytowe należy uznać kraje, przez których terytorium przesyłane są poszczególne okazy będące przedmiotem transakcji. Najczęściej będą to państwa bezpośrednio graniczące z państwami źródłowymi, jak też takie, które dysponują dużymi centrami logistycznymi, np. międzynarodowymi portami lotniczymi albo morskimi. Wśród europejskich krajów można jako przykład wskazać Holandię (Rotterdam – największy port morski w Europie) czy też Wielką Brytanię z największym portem lotniczym Londyn-Heathrow. Jak podkreślono w przywoływanym już raporcie FATF, kraje tranzytowe cechuje wysoki poziom korupcji¹⁰. Może to być uzasadnione tym, że przekupując np. urzędników celnych, w wyraźny sposób zwiększa się prawdopodobieństwo dokonania skutecznego przemytu. Co ważne, kraj uznawany powszechnie jako tranzytowy również może okazać się docelowym. Nie można bowiem wykluczyć, że znajdzie się na jego terenie odbiorca danego towaru.

Ostatnią grupę stanowią państwa docelowe (przeznaczenia). W kontekście poczynionych uprzednio rozważań można stwierdzić, że będą to kraje, w któ-

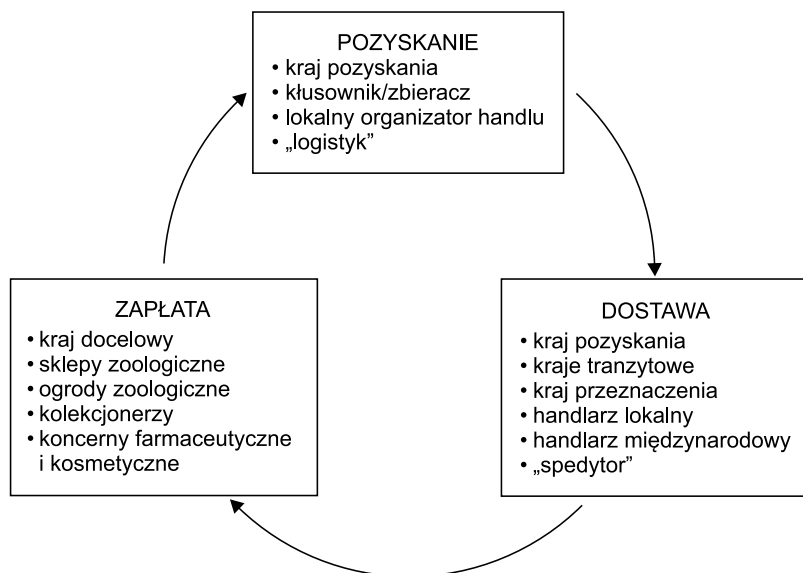
⁸ <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/over-5-tonnes-of-smuggled-glass-eels-seized-in-europe-year> (data dostępu: 27.12.2022).

⁹ <https://cites.org/eng/disc/species.php> oraz <https://www.speciesplus.net/> (data dostępu: 27.12.2022).

¹⁰ FATF, *Money laundering and...*, s. 13.

rych siedziby (czy też wytwórnie) mają firmy farmaceutyczne, odzieżowe etc. W aspekcie branży gastronomicznej można przypuszczać, że będą to raczej regiony obsługujące bardziej ekskluzywną (mającą) klientelę – trudno bowiem zakładać, że kosztowne, egzotyczne mięso z gatunków chronionych będzie dystrybuowane w miejscach pospolitych. W zasadzie nie sposób wytworzyć zamkniętego ani nawet nieco skonkretyzowanego katalogu państw, które określić można mianem kraju docelowego. Tytułem przykładu jedynie można wskazać, że kolekcjonerzy rzadkich gatunków w praktyce występują na całym świecie.

Przedstawiony podział ma charakter ogólny. Z uwagi na fakt, że nielegalny handel fauną i florą (na zauważalną skalę) jest z reguły domeną zorganizowanych grup przestępczych, warto również podjąć próbę uszczegółowienia i charakterystyki poszczególnych etapów handlu i ich uczestników w zakresie dostawy towaru oraz zapłaty. Obrazować to może schemat 1.



Schemat 1. Charakterystyka poszczególnych etapów handlu fauną i florą i ich uczestników
Źródło: opracowanie własne na podstawie FATF, *Money laundering and...*, s. 13.

Analizując powyższy schemat, wyraźnie widać, że cały przestępczy cykl – od pozyskania okazu gatunków chronionych do zapłaty umówionej za niego ceny – ma charakter zamknięty. Z praktycznego punktu widzenia rozpoznanie pochodzenia danego towaru nie musi się okazać zadaniem trudnym, wszak np. organizmy uznawane jako endemiczne jednoznacznie mogą być zidentyfikowane co do miejsca pozyskania. Zauważyć jednak trzeba, że grupy przestępcze dokładają starań zmierzających do zakamuflowania kraju pozyskania,

np. poprzez wielokrotne przeładunki towaru w portach państw pozornie nieleżących na szlaku handlowym, wybór dalszej drogi, fałszowanie dokumentów przewozowych etc.¹¹

Pranie pieniędzy pochodzących z eko-przestępczości

Powyższe rozważania dotyczące *stricte* problematyki nielegalnego handlu chronionymi gatunkami fauny i flory pozwalają w pełny sposób spojrzeć na proceder prania znacznych sum pieniężnych, czerpanych z tej działalności. Należy w tym miejscu przedstawić również kilka uwag teoretycznych, dotyczących tego zjawiska.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że wskazanie historycznego momentu, w którym po raz pierwszy użyto sformułowania „pranie pieniędzy”, jest praktycznie niemożliwe. Jako najbardziej prawdopodobny wskazuje się okres lat 20. XX w., gdy w Stanach Zjednoczonych panowała prohibicja¹². Jak wskazuje Marcin Mazur, „termin pranie pieniędzy wszedł do powszechnego użytku podczas śledztwa w sprawie afery Watergate, która miała miejsce w drugiej połowie lat siedemdziesiątych. Wiązał się on bezpośrednio z działalnością komitetu (Committee to Re-elect the President), zajmującego się zbieraniem funduszy na kampanię R. Nixona i dokonującego w tym celu transferu brudnych środków do Meksyku i z powrotem. »The Guardian«, opisując te działania, posłużył się właśnie pojęciem »pranie« w odniesieniu do podejmowanych przez komitet czynności związanych z transferowaniem pieniędzy i ukrywaniem ich nielegalnego pochodzenia”¹³. Słuszne wydaje się zatem określenie tego zjawiska jako proces pozornej legalizacji pieniędzy pochodzących z przestępstwa.

Zasygnalizowany problem natury praktycznej musiał się spotkać z reakcją legislacyjną. Zdefiniowanie prania pieniędzy, penalizacja oraz standardy przeciwdziałania są obecne w porządkach prawnych większości cywilizowanych krajów świata, np. w państwach Unii Europejskiej czy w Stanach Zjednoczonych. Przykładem takiej regulacji o charakterze międzynarodowym jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. W art. 1 ust. 3 uznano pranie pieniędzy jako czyny popełnione umyślnie poprzez:

a) „konwersję lub przekazywanie mienia, ze świadomością, że pochodzi ono z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrywania lub zatajania nielegalnego pochodzenia tego mienia lub udzielenia

¹¹ Ibidem, s. 15.

¹² M. Mazur, *Penalizacja prania pieniędzy*, Warszawa 2014, s. 20.

¹³ Ibidem.

pomocy dowolnej osobie, która bierze udział w takiej działalności, dla umożliwienia tej osobie uniknięcia konsekwencji prawnych takiego działania;

b) ukrycie lub zatajenie prawdziwego charakteru mienia, jego źródła, miejsca położenia, rozporządzania nim, przemieszczania, praw odnoszących się do mienia lub własności mienia, ze świadomością, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności;

c) nabycie, posiadanie lub użytkowanie mienia, ze świadomością w momencie jego otrzymania, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności;

d) udział lub współdziałanie w popełnieniu, usiłowanie popełnienia oraz pomocnictwo, podżeganie, ułatwianie oraz doradzanie przy popełnieniu któregokolwiek z czynów, o których mowa w lit. a, b i c¹⁴.

Penalizacja analizowanego rodzaju zachowań została również wprowadzona do polskiego porządku prawnego. Przestępstwo prania pieniędzy zostało określone w art. 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny¹⁵. Trzeba zauważyć, że przywołany przepis ma charakter relatywnie złożony. Ustawodawca wyszczególnił bowiem szeroki katalog czynności wykonawczych, będących znamionami strony przedmiotowej analizowanego przestępstwa. Co więcej, katalog ten ma charakter otwarty, o czym świadczy sformułowanie „podejmuje inne czynności” użyte w kontekście udaremnienia lub znacznego utrudnienia identyfikacji przestępnego pochodzenia środków finansowych. Odpowiedzialności na podstawie art. 299 § 1 k.k. podlegał będzie ten, kto przyjmuje, przekazuje, posiada, używa, ukrywa, dokonuje transferu lub konwersji, wywozi za granicę środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, które pochodzą z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego. Ponadto penalizowane jest również sygnalizowane powyżej podejmowanie innych czynności, które mogą udaremnąć lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia wymienionych środków, jak również ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku. Jak trafnie wskazuje Robert Zawłocki, w istocie „zakres kryminalizacji przepisów art. 299 k.k. obejmuje dwa pierwsze etapy prania wartości majątkowych, tj. samo posługiwanie się jeszcze nielegalnym majątkiem. Legitymizacja nielegalnego majątku nie jest kryminalizowana”¹⁶.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Dz.U. L 141 z 5.6.2015).

