

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

Studia
Prawnoustrojowe

56

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Jarosław Dobkowski (redaktor naczelny)

Elżbieta Żębek (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

Wojciech Cieślak, Mirosław Karpiuk, Piotr Krajewski

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 2022

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

Spis treści

ARTYKUŁY

Piotr Bogdalski , <i>Warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Część 2. Porównanie warunków dopuszczenia do wykonywania zawodów policjanta oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej</i>	5
Katarzyna Karolina Borkowska , <i>Penalizacja przerywania ciąży w polskim prawie karnym</i>	37
Sebastian Czechowicz , <i>Realizacja konstytucyjnego obowiązku ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych w polskim prawie karnym</i> ...	57
Mateusz Gąsowski, Ewa M. Guzik-Makaruk, Adriana Kuligowska , <i>Wybrane aspekty stosowania toksyny botulinowej z perspektywy prawa karnego i kryminologii</i>	73
Adam Grajewski, Zbigniew Wardak , <i>Broń palna w muzeach prywatnych</i>	91
Dariusz Jagiełło , <i>Relacja przesłuchiwanego a treść protokołu w postępowaniu przygotowawczym</i>	103
Jarosław Janikowski , <i>Alkohol jako czynnik kryminogenny</i>	119
Dagmara Jaroszevska-Choraś , <i>Zasady etyki zawodowej pracowników instytucji unijnych na przykładzie członków Komisji Europejskiej</i>	139
Adrianna Kimla , <i>Ocena prawdopodobieństwa odłączenia się Walii od Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej</i>	159
Marcin Krzysztof Konieczny , <i>Disinformation in legal and criminalistic reality</i> ...	171
Agnieszka Kowalska , <i>Prawa pacjenta w czasie pandemii – wybrane zagadnienia</i>	201
Michał Krzykowski , <i>Usługi użyteczności publicznej w sektorze ciepłowniczym</i>	221
Marian Masternak , <i>Administracyjnoprawny status zakładu karnego</i>	235
Olga Sitarz , <i>Postulowany model podejmowania decyzji kryminalizacyjnej odnoszącej się do zachowań naruszających dobro małoletniego</i>	249
Edyta Sokalska , <i>Searching for the best legal interpretation and the ideal formula of a state – Otto von Gierke and corporatism as the basis for a new federal state</i>	265
Krystyna Szczechowicz , <i>Postępowanie w przedmiocie przedłużenia stosowania, uchylecia lub zmiany środka zabezpieczającego – wybrane zagadnienia procesowe</i>	281
Radosław Zych , <i>Criminal law regulations in electoral law ensure the protection of the secrecy of voting in elections to the office of the President of the Republic of Poland in 2020</i>	295

GLOSY

Kamil Frąckowiak , <i>Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 stycznia 2020 r., sygn. akt III KK 583/18, Lex nr 3220549 – glosa aprobująca</i>	307
---	-----

SPRAWOZDANIA

Anna Ewa Chodorowska , <i>Sprawozdanie z V Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych „In dubio pro humanitate”, Olsztyn, 28 października 2021 r.</i>	315
--	-----

Piotr Bogdalski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-5320-2808

piotr.bogdalski@uwm.edu.pl

Warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Część 2. Porównanie warunków dopuszczenia do wykonywania zawodów policjanta oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej

Wstęp

Niniejszy artykuł zawiera kontynuację rozważań zawartych w pierwszej części opracowania¹, w którym wykazano, że zawód kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej pozostaje w bliskim pokrewieństwie do zawodu policjanta służby prewencyjnej. Z poczynionych uprzednio ustaleń wynika, że zawody te są wykonywane w sferze bezpieczeństwa i porządku publicznego państwa, mają zbieżny katalog zawodowych zadań oraz środków na ich realizację, do których należą m.in. możliwość korzystania ze środków przymusu bezpośredniego i broni palnej. Są z nimi także związane analogiczne zagrożenia zawodowe.

Przedmiotem niniejszego opracowania *sensu largo* jest bezpieczeństwo kadrowe Policji oraz koncesjonowanych przedsiębiorców ochrony osób i mienia, zaś *sensu stricto* – przesłanki, które warunkują dopuszczenie do wykonywania zawodów policjanta oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Z kolei celem prowadzonych rozważań jest ustalenie zasadności różnic, które występują w odniesieniu do przesłanek warunkujących wykonywanie wspomnianych zawodów. Realizacja tak określonego celu będzie wymagała odpowiedzi na pytanie, czy istnieje uzasadnienie dla odmienności, które występują między przesłankami doboru do Policji i warunkami wpisu na listę kwalifiko-

¹ P. Bogdalski, *Warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Część 1. Porównanie zawodów policjanta służby prewencyjnej i kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52, s. 27–42.

wanych pracowników ochrony fizycznej, a jeżeli tak, to czy można takie uzasadnienie uznać za wystarczające. Zgodnie z przyjętym założeniem, wykazane w pierwszej części pokrewieństwo omawianych zawodów powinno wpływać na brak różnic w katalogach przesłanek, dopuszczających do ich wykonywania. Do podstawowych metod, które zostały wykorzystane w celu weryfikacji tego założenia, należą metody teoretyczne, wśród których można wymienić analizę dogmatyczno-prawną, krytyczną analizę literatury, analizę systemową oraz metodę porównawczą. Należy wyrazić nadzieję, że przedstawione w niniejszej pracy wnioski będą nie tylko przyczynkiem do dyskusji nad poprawą kondycji prywatnego sektora ochrony osób i mienia, ale będą miały także – w odniesieniu do sformułowanych postulatów *de lege ferenda* – wymiar aplikacyjny.

Uwagi wprowadzające

Wyjątkowy charakter omawianych zawodów powoduje, że ich wykonywanie można powierzyć tylko wybranym osobom. Przemawia za tym w szczególności związana z tym dyspozycyjność, wykorzystywanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przy realizacji zawodowych zadań oraz narażenie na występowanie w środowisku pracy wysoce stresogennych zdarzeń, w tym skutkujących zagrożeniem własnego zdrowia lub życia.

Należy podkreślić, że potrzeba organizacyjnej efektywności instytucji, które są odpowiedzialne za utrzymanie bezpieczeństwa i porządku publicznego, przesądza o wyznaczeniu minimalnego poziomu wymagań, jakie powinny spełniać zatrudniane w nich osoby. Odchylenia poniżej tego poziomu należy traktować jako zagrożenie bezpieczeństwa kadrowego tych instytucji, które może skutkować obniżeniem albo utratą zdolności do realizacji przypisanych im zadań. Jednym z podstawowych środków neutralizacji tego zagrożenia jest właściwie ukształtowany katalog przesłanek, które limitują dostęp do wykonywania tego rodzaju zawodów².

Katalog przesłanek doboru do służby w Policji został określony w art. 25 ust. 1 ustawy o Policji. Zgodnie z nim służbę w Policji może pełnić obywatel polski o nieposzlakowanej opinii, który nie był skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, korzystający z pełni praw publicznych, posiadający co najmniej wykształcenie średnie oraz zdolność fizyczną i psychiczną do służby w formacjach uzbrojonych, a także dający rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że analiza przesłanek doboru do służby w państwowych mundurowych formacjach ochronnych wykazuje ich daleko idącą zbieżność. Nie tylko Policja,

² Por. idem, *Bezpieczeństwo kadrowe Policji na przykładzie przesłanek doboru do służby*, Szczytno 2015, s. 568.

ale także Straż Graniczna, Służba Ochrony Państwa, Straż Marszałkowska, Służba Więzienna, Służba Celno-Skarbowa, Państwowa Straż Pożarna, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Służba Kontrwywiadu Wojskowego wymagają od kandydata na funkcjonariusza polskiego obywatelstwa, pełni praw publicznych, co najmniej średniego wykształcenia oraz zdolności do służby³. Ponadto większość wymienionych formacji ochronnych odwołuje się także do takich kategorii przesłanek, jak postawa moralnoetyczna, niekaralność i rękojmia zachowania tajemnicy informacji niejawnych⁴.

Trzeba podkreślić, że ważną konsekwencją utrzymania jednolitego poziomu bezpieczeństwa kadrowego państwowych mundurowych formacji ochronnych jest ustawowe dopuszczenie możliwości międzyinstytucjonalnej fluktuacji kadr. Przykładem może tu być art. 25a ust. 1 ustawy o Policji, który przewiduje, że funkcjonariusz Straży Granicznej, Straży Marszałkowskiej, Służby Ochrony Państwa, Służby Celno-Skarbowej, Państwowej Straży Pożarnej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Wywiadu Wojskowego, Służby Kontrwywiadu Wojskowego lub Centralnego Biura Antykorupcyjnego, może być – na własną prośbę – przeniesiony do służby w Policji.

Omawiając kwestię zatrudnienia pracowników ochrony przez policje prywatne, należy zaznaczyć, że ustawa o ochronie osób i mienia wprowadziła trzy kategorie pracowników ochrony oraz zróżnicowała przesłanki dopuszczające do wykonywania związanych z nimi zawodów i specjalności. W tej grupie zawodowej ustawodawca wyodrębnił kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego oraz niekwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej⁵. Zgodnie z tematyką ni-

³ Por. art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 305), art. 68 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 384, ze zm.), art. 18 ustawy z dnia 26 stycznia 2018 r. o Straży Marszałkowskiej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1940), art. 38 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1427 ze zm.), art. 151 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 505 ze zm.), art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1499 ze zm.), art. 48 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1921 ze zm.), art. 44 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 27) oraz art. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1529 ze zm.).

⁴ Szerzej: P. Bogdalski, *Bezpieczeństwo kadrowe...*, s. 509 i nast.

⁵ Według szacunków branży usług ochrony osób i mienia łączna liczba pracowników ochrony wynosi 250 tys. osób – por. D. Bartosewicz, *Ochrona za złotówkę*, „Przegląd” z 25 marca 2019 r., <https://www.tygodnikprzeglad.pl/ochrona-za-zlotowke/> (data dostępu: 4.10.2020). Według danych Komendy Głównej Policji w tej grupie znajduje się 99 235 kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz 20 137 kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego – Biuro Prewencji Komendy Głównej Policji, *Liczba osób wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego*, <http://policja.pl/pol/kgp/biuro-prewencji/wydzial-nadzoru-nad-sp/ochrony-fizycznej-oraz/93128,Liczba->

niejszego opracowania dalsze rozważania zostaną ograniczone wyłącznie do kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, których zadania, uprawnienia i zagrożenia zawodowe wykazują najwyższą zbieżność z zadaniami, uprawnieniami i zagrożeniami zawodowymi policjantów służby prewencyjnej⁶. W świetle postanowień art. 26 ust. 3 ustawy o ochronie osób i mienia status kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej może uzyskać osoba, która jest obywatelem Polski lub innego państwa Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu, ukończyła 21 lat i ma pełną zdolność do czynności prawnych, ukończyła co najmniej gimnazjum lub ośmioletnią szkołę podstawową, nie była skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne i nie toczy się przeciwko niej postępowanie karne o takie przestępstwo, ma nienaganną opinię, posiada zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań bezpośredniej ochrony fizycznej oraz jest przygotowana teoretycznie i praktycznie do wykonywania ochrony osób i mienia⁷.

Przedstawiony katalog przesłanek dopuszczających do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej wskazuje wyraźne na różnice dotyczące standardu doboru do służby w Policji i innych państwowych mundurowych formacjach ochronnych. Ich przegląd wypada rozpocząć od obywatelstwa, które współcześnie jest definiowane jako trwała więź łącząca obywatela z państwem (przynależność państwowa). Z tego swoistego stosunku wynikają ich wzajemne prawa i obowiązki, które są określone porządkiem prawnym danego państwa⁸.

-osob-wpisanych-na-liste-kwalifikowanych-pracownikow-ochrony-fizycznej-ora.html (data dostępu: 10.03.2021). Pozostałą grupę stanowią niekwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej.

⁶ W szczególności kwalifikowany pracownik ochrony fizycznej może wykonywać czynności bezpośredniej ochrony fizycznej w ramach zespołów konwojujących przedmioty niebezpieczne lub wartościowe (w tym wartości pieniężne) oraz na rzecz specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych (w tym w zakresie ochrony obszarów, obiektów i urządzeń podlegających ustawowej, obowiązkowej ochronie). Może on również wykonywać czynności bezpośredniej ochrony fizycznej związane z ochroną osób oraz czynności, które wymagają użycia środków przymusu bezpośredniego lub broni (por. art. 26 ust. 1 ustawy o ochronie osób i mienia).

⁷ Osoba, która spełnia powyższe kryteria, może złożyć wniosek o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, której prowadzenie ustawa o ochronie osób i mienia powierzyła Komendantowi Głównemu Policji. Z chwilą dokonania wpisu wnioskodawca uzyskuje prawo do wykonywania zawodu.

⁸ Por. w szczególności: J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 110; J. Starościec, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 539; J. Jagielski, *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1998, s. 10; E. Smoktunowicz, *Obywatelstwo polskie*, [w:] T. Rabska (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 4, Wrocław 1980, s. 7; T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, [w:] J. Manza, M. Sauder (red.), *Inequality and Society. Social Science Perspectives on Social Stratification*, New York 2009, s. 150.

Obywatelstwo

Dopuszczenie do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej obywateli państw, które wraz z Polską tworzą wspólną przestrzeń umożliwiającą swobodny przepływ osób i usług, należy uznać za w pełni uzasadnione. W tym kontekście warto zwrócić szczególną uwagę na instytucję obywatelstwa europejskiego. Stosownie do postanowień traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, obywatelem Unii jest każda osoba, która ma obywatelstwo jednego z państw członkowskich⁹. Znaczenie tej instytucji polega na przypisaniu jej beneficjentowi szczególnego statusu, do zabezpieczenia którego są zobowiązane wszystkie unijne państwa członkowskie. Zgodnie z nim unijni obywatele mają m.in. prawo do swobodnego przemieszczania się i wyboru miejsca zamieszkania w jednym z państw członkowskich. Swoistą emanacją tego prawa jest ustanowienie swobody przepływu pracowników wewnątrz Unii¹⁰. W zakresie zatrudnienia oznacza ona zniesienie wszelkiej dyskryminacji między pracownikami państw członkowskich ze względu na ich państwową przynależność. W konsekwencji posiadacze obywatelstwa europejskiego mogą się swobodnie przemieszczać w ramach terytoriów państw członkowskich w celu poszukiwania i podejmowania pracy. Warto zaznaczyć, że państwa członkowskie mogą wyjątkowo ograniczyć powyższą swobodę, jeżeli jest to uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Jednak biorąc pod uwagę swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, które obowiązują w unijnej przestrzeni gospodarczej, wspomniane ograniczenia nie powinny mieć wpływu na możliwość zatrudnienia obywateli europejskich w polskim prywatnym sektorze usług ochrony¹¹. Jak podkreśla się w literaturze, tego rodzaju klauzule nie mogą być stosowane z powodów ekonomicznych w celu ochrony krajowego rynku pracy¹².

O ile liberalne podejście w kwestii obywatelstwa kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej nie budzi zastrzeżeń, o tyle zastosowanie takiego rozwiązania w wypadku funkcjonariuszy Policji należałoby uznać za wątpliwe. Należy podkreślić, że z punktu widzenia polskiej racji stanu, status obywateli Polski oraz obywateli innych państw Unii Europejskiej – mimo znacznego zbliżenia ich prawnej sytuacji – nie jest tożsamy. Polskie obywatelstwo jest bowiem także wyrazem przynależności do narodu polskiego, który tworzą wszyscy polscy obywatele. Wspólnota ta została ukształtowana w wyniku wie-

⁹ Por. art. 20–24 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana (Dz. Urz. UE C z 2010 r., Nr 83, poz. 47). Obywatelstwo europejskie ma subsydiarny charakter względem obywatelstwa krajowego. Oznacza to, że nie zastępuje ono obywatelstwa krajowego, a jedynie je uzupełnia.

¹⁰ Art. 45 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

¹¹ Por. art. 49–55 oraz art. 56–62 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

¹² Por. K. Wach, *Europejska swoboda przepływu pracowników*, „Studia Europejskie” 2007, nr 3, s. 191 i nast.

lowiekowej historii, w której przodkowie współcześnie żyjących byli wielokrotnie zmuszeni podejmować walkę w obronie niepodległości polskiego państwa. Spiowem narodu polskiego jest również kultura, tradycja, język oraz system wartości aksjologicznych, którego podstawy ukształtowała chrześcijańska ideologia¹³. Fakt przynależności do wspólnoty narodu polskiego ma istotne znaczenia dla zakresu powinności obywatela względem polskiego państwa. Jedynie na polskich obywateli Konstytucja nakłada bowiem obowiązki wierności Rzeczypospolitej Polskiej, troski o dobro wspólne (państwo) oraz obrony ojczyzny¹⁴. W literaturze słusznie uznaje się za niecelowe narzucenie obcokrajowcom, którzy są w Polsce rezydentami, obowiązku wierności wobec polskiego państwa i powinności jego obrony. Zdaniem Krzysztofa Trzczińskiego z jednej strony mogłoby to zagrozić interesom państwa przyjmującego, z drugiej zaś postawiłoby obcokrajowców w sytuacji braku lojalności wobec kraju, którego są obywatelami¹⁵.

Wypada zaznaczyć, że Konstytucja w kwestii zapewnienia Polsce bezpieczeństwa przez jej obywateli odwołuje się wprost jedynie do obowiązku obrony (militarny aspekt bezpieczeństwa). Mimo to należy przyjąć, że także w wymiarze pozamilitarnym ochrona bezpieczeństwa państwa powinna być powierzona wyłącznie polskim obywatelom. Za źródło tej powinności należy uznać konstytucyjny obowiązek troski o dobro wspólne¹⁶. Z punktu widzenia egzystencji państwa, jego stabilności i możliwości rozwoju nie ma bowiem znaczenia, czy zagrożenia bezpieczeństwa będą miały militarny, czy też pozamilitarny charakter. Państwo musi w tym względzie stworzyć komplementarny i skuteczny system bezpieczeństwa, zaś polscy obywatele – w ramach konstytucyjnych obowiązków troski o dobro wspólne i obrony ojczyzny – powinni zapewnić jego sprawne działanie.