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz 1138, dalej jako k.k.

¹⁶ R. Zawłocki, *Komentarz do art. 299 k.k.*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 874.

Analiza poszczególnych znamion, wyartykułowanych powyżej, z punktu widzenia tematu niniejszego artykułu nie jest konieczna. Jednak trzeba zaznaczyć, że są one szeroko komentowane w literaturze przedmiotu¹⁷.

Przechodząc do *stricte* praktycznego ujęcia rzeczowej problematyki, wydaje się słuszne wyodrębnienie dwóch potencjalnych modeli prania pieniędzy pochodzących z przemytu zwierząt i roślin ze względu na podmiot tego czynu, tj.: 1) przedsiębiorstwo/osoba niezwiązana zawodowo z obrotem fauną i florą; 2) przedsiębiorstwo/osoba związana zawodowo z obrotem fauną i florą.

W pierwszym ze wskazanych przypadków omawiane zjawisko przyjmuje „klasyczną” formę, zaś w drugim wykrycie przestępstwa wydaje się być nieco trudniejsze, gdyż sprawcy mogą ukrywać nielegalne pochodzenie środków płatniczych pod pozorem legalnie prowadzonej działalności gospodarczej.

Odnosząc się do wspomnianej klasycznej formy analizowanego problemu, trzeba podkreślić, że pranie pieniędzy ma charakter wieloetapowy. W literaturze przedmiotu powszechnie przyjmuje się, że zjawisko to podzielone jest na poszczególne procesy, tj. umiejscawianie brudnych pieniędzy (ang. *placement*), ich maskowanie (ang. *layering*) oraz integracja (ang. *integration*)¹⁸. Pierwsza z wymienionych faz polega na ulokowaniu środków pochodzących z czynów zabronionych w systemie finansowym. Metody, jakimi posługują się sprawcy cały czas ewoluują, jednak możliwe jest wyróżnienie i zasygnalizowanie choćby kilku z nich, np. *smurfing*, czyli dokonywanie wielu, drobnych wpłat, transakcji; rozproszenie, *structuring*, który stanowi formę rozproszenia, polegającą na podzieleniu transferowanej kwoty na mniejsze, bardzo często tuż poniżej progu raportowania transakcji przez instytucje finansowe, czy *blending*, czyli mieszanie pieniędzy brudnych z dochodami pochodzącymi z legalnej działalności¹⁹; niezwykle istotny sposób z punktu widzenia zaproponowanego powyżej modelu prania pieniędzy w kontekście omawianego tematu.

Wydaje się, że ten etap ma krytyczne znaczenie zarówno dla osób trudniących się tym procederem, jak też z punktu widzenia jego zwalczania, bowiem z założenia sprawcy będą starali się dochować najwyższej staranności, aby ukryć pochodzenie pieniędzy, z drugiej zaś strony, jak zauważa Patrycja Chodnicka-Jaworska, najwięcej przestępstw jest wykrywanych właśnie na tym etapie²⁰. Choć przywołana autorka nie podaje wprost powodów tej wykrywalności, wydaje się słuszne założenie, że mają na to wpływ m.in. obowiązki instytucji finansowych (np. banków) w zakresie badania źródeł dochodu swoich klientów (źródeł pochodzenia środków wpłacanych gotówką na rachunek bankowy w kwocie przewyższającej próg raportowania). Takie stwierdzenie wy-

¹⁷ Zob. J. Potulski, *Komentarz do art. 299 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1781–1782.

¹⁸ P. Chodnicka, *Pranie pieniędzy. Regulacje i ryzyko sektora bankowego*, Warszawa 2015, s. 48.

¹⁹ Ibidem, s. 50.

²⁰ Ibidem, s. 48.

daje się potwierdzać M. Mazur, który wskazuje, że „jest to newralgiczny punkt czasowy prania pieniędzy, przede wszystkim dlatego, iż w momencie tym powstaje ślad buchalteryjny, tzn. dokumentowy, inaczej określany jako *paper-trail* lub *audit-trail*, dlatego też przestępcy robią wszystko, by tego uniknąć. Mając to na uwadze, widać, jak wiele zależy od tzw. okienka bankowego, a co za tym idzie – od profesjonalnych programów przeciwdziałania praniu pieniędzy w instytucjach finansowych i niefinansowych”²¹.

Przedstawiając proceder prania pieniędzy na przykładzie szeroko rozumianej eko-przestępczości czy też ściślej – na przyjętym za punkt wyjścia niniejszej pracy – przemycie okazów fauny i flory, trzeba również zauważyć, że ich wykrycie jest niezwykle trudne. Odnosząc się do zaproponowanego uprzednio modelu prania, gdzie podmioty uczestniczące nie są zawodowo (gospodarczo) związane z obrotem zwierzętami lub roślinami, można stwierdzić, że to instytucje finansowe wydają się być tymi, które najszybciej będą w stanie zidentyfikować, że mamy do czynienia z procesem prania pieniędzy. Na poparcie takiej tezy autor proponuje następujące argumenty:

1) brak możliwości fizycznej kontroli ze strony służb państwowych przedsiębiorstwa – z uwagi na brak takiego przedsiębiorstwa operującego w przedmiotowej branży,

2) jedyny ślad to ślad księgowy, transakcyjny; wykrycie potencjalnych nieprawidłowości (np. brak ekonomicznego uzasadnienia transferu środków pieniężnych pomiędzy dwoma podmiotami) w zasadzie jest możliwe wyłącznie po stronie instytucji finansowej.

Oczywiście istnieją pewne metody, za pomocą których można „wytropić” podejrzaną operację finansową. Wymaga to jednak zwracania uwagi na bardzo wiele złożonych czynników oraz posiadania kompleksowej wiedzy na temat funkcjonowania zorganizowanych grup przestępczych. W kontekście tematu niniejszego opracowania wysoce pożądana jest umiejętność rozpoznania tzw. krajów pozyskania w ich geograficznym ujęciu. Należy bowiem pamiętać, że analizując ślad przepływu pieniądza, spoglądamy na proceder od drugiej strony. W pewnym zakresie pomocne mogą okazać się również listy krajów „wysokiego ryzyka”, opracowywane i aktualizowane zarówno przez FATF, jak również Komisję Europejską. W rozporządzeniu delegowanym Komisji (UE) 2016/1675 z dnia 14 lipca 2016 r. określono „wykaz jurysdykcji państw trzecich mających strategiczne braki w swoich systemach przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, które to braki stwarzają znaczące zagrożenie dla systemu finansowego Unii (»państwa trzecie wysokiego ryzyka«) (...)”²².

²¹ M. Mazur, op. cit., s. 51.

²² Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/1675 z dnia 14 lipca 2016 r., uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 przez wskazanie państw trzecich wysokiego ryzyka mających strategiczne braki, art. 1 (Dz.U. L 254 z 20.9.2016, s. 1), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02016R1675-20220313#tocId5> (data dostępu: 15.01.2023).

Analogiczne aktualizowane listy przedstawia wspomniana już FATF²³. Warto zwrócić uwagę, że na obu wskazanych listach możemy odnaleźć m.in. państwa powszechnie uznawane za tzw. raje podatkowe (także „oazy podatkowe”), jak np. Panama, Kajmany. Obecność tego rodzaju jurysdykcji w przepływie środków pieniężnych powinna sugerować wzmożoną uwagę, w grę wchodzić bowiem mogą nie tylko aspekty tzw. optymalizacji podatkowej, ale również właśnie chęć ukrycia (rozmycia) śladu i źródła pochodzenia pieniędzy.

Przechodząc do drugiego z zaproponowanych modeli, tj. sytuacji gdy podmiot przestępstwa jest zawodowo związany z sektorem obrotu gatunkami fauny i flory, można stwierdzić, że możliwości wykrywania procederu są dużo większe. Oczywiście aktualne pozostają wcześniejsze rozważania dotyczące uwarunkowań geograficznych, jednak w tym przypadku instytucje zajmujące się zwalczaniem prania pieniędzy dysponują dodatkowymi metodami. Za przykład niech posłuży sklep zoologiczny, operujący w jednym z tzw. krajów docelowych. Uwagę powinny zwrócić transakcje finansowe, a konkretnie środki wychodzące od takiego przedsiębiorstwa do firm zajmujących się szeroko rozumianym importem i eksportem, głównie tzw. wielobranżowych, zagranicznych przedsiębiorstw logistycznych, zagranicznych prywatnych hodowli lub ogrodów botanicznych, czy też handlarzy skórami i wyrobami skórzanymi. Takie relacje handlowe mogą – choć wcale nie muszą – dotyczyć właśnie przemytu gatunków zwierząt i roślin. Oczywiście nadużyciem byłoby arbitralne i prostolinijne określenie, że każda tego typu relacja handlowa oznaczać będzie udział jej podmiotów w nielegalnym procederze, jednakże wydaje się, że słuszne jest traktowanie ich jako potencjalnie niebezpiecznych. Ryzyko to wzrasta w sytuacji, gdy obserwacja wszystkich okoliczności pozwala na stwierdzenie, tytułem przykładu, następującej konfiguracji czynników:

1) płatnik (sklep zoologiczny lub powszechnie znany kolekcjoner) znajduje się w kraju docelowym,

2) rachunek bankowy płatnika prowadzony jest przez instytucję finansową zlokalizowaną w jurysdykcji wysokiego ryzyka,

3) odbiorca (np. prywatny hodowca, przedsiębiorstwo hodowlane) zlokalizowane w jednym z tzw. krajów pochodzenia (np. azjatyckich), uznawanych za kraj wysokiego ryzyka.

Dodatkowo dokumentacja dotycząca takiej transakcji (np. faktury, dokumenty przewozowe) może wskazywać, że dostawa towaru będącego przedmiotem tej aktywności odbywała się z wykorzystaniem krajów, które nie leżą na typowym szlaku handlowym pomiędzy danymi państwami. Zebranie takich informacji pozwala instytucjom zajmującym się zwalczaniem prania pieniędzy na wyciągnięcie dość trafnych wniosków, a co za tym idzie – podjęcie odpowiednich działań zmierzających do wykrycia przestępstwa oraz jego sprawców.

²³ <http://search.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/increased-monitoring-october-2022.html> (data dostępu: 15.01.2023).

Jak trafnie zauważa Robert Lizak, „ponieważ pranie pieniędzy jest jedynym z niewielu przestępstw, którego celem jest skuteczne ukrycie jego przebiegu i skutków, dlatego w jego przeciwdziałaniu i zwalczaniu istotną rolę odgrywa rozpoznanie metodyki działania sprawców”²⁴.

Podsumowanie

Konkludując niniejsze rozważania, będące w istocie jedynie zarysem szerokiego problemu, należy stwierdzić, że na pytanie postawione w tytule pracy nie sposób odpowiedzieć jednoznacznie. Pranie pieniędzy pochodzących z ekoprzestępczości może mieć charakter prymitywny, jednak wtedy obarczone jest relatywnie dużym ryzykiem jego wykrycia (teoretycznie możliwe jest, że płatnik w tytule przelewu zawrze nazwę gatunkową zwierzęcia lub rośliny, będących pod ochroną). Biorąc pod uwagę fakt, że omawianym procederem zajmują się na dużą skalę zorganizowane grupy przestępcze, złożoność problemu wskazywałaby bardziej na jego wyrafinowaną formę – poprzez wielość instrumentów finansowych wykorzystywanych do legitymizacji nielegalnych dochodów, podmiotów uczestniczących zarówno w samym przemyśle, jak też w późniejszym praniu pieniędzy, czy wreszcie zachowań korupcyjnych, które wydają się nieodzownym elementem wpływającym na skuteczność działania przestępców. Dlatego też w ocenie autora słuszne będzie przychylenie się do stanowiska, że mamy do czynienia ze złożonym, a więc wyrafinowanym czynem zabronionym.

Konkluzją płynącą z przeprowadzonej analizy może być zwrócenie uwagi na możliwości przeciwdziałania temu zjawisku. Według autora warto zasygnalizować takie elementy, jak: wnikliwa obserwacja aktywności finansowej podmiotów potencjalnie mogących uczestniczyć w przemyśle i późniejszym praniu pieniędzy, wzmożona i szczegółowa kontrola przesyłek i bagaży czy wreszcie edukacja, a w zasadzie wyczulenie społeczeństwa na to, że problem przemytu zwierząt i roślin ma negatywny wpływ na całe społeczeństwo.

Wykaz literatury

- Chodnicka P., *Pranie pieniędzy. Regulacje i ryzyko sektora bankowego*, Wyd. Nauk. Wydz. Zarządzania UW, Warszawa 2015.
- Duda M.A., *CITES crimes in Poland – causes, manifestations, counteracting*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52.
- Lizak R., *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym i amerykańskim*, C.H. Beck, Warszawa 2018.

²⁴ R. Lizak, *Pranie pieniędzy w prawie polskim na tle europejskim, międzynarodowym i amerykańskim*, Warszawa 2018, s. 203.

- Mazur M., *Penalizacja prania pieniędzy*, Biuro RPO, Warszawa 2014.
- Pływaczewski W., *Nielegalny rynek chronionych gatunków dzikiej fauny i flory. Geneza, przejawy, przeciwdziałanie*, Wyd. WSPol, Szczytno 2016.
- Potulski J., *Komentarz do art. 299 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zawłocki R., *Komentarz do art. 299 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Komentarz do art. 222–316*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Summary

Money laundering related to funds from eco-crimes. A sophisticated crime or a primitive practice?

Keywords: criminal law, natural environment, money laundering, trafficking of fauna and flora, organised criminal groups.

The aim of the article was to draw attention to and bring closer the issue of money laundering related to funds from eco-crime and the practical aspect of this phenomenon. This practice is most often typical for organized crime groups. It has been noticed by international organizations dealing with counteracting money laundering and financing terrorism, which proves its significance. Counteracting this phenomenon seems to be very important, because by effectively preventing the use of unlawfully obtained funds, the devastation of the natural environment will cease to be economically viable. Recognizing the serious threats of illegal trade in species of fauna and flora, it must be stated that in practice each of us is a victim of such crimes, due to the potential threat of zoonotic diseases, extinction of species, threat to the existence of local communities, etc. The answer to the question posed in the title is not unequivocal, however, the author tends to say that in the cases described, money laundering will most often take on a very complex character, and therefore it can be qualified as a sophisticated crime.

Janusz Wiśniewski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-7795-3868

jw47@ukw.edu.pl

Kilka refleksji odnośnie do trybów stosowania pracy zdalnej w świetle przepisów Kodeksu pracy

Uwagi wprowadzające

Problematyka wykonywania pracy w warunkach pracy zdalnej budzi zrozumiałe zainteresowanie doktryny. Wprawdzie ukazało się już wiele publikacji na temat pracy zdalnej, to dotyczyły one przede wszystkim stosowania tej formy wykonywania pracy wskutek polecenia pracodawcy w okresie pandemii COVID-19. Wydaje się, że szczególnie teoretyczne i praktyczne znaczenie ma zagadnienie odnoszące się do trybów stosowania pracy zdalnej. Warto podkreślić, że choć wiele przepisów regulujących pracę zdalną jest szczegółowych, to te odnoszące się do trybów jej stosowania są ogólnikowe. Dlatego rzeczona problematyka wydaje się być nader interesująca i wymagająca jednocześnie pogłębionej refleksji.

De lege lata istotne znaczenie dla omawianej problematyki posiadają postanowienia art. 67¹⁹ § 1, 3, 6 Kodeksu pracy (dalej jako k.p.), art. 67³³ § 1 k.p. i art. 188¹ § 1 k.p. Przepisy te statuują, że praca zdalna może być stosowana wskutek:

1. uzgodnienia stron umowy o pracę,
2. polecenia pracodawcy,
3. wniosku pracownika, będącego w szczególnie trudnej sytuacji rodzinnej lub osobistej,
4. wniosku pracownika o zastosowanie do niego elastycznej organizacji pracy,
5. wniosku pracownika o pracę zdalną okazjonalną.

Zanim jednak szczegółowej analizie poddane zostaną wymienione tryby stosowania pracy zdalnej, warto w kontekście rozważanej problematyki zwrócić uwagę na postanowienia art. 67¹⁸ k.p. Przepis ten stanowi, że praca zdalna może być wykonywana całkowicie lub częściowo w miejscu wskazanym przez pracownika i każdorazowo uzgodnionym z pracodawcą, w tym pod

adresem zamieszkania pracownika, w szczególności z wykorzystaniem środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość (praca zdalna).

Użycie przez ustawodawcę określenia „pod adresem zamieszkania pracownika” przede wszystkim uwypukla, że standardem pracy zdalnej jest realizacja obowiązków pracowniczych w przestrzeni prywatnej pracownika. Tezę tę wzmacnia fakt, że inicjatywę wskazywania miejsca wykonywania pracy ustawodawca przyznał pracownikowi. Warto także podkreślić, że zgodnie z komentowanym przepisem praca zdalna może być częściowo wykonywana w miejscu wskazanym przez pracownika. Strony zatem mogą ustalić, że praca zdalna będzie łączona z pracą w zakładzie pracy.

Autor niniejszego artykułu wyraża przekonanie, że istotą pracy zdalnej nie jest przeniesienie pracy „poza zakład pracy” (na czym polegała telepraca), ale co do zasady umiejscowienie jej pod adresem zamieszkania pracownika. Zgodnie z art. 188¹ § 1 k.p. ustawodawca uważa pracę zdalną za elastyczną formę organizacji pracy.

Stosowanie pracy zdalnej wskutek uzgodnienia stron umowy o pracę

Z art. 67¹⁹ § 1 k.p. wynika, że praca zdalna może być stosowana wskutek uzgodnienia pomiędzy stronami umowy o pracę. W tym miejscu godzi się jednak zauważyć, że o instytucji uzgodnienia stanowi art. 25¹ § 2 k.p. Wykonywanie pracy w warunkach telepracy również odbywało się wskutek uzgodnienia stron umowy o pracę (ówczesny art. 67⁷ § 1 k.p.). Z kolei w art. 140 k.p. i art. 171 § 3 k.p. jest mowa o „porozumieniu stron umowy o pracę”.