Powyższy pogląd nie jest sprzeczny z zasadą swobody przepływu pracowników wewnątrz Unii Europejskiej, ponieważ nie znajduje ona zastosowania do zatrudnienia w publicznej administracji¹⁷. Jak podkreśla Krzysztof Wach, argumentem, który przemawia za wprowadzeniem tego rodzaju wyjątku do

¹³ Pogląd ten w pełni uzasadnia treść preambuły obowiązującej Konstytucji. W opisie suwerena stanowi ona: „My, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej, zarówno wierzący w Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna, jak i nie podzielający tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł, równi w prawach i w powinnościach wobec dobra wspólnego – Polski, wdzięczni naszym przodkom za ich pracę, za walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami, za kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach, nawiązując do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej, zobowiązani, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponadtysiącletniego dorobku, złączeni więzami wspólnoty z naszymi rodakami rozsianymi po świecie”.

¹⁴ Tak art. 82–86 Konstytucji RP.

¹⁵ K. Trzcziński, *Obywatelstwo w Europie. Idea i jej wyraz formalny w perspektywie historycznej*, „Studia Europejskie” 2002, nr 2, s. 66 i nast.

¹⁶ Zgodnie z art. 82 Konstytucji RP „obowiązkiem obywatela polskiego jest wierność Rzeczypospolitej Polskiej oraz troska o dobro wspólne”.

¹⁷ Por. art. 45 ust. 4 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

prawa wspólnotowego, jest lojalność obywateli wobec własnego państwa oraz znajomość realiów związanych z pełnieniem w nim funkcji publicznych¹⁸. Według Biura Analiz Sejmowych ponad wszelką wątpliwość taki charakter ma służba w Policji, która podlega wyłączeniu z zasady niedyskryminacji ze względu na obywatelstwo. Biuro zwraca uwagę, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem unijnego Trybunału Sprawiedliwości ograniczenie swobody przepływu pracowników wewnątrz Unii odnosi się do stanowisk, których zajmowanie łączy się z bezpośrednim lub pośrednim udziałem w wykonywaniu władzy publicznej, w tym obowiązków mających na celu realizację ogólnego interesu państwa albo interesu władz publicznych. Wymaga to istnienia szczególnej zależności między pracownikami i państwem, których źródłem są prawa i obowiązki wynikające z więzów przynależności państwowej¹⁹.

Wiek

Kolejną przesłanką, która w istotny sposób różnicuje dostęp do omawianych zawodów, jest wiek. Należy podkreślić, że nie został on wprost wymieniony w katalogu przesłanek doboru do służby w Policji. Jednak trzeba założyć, że ukończenie 18 lat jest minimalną granicą wieku osoby, która może ubiegać się o przyjęcie do takiej służby. Przede wszystkim wskazuje na to wymóg posiadania przez kandydata co najmniej średniego wykształcenia. Z punktu widzenia polskiego systemu oświaty wykształcenie to można uzyskać w wieku lat 18. Także wymóg posiadania praw publicznych skłania do wniosku, że tylko osoby, które osiągnęły ten wiek, będąc również wyznacznikiem pełnoletniości, mogą zostać policjantami.

Odmienne powyższa kwestia została uregulowana w wypadku kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Ustawa o ochronie osób i mienia stanowi wprost, że wpis na listę takich pracowników może uzyskać osoba, która ukończyła 21 lat. Poszukując przyczyn takiego rozwiązania, wypada odwołać się do argumentów natury historycznej. Zmiany ustrojowe w Polsce, które zostały zapoczątkowane pod koniec lat 80. ubiegłego wieku, miały istotny wpływ na kształtowanie się gospodarki wolnorynkowej²⁰. Jak zauważa

¹⁸ K. Wach, op. cit., s. 193.

¹⁹ Biuro Analiz Sejmowych, Opinia prawna w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. BAS-WAPEiM-958/11, załącznik do pisma przewodniczącego sejmowej Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych z 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt ASW-020-4-2011, kierowanego do Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, druk sejmowy nr 4262.

²⁰ Por. T. Przybyciński, *Kształtowanie ładu gospodarczego w Polsce w kontekście integracji z UE*, „Prace i Materiały Instytutu Rozwoju Gospodarczego SGH” 2009, t. 82, s. 194 i nast.; J. Jabłońska-Bonca, *Prywatna ochrona bezpieczeństwa. Koncepcje – podmioty – zadania – normy – konteksty*, Warszawa 2017, s. 119 i nast.

Tomasz Aleksandrowicz, jednym z przejawów tej systemowej transformacji było wycofywanie się przez państwo z obszarów, które w poprzednim systemie ustrojowym były objęte jego monopolem. Dotyczyło to w szczególności obszaru bezpieczeństwa i porządku publicznego²¹. Jednocześnie w literaturze podkreśla się, że procesowi kształtowania się rynku prywatnych usług ochrony osób i mienia towarzyszyło wiele negatywnych zjawisk²². Potwierdzają to dokumenty pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli, która w okresie od czerwca 1996 r. do lutego 1997 r. przeprowadziła kontrolę nadzoru organów administracji państwowej nad niepaństwowymi formacjami uzbrojonymi²³. Działania podjęte w ramach kontroli wykazały, że koncesjonowani przedsiębiorcy ochrony osób i mienia, jak i zatrudniani przez nich pracownicy ochrony częstokroć naruszali prawo²⁴. Dodatkowo kontrolerzy ujawnili poważne nieprawidłowości, które występowały w postępowaniach o wydanie pozwolenia na broń właścicielom firm ochroniarskich oraz ich pracownikom. Warto odnotować, że w okresie objętym kontrolą aż 65% wszystkich udzielonych pozwoleń dotyczyło tej grupy wnioskodawców²⁵. W konsekwencji Najwyższa Izba Kontroli wystąpiła do Prezesa Rady Ministrów o podjęcie pilnych działań na rzecz uporządkowania statusu prawnego podmiotów prowadzących działalność w zakresie usług ochrony osób i mienia, a także dostosowanie rozwiązań w tym zakresie do wymogów państwa prawa, tak aby interes państwa i obywateli był skutecznie chroniony²⁶.

Wśród rozwiązań, które miały służyć realizacji wskazanego wyżej celu, znalazły się m.in. podwyższenie do 21 lat dolnej granicy wieku osób, które mogły uzyskać pozwolenie na broń, oraz osób, które mogły ubiegać się o wydanie licencji pracownika ochrony fizycznej. Zostały one przygotowane przez ministerstwo właściwe do spraw wewnętrznych, a następnie wprowadzone odpowiednio ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia²⁷ oraz

²¹ T.R. Aleksandrowicz, *Ustawa o ochronie osób i mienia. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 9.

²² Por. ibidem, s. 11 i nast.; R. Kregulec, P. Pajorski, *Ustawa o ochronie osób i mienia. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 11; P. Pajorski, *Pracownik ochrony – wzrost czy upadek kultury bezpieczeństwa – polskie realia. Zarys zagadnienia*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2015, nr 18, s. 104 i nast.

²³ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli nadzoru organów administracji państwowej nad niepaństwowymi formacjami uzbrojonymi*, nr ewid. 29/97/P96028/DON, https://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik/pobierz,px_1997029.pdf,typ,k.pdf (data dostępu: 4.10.2020).

²⁴ Ibidem, s. 31–32.

²⁵ Ibidem, s. 37 i nast.

²⁶ Ibidem, s. 7–8.

²⁷ Usługi w zakresie ochrony osób i mienia przed rokiem 1997 były świadczone na podstawie postanowień ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 41, poz. 324 ze zm.). Przepisy tego aktu prawnego nie zawierały żadnych szczególnych regulacji, które ograniczałyby dostęp do wykonywania zawodu pracownika ochrony osób i mienia. W konsekwencji pracownikami ochrony mogła zostać osoba, która ukończyła lat 18, ponieważ w myśl obowiązujących ówczesnie przepisów mogła ona uzyskać pozwolenie na broń.

ustawą z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji²⁸. Motywy, jakimi kierowało się ministerstwo, proponując omawiane rozwiązanie, zostały ujawnione w uzasadnieniu do projektu ustawy o broni i amunicji. Zgodnie z nimi, podwyższenie dolnej granicy wieku posiadacza pozwolenia na broń z 18 lat do 21 lat było podyktowane „koniecznością wzmocnienia pewności co do prawidłowego używania broni. Taka pewność dotyczy zwykle osób dysponujących już określonym życiowym doświadczeniem. Podobne motywy i ograniczenia odnoszą się np. do kwestii praw wyborczych czy też wykonywania odpowiedzialnych funkcji publicznych. Nie przewiduje się utrzymania dotychczasowego wyjątku określającego możliwość posiadania broni sportowej przez osoby małoletnie powyżej 16 lat”²⁹. W ocenie ministerstwa także ówczesna sytuacja społeczna uzasadniała wprowadzenie nowych, bardziej rygorystycznych rozwiązań dotyczących reglamentacji dostępu do broni. Miał za tym przemawiać „szereg (-) występujących negatywnych uwarunkowań, a zwłaszcza odczuwalny spadek poziomu bezpieczeństwa i porządku publicznego spowodowany głównie wzrostem przestępczości”³⁰. Należy założyć, że wprowadzane zmiany miały również pośrednio zwiększyć poczucie bezpieczeństwa obywateli. Według Rafała Mikowskiego taki efekt uzyskuje państwo, które podejmuje działania utwierdzające obywateli w przekonaniu, że obecność broni palnej w przestrzeni społecznej jest ograniczona do niezbędnego minimum. Dotyczy to posiadania broni palnej wyłącznie przez uprawnione do tego instytucje, które są odpowiedzialne za zapewnienie ludziom bezpieczeństwa (służby, inspekcje, strażę)³¹.

O ile ministerialna argumentacja zmian, które ograniczyły dostęp do zawodu licencjonowanego pracownika ochrony fizycznej, nie budziła większych zastrzeżeń w chwili ich wprowadzenia³², o tyle współcześnie trudno ją uznać

²⁸ Dz.U. z 2020 r., poz. 955 (por. art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, w treści zawartej w tekście z dnia jej ogłoszenia). Uchwalona w 1999 r. ustawa o broni i amunicji uchyliła obowiązującą przez blisko cztery dekady ustawę z dnia 31 stycznia 1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych (Dz.U. Nr 6, poz. 43 ze zm.). Zgodnie z postanowieniami ustawy z 1961 r., pozwolenie na broń mogło zostać wydane osobie, która ukończyła 18 lat. Wyjątkowo pozwolenie na broń mógł także uzyskać małoletni, który ukończył lat 16. Jednak w tym wypadku wniosek o wydanie pozwolenia mógł dotyczyć wyłącznie broni sportowej i musiał zostać złożony przez osobę, której przysługiwała nad małoletnim władza rodzicielska (por. art. 7 ustawy o broni, amunicji i materiałach wybuchowych).

²⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy o broni i amunicji z 24 czerwca 1998 r., załącznik do pisma Prezesa Rady Ministrów do Marszałka Sejmu RP z dnia 3 lipca 1998 r., sygn. akt RM 10-35-98, druk sejmowy nr 479 Sejmu RP III kadencji, <http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf?OpenDatabase> (data dostępu: 4.10.2020).

³⁰ Ibidem.

³¹ R. Mikowski, *Antywartości w prawie administracyjnym jako efekt uprawnień dyskrecyjnych Policji w zakresie dostępu do broni palnej*, [w:] A. Błaś (red.), *Antywartości w prawie administracyjnym*, Warszawa 2016, s. 231–232.

³² Warto odnotować, że w trakcie 47 posiedzenia Sejmu III kadencji, które odbyło się 8 kwietnia 1999 r., zgłoszono poprawkę modyfikującą omawiane zmiany. Zgodnie z nią, na wniosek szkoły, organizacji sportowej, stowarzyszenia obronnego i Polskiego Związku Łowieckiego, pozwolenie na broń miało być wydawane osobom, które ukończyły lat 18. Miało to dotyczyć broni służącej

za aktualną. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na istotny spadek przestępczości oraz towarzyszący mu wzrost społecznego poczucia bezpieczeństwa. Z policyjnych statystyk wynika, że jeżeli w Polsce w 1999 r. stwierdzono popełnienie 1 121 545 przestępstw, to w 2018 r. ich liczba była już zdecydowanie mniejsza i wynosiła 795 976³³. Z kolei z danych Centrum Badania Opinii Społecznej wynika, że najniższy poziom społecznego poczucia bezpieczeństwa odnotowano w 2001 r. Wówczas aż 81% respondentów twierdziło, że Polska nie jest krajem, w którym żyje się bezpiecznie. Natomiast najwyższy poziom społecznego poczucia bezpieczeństwa został zdiagnozowany w latach 2017 i 2019, kiedy to aż 89% badanych uznało Polskę za kraj, w którym żyje się bezpiecznie³⁴. Zmianie uległa także ocena funkcjonowania pracowników ochrony fizycznej. W 1997 r. Najwyższa Izba Kontroli wskazywała, że przestępstwa z ich udziałem były jednym z poważniejszych problemów prywatnej branży ochrony. Z ustaleń kontrolerów wynikało, że pracownicy ochrony występowała w postępowaniach prokuratorskich jako podejrzani o dokonanie „napadów rabunkowych, zagrożenie osobom użyciem broni palnej, włamań, kradzieży, wymuszeń rozbójniczych, bezprawnego windykowania długów, przyjmowania korzyści majątkowych od sprawców przestępstw, gróźb karalnych, pobić, pobic ze skutkiem śmiertelnym oraz porwań”³⁵. Należy podkreślić, że już po wejściu w życie ustawy o ochronie osób i mienia regulowany nią obszar był kilkakrotnie przedmiotem analiz kontrolnych Najwyższej Izby Kontroli. Jednak w żadnej z nich problem przestępczości z udziałem pracowników ochrony nie został odnotowany jako istotny³⁶.

do celów sportowych lub łowieckich. Jednak Sejmowa Komisja Administracji i Spraw Wewnętrznych wniosła o jej odrzucenie – zob. Dodatkowe sprawozdanie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych o rządowym projekcie ustawy o broni i amunicji z dnia 13 kwietnia 1999 r., druk sejmowy nr 903-A Sejmu RP III kadencji, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/903-A/\\$file/903-a.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/903-A/$file/903-a.pdf) (data dostępu: 4.10.2020).

³³ *Roczne raporty statystyczne*, <https://statystyka.policja.pl/st/raporty/roczne-raporty-statyst> (data dostępu: 4.10.2020).

³⁴ *Poczucie bezpieczeństwa. Trendy*, https://www.cbos.pl/PL/trendy/trendy.php?trend_parametr=poczucie_bezpieczenstwa (data dostępu: 4.10.2020). Pierwsze odnotowane przez CBOS badanie społecznego poczucia bezpieczeństwa datuje się na rok 1987.

³⁵ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli nadzoru organów administracji...*, s. 31–32.

³⁶ Por. Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli wdrażania przez organy administracji rządowej ustawy o ochronie osób i mienia*, nr ewid. 157/2001/P00083/DON, <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik/kontrolne,346.html> (data dostępu: 4.10.2020); Najwyższa Izba Kontroli, *Wystąpienie pokontrolne dotyczące kontroli realizacji przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji zadań związanych z prowadzeniem przez podmioty gospodarcze działalności w zakresie ochrony osób i mienia w latach 2009–2011*, nr ewid. R/11/004/KPB, <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/R/11/004/KPB/> (data dostępu: 4.10.2020); Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli. Gospodarowanie mieniem w jednostkach wojskowych o niskim wskaźniku rozwinięcia*, nr ewid. 127/2017/P/16/066/LKA, https://www.defence24.pl/upload/2018-01-07/p25rhz_nikp16066jednostkiwojskowe.pdf (data dostępu: 4.10.2020).

Zatem jedynym argumentem, który w omawianym zakresie utrzymał swą ważność, jest dysponowanie przez osobę, która ukończyła 21 lat, określonym doświadczeniem życiowym, wzmacniającym pewność prawidłowego użycia broni. Nie polemizując z zasadnością takiego rozwiązania *in genere*, warto rozważyć potrzebę wprowadzenia od niego wyjątku, który dotyczyłby kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że wspomniany zawód jest w omawianym względzie przedmiotem swoistej dyskryminacji. Lista umundurowanych i uzbrojonych formacji, których funkcjonariusze są uprawnieni do używania lub wykorzystywania broni palnej przy wykonywaniu czynności służbowych, jest bardzo rozbudowana. W świetle obowiązującego prawa – poza kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej – są do tego uprawnieni funkcjonariusze: Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Ochrony Państwa, Służby Celno-Skarbowej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Państwowej Straży Łowieckiej, Państwowej Straży Rybackiej, Policji, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Więziennej, Służby Wywiadu Wojskowego, straży gminnych i miejskich, Straży Granicznej, Straży Leśnej, Straży Marszałkowskiej, Straży Ochrony Kolei, Straży Parku, Inspekcji Transportu Drogowego oraz Żandarmerii Wojskowej³⁷. Spośród 19 wymienionych powyżej grup zawodowych, tylko w wypadku pięciu z nich dostęp do wykonywania zawodu został ustawowo ograniczony koniecznością ukończenia 21 lat. Dotyczy to kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz strażników gminnych i miejskich, Straży Łowieckiej, Straży Leśnej i Straży Parku. W przypadkach pozostałych formacji wystarczy, że kandydat do służby będzie miał ukończone lat 18.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że powyższemu podziałowi brak spójności, która powinna cechować efekt działania racjonalnego ustawodawcy³⁸. W szczególności w omawianej grupie formacji mundurowych znajdują się cztery straże, dla których ochrona przyrody jest wspólnym przedmiotem działania. W literaturze są one definiowane jako służby państwowe (państwowe policje administracyjne), które wykonują zadania w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego, na potrzeby działów administracji rządowej środowisko

³⁷ Por. art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2418).