Takie „uzgodnienie” czy też „porozumienie” jest przejawem woli stron umowy o pracę i tym samym uzależnione od nich czynności nie mogą być dokonywane jednostronnie. Przy czym zarówno uzgodnienie, jak i porozumienie mają charakter doraźny, związany z określoną sytuacją w trakcie zatrudnienia.

Kontynuując analizę art. 67¹⁹ § 1 k.p., należy podkreślić, że uzgodnienie dotyczące wykonywania pracy zdalnej może nastąpić przy zawieraniu umowy o pracę albo w trakcie zatrudnienia. Jeżeli uzgodnienie następuje przy zawieraniu umowy o pracę (art. 67¹⁹ § 1 pkt 1 k.p.), wówczas z treści umowy o pracę (art. 29 § 1 pkt 2 k.p.) powinno jednoznacznie wynikać, że uzgodnione przez strony miejsce wykonywania pracy zdalnej zostało wskazane przez pracownika. Tożsame stwierdzenie powinno znaleźć odzwierciedlenie w uzgodnieniu stron umowy o pracę, dotyczącym wykonywania pracy zdalnej w trakcie zatrudnienia (art. 67¹⁹ § 1 pkt 2 k.p.). Podkreślenie, że miejsce wykonywania pracy wskazuje pracownik, jest nader istotne, wszak w świetle art. 67¹⁸ k.p. przesądza o tym, że praca jest wykonywana w warunkach pracy zdalnej. Innymi słowy jest to przesłanka obligatoryjna, determinująca istotę pracy zdalnej.

Inicjatywa w sprawie uzgodnienia stosowania pracy zdalnej w trakcie zatrudnienia przysługuje zarówno pracownikowi, jak i pracodawcy. Jednocześnie inicjatywa ze strony pracodawcy nie może dotyczyć miejsca wykonywania pracy zdalnej, gdyż uprawnienie w tym zakresie przysługuje, jak podkreślono, wyłącznie pracownikowi.

Z propozycją wykonywania dotychczasowej pracy w warunkach pracy zdalnej każda ze stron stosunku pracy może wystąpić w dowolnym czasie. Zarówno oferta pracodawcy, jak i wniosek pracownika nie mają charakteru wiążącego. Stanowi to potwierdzenie tezy, że stosowanie pracy zdalnej zgodnie z art. 67¹⁹ § 1 pkt 1 i 2 k.p. ma charakter dobrowolny, zależy wszakże od zgodnej woli stron stosunku pracy. W tym kontekście warto zaakcentować, iż tę swobodę stron umowy o pracę w zakresie stosowania pracy zdalnej w trybie wynikającym z art. 67¹⁹ § 1 k.p. ogranicza w pewnym stopniu „rodzaj pracy”. Wynika to wprost z art. 67³¹ § 4 pkt 1–5 k.p., w którym wyszczególniono rodzaje pracy, których praca zdalna nie obejmuje. Nadto niektóre rodzaje aktywności z istoty rzeczy nie mogą być wykonywane w warunkach pracy zdalnej, np. na budowie czy w transporcie. Pracy zdalnej nie należy także utożsamiać z pracą mobilną, czyli np. aktywnością przedstawiciela handlowego czy serwisanta sprzętu danego rodzaju, którzy swoje obowiązki realizują na określonym obszarze geograficznym¹.

W kontekście powyższych rozważań nader istotne znaczenie ma regulacja zawarta w art. 67²² k.p. Z przepisu tego wynika, że w przypadku podjęcia pracy zdalnej w trakcie zatrudnienia każda ze stron umowy o pracę może w dowolnym czasie wystąpić z wiążącym wnioskiem o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenie poprzednich warunków wykonywania pracy. Strony ustalają termin przywrócenia poprzednich warunków wykonywania pracy nie dłuższy niż 30 dni od dnia otrzymania wniosku. W razie braku porozumienia przywrócenie poprzednich warunków wykonywania pracy następuje *ex lege* w dniu następującym po upływie 30 dni od dnia złożenia wniosku.

Kontynuując rozważania na temat tej procedury, warto podkreślić, że z jednej strony odzwierciedla ona zasadę dobrowolności wykonywania pracy w warunkach pracy zdalnej, z drugiej zaś stwarza „stan tymczasowości”, który może przysporzyć wielu problemów zarówno pracodawcy, jak i pracownikowi. Owa tymczasowość może także prowadzić do ograniczenia w korzystaniu z pracy zdalnej.

Tytułem przypomnienia należy wskazać, że przepisy Kodeksu pracy odnoszące się do telepracy regulowały tę kwestię odmiennie. Ówczesny art. 67⁸ k.p. stanowił, że jeżeli uzgodnienie między stronami umowy o pracę dotyczące

¹ L. Mitrus, *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda – zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1 i 2*, „Praca i Zabezpieczenia Społeczne” 2020, nr 11, s. 6.

wykonywania pracy w warunkach telepracy przez pracownika następowało w trakcie zatrudnienia, to każda ze stron w terminie 3 miesięcy mogła wystąpić z wiążącym wnioskiem o zaprzestanie wykonywania pracy w warunkach telepracy i przywrócenie poprzednich warunków pracy. W piśmiennictwie zauważono, że okres na złożenie wiążącego wniosku powinien wynosić 6 miesięcy. Zdaniem autorki tego poglądu byłby to okres wystarczający dla stron, by poznać zalety i zagrożenia pracy w warunkach telepracy².

Regulacja wynikająca z art. 67²² § 1 k.p. nie ma natomiast zastosowania, gdy uzgodnienie między stronami umowy o pracę dotyczące wykonywania pracy zdalnej przez pracownika nastąpiło przy zawieraniu umowy o pracę (67¹⁹ § 1 pkt 1 k.p.).

W związku z powyższym w piśmiennictwie podkreśla się, że rozwiązanie to jest zbyt rygorystyczne, naruszające zasadę równego traktowania pracowników i budzące wątpliwości w zakresie zgodności z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP³, dodając, że „z prawa do przywrócenia poprzednich warunków wykonywania pracy mogą korzystać wyłącznie pracownicy, którzy przepracowali choć jeden dzień w biurze. Pracownicy, którzy od początku wykonują pracę zdalną nie mają takiego uprawnienia”⁴.

Literalna wykładnia art. 67²² § 1 k.p. skłania do wniosku, że jedynym kryterium determinującym prawo do wiążącego wniosku o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenia poprzednich warunków pracy jest ich istnienie, w momencie w którym strony umowy o pracę dokonują uzgodnienia dotyczącego wykonywania pracy zdalnej przez pracownika. Powyższe kryterium niewątpliwie zostaje spełnione, gdy do uzgodnienia dochodzi w trakcie zatrudnienia.

Warto także zaakcentować, że przesłankę „poprzednie warunki wykonywania pracy” ustawodawca zdaje się odnosić wyłącznie do pracodawcy, z którym pracownik w trakcie zatrudnienia dokonuje uzgodnienia dotyczącego wykonywania pracy zdalnej. Stąd też jeżeli do uzgodnienia dochodzi zgodnie z art. 67¹⁹ § 1 pkt 1 k.p., to poprzednie warunki wykonywania pracy w rozumieniu art. 67²² § 1 k.p. nie istnieją.

W efekcie uprawniona jest konstatacja, że w świetle art. 67²² § 1 k.p. jeżeli przy zawieraniu umowy o pracę dochodzi do uzgodnienia dotyczącego wykonywania pracy zdalnej (art. 67¹⁹ § 1 pkt 1 k.p.), wówczas bez znaczenia pozostaje kryterium stażu pracy. Odnosi się to również do stażu pracy u pracodawcy, z którym pracownik dokonuje uzgodnienia przy zawieraniu umowy o pracę.

² G. Spytek-Bandurska, *Telepraca jako nietypowa strona zatrudnienia w Polsce. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2015, s. 372.

³ M. Gładoch, *Praca zdalna. Kontrola trzeźwości. Nowelizacja Kodeksu pracy*, Warszawa 2023, s. 85.

⁴ Ibidem.

W związku z powyższym warto zaakcentować, że pracownik wykonujący pracę zdalną wskutek uzgodnienia stron przy zawieraniu umowy o pracę *de lege lata* może wystąpić z ofertą porozumienia zmiany miejsca wykonywania pracy na tradycyjne. W piśmiennictwie proponuje się, aby w przypadku odpowiedzi odmownej na ofertę pracownik miał prawo do szybkiego rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia za kilkudniowym (np. siedmiodniowym) uprzedzeniem, ze skutkami jakie dla pracownika łączy się z rozwiązaniem stosunku pracy przez pracodawcę za wypowiedzeniem⁵. Powyższa propozycja wydaje się godna uwagi, chociaż dla pracodawcy odejście pracownika w terminie kilku dni niewątpliwie mogłoby spowodować problemy organizacyjne. Z drugiej strony praca wykonywana w przestrzeni prywatnej może oznaczać istotne uciążliwości dla pracownika oraz jego bliskich.

Ważkim problemem na tle analizowanego zagadnienia jest dopuszczalność w świetle art. 67²² § 1 k.p. wystąpienia przez strony z wiążącym wnioskiem o częściowe zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenie w tej części poprzednich wykonywania pracy, co oznaczałoby, że praca zdalna byłaby łączona z pracą w zakładzie pracy – taka kombinacja potocznie bywa określana „pracą hybrydową”. Literalne brzmienie wskazanego przepisu zdaje się nie wykluczać takiej możliwości.

Z powyższych rozważań wynika, że na gruncie regulacji kodeksowych zgodna wola stron jest warunkiem *sine qua non* stosowania pracy zdalnej.

Warto także podkreślić, że z perspektywy treści umowy o pracę uzgodnienie dotyczące wykonywania pracy zdalnej stanowi istotny jej element, wszak odnosi się do miejsca wykonywania pracy (art. 29 § 1 pkt 2 k.p.). Stąd też jeżeli uzgodnienie ma miejsce przy zawieraniu umowy o pracę (art. 67¹⁹ § 1 pkt 1 k.p.), to znajduje odzwierciedlenie w jej treści (art. 29 § 1 pkt 2 k.p.). Obowiązki uzgodnienia jest determinowane terminem nawiązania stosunku pracy (art. 26 k.p.).

Uzgodnienie w trakcie zatrudnienia (art. 67¹⁹ § 1 pkt 2 k.p.) również skutecznie modyfikuje treść umowy o pracę w zakresie miejsca wykonywania pracy, przy czym zmiana ta nie wymaga zachowania formy pisemnej (art. 67¹⁹ § 2 k.p.).

W tym miejscu wypada zaakcentować, że pracodawca powinien dokumentować przebieg zatrudnienia. Stąd też ze względu na potrzebę zachowania jasności i pewności stanu prawnego zasadnym wydaje się, aby treść tego uzgodnienia była w niej odzwierciedlona. Przykładowo w ślad za dokonaniem uzgodnienia pracodawca może w korespondencji mailowej (albo w zeskanowanym dokumencie) przesłać potwierdzenie ustaleń, że dotychczasowa praca będzie wykonywana zdalnie. Uzgodnienie obowiązuje od dnia w nim określonego. Należy także przyjąć, że uzgodnienie może dotyczyć uregulowań, które wiąza

⁵ L. Mitrus, op. cit., s. 6.

się ze specyfiką pracy w warunkach zdalnych oraz uwypuklać interesy stron, jednak nie mogą one być mniej korzystne dla pracownika, niż to stanowią przepisy prawa pracy (art. 18 k.p.).

Praca zdalna stosowana wskutek polecenia pracodawcy

Praca zdalna wykonywana wskutek polecenia pracodawcy stanowi niewątpliwie wyjątek od wspomnianej zasady. Stąd też zgodnie z art. 67¹⁹ § 3 k.p. może być stosowana wyłącznie:

- 1) w okresie obowiązywania stanu nadzwyczajnego⁶, stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz w okresie 3 miesięcy po ich odwołaniu lub
- 2) w okresie, w którym zapewnienie przez pracodawcę bezpiecznych i higienicznych warunków w dotychczasowym miejscu nie jest czasowo możliwe z powodu siły wyższej⁷.

W związku z powyższym nasuwa się refleksja, czy uzasadnione jest połączenie w jednej regulacji i potraktowanie na równi różnych pod względem ciężaru gatunkowego przesłanek wydania przez pracodawcę polecenia wykonywania przez pracownika pracy zdalnej. Wszakże stan nadzwyczajny, stan epidemii albo stan zagrożenia epidemicznego są prawnie zdefiniowane i w przypadku ich zaistnienia dopuszcza się ograniczenie wolności praw człowieka i obywatela (w tym wolności i praw określonych w Konstytucji RP)⁸. Natomiast sytuacje związane z działaniem siły wyższej nie skutkują zaistnieniem stanów, które wymienia wskazany przepis ustawy zasadniczej. Z drugiej strony uprawnione wydaje się podkreślenie, że polecenie wykonywania przez pracownika pracy zdalnej dozwolone jest w sytuacjach zagrażających zdrowiu lub życiu pracowników. Wpisuje się więc w realizację podstawowego obowiązku pracodawcy w zakresie bhp i szeroko pojmowaną ochronę pracy (art. 207 §§ 1 i 2 k.p.).

Podjęcie decyzji o zainicjowaniu wykonywania przez pracownika pracy zdalnej w wyszczególnionych wyżej okolicznościach wchodzi w zakres kompetencji kierowniczych pracodawcy (zwłaszcza art. 22 § 1 k.p. oraz art. 100 § 1 k.p.). Niemniej jednak uznaniowość pracodawcy ogranicza § 3 art. 67¹⁹ k.p., bowiem

⁶ Zgodnie z art. 228 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej jako Konstytucja RP, za taki uznaje się: stan wojenny, stan wyjątkowy lub stan klęski żywiołowej.

⁷ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym (m.in. wyrok SA w Lublinie z 19 listopada 2019 r., sygn. akt III APa 15/19) za siłę wyższą jest uznane wyłącznie zdarzenie charakteryzujące się następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz możliwością zapobieżenia jego skutkom. W konsekwencji za przejaw siły wyższej uznaje się katastrofalne zjawiska wywołane działaniem siły natury, np. powodzie, huragany, trzęsienia ziemi, pożary lasów.

⁸ Por. art. 233 Konstytucji RP.

zgodnie z jego brzmieniem „praca zdalna może być wykonywana na polecenie pracodawcy, jeżeli pracownik złoży bezpośrednio przez wydaniem polecenia oświadczenie w postaci papierowej lub elektronicznej, że posiada warunki lokalowe i techniczne do wykonywania pracy zdalnej”. Zatem pracownik uzyskał – przynajmniej w pewnym stopniu – możliwość współdecydowania o stosowaniu pracy zdalnej wskutek polecenia pracodawcy. Nie ma również przeszkód normatywnych, aby w sytuacjach wskazanych w § 3 z propozycją pracy zdalnej wystąpił pracownik, przy czym wniosek pracownika nie wiąże pracodawcy.

Mimo że ustawodawca w komentowanym przepisie posługuje się pojęciem „warunki lokalowe i techniczne”, to ich nie zdefiniował. W piśmiennictwie „warunki lokalowe” postrzega się jako „możliwość wygospodarowania przestrzeni potrzebnej do wykonywania pracy zdalnej”⁹. Podkreśla się także, iż „powinny to być warunki, które zapewniają skupienie i spokój psychiczny pracownika podczas świadczenia pracy”¹⁰. Natomiast podchodząc do przepisów bardzo rygorystycznie, można by przyjąć, że kryteria lokalowe w zakresie pracy zdalnej spełnia tylko ten pracownik, u którego praca może być zorganizowana zgodnie z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (t.j. Dz.U. z 2003 r., poz. 1650 ze zm.)¹¹.

Z kolei „warunki techniczne” postrzegane są „jako związane ze sprzętem i całym wyposażeniem, którym dysponuje pracownik (przede wszystkim komputer), zapewniającym wykonywanie pracy i przesyłania jej efektów za pośrednictwem Internetu (środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość). W przypadku natomiast wykonywania prac innych niż biurowe, np. wytwórczych lub usługowych, może chodzić o maszyny np. służące do produkcji w warunkach domowych”¹². W związku z powyższym podkreśla się, że „potwierdzenie posiadania przez pracownika warunków technicznych prowadzi do wniosku, że dysponuje on już własnym sprzętem, koniecznym do wykonywania pracy”¹³.

Wedle odmiennego poglądu „warunki techniczne” należy postrzegać np. jako „dostęp do szybkiego Internetu”¹⁴ czy też jako „dostęp do łączy telekomunikacyjnych i innych mediów niezbędnych do świadczenia pracy”¹⁵.

W przekonaniu autora to odmienne rozumienie określenia „warunki techniczne” spowodowane jest brakiem definicji „narzędzi pracy w tym urządzeń technicznych”, o którym mowa m.in. w art. 67²⁴ § 1 pkt 1 i 2 k.p. Wydaje się, że ww. przepis swoim zakresem obejmuje „środki bezpośredniego porozumie-

⁹ Zob. L. Mitrus, op. cit., s. 4.

¹⁰ M. Gładoch, op. cit., s. 68.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem, s. 90.

¹⁴ L. Mitrus, op. cit., s. 6.

¹⁵ M. Krzyszkowska-Dąbrowska, *Praca zdalna. Praktyczny poradnik*, Warszawa 2020, s. 34.

wania się na odległość”, o których mowa w art. 67¹⁸ k.p. Natomiast określenie „warunki techniczne” nie mieszczą się w jego ramach.

W związku z tym należy je postrzegać m.in. jako np. dostęp do łączы telekomunikacyjnych czy też dostęp do szybkiego Internetu.

Innymi słowy posiadanie przez pracownika „warunków technicznych” do wykonywania pracy zdalnej należy rozumieć jako dostęp do infrastruktury technicznej, która umożliwia prawidłowe funkcjonowanie „narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych”. Z kolei ich prawidłowe funkcjonowanie umożliwia porozumiewanie się na odległość.

Za taką opcją interpretacyjną przemawia także art. 67¹⁹ § 5 k.p., który stanowi, iż w przypadku zmiany warunków technicznych uniemożliwiających wykonywanie pracy zdalnej, pracownik informuje o tym niezwłocznie pracodawcę. Wówczas pracodawca niezwłocznie cofa polecenie wykonywania pracy zdalnej.