³⁸ Racjonalne tworzenie prawa jest dla ustawodawcy postulatem społeczno-politycznym, którego realizacja powinna w szczególności polegać na tworzeniu wewnętrznie niesprzecznego prawa, ujętego w logicznie uporządkowany system – por. L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 35 i nast.; J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Poznań 1990, s. 38; P. Kantor-Kozdrowicki, *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, vol. 7, s. 98 i nast.; W. Cyrul, *Proceduralne ujęcie tworzenia prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 191.

i rybołówstwo³⁹. O ile funkcjonariuszem Straży Rybackiej może zostać osoba, która ukończyła lat 18, o tyle wstępując do służby w Straży Leśnej, Łowieckiej czy Parku, trzeba mieć ukończone lat 21. Biorąc pod uwagę podobieństwo zakresu zadań i uprawnień funkcjonariuszy tych formacji, trudno uzasadnić powyższą rozbieżność.

Innym, ważnym z punktu widzenia niniejszych rozważań przykładem omawianej tu systemowej niespójności jest Straż Ochrony Kolei. Do jej ustawowych zadań należy kontrola przestrzegania przepisów porządkowych oraz ochrona życia i zdrowia ludzi oraz mienia na obszarze kolejowym, w pociągach i innych pojazdach kolejowych. Może być ona tworzona przez przedsiębiorców, którzy zarządzają infrastrukturą kolejową, za zgodą ministra właściwego do spraw transportu, wydaną w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych. Jednocześnie koszty funkcjonowania Straży są ponoszone przez tworzących je przedsiębiorców kolejowych⁴⁰. Mając na względzie przedmiotowy zakres zadań oraz sposób tworzenia i finansowania Straży Ochrony Kolei, można stwierdzić, że jest ona *de facto* wewnętrzną służbą ochrony, która ma status specjalistycznej uzbrojonej formacji ochronnej. Jednak jej byt nie został unormowany ustawą o ochronie osób i mienia, ale poddano go regulacji ustawy o transporcie kolejowym. Także w tym wypadku trudno znaleźć uzasadnienie, dla którego funkcjonariuszami Straży Ochrony Kolei mogą stać się osoby, które ukończyły lat 18, zaś kwalifikowanymi pracownikami ochrony fizycznej, którzy świadczą pracę na rzecz specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych, muszą być osoby w wieku co najmniej 21 lat.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że ograniczenie dostępu do zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej nie może być argumentowane faktem posiadania przez osobę, która ukończyła 21 lat, określonego doświadczenia życiowego, wzmacniającego pewność prawidłowego użycia broni. W takim bowiem wypadku regułą powinna być sytuacja, w której wspomniana granica wieku byłaby przesłanką ograniczającą dostęp do służby we wszystkich umundurowanych i uzbrojonych formacjach ochronnych. O bezzasadności takiego argumentu pośrednio świadczą również wyniki kontroli, którą w 2015 r. przeprowadziła Najwyższa Izba Kontroli⁴¹. W jej trakcie kontrolerzy badali m.in. wykorzystanie broni przez Policję, Żandarmerię Woj-

³⁹ Por. R. Stec, *Straże w służbie ochrony przyrody. Straż Leśna, Łowiecka, Rybacka i Parków Narodowych, pozycja ustrojowa i oraz miejsce w systemie organizacyjno-prawnym bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Warszawa 2014, s. 9; J. Jagielski, *Straże i służby*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2017, s. 654 i nast.

⁴⁰ Por. art. 59 ust. 1–3 oraz art. 60 ust. 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1043 ze zm.).

⁴¹ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli, wykorzystanie broni przez wybrane służby i straże oraz nadzór organów państwa nad jej reglamentacją*, nr ewid. 167/2015/P/15/041/KPB, <https://bip.nik.gov.pl/kontrolne/wyniki-kontroli-nik/kontrolne,15233.html> (data dostępu: 4.10.2020).

skąwą, Straż Ochrony Kolei, Straż Leśną, Straż Rybacką, Straż Łowiecką, Straż Parku, Inspekcję Transportu Drogowego oraz straż miejską. Stosownie do poczynionych przez nich ustaleń „stopień wykorzystywania broni palnej przez poszczególne służby podczas wykonywania zadań służbowych był bardzo zróżnicowany, jednakże we wszystkich formacjach użycie broni palnej było traktowane jako ostateczność, a liczba nieprawidłowości z tym związanych była minimalna”⁴². Równocześnie kontrolerzy nie sformułowali jakichkolwiek zastrzeżeń, w których nieliczne stwierdzone nieprawidłowości miałyby związek z wiekiem funkcjonariuszy. W konsekwencji należy stwierdzić, że nie ma argumentów, które w racjonalny sposób pozwoliłyby uzasadnić zróżnicowanie wieku kandydatów do służby w Policji oraz pracy w charakterze kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej.

Wykształcenie

Przesłanką, która w wyraźny sposób różnicuje dostęp do zawodów będących przedmiotem niniejszego opracowania, jest wykształcenie *de minimis*. W wypadku kandydatów do służby w Policji minimalną, ustawową granicą wymagań edukacyjnych jest cenzus średniego wykształcenia. Podobne rozwiązanie zostało przyjęte praktycznie we wszystkich uzbrojonych formacjach ochronnych. Dotyczy ono: Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Straży Granicznej, Służby Ochrony Państwa, Służby Więziennej, Służby Celno-Skarbowej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Marszałkowskiej, Państwowej Straży Łowieckiej, Straży Parku, Państwowej Straży Rybackiej, Straży Leśnej, straży gminnych i miejskich, Straży Ochrony Kolei oraz Inspekcji Transportu Drogowego.

Wyjątkiem w powyższym względzie są formacje ochronne, które działają na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia. Kwalifikowanym pracownikiem ochrony fizycznej, który wykonuje na ich rzecz czynności ochronne, może być bowiem osoba, która ukończyła gimnazjum lub ośmioletnią szkołę podstawową. W literaturze stan ten jest przedmiotem powszechnej krytyki. Podstawowym argumentem przeciwko obowiązującemu rozwiązaniu jest niewystarczająca wydolność procesów poznawczych osób, które legitymując się jedynie wykształceniem podstawowym lub gimnazjalnym, podejmują pracę jako kwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej.

Według Juliusza Piwowarskiego i Pawła Pajorskiego część pracowników ochrony, którzy legitymują się tak niskim poziomem wykształcenia, „obarczona jest błędnym, zbyt wąskim, postrzeganiem zagrożeń i bezpieczeństwa, czego efekty są widoczne w ochronie obiektów na co dzień”⁴³. W konsekwencji,

⁴² Ibidem, s. 10.

⁴³ J. Piwowarski, P. Pajorski, *Ochrona obiektów*, Kraków 2013, s. 111.

pracownicy ochrony nie podejmują bardziej ofensywnych, profilaktycznych i rozpoznawczo-weryfikacyjnych działań. Ich zdaniem w wypadku pracowników ochrony zasadny jest pogląd wyrażony przez Bolesław Kuca, Bohdana Glińskiego oraz Piotra Szczepankowskiego, zgodnie z którym pracownicy wykonawczy powinni mieć co do zasady pełne średnie wykształcenie⁴⁴.

Ponadto Paweł Pajorski wskazuje, że „pomimo niezbyt rozbudowanego programu szkoleń i kursów na licencje pracowników ochrony, wiele osób przystępujących do egzaminów miało istotne problemy z jego zdaniem, gdyż obszerne dla nich, jak się okazało, wymagania w zakresie posiadanej wiedzy teoretycznej i praktycznej, stawiane przed kandydatami na licencjonowanych pracowników ochrony, niejednokrotnie przekraczały możliwości intelektualne osób legitymujących się jedynie wykształceniem podstawowym”⁴⁵. W tym względzie autor ten przywołuje ustalenia pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli, które dotyczyły wdrażania przez organy administracji rządowej ustawy o ochronie osób i mienia. Zgodnie z nimi, w okresie od lipca do grudnia 1999 r. testy na licencję pracownika ochrony fizycznej pierwszego stopnia zdało jedynie 44% kandydatów, natomiast testy na licencję pracownika ochrony fizycznej drugiego stopnia zaliczyło aż 89% zdających⁴⁶. Trzeba podkreślić, że o ile w ówczesnym stanie prawnym o licencję pierwszego stopnia mogli się ubiegać kandydaci z wykształceniem podstawowym, o tyle w wypadku licencji drugiego stopnia musieli się oni legitymować wykształceniem przynajmniej średnim.

Także Andrzej Czop uważa, że posiadania gimnazjalnego wykształcenia nie daje wystarczających gwarancji prawidłowego przygotowania do wykonywania czynności ochronnych. W szczególności kwalifikowany pracownik ochrony fizycznej musi bardzo dobrze znać przepisy prawne, powinien być intelektualnie przygotowany do przyswojenia odpowiednich algorytmów działań ochronnych oraz umiejętności, których praktyczne zastosowanie jest niezbędne w wypadku wystąpienia sytuacji kryzysowych. Autor zaznacza, że pracownicy ochrony, którzy mogą korzystać z uprawnień quasi-policyjnych, „muszą być osobami posiadającymi sporą wiedzę, dającą gwarancję, że będą potrafili z nich skorzystać bez narażania praw innych osób i przekraczania dozwolonych prawem granic”⁴⁷. Dotyczy to zwłaszcza stosowania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej. Warto w tym miejscu odnotować, że w świetle

⁴⁴ B.R. Kuc, B. Gliński, P. Szczepankowski, *Zarządzanie strategiczne: geneza, rozwój, priorytety*, Warszawa 1996, s. 132.

⁴⁵ P. Pajorski, op. cit., s. 116–117.

⁴⁶ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli wdrażania przez organy administracji...*, s. 44.

⁴⁷ A. Czop, *Jakie zmiany w funkcjonowaniu i organizacji prywatnego sektora ochrony mogą wpłynąć na podniesienie bezpieczeństwa narodowego Polski – wnioski z przeprowadzonych badań*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2015, nr 19, s. 65–66.

wyników badań opublikowanych w 2015 r. przez A. Czopa 67,2% kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej legitymowało się wykształceniem średnim lub wyższym⁴⁸.

Uznając trafność przedstawionych powyżej poglądów, warto również rozważyć, jakie argumenty mogą przemawiać za obowiązującym rozwiązaniem. Z pewnością trudno tu odwołać się do wzorców historycznych. Wprawdzie wymogów dotyczących wykształcenia pracowników ochrony nie zawierała ani ustawa z dnia 18 lutego 1938 r. o przedsiębiorstwach, wymagających szczególnego zaufania⁴⁹, ani ustawa z dnia 31 stycznia 1961 r. o Straży Przemysłowej⁵⁰, jednak brak tego rodzaju ograniczeń jest w pełni zrozumiały, zważywszy na ówczesny stan wykształcenia polskiego społeczeństwa. Według danych z 1921 r., wykształceniem wyższym legitymowało się 0,7% ludności Polski w wieku powyżej 15 lat, średnim – 4,3%, początkowym – 37,7%. Jednocześnie 37,7% ludności stanowiły osoby, które nie potrafiły czytać albo których umiejętność czytania była niewiadoma⁵¹. Także w latach 60. ubiegłego wieku w Polsce nadal dominowała ludność z najniższym cenzusem wykształcenia. W 1960 r. wykształceniem wyższym legitymowało się jedynie 1,7% ogółu Polaków (licząc od 7 roku życia), średnim – 7,4%, zasadniczym zawodowym – 2,5%, zaś podstawowym ukończonym i nieukończonym – 72%. Natomiast liczba osób, które nie potrafiły czytać albo których umiejętność czytania była nieznana, zmniejszyła się do 5,4%⁵². Jednak w dacie uchwalenia ustawy o ochronie osób i mienia poziom wykształcenia polskiego społeczeństwa był już zdecydowanie wyższy. W 1997 r. wykształcenie wyższe miało 8% osób w wieku od 15 do 64 lat, średnie (w tym średnie zawodowe, policealne i ogólnokształcące) – 62,3%, a gimnazjalne, podstawowe i niższe – 29,6%⁵³. W tej sytuacji nie można było uzasadnić omawianego rozwiązania faktem niewystarczającej liczby osób, które na rynku pracy legitymowałyby się wyższymi kwalifikacjami w zakresie wykształcenia niż wykształcenie podstawowe lub gimnazjalne. Także współcześnie argument ten nie może być brany pod uwagę. Zgodnie z danymi Głównego Urzędu Statystycznego, w 2019 r. wyższym wykształceniem legitymowało się 28,2% ogółu polskich obywateli w wieku od

⁴⁸ Ibidem, s. 65.

⁴⁹ Dz.U. Nr 12, poz. 79 ze zm. Ustawa ta została uchylona przez art. 53 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej.

⁵⁰ Dz.U. Nr 6, poz. 42 ze zm. Ustawa ta została uchylona przez art. 57 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia.

⁵¹ P. Stańczyk, *Wykształcenie ludności II Rzeczypospolitej w świetle badań GUS*, „Społeczeństwo i Ekonomia” 2016, nr 1, s. 16.

⁵² S. Borowski, *Zmiany w strukturze społeczno-zawodowej ludności w Polsce Ludowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 4, s. 167.

⁵³ Główny Urząd Statystyczny, *Bank Danych Lokalnych*, <https://bdl.stat.gov.pl/BDL> (data dostępu: 4.10.2020). Dane wygenerowane dla 1997 r. oraz wartości: kategoria – K4, grupa – G380, podgrupa – P3451.

15 do 64 lat, średnim (w tym średnim zawodowym, policealnym i ogólnokształcącym) – 58,5%, zaś podstawowym, gimnazjalnym i niższym – jedynie 13,3%⁵⁴.

Natomiast argumentem, do którego można się w tym miejscu się odwołać, jest powiązanie omawianego rozwiązania z wspomnianym wcześniej Międzynarodowym Standardem Klasyfikacji Zawodów. W dacie uchwalenia ustawy o ochronie osób i mienia w mocy pozostawała jego wersja z 1987 r. (ISCO-88)⁵⁵. Do systemu polskiego prawa została ona wprowadzona rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 20 kwietnia 1995 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności dla potrzeb rynku pracy oraz zakresu jej stosowania⁵⁶. Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia, pracownicy usług ochrony, w tym agenci ochrony mienia i osób, zostali zaliczeni do piątej wielkiej grupy zawodów, występującej pod nazwą „Pracownicy usług osobistych i sprzedawcy”. Natomiast policjanci i zawody pokrewne zostały sklasyfikowane w trzeciej wielkiej grupie zawodów, określonej jako „Technicy i inny średni personel”. Jednocześnie, jak wskazuje Eivind Hoffman, w standardzie ISCO-88 uwzględniono poziomy kwalifikacji, które zostały określone w Międzynarodowej Klasyfikacji Standardów Edukacyjnych (International Standard Classification of Education; dalej jako ISCED) w pierwotnej wersji z 1976 r.⁵⁷ Piątej wielkiej grupie zawodów przyporządkowano drugi poziom kwalifikacji ISCO-88, który odpowiadał drugiemu i trzeciemu poziomowi edukacji ISCED-1976, zaś trzeciej wielkiej grupie zawodów – poziom trzeci, odnoszący się do piątego poziomu edukacji ISCED-1976⁵⁸.

⁵⁴ Główny Urząd Statystyczny, *Bank Danych Lokalnych*, <https://bdl.stat.gov.pl/BDL> (data dostępu: 4.10.2020). Dane wygenerowane dla 2019 r. oraz wartości: kategoria – K4, grupa – G380, podgrupa – P3451.

⁵⁵ Resolution concerning the revision of the International Standard Classification of Occupations, Fourteenth International Conference of Labour Statisticians, Genewa, 6 listopada 1987, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087553.pdf (data dostępu: 4.10.2020).

⁵⁶ Dz.U. Nr 48, poz. 253.

⁵⁷ E. Hoffman, *International Statistical Comparisons of Occupational and Social Structures: Problems, Possibilities and the Role of ISCO-88*, <https://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/isco/press1.htm> (data dostępu: 4.10.2020). Standard ISCED został opracowany na początku lat 70. ubiegłego wieku. Jego podstawowym celem było gromadzenie oraz zestawianie krajowych i międzynarodowych danych statystycznych, które odnosiły się do edukacji. Wersja ISCED-1976 została uchwalona podczas Międzynarodowej Konferencji na temat Edukacji, która odbyła się w Genewie w 1975 r., a następnie przyjęta przez XIX Konferencję Ogólną Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury – UNESCO, *ISCED Fields of Education and Training 2013 (ISCED-F 2013). Manual to accompany the International Standard Classification of Education 2011*, Montreal, UNESCO Institute for Statistics 2014, s. 4.

⁵⁸ Drugi i trzeci poziom edukacji ISCED-1976 obejmował pierwszy i drugi etap kształcenia średniego. Pierwszy etap kształcenia średniego rozpoczynał się w wieku 11–12 lat i trwał ok. trzech lat, natomiast drugi etap rozpoczynał się w wieku 14–15 lat i również trwał ok. trzech lat. Z kolei piąty poziom edukacji ISCED-1976 obejmował kształcenie, które rozpoczynało się w wieku 17–18 lat, trwało ok. czterech lat i prowadziło do uzyskania dyplomu, który nie był równoznaczny z ukończeniem pierwszego stopnia studiów wyższych International Labour Organization,

Biorąc pod uwagę powyższe, należy przyjąć, że rozwiązanie wprowadzone w 1997 r. przez polską ustawę o ochronie osób i mienia było zbieżne z wzorcem propagowanym przez Międzynarodową Organizację Pracy. Nie oznacza to jednak, że ową zbieżność można oceniać pozytywnie. Przede wszystkim należy pamiętać, iż standard ISCO jest rozwiązaniem modelowym, które może być używane w rozwijaniu albo tworzeniu istniejących, krajowych lub regionalnych klasyfikacji zawodów⁵⁹. Zatem zakres i sposób jego recepcji został pozostawiony woli poszczególnych, przyjmujących go krajów. W szczególności mogą one uwzględniać specyficzne dla siebie warunki rynku pracy, w tym strukturę wykształcenia potencjalnych pracowników. Przykładowo, w pierwszej dekadzie XXI w., jak wskazuje Jerzy Dzieciuchowicz, w czwartej części krajów skolaryzacja na średnim poziomie edukacji nie przekraczała progu 45,5%. O ile pod tym względem najsłabiej rozwinięte były kraje Afryki Zachodniej i Środkowej, o tyle w krajach rozwiniętych powyższy wskaźnik przekraczał 80%⁶⁰.

W świetle dotychczasowych uwag należy przyjąć, że standard ISCO-88 w żaden sposób nie ograniczał swobody decyzji polskiego ustawodawcy w 1997 r. W szczególności uchwalając ustawę o ochronie osób i mienia, mógł on dowolnie kształtować kwestię poziomu wykształcenia, którego osiągnięcie miało ograniczać dostęp do wykonywania zawodu licencjonowanego pracownika ochrony. Trzeba przy tym podkreślić, że możliwość odwołania się w tym względzie do wykształcenia średniego stwarzała ówczesna, korzystna pod tym względem, struktura wykształcenia polskiego społeczeństwa. Warto mieć również na uwadze, że w polskiej klasyfikacji zawodów z 1995 r. kwalifikacje zawodowe były definiowane jako „układy umiejętności gwarantujące wykonanie zadań zawodowych” oraz odnoszone do poziomów wykształcenia⁶¹. Zatem jeżeli – jak już wykazano – zawodowe zadania licencjonowanego (kwalifikowanego) pracownika ochrony fizycznej były i są porównywane z zadaniami policjanta służby prewencyjnej, poziom kwalifikacji zawodowych osób, które wykonują te zawody, także powinien być porównywalny. Podsumowując dotychczasowe rozważania, trzeba stwierdzić, że nie ma wystarczających argumentów, które pozwoliłyby uzasadnić zróżnicowanie poziomu wykształcenia

ISCO-88. Conceptual Framework, <https://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/isco/isco88/publ2.htm> (data dostępu: 4.10.2020).

⁵⁹ International Labour Organization, Welcome to the ISCO Website, <http://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/isco/index.htm> (data dostępu: 4.10.2020).

⁶⁰ J. Dzieciuchowicz, *Rozwój społeczny współczesnego świata – struktura i typologia przemysłowa*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2011, nr 11, s. 10.

⁶¹ Zgodnie z opisem zawartym w tomie drugim książkowej wersji załącznika do rozporządzenia w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności z 1995 r., „umiejętności mogą być zdobywane w ramach systemu szkolnego, kursowego, jak i w pracy. W przeważającej mierze jest i będzie to system szkolny. Dlatego też przy wyodrębnieniu grup wielkich stosowano najczęściej jako kryterium »poziom kwalifikacji zawodowych« i odnoszono do poziomu wykształcenia. Przez kwalifikacje zawodowe rozumiane są układy umiejętności gwarantujące wykonanie zadań zawodowych”.

kandydatów do służby w Policji oraz pracy w charakterze kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej.

Poszanowanie porządku publicznego

Charakterystyczną cechą kolejnej grupy przesłanek, które ograniczają dostęp do omawianych zawodów, jest ich ukierunkowanie na ocenę postaw kandydatów. Według Bogdana Wojciszke „postawą wobec dowolnego obiektu (przedmiotu, zdarzenia, idei, innej osoby) nazywamy względnie stałą skłonność do pozytywnego lub negatywnego ustosunkowywania się do tego obiektu”⁶². Jak zauważa autor, określenie postawy człowieka w odniesieniu do danego obiektu wymaga umiejscowienia go w obrębie dwubiegunowego kontinuum. Jego krańcowymi punktami (biegunami) są skrajnie negatywny stosunek do obiektu (jego całkowite odrzucenie) oraz stosunek skrajnie pozytywny (pełna akceptacja)⁶³. W wypadku kandydatów do zawodów, które są związane z wykonywaniem zadań w sferze bezpieczeństwa i porządku publicznego, w tym z możliwością użycia broni i środków przymusu bezpośredniego, za niezwykle istotną trzeba uznać ich postawę wobec prawa oraz zasad współżycia społecznego. Należy bowiem przyjąć, że predykcja rzetelnego wykonywania zadań zawodowych będzie wyższa u tych kandydatów, którzy wykazują postawę poszanowania wspomnianych wartości.

W wypadku zawodu policjanta do powyższej kategorii przesłanek należy zaliczyć nieposzlakowaną opinię, korzystanie z pełni praw publicznych oraz brak skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Podobne warunki musi spełnić kandydat ubiegający się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Musi on mieć nienaganą opinię, nie może być skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne oraz nie może się przeciw niemu toczyć postępowanie karne o takie przestępstwo. Pomijając w tym miejscu szczegółową charakterystykę poszczególnych przesłanek, warto zwrócić uwagę na różnice występujące w obrębie tej kategorii oraz ocenić, czy są one istotne.

Najbardziej ogólne i zarazem niedookreślone są tu przesłanki, które odwołują się do moralnoetycznej oceny kandydata. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie zwracał uwagę, że są one wysoce ocenne, nieostre, trudne do interpretacji i praktycznego stosowania⁶⁴. Mimo to, tego rodzaju przesłanki dobrowolne są powszechnie stosowane w odniesieniu do kandydatów na funk-

⁶² B. Wojciszke, [w:] J. Strelau (red.), *Psychologia. Podręcznik akademicki*, t. 3: *Jednostka w społeczeństwie i elementy psychologii stosowanej*, Gdańsk 2005, s. 79.

⁶³ Ibidem, s. 80.

⁶⁴ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniach do wyroków z: 23 września 1997 r., sygn. akt K 25/96, OTK ZU z 1997 r., Nr 3–4, poz. 36; 14 grudnia 1999 r., sygn. akt SK 14/98, OTK ZU z 1999 r., Nr 7, poz. 163; 27 stycznia 2003 r., sygn. akt SK 27/02, OTK ZU z 2003 r., Nr 1/A, poz. 2;

cjonariuszy państwowych formacji⁶⁵. Jak wskazuje Wojciech Drobny, tego rodzaju przesłanki z jednej strony umożliwiają powierzenie realizacji państwowych zadań osobom, których moralnoetyczny poziom jest wysoko oceniany, z drugiej natomiast akcentują znaczącą rangę zawodu wykonywanego przez te osoby⁶⁶. Można przyjąć, że z punktu widzenia dopuszczenia do wykonywania zawodu policjanta i kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej zakresy przedmiotowe pojęć „nieposzlakowana opinia” i „nienaganne opinie” są tożsame, a różnica w nazewnictwie ma tu wyłącznie semantyczny wymiar.

Natomiast wystąpienie wyraźnych różnic należy odnotować w odniesieniu do przesłanki braku skazania prawomocnym wyrokiem sądu. O ile kandydata na policjanta dyskwalifikuje każdy prawomocny wyrok skazujący za popełnienie przestępstwa, o tyle w wypadku kandydata na kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej brane są pod uwagę wyłącznie wyroki skazujące za popełnienie przestępstw umyślnych. Jednak nie oznacza to, że osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo nieumyślne, zawsze może skutecznie wnosić o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Trzeba bowiem pamiętać, że dopuszczenie się takiego czynu może zostać zakwalifikowane jako uchybienie przesłance „nienagannej opinii”. Jak słusznie podkreśla Wojciech Drobny, „w kontekście administracyjnym, osoba o nieposzlakowanej opinii to taka, co do której nie istnieją w danym środowisku społecznych informacja i opinie, jakoby miała dopuścić się czynów społecznie potępianych, a więc np. nieuczciwych, niegodnych, haniebnych”⁶⁷. Z kolei, jak wskazuje Edyta Grzelecka, taką osobę powinna cechować uczciwość, rzetelność, odpowiedzialność, lojalność, umiejętność przedkładania interesu publicznego nad prywatny czy umiejętność współpracy z innymi ludźmi⁶⁸. Jednak skutkiem odwołania się w omawianym przypadku do przesłanki o moralnoetycznym charakterze, jest pozostawienie organom, które prowadzą postępowanie o dopuszczenie do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, pewnego luzu decyzyjnego. W takich sytuacjach

19 października 2004 r., sygn. akt K 1/04, OTK-A z 2004 r., Nr 9, poz. 93; 13 lutego 2007 r., sygn. akt K 46/05, OTK-A z 2007 r., Nr 2, poz. 10.

⁶⁵ Przykładowo, warunek „nieposzlakowanej opinii” powinni spełniać kandydaci na funkcjonariuszy Policji, Straży Granicznej, Służby Ochrony Państwa, Służby Celno-Skarbowej, żołnierzy zawodowych, służby cywilnej, „nienagannej opinii” – przyszli funkcjonariusze straży gminnych, „nieskazitelny charakteru” – kandydaci na prokuratorów i sędziów, zaś „nieskazitelnej postawy moralnej, obywatelskiej i patriotycznej” – kandydaci, którzy starają się o przyjęcie do Centralnego Biura Śledczego, Agencji Wywiadu, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służby Wywiadu Wojskowego oraz Służby Kontrwywiadu Wojskowego.

⁶⁶ W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *Ustawa o służbie cywilnej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 84.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ E. Grzelecka, *Nieposzlakowana opinia (stanowisko prawne)*, „Biuletyn Prawny” 2008, nr 32, s. 29.

organ stosujący prawo uzyskuje kompetencję do kierowania się indywidualnymi ocenami dotyczącymi konkretnego przypadku⁶⁹.

W konsekwencji jeżeli organ prowadzący postępowanie w sprawie doboru do służby w Policji stwierdzi, że kandydat został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa nieumyślnego, obligatoryjnie odrzuca taką kandydaturę. Natomiast w wypadku, gdy taki fakt zostanie stwierdzony przez organ prowadzący postępowanie w sprawie wniosku o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, będzie on być przedmiotem oceny tego organu w kontekście wypełnienia przez wnioskodawcę przesłanki nienagannej opinii⁷⁰. Oczywiście trudno wskazać jakiegokolwiek argumenty, które w tym względzie uzasadniałyby łagodniejsze traktowanie osób, które ubiegają się o wykonywanie zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej.

Odrębną kwestią jest różnica odnosząca się do przedmiotowego obszaru wyroku skazującego. Ustawa o ochronie osób i mienia odwołuje się w tym względzie do przestępstw, zaś ustawa o Policji – do przestępstw i przestępstw skarbowych. W doktrynie prawa karnego można wyodrębnić dwa odmienne stanowiska odnośnie wzajemnej relacji pojęć „przestępstwo” i „przestępstwo karne skarbowe”. Zgodnie z pierwszym z nich są to pojęcia tożsame, według drugiego – odrębne⁷¹. Jednak praktyczny wymiar tej terminologicznej relacji jest poważnie ograniczony. Jak podkreśla Feliks Prusak, powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie jedynie w obszarze norm prawa karnego. Od wejścia w życie Kodeksu karnego skarbowego normy te wyraźnie wskazują, kiedy w znamionach penalizowanych czynów jest odniesienie nie tylko do przestępstwa, ale także przestępstwa skarbowego. Natomiast w wypadku norm należących do innych gałęzi prawa (np. prawa administracyjnego czy pracy) termin „przestępstwo” obejmuje także przestępstwo karne skarbowe, jeżeli nic innego nie wynika z kontekstu danej normy⁷². W opisywanym wypadku nie bez znaczenia jest również fakt, że ustawa o ochronie osób i mienia została uchwalona dwa lata przed wprowadzeniem Kodeksu karnego skarbowego. Wówczas

⁶⁹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 223.

⁷⁰ Zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt 6 ustawy o ochronie osób i mienia, na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej może zostać wpisany wnioskodawca, który posiada nienaganą opinię wydaną przez właściwego ze względu na jego miejsce zamieszkania komendanta powiatowego, rejonowego lub miejskiego Policji. Taką opinię sporządza się w formie postanowienia, na które służy zażalenie. Jest ona wydawana nie rzadziej niż co 3 lata, na podstawie posiadanych przez Policję informacji.

⁷¹ Por. J. Raglewski, *Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5, s. 99 i nast.; G. Bogdan, *Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 5, s. 83 i nast.; F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2011, s. 154 i nast.

⁷² F. Prusak, op. cit., s. 155 i nast.

nie było jeszcze praktyki legislacyjnej, która polegałaby na wyraźnym rozgraniczaniu przestępstw i przestępstw karnych skarbowych.

W świetle powyższych uwag należy przyjąć, że termin „przestępstwo”, który został przez ustawodawcę wprowadzony do katalogu przesłanek dopuszczających do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, obejmuje swoim zakresem także przestępstwa karne skarbowe. Zatem wniosek o wpis na listę takich pracowników kierowany przez osobę, która została skazana prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo karne skarbowe, powinien zostać obligatoryjnie odrzucony.

Kolejna różnica dotyczy kwestii postępowań karnych prowadzonych wobec kandydatów do zawodu policjanta oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. *Expressis verbis* wspomina o nich wyłącznie ustawa o ochronie osób i mienia. Zgodnie z jej postanowieniami, na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej nie może zostać wpisana osoba, której w postępowaniu karnym przedstawiono zarzuty o popełnienie przestępstwa umyślnego. W takiej sytuacji wniosek o wpis na listę powinien zostać obligatoryjnie odrzucony.

Brak analogicznego zapisu w ustawie o Policji nie oznacza, że fakt prowadzenia postępowania karnego wobec kandydata do służby jest bez znaczenia. Powinien on być bowiem przedmiotem oceny podczas weryfikacji przesłanki nieposzlakowanej opinii. Jednak, o czym była już mowa, wynik takiej oceny jest indywidualny, a w konsekwencji odrzucenie kandydata z tego powodu ma fakultatywny charakter. Także w tym wypadku trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie, które tłumaczyłoby bardziej tolerancyjne podejście do sytuacji kandydatów do służby w Policji.

Z kolei w katalogu przesłanek doboru do Policji została umieszczona przesłanka „pełni praw publicznych”, której odpowiednika brak w ustawie o ochronie osób i mienia. Wypada podkreślić, że postanowienia ustawy o Policji są w tym względzie odzwierciedleniem zapisów obowiązującej Konstytucji. Zgodnie z nią polscy obywatele korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach⁷³. Jak wskazuje Wiesław Skrzydło, oznacza to, że „warunkiem dostępu do służby publicznej (a więc zajmowania stanowisk w wymiarze sprawiedliwości, administracji publicznej, wojsku, policji, straży granicznej itp.) jest korzystanie z pełni praw publicznych”⁷⁴. Wprowadzie pojęcie „pełni praw publicznych” nie zostało ustawowo zdefiniowane, jednak dla potrzeb niniejszego opracowania można przyjąć, że korzystanie z pełni praw publicznych oznacza sytuację, w której kandydat do służby nie został wcześniej pozbawiony tych praw w sposób generalny⁷⁵. Regulacje, które przewidują taką możliwość, zostały umiejscowione w Kodeksie

⁷³ Art. 60 Konstytucji RP.

⁷⁴ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 72.

⁷⁵ Szerzej: P. Bogdalski, *Bezpieczeństwo kadrowe...*, s. 322 i nast.

karnym⁷⁶, Kodeksie karnym skarbowym⁷⁷, ustawie o Trybunale Stanu⁷⁸, a także ustawie o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów⁷⁹. W świetle powyższego należy uznać, że brak tego rodzaju ograniczenia w dostępie do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej jest w pełni uzasadniony. Pracownicy ci jako grupa zawodowa nie pełnią bowiem służby publicznej, ale są zatrudnieni w prywatnym sektorze ochrony. Sytuacji tej nie zmienia fakt, że podczas wykonywania zadań ochrony obszarów, obiektów i urządzeń podlegających obowiązkowej ochronie korzystają oni z ochrony prawnej, która w Kodeksie karnym jest przewidziana dla funkcjonariuszy publicznych.

Zdolność do realizacji zawodowych zadań

Ostatnia grupa przesłanek, które ograniczają dostęp do omawianych zawodów, jest związana z weryfikacją fizycznej i psychicznej zdolności kandydatów do realizacji zawodowych zadań. Na temat owych zadań oraz ich wyjątkowej specyfiki była już mowa we wstępie niniejszego opracowania. W tym miejscu warto jedynie przypomnieć, że ich wykonywanie jest związane z działaniem na polecenie, dyspozycyjnością, koniecznością dochowywania wysoce sformalizowanych procedur, z działaniem w warunkach krytycznych, które mogą skutkować narażeniem własnego zdrowia lub życia, a także z możliwością stosowania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej. Wszystko to powoduje, że zawód policjanta oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej mogą wykonywać wyłącznie osoby o szczególnych zdolnościach. W tym względzie prawodawca zapisał w ustawie o Policji, że kandydat do służby powinien posiadać „zdolność fizyczną i psychiczną do służby w formacjach uzbrojonych”, zaś w ustawie o ochronie osób i mienia – że osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej powinna mieć „zdolność fizyczną i psychiczną do wykonywania zadań” oraz „pełną zdolność do czynności prawnych”. Można założyć – pomijając w tym miejscu bliższą charakterystykę desygnatów wspomnianych powyżej pojęć – że porównywalność zawodowych zadań oraz reżimu ich realizacji przemawia za nadaniem podob-

⁷⁶ Art. 39 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm.).

⁷⁷ Art. 22 § 2 pkt 7 ustawy z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 19 ze zm.).

⁷⁸ Art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (t.j. Dz.U. z 2002 r., Nr 101, poz. 925 ze zm.).

⁷⁹ Art. 29 ust. 5 ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (t.j. z 2020 r., poz. 306 ze zm.).

nego znaczenia zdolności do wykonywania zadań ochronnych kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej oraz zdolności policjanta do służby w formacjach uzbrojonych⁸⁰.

O ile wprowadzenie przesłanki zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania omawianych zawodów należy uznać za w pełni uzasadnione, o tyle zdecydowanie krytycznie wypada odnieść się do przesłanki „pełnej zdolności do czynności prawnych”. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że termin ten występuje wyłącznie w cywilistycznym kontekście i w żaden sposób nie może być wiązany ze specyfiką zadań ochronnych. Jak wskazuje Mieczysław Goettel, oznacza on „zdolność do nabywania praw i obowiązków z zakresu prawa cywilnego poprzez własne działanie”⁸¹. Jednocześnie, zgodnie z art. 11 Kodeksu cywilnego⁸², osoba fizyczna nabywa pełną zdolność do czynności prawnych z chwilą osiągnięcia pełnoletniości. Zatem ma ją każdy, kto ukończył 18 lat. Z wcześniejszych ustaleń jednoznacznie wynika, że kandydaci do wykonywania omawianych zawodów muszą być osobami, które przekroczyły tę granicę wieku.