Zatem gdyby „warunki techniczne” dotyczyły narzędzi pracy w tym urządzeń technicznych, wtedy pracodawca nie byłby zobligowany do cofnięcia polecenia wykonywania przez pracownika pracy zdalnej, lecz wykonałby swój obowiązek wynikający z art. 67²⁴ § 1 pkt 2 k.p. Z przepisu tego bowiem wynika, że to pracodawca jest zobowiązany zapewnić pracownikowi wykonującemu pracę zdalną konserwację i serwis narzędzi pracy, w tym urządzeń technicznych, niezbędnych do wykonywania tej pracy lub pokryć koszty z tym związane.

Komentowany przepis potwierdza, że pracodawca ponosi ryzyko organizacyjne związane z wykonywaniem pracy zdalnej. Zatem nie tylko jest zobowiązany do dbania o narzędzia pracy, w tym urządzenia techniczne, lecz także o ich prawidłowe funkcjonowanie. Awaria narzędzi pracy w tym urządzeń technicznych koniecznych do świadczenia pracy w warunkach zdalnych obciąża więc pracodawcę.

W efekcie uprawniona wydaje się być konstatacja, że awaria narzędzi pracy w tym urządzeń technicznych nie oznacza, że zmieniały się warunki techniczne, uniemożliwiając wykonywanie pracy zdalnej. Natomiast „warunki techniczne” rozumiane jako infrastruktura techniczna nie podpadają pod władztwo pracodawcy, w konsekwencji ich zmiana uniemożliwiająca wykonywanie pracy zdalnej skutkuje cofnięciem przez pracodawcę polecenia. W tym kontekście warto zaznaczyć, że pracodawca nie może narzucać pracownikowi własnych wymagań technicznych i lokalowych do wykonywania pracy zdalnej.

Kontynuując wywody na temat oświadczenia pracownika, należy podkreślić, że ze sposobu zredagowania art. 67¹⁹ § 3 k.p. wynika, iż ustawodawca nie różnicuje sytuacji, w której pracownik składa oświadczenie o braku warunków lokalowych i technicznych do wykonywania pracy zdalnej od sytuacji, w której nie składa tego oświadczenia. Zatem niezłożenie przez pracownika oświadczenia – w świetle komentowanego przepisu – traktuje się na równi z oświadcze-

niem o braku możliwości lokalowych i technicznych do wykonywania pracy zdalnej. W konkluzji uzasadnione wydaje się zaakcentowanie, że obie te sytuacje wywołują ten sam skutek prawny – brak możliwości wydania polecenia przez pracodawcę. W przekonaniu autora brak prawnego rozróżnienia powyższych sytuacji budzi pewne wątpliwości choćby ze względu na zasady ogólne (np. zasady współżycia społecznego), jak i zwykle obowiązki pracownika (dbałość o dobro zakładu pracy).

Ocena warunków lokalowych i technicznych leży wyłącznie w gestii pracownika, wynika to m.in. z faktu, że to on wskazuje miejsce wykonywania pracy zdalnej i co do zasady będzie to miejsce pod adresem zamieszkania pracownika. Przepisy nie przyznają prawa pracodawcy do weryfikacji warunków lokalowych i technicznych. Owa regulacja opiera się więc na zaufaniu stron, co nie oznacza, że pracownik może go nadużywać. Oświadczenie pracownika, że posiada warunki lokalowe do wykonywania pracy zdalnej, jest równoznaczne ze wskazaniem miejsca.

Kończąc ten wątek rozważań, warto zaakcentować, że w myśl ówczesnego art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹⁶ praca zdalna wskutek polecenia pracodawcy mogła być świadczona „poza miejscem jej stałego wykonywania”. Zatem to pracodawca decydował o miejscu wykonywania pracy zdalnej. W konsekwencji jeżeli pracownik oświadczył, że nie posiada warunków lokalowych do wykonywania pracy zdalnej, wówczas pracodawca mógł wyznaczyć inne bezpieczne miejsce.

Mając na uwadze, że polecenie wykonywania pracy zdalnej (zarówno wówczas, jak i obecnie) dozwolone jest wyłącznie w sytuacjach nadzwyczajnych zagrażających życiu lub zdrowiu pracowników, to wydaje się, iż ówczesna regulacja była bardziej elastyczna w kontekście możliwości realizowania przez pracodawcę ciężącego na nim obowiązku, który wynika z art. 207 §§ 1 i 2 k.p. Spostrzeżenie to zdają się potwierdzać przepisy ustaw pragmatycznych regulujące pracę zdalną – m.in. z art. 189a ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2022 r.) wynika, że praca zdalna wskutek polecenia może być wykonywana „poza miejscem jej stałego wykonywania”¹⁷.

Prawo pracy nie określa formy polecenia, co oznacza, że może zostać wydane na piśmie, w formie korespondencji elektronicznej, ustnej, a nawet przez SMS. Z perspektywy dowodowej najbardziej wskazana jest forma pisemna, e-mailowa lub przynajmniej następcze potwierdzenie w jednej z tych form

¹⁶ Dz.U. z 2020 r., poz. 374 ze zm.

¹⁷ Por. także art. 81a ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz.U. z 2021 r., poz. 575, 1728 i 2333 oraz z 2022 r., poz. 655 i 1115).

wydanego uprzednio polecenia ustnego¹⁸. Dla uniknięcia wątpliwości powinno ono zostać wystosowane indywidualnie do danego pracownika.

Zgodnie z art. 67¹⁹ § 4 k.p. pracodawca ma prawo cofnięcia polecenia w każdym czasie z co najmniej dwudniowym uprzedzeniem. Przywrócenie poprzednich warunków wykonywania pracy jest w pełni usprawiedliwione w razie ustania okoliczności uzasadniających wydanie polecenia. Zastrzeżenie „w każdym czasie” oznacza, że polecenie zaprzestania wykonywania pracy zdalnej może być uchylone także w okresie np. stanu epidemii. W takim przypadku ryzyko ewentualnego pogorszenia warunków pracy przejąmuje na siebie pracodawca, któremu powinna towarzyszyć świadomość, iż w konkretnym przypadku może narażać się na zarzut naruszenia obowiązku określonego w art. 207 § 2 k.p.

W konkluzji rozważań na temat wykonywania pracy zdalnej wskutek polecenia pracodawcy warto jeszcze raz podkreślić, że instytucja polecenia może być stosowana wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach (art. 67¹⁹ § 3 pkt 1 i 2 k.p.). Jego wydanie, a także cofnięcie są determinowane spoczywającym na pracodawcy obowiązkiem ochrony zdrowia i życia pracownika (art. 207 § 2 k.p.), a także związanej z nim zasady, że to pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bhp w zakładzie pracy (art. 207 § 1 k.p.). W tym kontekście warto podkreślić, że ochrona ekonomicznych interesów pracodawcy, a mianowicie możliwości kontynuacji działalności gospodarczej, odgrywa rolę drugoplanową.

Stosowanie pracy zdalnej wskutek wniosku pracownika będącego w szczególnej sytuacji osobistej lub rodzinnej

Art. 67¹⁹ §§ 6 i 7 k.p. stanowi, że pracodawca jest obowiązany uwzględnić wniosek pracownika, o którym mowa w art. 142¹ § 1 pkt 2 i 3 k.p., o wykonywanie pracy zdalnej. Wskazany przepis wyodrębnia grupę pracowników będących w szczególnie trudnej sytuacji osobistej lub rodzinnej, tj. pracownice w ciąży, pracownika wychowującego dziecko (do ukończenia przez nie 4 roku życia), a także pracownika sprawującego opiekę nad innym członkiem najbliższej rodziny lub inną osobą pozostającą we wspólnym gospodarstwie domowym, posiadającymi orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności. Warto zaakcentować, że przyjęcie w analizowanej regulacji wieku dziecka do lat 4 ma na celu zapewnienie spójności z rozwiązaniami już przyjętymi w art. 148 pkt 3 k.p., art. 178 § 2 k.p. i art. 188¹ k.p., a także wpisuje się w stałą tendencję do projektowania przepisów prawa pracy w kierunku ułatwianym pracownikom łączenia obowiązków rodzicielskich z zawodowymi.

¹⁸ M. Krzyszkowska-Dąbrowska, op. cit., s. 20.

Wniosek pracownika o wykonywanie pracy zdalnej nie wymaga żadnej formy, jednakże dla celów dowodowych warto skorzystać z postaci papierowej lub elektronicznej. We wniosku pracownik wskazuje miejsce wykonywania pracy zdalnej, oraz czy dotychczasową pracę zamierza w warunkach pracy zdalnej wykonywać całkowicie lub częściowo. Celowe wydaje się również podanie przyczyny skorzystania z pracy zdalnej. Ustawodawca nie określił terminu na złożenie wniosku. *De lege ferenda* racjonalnym rozwiązaniem wydaje się termin nie krótszy niż 21 dni przed rozpoczęciem wykonywania pracy zdalnej. Taki termin przyjęto m.in. odnośnie do wniosku pracownika o łączenie korzystania z urlopu rodzicielskiego z wykonywaniem pracy u pracodawcy udzielającego tego urlopu (art. 182^{1e} § 1 k.p.), a także do wniosku pracownika o zastosowanie do niego elastycznej organizacji pracy (art. 188¹ k.p.). Z drugiej strony warto podkreślić, że w przypadku wniosku o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej strony umowy o pracę ustalają termin przywrócenia poprzednich warunków wykonywania pracy, nie dłuższy niż 30 dni od dnia otrzymania wniosku (art. 67²² § 1 k.p.). W świetle art. 67¹⁹ § 6 k.p. obowiązek uwzględnienia wniosku pracownika o pracę zdalną nie ma charakteru bezwzględnego. Pracodawca może bowiem nie wyrazić zgody na pracę zdalną, jeżeli nie jest to możliwe ze względu na organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika.