Należy przypuszczać, że powodem wprowadzenia wspomnianej przesłanki do ustawy o ochronie osób i mienia było uniemożliwienie wykonywania zawodu licencjonowanego (kwalifikowanego) pracownika ochrony fizycznej osobom, które zostały ubezwłasnowolnione. Osoby pełnoletnie mogą zostać ubezwłasnowolnione przez sąd całkowicie albo częściowo, jeżeli nie są w stanie kierować swoim postępowaniem albo potrzebują pomocy w prowadzeniu swoich spraw. Przyczyną takiej sytuacji może być choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy albo inny rodzaj zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwo lub narkomania. Niestety, rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w ustawie o ochronie osób i mienia wykazuje poważne mankamenty. W szczególności kwestia zaburzeń psychicznych, które są podstawą ubezwłasnowolnienia, jest również przedmiotem odrębnych, specjalistycznych badań lekarskich i psychologicznych, prowadzonych w związku z weryfikacją zdolności psychicznej i fizycznej do wykonywania zadań ochronnych. Z punktu widzenia dopuszczenia do wykonywania omawianego zawodu, wyniki tych badań trzeba uznać za

⁸⁰ Należy podkreślić, że porównywalność przesłanek nie oznacza automatycznej porównywalności metod ich weryfikacji. Wyraźne różnice w tym względzie wykazują postanowienia rozporządzeń Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie postępowania kwalifikacyjnego w stosunku do kandydatów ubiegających się o przyjęcie do służby w Policji (Dz.U. z 2012 r., poz. 432 ze zm.) oraz Ministra Zdrowia z dnia 21 grudnia 2015 r. w sprawie badań lekarskich i psychologicznych osób ubiegających się o wpis lub posiadających wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej (Dz.U. z 2015 r., poz. 2323 ze zm.). Ich porównanie wykazuje, że procedura weryfikacyjna w wypadku kandydatów do służby w Policji jest zdecydowanie bardziej rozbudowana. W konsekwencji należy również przyjąć, że jej ustalenia będą bardziej precyzyjne.

⁸¹ M. Goettel, A. Bieranowski, P. Bogdalski, *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 2016, s. 52.

⁸² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.).

bardziej miarodajne niż wyniki ustaleń sądu, który ocenia wpływ zaburzeń psychicznych na zdolność do dokonywania czynności prawnych (np. zawierania umów, sporządzenia testamentu, uznania ojcostwa). Ponadto za wyjątkowo nietrafny wypada uznać sposób weryfikacji omawianej przesłanki. Zgodnie z 26 ust. 6 ustawy o ochronie osób i mienia, osoba wnioskująca o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej ma potwierdzić fakt posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych własnym pisemnym oświadczeniem, złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Trudno oczekiwać, aby osoba, która została ubezwłasnowolniona z racji choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego czy innych zaburzeń psychicznych, była w stanie prawidłowo rozpoznać prawne znaczenie takiego oświadczenia. Dotyczy to w szczególności rozumienia pojęcia fałszywych zeznań oraz rygору odpowiedzialności karnej. Ponieważ takie osoby nie są w stanie w pełni rozpoznać skutków prawnych swoich oświadczeń, sąd ustanawia na ich rzecz prawnych reprezentantów. Są nimi opiekunowie lub kuratorzy, którzy – co do zasady – potwierdzają oświadczenia składane przez osoby reprezentowane albo sami składają oświadczenia w ich imieniu.

Mając na względzie dotychczasowe uwagi, należy stwierdzić, że wprowadzenie wymogu „pełnej zdolności do czynności prawnych” do katalogu przesłanek ograniczających dostęp do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej było zbędne. Przemawia za tym również brak takiego ograniczenia w wypadku kandydatów do służby w Policji.

Rękojmia zachowania tajemnicy oraz przygotowanie do wykonywania zawodu

Kończąc dotychczasowy przegląd przesłanek, warto nawiązać do wymogu rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych, który musi spełnić przyszły policjant, oraz wymogu przygotowania teoretycznego i praktycznego do wykonywania ochrony osób i mienia, który warunkuje wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Ich odrębne występowanie w odniesieniu do powyższych zawodów trzeba uznać za w pełni uzasadnione.

Wykonywanie policyjnych zadań zawsze wiązało się z pozyskiwaniem i wykorzystywaniem informacji, które wymagały szczególnej ochrony przed ich ujawnieniem osobom do tego nieuprawnionym. Ich podstawowym źródłem są czynności operacyjnorozpoznawcze. Według Adam Tarachy są to czynności organów państwowych spełniające funkcję informacyjną, wykrywczą, profilaktyczną i dowodową, które są wykonywane tajnie lub poufnie w oparciu o podstawę ustawową⁸³. Stosownie do postanowień ustawy o Policji, ocena

⁸³ A. Taracha, *Czynności operacyjnorozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 25.

rękojmi zachowania w tajemnicy tego rodzaju informacji jest dokonywana według przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych⁸⁴. Akt ten przypisuje walor niejawności informacjom, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Polski albo byłoby niekorzystne dla jej interesów⁸⁵. Z uwagi na stopień doniosłości niekorzystnych skutków, informacje niejawne mogą być klasyfikowane jako ściśle tajne, tajne, poufne i zastrzeżone. Ustawa o ochronie informacji niejawnych definiuje rękojmię zachowania tajemnicy jako zdolność osoby do spełnienia ustawowych wymogów dla zapewnienia ochrony informacji niejawnych przed ich nieuprawnionym ujawnieniem. W tym względzie w odniesieniu do kandydatów do służby w Policji prowadzone jest zwykle postępowanie sprawdzające.

O ile w wypadku kandydata do służby w Policji weryfikacja rękojmi zachowania w tajemnicy informacji niejawnych jest w pełni zasadna, o tyle byłaby ona niecelowa w odniesieniu do osób ubiegających się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Pracownicy ochrony wykonują bowiem pracę na rzecz komercyjnego sektora ochrony, która – co do zasady – nie ma związku z dostępem do informacji, które na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych są objęte klauzulą niejawności. W wypadku gdy pracownik ochrony ma do czynienia z informacjami, które z punktu widzenia jego pracodawcy mają wrażliwy charakter i powinny zostać zachowane w poufności, zastosowanie znajdują przepisy o ochronie tajemnicy pracodawcy oraz tajemnicy przedsiębiorstwa⁸⁶. Oczywiście nie można wykluczyć wystąpienia sytuacji, w których podmiot zatrudniający pracownika ochrony będzie wykonywał zadania, których realizacja wymaga dostępu do informacji niejawnych (np. w związku z ochroną obszarów, obiektów, urządzeń czy transportów, które mają znaczenie dla ważnych interesów państwa i podlegają obowiązkowej ochronie). Jednak w takich wypadkach warunkiem koniecznym dopusz-

⁸⁴ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 742).

⁸⁵ Zgodnie z art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, do tej kategorii informacji zalicza się w szczególności informacje, których ujawnienie zagroziłoby albo mogłoby zagrozić: życiu albo zdrowiu funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjnorozpoznawcze lub osób, które udzielają im pomocy, życiu lub zdrowiu świadków koronnych albo świadków incognito oraz najbliższych im osób, realizacji zadań, które są związane z ochroną porządku konstytucyjnego, realizacji czynności operacyjnorozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione, funkcjonowaniu organów ścigania, porządkowi publicznemu oraz bezpieczeństwu obywateli, wykonywaniu zadań przez służby odpowiedzialne za ochronę bezpieczeństwa państwa i ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych.

⁸⁶ Por. P. Bogdalski, *Tajemnica przedsiębiorstwa – zagadnienia konstrukcyjne*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 6; M. Łabędź, *Środki ochrony tajemnicy pracodawcy i tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunkach pracowniczych a sposoby zabezpieczania tajemnicy przez pracodawcę*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014, nr XIV; J. Sobczak, *Praktyka ochrony informacji w działalności gospodarczej przedsiębiorstwa*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2015, z. 6.

czenia pracownika do wykonywania czynności ochronnych będzie uprzednie przeprowadzenie wobec niego postępowania sprawdzającego w celu ustalenia, czy daje on rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych. Jednakże tego rodzaju przypadki należy traktować jako wyjątek od zasady.

Z kolei warunkiem wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej jest przygotowanie teoretyczne i praktyczne do wykonywania ochrony osób i mienia. Równocześnie podobnego wymogu nie stawia się kandydatom do służby w Policji. Należy podkreślić, mając na względzie szczególny charakter obu omawianych zawodów, że dopuszczenie do wykonywania związanych z nimi czynności zawodowych musi zostać poprzedzone procesem teoretycznego i praktycznego przygotowania do ich wykonywania. Ustawodawca przyjął, że w wypadku kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej proces ten musi zostać zakończony przed dopuszczeniem do zawodu⁸⁷. Takie rozwiązanie wypada uznać za trafne, zważywszy że po uzyskaniu wpisu pracownik ochrony może w tym samym czasie świadczyć pracę na rzecz wielu pracodawców oraz że może to czynić nie tylko na podstawie trwałego stosunku pracy, ale także doraźnie, w ramach cywilnoprawnego stosunku zlecenia. Z punktu widzenia interesu potencjalnego pracodawcy zatrudnienie kwalifikowanego pracownika ochrony musi się wiązać z możliwością niezwłocznego powierzenia mu do realizacji czynności, które są przedmiotem jego kwalifikacji. Szczególnie trudno byłoby uzasadnić obowiązek ponoszenia kosztów przygotowania do wykonywania takiego zawodu przez podmioty, które zamierzają jedynie incydentalnie skorzystać z usług kwalifikowanego pracownika ochrony.

W odmienny sposób należy oceniać sytuację kandydatów do służby w Policji, która nie tylko jest jedynym miejscem zatrudnienia, w którym będą oni mogli wykonywać zawód policjanta, ale także nie będą oni mogli podejmować żadnego innego zajęcia zarobkowego poza służbą bez pisemnej zgody przełożonego. Ów szczególny układ zależności, jak również fakt posiadania przez Policję rozwiniętej i nowoczesnej struktury jednostek szkolenia i doskonalenia zawodowego przemawiają na korzyść rozwiązania przyjętego przez ustawodawcę. Zgodnie z nim od kandydata do Policji nie wymaga się teoretycznego i prak-

⁸⁷ Zgodnie z postanowieniami ustawy o ochroni osób i mienia, proces ten obejmuje przygotowanie teoretyczne i praktyczne w zakresie wyszkolenia strzeleckiego, samoobrony, technik interwencyjnych oraz znajomości przepisów prawa związanych z wykonywaniem ochrony osób i mienia. Przede wszystkim może on być prowadzony w ramach kursów i szkoleń prowadzonych przez uczelnie albo publiczne i niepubliczne placówki i ośrodki działające na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 910 ze zm.). Wymagania w tym zakresie, w tym szczegółowa tematyka i forma prowadzonych zajęć, zostały określone w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 grudnia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1688). Poza zaświadczeniami ukończenia powyższych kursów lub szkoleń, potwierdzeniem wymaganych kwalifikacji mogą być również: dokumenty potwierdzające kwalifikację zawodową w zawodzie technik ochrony fizycznej osób i mienia oraz dokumenty potwierdzające ukończenie określonych kursów i szkoleń prowadzonych przez ośrodki szkolenia i doskonalenia zawodowego Policji, Straży Granicznej, Służby Więziennej, Biura Ochrony Rządu lub Służby Ochrony Państwa.

tycznego przygotowania do wykonywania policyjnych czynności. Jego przyjęcie do służby następuje po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego, które ma na celu ustalenie, czy kandydat wypełnia omówione wcześniej przesłanki rekrutacyjne. Wraz z przyjęciem do służby jest on mianowany policjantem w służbie przygotowawczej na okres 3 lat. Jednocześnie możliwość wykonywania przez nowo przyjętego policjanta czynności zawodowych jest uzależniona od ukończenia przez niego szkolenia zawodowego podstawowego⁸⁸. Warto odnotować, iż program tego szkolenia przygotowuje policjanta teoretycznie i praktycznie do wykonywania zadań służbowych na poziomie podstawowym, na stanowisku policjanta w służbie prewencyjnej, która jest pełniona w komórkach patrolowo-interwencyjnych i oddziałach prewencji Policji.

Wnioski końcowe

Rozważania poczynione w niniejszym opracowaniu wykazały, że zawody policjanta służby prewencyjnej oraz kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej mają pokrewny charakter. Są one wykonywane w sferze bezpieczeństwa i porządku publicznego państwa, mają zbieżny katalog zawodowych zadań oraz środków ich realizacji, do których należą m.in. możliwość korzystania z środków przymusu bezpośredniego i broni palnej. Są z nimi także związane analogiczne zagrożenia zawodowe. Mimo to, porównanie przesłanek, które warunkują dopuszczenie do ich wykonywania, ujawnia wiele różnic. Można wśród nich wyodrębnić zarówno rozbieżności w pełni uzasadnione, jak również te, których występowanie wzbudza poważne wątpliwości.

Z punktu widzenia zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej do pierwszej grupy należą: brak ograniczeń w zakresie obywatelstwa oraz brak wymogu pełni praw publicznych i rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych. Takie warunki są zasadnie stawiane tylko kandydatom do służby w Policji z racji jej wykonywania jako służby publicznej na rzecz państwa polskiego. W pełni uzasadnione jest również wprowadzenie przygotowania teoretycznego i praktycznego do wykonywania zadań zawodowych wyłącznie do katalogu przesłanek warunkujących dopuszczenie do zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Wpisanie na listę takich pracowników musi bowiem gwarantować potencjalnemu pracodawcy, że zatrudniana przez niego osoba ma kwalifikacje do wykonywania zadań z zakresu ochrony osób

⁸⁸ Na szkolenie zawodowe podstawowe kierowani są policjanci, którzy przeszli pozytywnie procedurę związaną z przyjęciem do Policji oraz złożyli ślubowanie policyjne, a także odbyli w jednostkach macierzystych Policji szkolenie z zakresu ochrony informacji niejawnych i posiadają poświadczenie bezpieczeństwa, upoważniające ich do dostępu do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą „Poufne” – zob. załącznik do decyzji nr 168 Komendanta Głównego Policji z dnia 22 maja 2019 r. w sprawie programu szkolenia zawodowego podstawowego (Dz. Urz. KGP z 2019 r., nr 83).

i mienia. Nie bez znaczenia jest tu również fakt, że większość podmiotów korzystających z pracy kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej nie ma wystarczających zasobów szkoleniowych, które umożliwiłyby rzetelne przygotowanie do wykonywania tego zawodu.

Z kolei do drugiej grupy przesłanek, które ograniczają dostęp do zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, wypada zaliczyć niewłaściwe ukształtowanie przesłanki wieku i wykształcenia oraz niezasadne zastrzeżenie wymogu posiadania pełnej zdolności do czynności prawnej. W tym względzie brak argumentów, które mogłyby w dostateczny sposób uzasadnić ustalenie minimalnej granicy wieku na wyższym poziomie niż w wypadku osób kandydujących do służby w Policji, zaś minimalnej granicy wykształcenia na poziomie niższym. W szczególności przedstawiona w niniejszym opracowaniu argumentacja prowadzi do wniosku, że ograniczenie dostępu do zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej nie może być argumentowane faktem posiadania przez osobę, która ukończyła 21 lat, określonego doświadczenia życiowego, wzmacniającego pewność prawidłowego użycia broni. Z kolei analiza treści dokumentów Międzynarodowej Organizacji Pracy oraz regulacji krajowych, które odnoszą się do powiązania kwalifikacji zawodowych z poziomami wykształcenia, a także struktury wykształcenia polskiego społeczeństwa, uzasadnia twierdzenie, że poziom wykształcenia wymagany od kandydatów do wykonywania zawodów policjanta i kwalifikowanego pracownika ochrony powinien być taki sam. Jednocześnie właściwym powinien tu być poziom wykształcenia średniego. Za niewłaściwe należy także uznać zastrzeżenie względem kandydata na kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej, wymogu pełnej zdolności do czynności prawnych. W tym wypadku z jednej strony dochodzi do swoistej kolizji z przesłanką zdolności psychicznej do wykonywania zadań ochronnych, z drugiej zaś istotne zastrzeżenia budzi sposób jego weryfikacji.

Mając powyższe na uwadze, zasadne wydaje się zgłoszenie postulatów *de lege ferenda*. Obejmują one propozycję wprowadzenia zmian w ustawowym katalogu przesłanek dopuszczających do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony. Ich istota sprowadza się do obniżenia minimalnej granicy wieku do poziomu pełnoletniości, ustalenia minimalnej granicy wykształcenia na poziomie średnim oraz usunięcia wymogu pełnej zdolności do czynności prawnych. Niezależnie od powyższego, można także rozważyć wprowadzenie niewielkich zmian w wypadku przesłanek, których celem jest weryfikacja postaw wobec poszanowania prawa i porządku publicznego. W tym względzie należy postulować ich pełne ujednoczenie z wymogami, jakie są stawiane kandydatom do służby w Policji.

Wykaz literatury

- Aleksandrowicz T.R., *Ustawa o ochronie osób i mienia. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Bogdan G., *Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 5.
- Bogdalski P., *Bezpieczeństwo kadrowe Policji na przykładzie przesłanek doboru do służby*, Wyd. WSPol, Szczytno 2015.
- Bogdalski P., *Tajemnica przedsiębiorstwa – zagadnienia konstrukcyjne*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 6.
- Bogdalski P., *Warunki dopuszczenia do wykonywania zawodu kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej. Część 1. Porównanie zawodów policjanta służby prewencyjnej i kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 52.
- Borowski S., *Zmiany w strukturze społeczno-zawodowej ludności w Polsce Ludowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 4.
- Cyrul W., *Proceduralne ujęcie tworzenia prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Wyd. UJ, Kraków 2001.
- Czop A., *Jakie zmiany w funkcjonowaniu i organizacji prywatnego sektora ochrony mogą wpłynąć na podniesienie bezpieczeństwa narodowego Polski – wnioski z przeprowadzonych badań*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2015, nr 19.
- Drobny W., Mazuryk M., Zuzankiewicz P., *Ustawa o służbie cywilnej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Dzieciuchowicz J., *Rozwój społeczny współczesnego świata – struktura i typologia przestrzenna*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2011, nr 11.
- Goettel M., Bieranowski A., Bogdalski P., *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Grzelecka E., *Nieposzlakowana opinia (stanowisko prawne)*, „Biuletyn Prawny” 2008, nr 32.
- Hoffman E., *International Statistical Comparisons of Occupational and Social Structures: Problems, Possibilities and the Role of ISCO-88*, <https://www.ilo.org/public/english/bureau/stat/isco/press1.htm>.
- Jabłońska-Bonca J., *Prywatna ochrona bezpieczeństwa. Koncepcje – podmioty – zadania – normy – konteksty*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Jabłońska-Bonca J., *Wstęp do nauk prawnych*, Ars Boni et Aequi, Poznań 1996.
- Jagielski J., *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1998.
- Jagielski J., *Straże i służby*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Kantor-Kozdrowicki P., *Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2018, vol. 7.
- Kręgulec R., Pajorski P., *Ustawa o ochronie osób i mienia. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Kuc B.R., Gliński B., Szczepankowski P., *Zarządzanie strategiczne: geneza, rozwój, priorytety*, Key Text, Warszawa 1996.

- Łabędź M., *Środki ochrony tajemnicy pracodawcy i tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunkach pracowniczych a sposoby zabezpieczania tajemnicy przez pracodawcę*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014, nr XIV.
- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, [w:] J. Manza, M. Sauder (red.), *Inequality and Society. Social Science Perspectives on Social Stratification*, W.W. Norton & Company, New York 2009.
- Mikowski R., *Antywartości w prawie administracyjnym jako efekt uprawnień dyskrecyjnych Policji w zakresie dostępu do broni palnej*, [w:] A. Błaś (red.), *Antywartości w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973.
- Pajorski P., *Pracownik ochrony – wzrost czy upadek kultury bezpieczeństwa – polskie realia: zarys zagadnienia*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2015, nr 18.
- Piwowarski J., Pajorski P., *Ochrona obiektów*, Wyższa Szkoła Bezpieczeństwa Publicznego i Indywidualnego „Apeiron”, Kraków 2013.
- Prusak F., *Kodeks karny skarbowy*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Przybyciński T., *Kształtowanie ładu gospodarczego w Polsce w kontekście integracji z UE*, „Prace i Materiały Instytutu Rozwoju Gospodarczego SGH” 2009, t. 82.
- Raglewski J., *Relacja pojęć „przestępstwo” – „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” – „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Smoktunowicz E., *Obywatelstwo polskie*, [w:] T. Rabska (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 4, Ossolineum, Wrocław 1980.
- Sobczak J., *Praktyka ochrony informacji w działalności gospodarczej przedsiębiorstwa*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2015, z. 6.
- Stańczyk P., *Wykształcenie ludności II Rzeczypospolitej w świetle badań GUS*, „Społeczeństwo i Ekonomia” 2016, nr 1.
- Staroścień J., *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1977.
- Stec R., *Straże w służbie ochrony przyrody. Straż Leśna, Łowiecka, Rybacka i Parków Narodowych, pozycja ustrojowa i oraz miejsce w systemie organizacyjno-prawnym bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Wyd. UMCS, Lublin 2006.
- Trzciński K., *Obywatelstwo w Europie. Idea i jej wyraz formalny w perspektywie historycznej*, „Studia Europejskie” 2002, nr 2.
- Wach K., *Europejska swoboda przepływu pracowników*, „Studia Europejskie” 2007, nr 3.
- Wojciszke B., [w:] J. Strelau (red.), *Psychologia. Podręcznik akademicki*, t. 3: *Jednostka w społeczeństwie i elementy psychologii stosowanej*, GWP, Gdańsk 2005.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Ars Boni et Aequi, Poznań 2001.
- Wróblewski J., *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo*, [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, Wyd. Nauk. UAM, Poznań 1990.

Summary

Job requirements for a qualified physical security guard.

Part 2. Comparison of job requirements for police officers and qualified physical security guards

Keywords: private security services, job requirements for a qualified physical security guard, police recruitment criteria.

The subject of this study is the conditions that determine admission to the professions of a police officer and a qualified physical security guard. In turn, it aims to assess the legitimacy of the differences that occur in the prerequisites for their performance. By the assumption, indicated in the first part of the study, the significant similarity of professional tasks performed by a uniformed police officer and a qualified physical security guard should affect the comparability of prerequisites that restrict access to these two professions. The comparison of prerequisites that determine admission to the analysed professions reveals many differences. We can identify two types of discrepancies: fully justified, as well as those whose occurrence raises serious doubts. For the latter group, the author presented several postulates *de lege ferenda*.

Katarzyna Karolina Borkowska

Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie

ORCID: 0000-0002-4529-5805

katarzyna.karolina.borkowska@gmail.com

Penalizacja przerywania ciąży w polskim prawie karnym

Uwagi wstępne

Zakres ingerencji władzy publicznej w sferę ludzkiej prokreacji stanowi jedno z najbardziej złożonych i trudnych zagadnień normatywnych¹. Wynika to przede wszystkim z powodów aksjologicznych, światopoglądowych i politycznych². Problematyka aborcji jest stale obecna w debacie publicznej³, zaś penalna reakcja na nią stanowi kontrowersyjny problem prawa karnego⁴. Między ustawami karnymi poszczególnych państw istnieją różnice w regulacjach odnoszące się do warunków dopuszczalności legalnego przerywania ciąży⁵ oraz w ustawodawstwie karnym dotyczącym przestępstw z aborcją związanych. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że wyraźnie widoczna w statystyce jest zależność, że w krajach rozwiniętych dominują aborcje legalne, zaś w krajach rozwijających się przeważają aborcje nielegalne⁶.

W polskim Kodeksie karnym zawarte są trzy przepisy odnoszące się do przerywania ciąży. Są to przepisy art. 152–154 k.k.⁷ Ich analiza pozwala na

¹ A.M. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. 27, s. 96.

² R. Kokot, J. Jasińska, *Kilka uwag o ochronie życia poczętego w kontekście projektowanych zmian kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. 31, s. 13.

³ M. Stefaniuk, *Etyczne dylematy prawa (kara śmierci, aborcja i eutanazja) w świetle badań polskiej opinii publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19, s. 316; M. Szczepaniec, *Etyczne i prawne aspekty dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13, s. 77.

⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 239.

⁵ D. Szelewa, *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce: zakaz, kompromis, czy wybór?*, „Warszawskie Debaty o Polityce Społecznej” 2017, s. 4–7.

⁶ E. Frątczak, A. Ptak-Chmielewska, *Demograficzny wymiar aborcji*, [w:] B. Chazan, W. Simon (red.), *Aborcja. Przyczyny, następstwa, terapia*, Wrocław 2009, s. 63–73.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej jako k.k.

zrekonstruowanie kluczowych zasad w zakresie ochrony życia poczętego. Do takich należy brak odpowiedzialności kobiety ciężarnej za dokonanie aborcji na sobie, niekaralność zachowań nieumyślnych skierowanych przeciwko płodowi oraz wzrost prawnokarnej ochrony życia poczętego wraz ze stopniem zaawansowania jego rozwoju⁸.

Przedmiotem badań uczyniono przepisy penalizujące zachowania związane z przerwaniem ciąży w polskiej ustawie karnej. Cel badań stanowiło przedstawienie zakresu kryminalizacji przestępstw odnoszących się do aborcji. Problem badawczy określono następująco: jaka jest zawartość normatywna i zakres kryminalizacji czynów zabronionych stypizowanych w przepisach art. 152–154 k.k. W ślad za tak skonkretyzowanym problemem badawczym obrano następującą hipotezę badawczą – zawartość normatywna i zakres kryminalizacji przepisów polskiej ustawy karnej penalizujących przestępstwa związane z aborcją pozostają zagadnieniem kontrowersyjnym a wykładnia norm prawnych z nich wynikających rodzi problemy w praktyce prawniczej. Aby zweryfikować przedmiotową hipotezę badawczą, posłużono się teoretyczno-prawną metodą badań. Merytoryczna część niniejszego opracowania została podzielona na następujące części: w pierwszej opisano prawo do życia oraz odniesiono się do przedmiotu ochrony przepisów penalizujących przestępstwa związane z przerwaniem ciąży, w kolejnych szczegółowo przeanalizowano przepisy art. 152–154 k.k., a w ostatniej przedstawiono wnioski oraz podsumowano rozważania. Za cezurę aktualności stanu prawnego przyjęto datę 29 marca 2022 r.

Wskazać należy, że w chwili obecnej brakuje w Polsce studium poświęconego zagadnieniu czynów zabronionych związanych z przerwaniem ciąży, które uwzględniałoby zarówno rozważania dotyczące przedmiotu ochrony, jak też zawierałoby odniesienia do praktycznej wykładni przepisów poparte danymi statystycznymi. Literatura przedmiotu koncentruje się generalnie wokół ochrony praw reprodukcyjnych człowieka, w tym często z perspektywy feministycznej (m.in. liczne prace Eleonory Zielińskiej oraz Małgorzaty Fuszary), ochrony dziecka w prawie karnym (m.in. monografie Violetty Konarskiej-Wrzosek⁹ oraz Krzysztofa Wiaka¹⁰) albo stanowi komentarz do przepisów ustawy karnej.

⁸ R. Kokot, J. Jasińska, op. cit., s. 19–22.

⁹ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999.

¹⁰ K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001.

Prawo do życia. Przedmiot ochrony przepisów penalizujących przestępstwa związane z przerwaniem ciąży

W obecnym stanie prawnym przestępstwo przerwania ciąży jest penalizowane przez przepisy art. 152–154 k.k. Przepis art. 152 k.k. odnosi się do zabiegu przerwania ciąży za zgodą kobiety, ale wbrew przepisom ustawy. Art. 153 k.k. dotyczy dokonania aborcji wbrew woli ciężarnej. Przepis art. 154 k.k. obejmuje natomiast przypadki, w których następstwem aborcji przeprowadzonej zarówno za zgodą, jak i bez zgody kobiety jest śmierć ciężarnej. Uszkodzenie ciała dziecka poczętego wyczerpuje znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 157a k.k.¹¹ Karalne jest również przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.)¹². Niszczenie zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji stanowi natomiast występki penalizowany przez art. 83 ustawy o leczeniu niepłodności¹³.

Przedmiotem ochrony przepisów art. 152 i 153 k.k. jest życie ludzkie w fazie prenatalnej¹⁴, natomiast przepisu art. 154 k.k. – życie kobiety ciężarnej. Prawo do życia jest prawem najważniejszym, podstawowym i przynależnym każdej istocie ludzkiej¹⁵. Prawo to stanowi warunek konieczny do korzystania przez jednostki z innych praw i wolności¹⁶. Prawo do życia jest w Polsce chronione przez regulacje prawa międzynarodowego (m.in. art. 6 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych¹⁷, art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w Europie¹⁸) oraz

¹¹ Przepis ten ma następującą treść: Art. 157a § 1. Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego. § 3. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1.

¹² Przepis ten ma następującą treść: Art. 192 § 1. Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

¹³ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2015 r., poz. 1087 z późn. zm.).

¹⁴ R. Kokot, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 933.

¹⁵ A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 300.

¹⁶ M. Różański, *Prawo do życia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2015, nr 6, s. 257.

¹⁷ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i Politycznych (*International Covenant on Civil and Political Rights*) otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

¹⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w Europie (*European Convention on Human Rights*) sporządzona 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

przez przepisy Konstytucji (art. 38 Konstytucji RP¹⁹). Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, że od momentu poczęcia życie ludzkie podlega konstytucyjnej ochronie, a zakres tej ochrony nie może być różnicowany ze względu na fazę rozwoju płodu²⁰.

O przerwaniu ciąży można mówić od momentu jej powstania do jej końcowego momentu²¹. Pojęcia te są niedookreślone, co pozostawia miejsce na wątpliwości w procesie ich interpretacji. Jak wskazał Sąd Najwyższy, „życiem ludzkim jest w sensie biologicznym życie od chwili jego poczęcia, jednakże pojęcie »człowiek« definiowane jest różnie, w zależności od przyjętych podstaw światopoglądowych. W konsekwencji, różnie jest również określany początek i koniec jego życia”²².

W świetle embriologii zapłodnienie – rozumiane jako połączenie się żeńskiej i męskiej komórki jajowej – powoduje powstanie zygoty. Następnie zygota przekształca się w zarodek, który we wczesnej fazie rozwoju zagnieżdża się w endometrium macicy. W 70% przypadków dochodzi do samoczynnego wydalenia zapłodnionej komórki jajowej, natomiast w 30% następuje jej zagnieżdżenie w błonie macicy²³. Zabiegi, które mają na celu zapobieżenie osadzeniu się zarodka w macicy, pozostają legalne, co oznacza, że życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej nie korzysta z ochrony prawnokarnej²⁴. Tym samym dozwolone są środki antykoncepcyjne oraz tzw. środki wczesnoporonne, których działaniem jest uniemożliwienie zagnieżdżenia się zarodka w ścianie macicy²⁵.

Początkiem ciąży jest moment zaimplantowania dojrzałej zapłodnionej komórki jajowej w błonie śluzowej macicy²⁶. W ginekologii okres ciąży rozpoczyna się pierwszym dniem ostatniej miesiączki²⁷. Czas trwania ciąży oblicza się w tygodniach, licząc od pierwszego dnia ostatniego normalnego krwawienia miesięcznego. Prawidłowy czas trwania ciąży wynosi 280 dni (40 tygodni), od pierwszego dnia ostatniego krwawienia miesięczkowego w cyklu 28-dniowym

¹⁹ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta RP 16 lipca 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).

²⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK 1997, Nr 2, poz. 19.

²¹ V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 149 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), op. cit., s. 915.

²² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r., sygn. akt I KZP 18/06, OSN-KW 2006, Nr 11, poz. 97.

²³ K. Woźniak, *Problemy opiniodawcze związane z nowymi regulacjami kodeksu karnego w związku z wprowadzeniem ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1993, nr 3, s. 230–231.

²⁴ V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka...*, s. 19–20.

²⁵ K. Wiak, op. cit., s. 242; E. Zielińska, *Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 2, s. 27–29.

²⁶ K. Ostrowski, *Embriologia człowieka*, Warszawa 1985, s. 28–30, 53.

²⁷ D.R. Mishell, P.F. Brenner (red.), *Położnictwo i ginekologia*, t. 1, Bielsko-Biała 1995, s. 324; K. Ostrowski, op. cit., s. 91.

albo 266 dni (38 tygodni), od dnia owulacji (reguła Naegelego). W przypadku gdy zastosowanie reguły Naegelego nie jest możliwe, czas trwania ciąży ustala się na podstawie wyniku badania ultrasonograficznego²⁸.

Przepisy art. 152 k.k. i 153 k.k. chronią dziecko poczęte do chwili rozpoczęcia porodu. W tym momencie aktualizuje się bowiem prawno-karna ochrona życia ludzkiego przewidywana przez przepis art. 148 § 1–4 k.k. (i – co oczywiste – dalszych typów przestępstwa zabicia człowieka albo spowodowania jego śmierci, tj. przepisów art. 149 k.k., art. 150 k.k., art. 151 k.k., art. 155 k.k. i art. 156 § 3 k.k.)²⁹. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego ochrona życia ludzkiego przez przepisy chroniące życie człowieka w postnatalnej fazie rozwoju jest zależna od samego przebiegu procesu porodu i rozpoczyna się w jednym z trzech następujących momentów:

1) z chwilą rozpoczęcia porodu, tj. wystąpienia pierwszych skurczów macicy dających postęp porodu;

2) z chwilą podjęcia pierwszej czynności zmierzającej do przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia – przy porodzie przez cesarskie cięcie;

3) z chwilą zaistnienia medycznych przesłanek przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – w sytuacji gdy konieczne jest rozwiązanie ciąży poprzez przeprowadzenia zabiegu cesarskiego cięcia albo w inny alternatywny sposób³⁰.

Warto zwrócić także uwagę na następującą okoliczność, mianowicie – życie ludzkie musi rozwijać się w łonie matki, aby stanowić przedmiot ochrony przepisów art. 152–153 k.k. Życie rozwijające się poza organizmem kobiety (*ex utero*) nie jest chronione dyspozycją tych przepisów³¹.

Ustawodawca różnicuje poziom ochrony płodu w zależności od fazy rozwoju – zgodnie z przepisami art. 152 § 3 k.k. i art. 153 § 2 k.k. sprawca podlega surowszej odpowiedzialności karnej w przypadku, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej. Znamię to nie jest jednoznacznie określone, a sama „zdolność do życia poza organizmem matki” nie ma jednego charakteru. Odróżnienia wymaga zdolność do życia w warunkach specjalnych (ze wspomaganie sprzętem specjalistycznym i środkami farmaceutycznymi) oraz zdolność do życia w warunkach naturalnych³². Zdolność do życia w warunkach wspomaganych, tzn. z wykorzy-

²⁸ Załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. z 2015 r., poz. 2069).

²⁹ K.K. Borkowska, *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, Warszawa 2020, s. 187–192 i 205–214.

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 września 2010 r., sygn. akt V KK 34/10, OSNKW 2010, Nr 12, poz. 105.

³¹ M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, nr 1, s. 103 i nast.