W tym miejscu wypada podkreślić, że ustalenie organizacji pracy co do zasady jest domeną pracodawcy, należąca do jego kompetencji dyrektywnych. Ryzyko organizacyjne, obejmujące zwłaszcza przestoje i szkody wynikające z niezapewnienia właściwej organizacji pracy, spoczywa na pracodawcy. Innymi słowy organizacja pracy dotyczy procesu zarządzania i często wiąże się z profilem prowadzonej działalności. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na podporządkowanie pracownika pracodawcy w procesie pracy. Za uzasadniony należy więc uznać pogląd, że względy organizacyjne, skutkujące odmową wniosku pracownika o pracę zdalną, mogą dotyczyć np. świadczenia pracy w ruchu ciągłym czy też inny ściśle skooperowany sposób, w którym pracownik jest obowiązany wykonywać pracę w tym samym wymiarze, co pozostali pracownicy¹⁹. Tak samo należałoby potraktować świadczenie pracy przez lektora języka obcego (chyba że szkoła prowadzi naukę bądź kursy online)²⁰.

Natomiast „rodzaj pracy” to pojęcie języka prawnego (w doktrynie oraz w orzecznictwie) i w sposób niekwestionowany należy do *essentialia negotii* czynności prawnej, która ma wpływ na ważność i skuteczność umowy o pracę. Może być określone przez wskazanie konkretnego stanowiska, funkcji, jeżeli są one wyodrębnione w strukturze organizacyjnej zakładu pracy (np. w jego

¹⁹ M. Latos-Miłkowska, *Komentarz do art. 182^{1e} k.p.*, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2017, Lex.

²⁰ E. Suknarowska-Drzewiecka, *Komentarz do art. 67⁶ k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2020, Legalis.

regulaminie organizacyjnym), zawodu, specjalności, opisu charakteru pracy lub czynności, które mają być wykonywane przez pracownika. Nie ulega wątpliwości, że rodzaj pracy powinien zostać określony w sposób konkretny, przynajmniej na tyle, aby nie wzbudzał wątpliwości, jaka praca będzie przez pracownika wykonywana. W efekcie uprawniona wydaje się konstatacja, że niektóre rodzaje aktywności z istoty rzeczy nie mogą być wykonywane w warunkach pracy zdalnej, np. w budownictwie, transporcie, handlu (z wyjątkiem oczywiście sklepu internetowego).

W kontekście rozważań odnoszących się do „rodzaju pracy” warto odnotować, że w art. 67³¹ k.p. zostały wyszczególnione prace, których praca zdalna nie obejmuje. Stąd uprawniony wydaje się wniosek, że „rodzaj pracy” w największym stopniu determinuje stosowanie pracy zdalnej. Analizując ustawowe przesłanki, których zaistnienie uzasadnia odmowę uwzględnienia wniosku pracownika o pracę zdalną, warto zastanowić się, w jakim stopniu na decyzję pracodawcy w tej materii może mieć wpływ wskazane przez pracownika miejsce wykonywania pracy. Punktem wyjścia będzie konstatacja, że zgodnie z art. 67¹⁸ k.p. miejsce wykonywania pracy zdalnej wskazuje pracownik i każdorazowo uzgadnia je z pracodawcą. Pracodawca może zatem nie zaakceptować wskazanego przez pracownika (we wniosku) miejsca wykonywania pracy zdalnej.

W takiej sytuacji jedynie możliwa wydaje się modyfikacja wniosku pracownika, wszakże nieuwzględnienie wniosku pracownika o pracę zdalną z powodu braku akceptacji przez pracodawcę wskazanego miejsca wykonywania pracy byłoby bezprawne w świetle art. 67¹⁹ § 6 k.p.

O przyczynie odmowy uwzględnienia wniosku pracodawca informuje pracownika w postaci papierowej lub elektronicznej w terminie 7 dni roboczych od dnia złożenia wniosku (art. 69¹⁹ § 6 k.p.). Pracodawca narusza ten przepis wskutek braku reakcji na wniosek pracownika, wyrażenia odmowy bez podania przyczyny lub podania przyczyny nieprawdziwej. Pracownikowi w takiej sytuacji przysługuje roszczenie do sądu pracy o wykonywanie dotychczasowej pracy w warunkach pracy zdalnej. Wydaje się także, iż brak podania przyczyny lub podanie przyczyny nieprawdziwej można traktować jako delikt o naruszenie dóbr osobistych pracownika w zakresie dostępu do pracy wykonywanej w warunkach zdalnych, zwłaszcza że pracownicy, o których mowa 142¹ § 1 pkt 2 i 3 k.p., znajdują się w szczególnie trudnej sytuacji rodzinnej lub osobistej, co uzasadnia roszczenie o zadośćuczynienie oraz odszkodowanie²¹.

Nadto wydaje się, że bezzasadna odmowa uwzględnienia wniosku pracownika czy też odmowa wskutek nieprawdziwych przyczyn uprawnia pracownika do rozwiązania umowy o pracę w trybie art. 55 k.p., gdyż pracodawca nie

²¹ Por. A. Sobczyk, *Komentarz do art. 67⁶ i art. 182^{1e} k.p.*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2023, Legalis.

dopełnił obowiązku związanego z rzetelnym rozpatrzeniem wniosku o wykonywanie dotychczasowej pracy w warunkach pracy zdalnej. Co więcej, naruszył obowiązek przestrzegania zasady współzycia społecznego, której przestrzeganie należy do podstawowych obowiązków pracodawcy w rozumieniu art. 55 § 1¹ k.p.²²

W przypadku wykonywania pracy zdalnej na podstawie art. 67¹⁹ §§ 6 i 7 k.p. pracownik może wystąpić z wiążącym wnioskiem złożonym w postaci papierowej lub elektronicznej o zaprzestanie jej wykonywania i przywrócenia poprzednich warunków wykonywania pracy. Przywrócenie poprzednich warunków wykonywania pracy odbywa się wedle procedury określonej w art. 67²² § 1 k.p. Zgodnie z § 2 tego przepisu takie uprawnienie nie przysługuje pracodawcy, chyba że dalsze wykonywanie pracy zdalnej nie jest możliwe ze względu na organizację lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika.

Stosowanie pracy zdalnej wskutek wniosku pracownika o zastosowanie wobec niego elastycznej organizacji pracy

Art. 188¹ § 1 k.p. stanowi, że pracownik wychowujący dziecko (do ukończenia przez nie 8 roku życia) może złożyć wniosek o zastosowanie do niego elastycznej organizacji pracy. Wedle § 2 tego przepisu za elastyczną organizację pracy uważa się również pracę zdalną.

Wniosek w postaci papierowej lub elektronicznej składa się w terminie nie krótszym niż 21 dni przed planowanym rozpoczęciem pracy zdalnej. We wniosku wskazuje się:

1. imię i nazwisko oraz datę urodzenia dziecka;
2. przyczynę konieczności skorzystania z pracy zdalnej;
3. termin rozpoczęcia i zakończenia korzystania z pracy zdalnej.

Pracodawca, rozpatrując wniosek, uwzględnia potrzeby pracownika, w tym termin oraz przyczynę konieczności korzystania z pracy zdalnej, a także potrzeby i możliwości pracodawcy, w tym konieczność zapewnienia normalnego toku pracy, organizację pracy lub rodzaj pracy wykonywanej przez pracownika. Zgodnie z § 5 analizowanego przepisu pracodawca informuje pracownika w postaci papierowej lub elektronicznej o uwzględnieniu wniosku albo o przyczynie odmowy uwzględnienia wniosku lub o innym możliwym terminie skorzystania z pracy zdalnej niż wskazany we wniosku w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku.

²² Zob. wyrok SN z 8 października 2009 r., sygn. akt II PK 114/09, OSNP 2011, Nr 9–10, poz. 127.

Pracownik korzystający z pracy zdalnej w ramach elastycznej organizacji pracy może w każdym czasie złożyć wniosek w postaci papierowej lub elektronicznej o powrót do poprzednich warunków wykonywania pracy przez upływem terminu, o którym mowa w § 3 pkt 3 analizowanego przepisu, gdy uzasadnia to zmiana okoliczności, będąca podstawą do korzystania przez pracownika z pracy zdalnej.

Pracodawca po rozpatrzeniu wniosku pracownika o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej informuje pracownika w postaci papierowej lub elektronicznej o uwzględnieniu albo przyczynie odmowy uwzględnienia wniosku lub o możliwym terminie powrotu do poprzednich warunków wykonywania pracy w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku (§ 5 analizowanego przepisu). Pracodawca narusza ten przepis wskutek braku reakcji na wniosek pracownika wyrażenia odmowy bez podania przyczyny lub podania przyczyny nieprawdziwej. Pracownikowi w takiej sytuacji przysługuje roszczenie do sądu pracy.