³² V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka...*, s. 20.

staniem dobrodziejstw współczesnej medycyny, szacuje się na 23–24 tydzień ciąży³³. Granica ta – w miarę postępu w naukach medycznych – sukcesywnie obniża się³⁴. Zdolność do życia w warunkach naturalnych jest osiągana w 36 tygodniu ciąży³⁵. Zgodnie ze wskazaniami Światowej Organizacji Zdrowia płód zdolny do życia poza organizmem matki to płód mający co najmniej 22 tygodnie lub ważący co najmniej 500 gramów³⁶. Powszechnie uznaje się, że zdolność do życia samodzielnego zależy również od takich czynników, jak cechy osobnicze dziecka, w związku z czym należy ją określać w zależności od konkretnego przypadku³⁷. Wskazać w tym kontekście należy, że granica między 20 a 24 tygodniem ciąży często stanowi jeden z krańcowych momentów dopuszczalności legalnego zabiegu aborcji w kręgu państw europejskich³⁸.

Podsumowując, przepisy kodeksowe odnoszące się do aborcji chronią życie ludzkie w okresie prenatalnym, tj. od momentu zagnieżdżenia się zapłodnionego zarodka w endometrium macicy do chwili rozpoczęcia porodu (art. 152 i art. 153 k.k.), oraz życie kobiety ciężarnej (art. 154 k.k.). Do chwili implantacji zygoty w błonie macicy życie nie podlega prawnokarnej ochronie. Od chwili osiągnięcia przez dziecko poczęte zdolności do samodzielnego życia poza organizmem matki ochrona prawnokarna jego życia jest zintensyfikowana – sprawca czynu zabronionego przeciwko życiu płodu podlega surowszej karze. Od chwili rozpoczęcia się procesu porodu aktualizuje się prawnokarna ochrona życia ludzkiego przewidziana w przepisie art. 148 § 1 k.k.

Przestępne przerwanie ciąży za zgodą kobiety

Przepis art. 152 k.k. ma następującą treść: „Kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 (§ 1). Tej samej karze podlega, kto udziela kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy lub ją do tego nakłania (§ 2). Kto dopuszcza się czynu określonego w § 1 lub 2, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 (§ 3)”.

³³ K. Woźniak, op. cit., s. 232

³⁴ V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka...*, s. 20.

³⁵ B. Górnicki, B. Dębiec, J. Baszczyński (red.), *Pediatrics*, t. 1, Warszawa 1997, s. 47.

³⁶ Główny Urząd Statystyczny, *Pojęcia stosowane w statystyce publicznej*, <https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/3943,pojecie.html?pdf=1> (data dostępu: 29.03.2022). Pojęcie to podobnie rozumie Jacek Potulski (vide: J. Potulski, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007, s. 57).

³⁷ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2022, Lex, art. 152; K. Wiak, op. cit., s. 248.

³⁸ Por. K.K. Borkowska, op. cit., s. 67–72.

Przestępstwo stypizowane w przepisie art. 152 k.k. jest przestępstwem powszechnym³⁹. Podmiotem czynu z art. 152 k.k. może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej⁴⁰. Sprawcą czynu może być, ale nie musi, lekarz⁴¹. Jednocześnie kobieta ciężarna nie może stanowić podmiotu analizowanego występkę – na gruncie obecnej regulacji kobieta nigdy nie poniesie odpowiedzialności karnej za przerwanie ciąży „na sobie”. Nie podlega także kryminalizacji jej zachowanie polegające na nakłanianiu innych osób do udzielenia jej pomocy w przerywaniu ciąży⁴². Warto jednak w tym miejscu wspomnieć o tym, że projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2013 r.⁴³ przewidywał większą penalizację przestępstw aborcyjnych, w tym m.in. odpowiedzialność kobiety ciężarnej za przerwanie ciąży⁴⁴.

³⁹ A. Zoll, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. I: *Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, art. 152.

⁴⁰ V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 152.

⁴¹ J. Giezek, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 152.

⁴² J. Bojke, M. Wantoła, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 5, s. 18.

⁴³ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego 2009–2013, *Projekt z 5 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/> (data dostępu: 29.03.2022).

⁴⁴ Zgodnie z propozycją, do ustawy miał zostać dodany przepis art. 149a k.k., który stanowił, że matka, która powoduje śmierć dziecka poczętego, zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Projektodawca miał zamiar dodać do ustawy karnej również art. 162a k.k., który wskazywał, że przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za czyny skierowane przeciwko życiu i zdrowiu człowieka stosuje się również do czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu dziecka poczętego, zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, przy czym matka dziecka poczętego, zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem nie popełnia przestępstwa za czyn zabroniony skierowany przeciwko życiu lub zdrowiu tego dziecka, z wyjątkiem czynu zabronionego, określonego w art. 149. Twórcy projektu uzasadniali potrzebę reformy następująco: „Z uwagi na dominujące w dalszym ciągu przekonanie społeczne o braku potrzeby karania matki za czyn skierowany przeciwko dziecku znajdującemu się w fazie rozwoju prenatalnego (...), projekt utrzymuje tę zasadę także w odniesieniu do czynów matki dziecka zdolnego do samodzielnego życia poza jej organizmem (art. 162a § 1 k.k.) za wyjątkiem umyślnego spowodowania śmierci swojego dziecka, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza jej organizmem (art. 149a k.k.). Czyn taki został potraktowany na równi z występkiem dzieciobójstwa, także w zakresie zagrożenia karą, stanowiąc kolejny typ uprzywilejowany umyślnego spowodowania śmierci człowieka. Jakkolwiek sytuacje takie w praktyce mogą występować bardzo rzadko, to jednak trudne do uzasadnienia byłoby wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety, która umyślnie powoduje śmierć swojego dziecka (lub do tego nakłania albo udziela pomocy) przed rozpoczęciem porodu naturalnego lub zabiegu cesarskiego cięcia, a objęcie tą odpowiedzialnością zachowań, które zostały podjęte już w trakcie przygotowania i wykonywania tego zabiegu, co dziś stanowi dzieciobójstwo z art. 149 k.k. czy wystąpienia konieczności medycznej przeprowadzenia takiego porodu. Tym bardziej, że spowodowanie śmierci

Od strony podmiotowej czyn zabroniony ujęty w art. 152 § 1 k.k. charakteryzuje się umyślnością, a wina sprawcy może mieć postać zarówno zamiaru bezpośredniego, jak też ewentualnego⁴⁵. W przypadku czynu z art. 152 § 2 k.k. sprawstwo jest analogiczne do treści strony podmiotowej niesprawczych form zjawiskowych przestępstwa, tj. musi przybrać umyślność w zamiarze bezpośrednim bądź ewentualnym w przypadku udzielania pomocy (art. 18 § 3 k.k. – „w zamiarze”) oraz umyślność w zamiarze bezpośrednim w przypadku nakłaniania (art. 18 § 2 k.k. – „chcąc”)⁴⁶. Przestępstwo z art. 152 § 3 k.k. jest umyślne, sprawca musi więc co najmniej mieć świadomość tego, że dziecko poczęte mogło osiągnąć określony stopień dojrzałości i na taką ewentualność się godzić⁴⁷.

Przedmiotem ochrony (zamachu) cytowanego przepisu jest, jak już wspomniano, życie ludzkie w fazie prenatalnej. W przypadku typu podstawowego przestępstwa (§ 1) przedmiotem czynu jest dziecko poczęte (moment zaimplantowania dojrzałej zapłodnionej komórki jajowej w błonie śluzowej macicy), a w przypadku typu kwalifikowanego – dziecko poczęte, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (co do zasady – płód mający 22 tygodni lub osiągający 500 gramów wagi). Faza prenatalna kończy się z chwilą rozpoczęcia procesu porodu. Część doktryny za uboczny przedmiot ochrony analizowanego przepisu uważa także kobietę ciężarną⁴⁸. W tym zakresie wypada wskazać na pogląd Sądu Najwyższego, który zważył, że „kobieta, za zgodą której przerwano ciążę, z naruszeniem przepisów ustawy (...), nie należy do kręgu pokrzywdzonych typami czynów zabronionych określonych w art. 152 § 1–3 k.k. w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k.”⁴⁹, jeżeli czyny opisane w tych przepisach nie wyczerpują jednocześnie znamion określonych w innym przepisie ustawy karnej, którym jej dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone. Nie nabywa też uprawnień do działania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego jako strona zastępcza⁵⁰.

Znamiona strony przedmiotowej przestępstwa z art. 152 § 1 k.k. zostaną opisane według następującego schematu: 1) czynność sprawcza, 2) skutek, 3) okoliczności modalne.

dziecka przez osoby, które – tak jak rodzice – w sposób szczególny powołane są do opieki nad tym dzieckiem, łączy się z jednoznacznym potępieniem moralnym w ocenie społecznej, czego dowodem jest społeczne zainteresowanie tego typu sprawami”. Proponowane zmiany nie weszły w życie.

⁴⁵ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, seria: Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie Komentarze, Warszawa 2000, s. 196.

⁴⁶ R. Kokot, op. cit., s. 938.

⁴⁷ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 152–153 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 152.

⁴⁸ R. Kokot, op. cit., s. 934.

⁴⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

⁵⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 2/09, OSNKW 2009, Nr 5, poz. 37.

Czynność sprawczą czynu z art. 152 § 1 k.k. stanowi przerwanie ciąży z naruszeniem przepisów ustawy. Realizacja znamienia czasownikowego przepisu następuje poprzez każde zachowanie się człowieka przerywające rozwój dziecka poczętego⁵¹. Przerwanie ciąży obumarłej i związane z tym wyłączenie jamy macicy kobiety nie realizuje znamion przestępstwa wynikającego z przepisu art. 152 k.k.⁵² Czyn z art. 152 § 2 k.k. jest zrealizowany poprzez podjęcie przez sprawcę czynności analogicznych do podżegania i pomocnictwa w rozumieniu części ogólnej ustawy karnej: „Czynność sprawcza określona w przepisie art. 152 § 2 k.k. odpowiada pomocnictwu i podżeganiu w rozumieniu art. 18 § 2 i 3 k.k. Odrębne uregulowanie tej formy popełnienia przestępstwa jest związane z tym, że kobieta ciężarna sama nie realizuje znamion czynu zabronionego. Dlatego też pomocnictwo i podżeganie do takiego czynu nie mogą być karane na zasadach ogólnych”⁵³. Przepis art. 152 § 3 k.k. nie zawiera odrębnego znamienia czynności sprawczej.

Przestępstwo z art. 152 § 1 k.k. ma charakter materialny – skutkiem czynu jest przerwanie funkcji życiowych dziecka poczętego⁵⁴. Przestępstwo określone w art. 152 § 2 k.k. jest natomiast przestępstwem formalnym i jest dokonane z chwilą udzielenia pomocy kobiecie ciężarnej do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy lub nakłaniania jej do tego, bez względu na to, czy do przerwania ciąży w istocie doszło⁵⁵. Przepis art. 152 § 3 k.k. odnosi się do przepisów art. 152 § 1 i 2 k.k. – przestępstwo z art. 152 § 3 w zw. z § 1 k.k. ma więc charakter skutkowy, a z art. 153 § 3 w zw. z § 2 k.k. – bezskutkowy⁵⁶.

Przepisy art. 152 § 1 i 2 k.k. zawierają znamie modalne w postaci „naruszenia przepisów ustawy”. Ustawodawca posługuje się więc dyspozycją blankietową, stanowiąc odesłanie do ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵⁷. Zgodnie z art. 4a ust. 1 przedmiotowej ustawy, przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (pkt 1) albo zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (pkt 3). W przypadku zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety aborcja jest dopuszczalna do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężar-

⁵¹ R. Kokot, op. cit., s. 934.

⁵² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 października 2008 r., sygn. akt II AKA 255/08, KZS 2009, Nr 1, poz. 88.

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 marca 2015 r., sygn. akt II AKA 33/15, OSA 2015, Nr 11, poz. 24–31.

⁵⁴ R. Kokot, op. cit., s. 934.

⁵⁵ A. Zoll, op. cit., art. 152.

⁵⁶ J. Giezek, op. cit., art. 152.

⁵⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r., Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

nej (art. 4a ust. 2), a przerwania ciąży dokonuje lekarz w szpitalu (art. 4a ust. 3). W sytuacji gdy ciąża jest wynikiem przestępstwa, jej przerwania można dokonać do 12 tygodnia ciąży (art. 4a ust. 2). Do przerwania ciąży wymagana jest pisemna zgoda kobiety. W przypadku małoletniej lub kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest pisemna zgoda jej przedstawiciela ustawowego. W przypadku małoletniej powyżej 13 roku życia wymagana jest również pisemna zgoda tej osoby. W przypadku małoletniej poniżej 13 roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii. W przypadku kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest także pisemna zgoda tej osoby, chyba że na wyrażenie zgody nie pozwala stan jej zdrowia psychicznego. W razie braku zgody przedstawiciela ustawowego do przerwania ciąży wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego (art. 4a ust. 4).

Znamię „wbrew przepisom ustawy” budzi kontrowersje oraz wątpliwości interpretacyjne, szczególnie w zakresie zjawiska tzw. turystyki aborcyjnej. Zauważalne są dwa kierunki wykładni – według pierwszego z nich sprawca ponosi odpowiedzialność niezależnie od miejsca, gdzie skutek czynu nastąpił, w związku z czym osoba pomagająca kobiecie dokonać aborcji wbrew polskiej ustawie, ale za granicą, podlega odpowiedzialności karnej z przepisu art. 152 § 2 k.k.⁵⁸ Według poglądu przeciwnego „desygnatem »przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy« z art. 152 § 2 k.k. może być tylko takie »przerwanie ciąży«, które podlega regulacjom prawa polskiego. Pojęcie to nie obejmuje zabiegów przerwania ciąży, które wykonywane są poza granicami Polski, bowiem polska ustawa nie reguluje zasad przerywania ciąży za granicą, nie można więc tam ustawy »naruszyć«. Stosuje się to także do pomocy oraz nakłaniania do przerwania ciąży dokonanych w Polsce, gdy sam zabieg jest lub ma być dokonany poza granicami Polski. niesprawiedliwe byłoby bowiem karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem”⁵⁹.

⁵⁸ J. Potulski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, Warszawa 2012, s. 194. Podobnie Sąd Apelacyjny w Warszawie: „Przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. ma charakter formalny, a zatem odpowiedzialność jego sprawcy jest niezależna od tego, czy do przerwania ciąży doszło, czy też nie, a jeśli doszło, to w jakim miejscu – w kraju, czy poza jego granicami. To powoduje, że sprawca występkę ujętego w art. 152 § 2 k.k. ponosi odpowiedzialność niezależnie od zaistnienia skutku, a zatem także miejsca, gdzie skutek ten miał nastąpić” – wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 grudnia 2015 r., sygn. akt II AKa 401/15, Lex nr 2004473. Szersze rozważania w tym zakresie: K. Kmań, *Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2, s. 72–78.

⁵⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22 kwietnia 2014 r., sygn. akt II AKa 37/14, Lex nr 1514941. Wyrok ten został następnie uchylony i przekazany do ponownego rozpoznania przez Sąd Najwyższy, który wskazał: „W świetle regulacji art. 6 § 2 k.k. miejscem popełnienia przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. jest miejsce działania sprawcy. W realiach niniejszej sprawy z niekwestionowanych ustaleń faktycznych wynika, że zachowania odpowiadającego wszystkim ustawowym znamionom przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. oskarżony dopuścił się na terenie Polski. W świetle tych uwarunkowań dla bytu sprawstwa przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. obojętne jest, iż aborcja

Zachowania penalizowane przez art. 152 § 1 i 2 k.k. są zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3. W przypadku przyjęcia typu kwalifikowanego z § 3 przepisu, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Przystępstwa te są więc występkami. Ściganie odbywa się z oskarżenia publicznego.

W 2020 r. wszczęto łącznie 103 postępowania karne o czyn z art. 152 § 1–3 k.k., przy czym stwierdzono 37 przestępstw⁶⁰.

Przestępne przerwanie ciąży bez zgody kobiety

Przepis art. 153 § 1 k.k. stanowi: „Kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Kto dopuszcza się czynu określonego w § 1, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (§ 2)”.

Analizowane przestępstwo należy do kategorii przestępstw powszechnych – jego podmiotem może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej⁶¹. Sprawca nie musi być lekarzem⁶². Podkreślenia wymaga, że nie popełnia tego przestępstwa kobieta, której ciąża ulega przerwaniu⁶³.

Od strony podmiotowej przestępstwo z art. 153 § 1 k.k. cechuje się umyślnością: „Przestępstwo stypizowane w art. 153 k.k. jest przestępstwem umyślnym, sprawca zatem musi mieć świadomość z jednej strony tego, że jego czynności zmierzają do przerwania ciąży, z drugiej strony, że dopuszcza się aborcji bez zgody kobiety ciężarnej, a co najmniej godzi się na to, że takiej zgody ciężarna nie wyraziła”⁶⁴. Postać zamiaru jest natomiast zależna od sposobu zachowania sprawcy. W przypadku podstępu sprawca musi działać *cum dolo directo*: „Działanie sprawcy polegające na »podstępnym« doprowadzeniu kobiety do przerwania ciąży zawiera charakteryzujące jego zamiar »znamiona intencjonalne«, wskazujące, że w tej formie czyn z art. 153 § 1 k.k. może być

miała być dokonana poza granicami Polski, gdzie zabieg ten uznawany jest za legalny” – postanowienie Sądu Najwyższego z 20 listopada 2014 r., sygn. akt IV KK 257/14, Lex nr 1941900.

⁶⁰ *Przerwanie ciąży za zgodą kobiety (art. 152 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno/63421,Przerwanie-ciazy-za-zgoda-kobiety-art-152.html> (data dostępu: 29.03.2022).

⁶¹ R. Kokot, op. cit., s. 938; A. Zoll, op. cit., art. 153.

⁶² J. Giezek, op. cit., art. 153.

⁶³ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 153.

⁶⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 9 grudnia 2010 r., sygn. akt II AKa 397/10, Lex nr 785456.

popęlniony jedynie w zamiarze bezpośrednim⁶⁵. W przypadku innych form zachowań dopuszczalny jest *dolus eventualis*.

Przedmiotem ochrony (zamachu) przepisu art. 153 § 1 k.k. jest życie dziecka poczętego (trwałość istnienia ciąży⁶⁶) oraz wolność kobiety do decydowania o swojej ciąży i prawo do macierzyństwa⁶⁷. Przepis art. 153 § 1 k.k. chroni więc więcej dóbr niż przepis art. 152 § 1 k.k., a to ze względu na okoliczność, że przerwanie ciąży następuje bez zgody kobiety ciężarnej⁶⁸.