Komentowany przepis nie przewiduje uprawnienia pracodawcy do wystąpienia z wnioskiem o zaprzestanie wykonywania pracy zdalnej i przywrócenia poprzednich warunków wykonywania pracy. Warto jednak podkreślić, że pracodawca *de lege lata* może wystąpić z ofertą porozumienia w sprawie zaprzestania wykonywania pracy zdalnej i powrót pracownika do wykonywania pracy w poprzednich warunkach.

Stosowanie pracy zdalnej wskutek wniosku pracownika o pracę zdalną okazjonalną

Kolejny tryb stosowania pracy zdalnej wynika z art. 67³³ § 1 k.p. Zgodnie z tym przepisem praca zdalna w wymiarze nieprzekraczającym 24 dni w roku kalendarzowym może być wykonywana okazjonalnie na wniosek pracownika. Z założenia jej istotą jest elastyczność – świadczy o tym fakt, że do tej formy wykonywania pracy nie stosuje się przepisów art. 67¹⁹–67²⁴ oraz art. 67³¹ § 3 k.p.²³ Zgodnie zaś z intencją ustawodawcy ma służyć przede wszystkim interesom pracownika.

Wniosek o pracę zdalną okazjonalną może być złożony w postaci papierowej lub elektronicznej. Powinien zawierać przynajmniej określenie wymiaru i daty skorzystania z pracy zdalnej okazjonalnej, przy czym uprawnione wydaje się podkreślenie, iż kwestie proceduralne, m.in. czas składania wniosku, termin jego rozpatrzenia, z uwagi na wyłączenie art. 67²⁰ k.p., mogą zostać doprecyzowane w innych aktach wewnętrznych, np. w regulaminie pracy. Istotne jest to, aby przyjęte procedury były jednakowe dla ogółu pra-

²³ Wyłączając stosowanie tych przepisów, ustawodawca, jak się wydaje, miał na względzie incydentalność pracy zdalnej okazjonalnej oraz stosunkowo niewielkie koszty ponoszone przez pracownika.

cowników. Stosowanie przez pracodawcę różnej praktyki może być bowiem odczytywane jako faworyzowanie wybranych pracowników, co z kolei prowadzi do zarzutu nierównego traktowania lub dyskryminacji²⁴.

Jeżeli rodzaj i organizacja pracy umożliwiają wykonywanie pracy w warunkach pracy zdalnej okazjonalnej, to pracodawca co do zasady powinien uwzględnić wniosek pracownika. Pracodawca, uwzględniając wniosek pracownika, jednocześnie akceptuje wskazane przez niego miejsce wykonywania pracy. Niewykorzystana liczba dni pracy zdalnej okazjonalnej nie przechodzi na rok następny.

W kontekście powyższych rozważań ważnym problemem wydaje się wymiar pracy zdalnej okazjonalnej pracowników, którzy zgodnie z art. 67¹⁹ §§ 1, 3, 6 i 7 k.p. – a więc w trybach wcześniej opisanych – wykonują już pracę zdalną częściowo, np. tydzień pod adresem zamieszkania, a następny tydzień w zakładzie pracy. Innymi słowy czy w takiej sytuacji przy korzystaniu z pracy zdalnej okazjonalnej nie powinna być stosowana zasada proporcjonalności? Literalne brzmienie art. 67³³ k.p. zdaje się nie pozostawiać w tej materii żadnych wątpliwości, wszak przepis ten nie zawiera żadnych ograniczeń w zakresie uprawnień do korzystania z pracy zdalnej okazjonalnej. W tym kontekście należy podkreślić, że pracownik, korzystając z pracy zdalnej okazjonalnej, wykonuje swoje obowiązki.

Natomiast w sytuacji, w której pracownik w ciągu roku kalendarzowego wykonuje pracę kolejno na rzecz dwóch pracodawców i u pierwszego z nich skorzystał z pracy zdalnej okazjonalnej w wymiarze 18 dni, to u drugiego – zgodnie z art. 67³³ § 1 k.p. – będzie mógł skorzystać z 6 dni.

Jeszcze inna sytuacja może mieć miejsce, gdy pracownik w danym roku kalendarzowym wykonuje pracę na rzecz dwóch pracodawców jednocześnie. W takim przypadku jest on uprawniony do pracy zdalnej okazjonalnej w wymiarze 24 dni, przy czym nie ma znaczenia, czy z uprawnienia skorzysta u jednego z nich, czy też u obydwu. Istotne wydaje się również podkreślenie, że uprawniony do pracy zdalnej okazjonalnej w wymiarze nieprzekraczającym 24 dni w roku jest w każdy pracownik bez względu na wymiar czasu, w jakim wykonuje pracę.

Podsumowanie

W konkluzji powyższych rozważań warto podkreślić, że na gruncie regulacji kodeksowych zgodna wola stron jest warunkiem *sine qua non* stosowania pracy zdalnej. Dotyczy to zwłaszcza trybu stosowania pracy zdalnej wskutek uzgodnienia pomiędzy stronami umowy o pracę (art. 67¹⁹ § 1 k.p.).

²⁴ M. Głądoch, op. cit., s. 6.

Wyjątek od tej zasady stanowi stosowanie pracy zdalnej wskutek polecenia pracodawcy. Jednak tryb ten – zgodnie z art. 67¹⁹ § 3 k.p. – może być stosowany wyłącznie w sytuacjach zagrażających zdrowiu lub w życiu pracowników. Wpisuje się więc w realizację podstawowego obowiązku pracodawcy w zakresie bhp oraz szeroko pojmowaną ochronę pracy (art. 207 §§ 1 i 2 k.p.).

Natomiast stosowanie pracy zdalnej wskutek wniosku pracownika będącego w szczególnej sytuacji osobistej lub rodzinnej (art. 67¹⁹ §§ 6 i 7 k.p. i art. 188¹ k.p.) należy ocenić nader pozytywnie, gdyż wpisuje się w stałą tendencję do projektowania przepisów prawa pracy w kierunku ułatwiającym pracownikom łączenie obowiązków rodzicielskich z zawodowymi.

Kolejny tryb stosowania pracy zdalnej wynika z art. 67³³ § 1 k.p. Zgodnie z tym przepisem praca zdalna w wymiarze nieprzekraczającym 24 dni w roku kalendarzowym może być stosowana okazjonalnie na wniosek pracownika. Z założenia jej istotą jest elastyczność i ma służyć przede wszystkim interesom pracownika.

Kodeksowe tryby stosowania pracy zdalnej – w myśl 67³⁴ k.p. – odnoszą się także do stosunków pracy nawiązanych na innej podstawie niż umowa o pracę. Zatem przepis ten odnosi się do pozaumownych stosunków pracy (art. 2 k.p.).

Należy także zauważyć, że obecnie praca świadczona na odległość jest dozwolona wyłącznie w ramach zanalizowanych trybów stosowania pracy zdalnej.

Wykaz literatury

- Głądoch M., *Praca zdalna. Kontrola trzeźwości. Nowelizacja Kodeksu pracy*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Krzyszkowska-Dąbrowska M., *Praca zdalna. Praktyczny poradnik*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Latos-Milkowska M., *Komentarz do art. 182^{1e} k.p.*, [w:] L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2017, Lex.
- Mitrus L., *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda – zmiatana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy? Część 1 i 2*, „Praca i Zabezpieczenia Społeczne” 2020, nr 11.
- Sobczyk A., *Komentarz do art. 67⁶ i art. 182^{1e} k.p.*, [w:] A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2023, Legalis.
- Spytek-Bandurska G., *Telepraca jako nietypowa forma zatrudnienia w Polsce. Aspekty prawne i społeczne*, Aspra, Warszawa 2015.
- Suknarowska-Drzewiecka E., *Komentarz do art. 67⁶ k.p.*, [w:] K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, 2020, Legalis.

Summary

Some reflections on the modes of application of remote work in light of the provisions of the Labour Code

Keywords: law remote work, accord, instruction, agreement, application, employer, employee.

Regulating remote work in the Labour Code is undoubtedly one of the most important solutions in labour law, as it responds to the challenges of the modern labour market. It should be noted that this regulation was eagerly awaited by both employers and employees. The issues related to this regulation deserve special attention given that they have not been subject to closer analysis in labour law scholarly literature. Of particular theoretical and practical importance is the issue of the mode of application of remote work. *De lege lata*, fundamental significance in this matter is held by Article 64¹⁹ § 1 points 1 and 2, § 3, § 6, and § 7; Article 67²² §§ 1 and 2; Article 67³³ §§ 1 and 2 of the Labour Code. According to these provisions, remote work can be applied as a result of an agreement between the parties to the employment contract, an instruction of an employer, an application of an employee who is in a particularly difficult personal or family situation, an application of an employee who makes a request for flexible work organisation, a request of an employee for occasional remote work. The objective of the paper is to analyse the above-mentioned modes of applying remote work, as the provisions regulating this matter raise interpretational doubts. The author regards the voluntary nature of remote work as the most useful principle from the point of view of the systematization of his reasoning. The essence of this principle lies in the legislator's sanctioning of the possibility of transferring work to the employee's private space. It is also worth emphasizing that by the possibility of performing work in the employee's private space significantly considers the health aspect of remote work – the protection of the employee's fundamental goods, i.e., health and life (Art. 67¹⁹ § 3 of the Labour Code).