Czynność sprawcą czynu z art. 153 § 1 k.k. stanowi przerwanie ciąży bez zgody kobiety ciężarnej poprzez zastosowanie przemocy lub w inny sposób albo doprowadzenie kobiety ciężarnej do przerwania ciąży poprzez przemoc, groźbę bezprawną bądź podstęp⁶⁹. Sprawca może więc sam przerwać ciążę albo doprowadzić ciężarną do jej przerwania – przez nią samą albo przez inną osobę (np. lekarza)⁷⁰. W pierwszym przypadku realizacja znamion następuje poprzez użycie przemocy albo innego sposobu oddziaływania na ciało kobiety ciężarnej⁷¹. Poprzez przemoc należy rozumieć „oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają opór kobiety ciężarnej, doprowadza do przerwania jej ciąży. Zachowanie sprawcy może polegać na obezwładnieniu kobiety i dokonaniu zabiegu przerwania ciąży lub na fizycznym oddziaływaniu na płód, np. przez uderzanie kobiety w brzuch w celu zabicia dziecka”⁷². Przemoc musi być skierowana bezpośrednio wobec kobiety ciężarnej, nie jest możliwe jej użycie wobec innej osoby albo rzeczy⁷³. Znamie „w inny sposób” dopuszcza natomiast „wszelkie przerwanie ciąży, byle następowało to bez zgody kobiety ciężarnej”⁷⁴.

Przemoc w znaczeniu art. 153 § 1 zd. 2 k.k. należy interpretować jako „oddziaływanie na kobietę siłą fizyczną, np. przez bicie kobiety, w celu złamania jej oporu i doprowadzenia do decyzji przerwania ciąży”⁷⁵. Groźba bezprawna została zdefiniowana w art. 115 § 12 k.k.⁷⁶ Natomiast podstęp to „działa-

⁶⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 7 września 2004 r., sygn. akt II AKa 207/04, OSAB 2005, Nr 1, poz. 49.

⁶⁶ M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 153 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex, art. 153.

⁶⁷ R. Kokot, op. cit., s. 938; J. Giezek, op. cit., art. 153; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 152–154...*, art. 153.

⁶⁸ R. Kokot, op. cit., s. 938.

⁶⁹ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 153.

⁷⁰ B. Michalski, op. cit., s. 192.

⁷¹ J. Giezek, op. cit., art. 153.

⁷² A. Zoll, op. cit., art. 153.

⁷³ R. Kokot, op. cit., s. 939.

⁷⁴ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 153.

⁷⁵ A. Zoll, op. cit., art. 153.

⁷⁶ Groźbą bezprawną jest zarówno groźba, o której mowa w art. 190, jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona administracyjna kara pieniężna, jak również rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej; nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona administracyjna kara pieniężna, jeżeli ma

nie mające na celu wprowadzenie w błąd, którym sprawca chce wywołać korzystne dla siebie zachowanie innej osoby, do którego by nie doszło, gdyby nie podstęp”⁷⁷.

Wymaga podkreślenia, że prawnie irrelevantne jest istnienie przesłanek do przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży – o bezprawności zachowania decyduje bowiem brak zgody kobiety na aborcję⁷⁸.

Przestępstwo z art. 153 § 1 k.k. ma charakter materialny – skutek czynu stanowi przerwanie ciąży⁷⁹, a więc śmierć dziecka poczętego⁸⁰.

W art. 153 § 2 k.k. ustawodawca przewidział surowszą odpowiedzialność karną w sytuacji, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki. Znamieniem kwalifikującym jest więc stopień dojrzałości osiągnięty przez płód⁸¹. Znamię to – jak już wcześniej wskazano – jest niedookreślone, niemniej jednak wydaje się, że za płód zdolny do życia poza organizmem matki należy uznać płód mający co najmniej 22 tygodnie lub ważący co najmniej 500 gramów.

Czyn z art. 153 § 1 k.k. jest zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, a czyn z art. 153 § 2 k.k. – karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Z racji wysokości ustawowego zagrożenia karą opisywane przestępstwa należą do kategorii występów. Ich ściganie następuje z urzędu.

W 2020 r. wszczęto łącznie 11 postępowań karnych o czyn z art. 153 § 1–2 k.k., przy czym nie stwierdzono ani jednego przestępstwa⁸².

Przestępne przerwanie ciąży ze skutkiem w postaci śmierci kobiety ciężarnej

Zawartość normatywna przepisu art. 154 § 1 i 2 k.k. jest następująca: „Jeżeli następstwem czynu określonego w art. 152 § 1 lub 2 jest śmierć kobiety ciężarnej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (§ 1). Jeżeli następstwem czynu określonego w art. 152 § 3 lub w art. 153 jest śmierć kobiety ciężarnej, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12 (§ 2)”.

ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem lub zachowaniem zagrożonym administracyjną karą pieniężną.

⁷⁷ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 153 k.k.

⁷⁸ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 153; R. Kokot, op. cit., s. 940.

⁷⁹ B. Michalski, op. cit., s. 187.

⁸⁰ J. Giezek, op. cit., art. 153.

⁸¹ L. Tyszkiewicz, op. cit., art. 153 k.k.

⁸² *Przerwanie ciąży bez zgody kobiety (art. 153 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63422,Przerwanie-ciazy-bez-zgody-kobiety-art-153.html> (data dostępu: 29.03.2022).

W przedmiotowym przepisie legislator wprowadza zbiorowy typ kwalifikowany do przestępstw z art. 152 § 1 lub 2 k.k. (w § 1) oraz do przestępstw z art. 152 § 3 lub art. 153 k.k. (§ 2). Znamię kwalifikujące w obu przypadkach stanowi śmierć kobiety ciężarnej⁸³.

Podmiotem przestępstwa z art. 154 § 1 i 2 k.k. może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej – jest to przestępstwo powszechne⁸⁴.

Stronę podmiotową analizowanego czynu określa art. 9 § 3 k.k. – jest to przestępstwo umyślno-nieumyślne⁸⁵. Sprawca umyślnie (w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym) realizuje znamiona jednego z typów określonych w art. 152 k.k. lub w art. 153 k.k., przy czym skutek w postaci śmierci nie jest objęty jego zamiarem⁸⁶. Kwalifikacja prawna z art. 154 k.k. jest możliwa tylko wtedy, gdy sprawca śmierci kobiety ciężarnej nie chciał i nie godził się na nią – jeżeli sprawca co najmniej godził się na możliwość śmierci ciężarnej, należałoby jego zachowanie zakwalifikować jako zabójstwo w zbiegu z przestępstwem z art. 152 bądź 153 k.k.⁸⁷ Granicę przypisywalności skutku wyznacza natomiast obiektywna możliwość przewidzenia następstwa w postaci śmierci kobiety⁸⁸.

Przedmiotem ochrony (zamachu) jest życie kobiety ciężarnej⁸⁹.

Przestępstwo z art. 154 § 1 i 2 k.k. ma charakter skutkowy – skutkiem czynu jest śmierć kobiety ciężarnej. Dla realizacji znamion przestępstwa irrelevantne jest, czy w chwili śmierci kobieta znajdowała się w ciąży, czy śmierć nastąpiła już po jej przerwaniu⁹⁰.

Czyn z art. 154 § 1 i 2 k.k. ma charakter publicznoskargowy.

Zagrożenie karą przewidywane przez przepis art. 154 § 1 i 2 k.k. jest zróżnicowane. Zgodnie z § 1 przepisu, łagodniejszą odpowiedzialność poniesie ten, kto spowodował śmierć kobiety ciężarnej przy przerwaniu jej ciąży za jej zgodą (art. 152 § 1 k.k.) albo udzielił jej w tym pomocy bądź nakłaniał ją do aborcji wbrew przepisom ustawy (art. 152 § 2 k.k.) – ustawowe zagrożenie karą w tym wypadku to kara pozbawienia wolności od 1 roku do 10 lat. W oparciu o § 2 przepisu, surowsza odpowiedzialność grozi w przypadku śmierci kobiety stanowiącej następstwo przerwania ciąży za zgodą kobiety, udzielenia jej w tym pomocy albo nakłaniania do tego, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (art. 152 § 3 k.k.) albo w każdym przypadku przerwania ciąży bez zgody kobiety (art. 153 k.k.) – sankcja karna to kara pozbawienia wolności od 2 do 12 lat.

⁸³ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 154.

⁸⁴ B. Michalski, op. cit., s. 186; V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 152–154...*, art. 154.

⁸⁵ M. Budyn-Kulik, op. cit., art. 154.

⁸⁶ J. Giezek, op. cit., art. 154.

⁸⁷ V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 152–154...*, art. 154 k.k.

⁸⁸ A. Zoll, op. cit., art. 154.

⁸⁹ R. Kokot, op. cit., s. 940.

⁹⁰ Ibidem.

W 2020 r. nie wszczęto ani jednego postępowania o czyn z art. 154 § 1 lub 2 k.k.⁹¹

Wnioski

Z przeprowadzonych w niniejszym artykule rozważań można wyciągnąć następujące wnioski.

Po pierwsze, ustawodawca w przepisach art. 152–154 k.k. posługuje się znamionami niedookreślonymi. Godzi to w fundamentalną dla prawa karnego zasadę *nullum crimen sine lege*. Wskazać w tym zakresie wypada, że o ile w przypadku niektórych wyrażen normatywnych brak dookreślenia znamion można – oczywiście do pewnego stopnia – wytłumaczyć wolą zwiększenia elastyczności przepisu (np. dziecko poczęte, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej), o tyle w wypadku innych znamion budzi to liczne wątpliwości w interpretacji i stosowaniu prawa. Przykładowo, obecnie istnieją dwa sprzeczne stanowiska, czy znamię „z naruszeniem przepisów ustawy” obejmuje również legalnie przeprowadzoną aborcję zagrażającą.

Po drugie, ciekawym zagadnieniem jest zakres penalizacji czynów związanych z aborcją. Jak wcześniej wskazano, kobieta ciężarna w żadnym wypadku nie może ponieść odpowiedzialności za przerwanie ciąży na sobie samej. Koniec tego okresu stanowi zaś początek procesu porodu. Oznacza to, że kobieta pozostaje bezkarna za wszystkie zachowania podjęte przeciwko dziecku poczętemu, nawet w bardzo zaawansowanej ciąży, aż do chwili rozpoczęcia porodu. Warto w tym kontekście wspomnieć również o przepisie art. 157a § 1 i 3 k.k., zgodnie z którym nie podlega karze matka dziecka poczętego, która powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu. Zaakcentowania wymaga również to, że w praktyce może zdarzyć się taka sytuacja, że kobieta, która sama nie może ponieść odpowiedzialności karnej za przestępstwa z art. 152–154 k.k., podlega lub pomaga innej osobie w przestępnym przerwaniu jej własnej ciąży. Przykładowo, dokonuje zapłaty za nielegalny zabieg przerwania ciąży. Tym samym nakłania ona do przestępstwa, którego sama nie może być podmiotem⁹².

Po trzecie, ustawodawca różnicuje odpowiedzialność karną od stopnia rozwoju płodu, a konkretnie od tego, czy płód osiągnął zdolność do samodziel-

⁹¹ Śmierć kobiety jako następstwo aborcji (art. 154), <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63423,Smierc-kobiety-jako-nastepstwo-aborcji-art-154.html> (data dostępu: 29.03.2022).

⁹² Możliwość pociągnięcia kobiety ciężarnej za podżeganie bądź pomocnictwo do przerwania ciąży na jej własnym organizmie stanowi zagadnienie wysoce dyskusyjne. Szersze rozważania w tym zakresie: J. Bojke, M. Wantoła, op. cit., s. 87–104.

nego życia poza organizmem kobiety – surowszą odpowiedzialność poniesie ten, kto przerywa ciążę, gdy płód może samodzielnie egzystować. Implikuje to jednocześnie wniosek, że w przypadku takich wad płodu, które całkowicie uniemożliwiają życie dziecku poza ustrojem matki, odpowiedzialność karna osoby innej niż matka za przerwanie ciąży, będzie łagodniejsza przez cały okres jej trwania.

Po czwarte, polska regulacja nie jest pozbawiona luk prawnych. W tym zakresie należy wskazać, że ustawa karna chroni jedynie dziecko rozwijające się w organizmie matki. Poza kodeksem pozostaje natomiast zachowanie godzące w życie ludzkie rozwijające się *ex utero*.

Po piąte, analiza danych statystycznych dowodzi, że zdecydowana większość czynów godzących w życie człowieka w fazie prenatalnej została popełniona za zgodą kobiety ciężarnej. Przypadki, gdy ciąża została przerwana wbrew jej woli, zdarzają się bardzo rzadko.

Po szóste, należy zauważyć, że przepisy art. 152–154 penalizują jedynie działania umyślne. Wobec okoliczności, że zachowania stypizowane w tych przepisach pozostają występkami, nie jest możliwe wyczerpanie ich znamion poprzez nieumyślnie (art. 8 k.k.). Wynika z tego, że nawet skrajne przypadki rażącego naruszenia reguł ostrożności – dopóki nie przybiorą formy umyślności w postaci co najmniej zamiaru ewentualnego – nie dają podstaw do prawnokarnej reakcji.

Mając na uwadze powyższe wnioski, sformułowaną we wstępie rozważań hipotezę badawczą – zawartość normatywna i zakres kryminalizacji przepisów polskiej ustawy karnej penalizujących przestępstwa związane z aborcją pozostają zagadnieniem kontrowersyjnym a wykładnia norm prawnych z nich wynikających rodzi problemy w praktyce prawniczej – należy zweryfikować w sposób pozytywny.

Wykaz literatury

- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex.
- Bojke J., Wantoła M., *Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 5.
- Borkowska K.K., *Przestępstwo dzieciobójstwa w ujęciu komparatystycznym*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Budyn-Kulik M., *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2022, Lex.
- Chazan B., Simon W. (red.), *Aborcja. Przyczyny, następstwa, terapia*, Wektery, Wrocław 2009.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Frątczak E., Ptak-Chmielewska A., *Demograficzny wymiar aborcji*, [w:] B. Chazan, W. Simon (red.), *Aborcja. Przyczyny, następstwa, terapia*, Wektery, Wrocław 2009.

- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Giezek, *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Główny Urząd Statystyczny, *Pojęcia stosowane w statystyce publicznej*, https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/3943_pojecie.html?pdf=1.
- Górnicki B., Dębiec B., Baszczyński J. (red.), *Pediatrica*, t. 1, PZWL, Warszawa 1997.
- Gruszecka D., Lipiński K., Łabuda G., Muszyńska A., Razowski T., Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Grześkowiak A. (red.), *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Kania A.M., *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. 27.
- Kmąk K., *Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2.
- Kokot R., Jasińska J., *Kilka uwag o ochronie życia poczętego w kontekście projektowanych zmian kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. 31.
- Kokot R., *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego 2009–2013, *Projekt z 5 listopada 2013 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/>.
- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 149 k.k.*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Konarska-Wrzosek V., *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, TNOiK, Toruń 1999.
- Lach A., Lachowski J., Oczkowski T., Zgoliński I., Ziółkowska A., Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2020.
- Michalski B., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, seria: Nowa Kodyfikacja Karno. Krótkie Komentarze, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2000.
- Mishell D.R., Brenner P.F. (red.), *Położnictwo i ginekologia*, t. 1, a-Medica Press, Białsko-Biała 1995.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2022, Lex.
- Ostrowski K., *Embriologia człowieka*, PZWL, Warszawa 1985.
- Potulski J., *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Wyd. UG, Gdańsk 2007.
- Potulski J., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Przerwanie ciąży bez zgody kobiety (art. 153 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63422,Przerwanie-ciazy-bez-zgody-kobiety-art-153.html>.
- Przerwanie ciąży za zgodą kobiety (art. 152 k.k.)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63421,Przerwanie-ciazy-za-zgoda-kobiety-art-152.html>.
- Różański M., *Prawo do życia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2015, nr 6.

- Stefaniuk M., *Etyczne dylematy prawa (kara śmierci, aborcja i eutanazja) w świetle badań polskiej opinii publicznej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 19.
- Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Szczepaniec M., *Etyczne i prawne aspekty dopuszczalności aborcji ze względów eugenicznych*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13.
- Szelewa D., *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce: zakaz, kompromis, czy wybór?*, „Warszawskie Debaty o Polityce Społecznej” 2017.
- Szwarczyk M., *Komentarz do art. 153 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2016, Lex.
- Śmierć kobiety jako następstwo aborcji (art. 154)*, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko/63423,Smierc-kobiety-jako-nastepstwo-aborcji-art-154.html>.
- Tyszkiewicz L., *Komentarz do art. 152–153 k.k.*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Warylewski J. (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Wiak K., *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Wyd. KUL, Lublin 2001.
- Woźniak K., *Problemy opiniodawcze związane z nowymi regulacjami kodeksu karnego w związku z wprowadzeniem ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1993, nr 3.
- Wróbel W. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. I: *Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Zielińska E., *Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 2.
- Zoll A., *Komentarz do art. 152–154 k.k.*, [w:] W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. I: *Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Żelichowski M., *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-płodowego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, nr 1.

Summary

Penalisation of termination of pregnancy in Polish criminal law

Keywords: criminal law, abortion, termination of pregnancy, abortion-related crime, reproductive rights.

There is no doubt that abortion is a controversial subject – both in the case of determining the conditions for its legal performance and in the case of making criminal law regulations that penalize crimes related to the termination of pregnancy. The legislator faces the challenge of ensuring protection for two legal goods – the right to live in the prenatal stage of development and the right to self-determination of a pregnant woman. The scope of criminal law penalisation may be narrower or wider and depends on, inter alia, the crimi-

nal and social policy of the state. The subject of this paper is provisions penalizing the termination of pregnancy in Polish criminal law. This study aims to describe the field of criminalization of abortion-related crime. The research includes an analysis of the statutory features of crimes related to the termination of pregnancy in Polish legal provisions with particular reference to the subject, subjective side of an offence, and object and objective side of an offence. Reference is also made to the criminal sanctions and the statistical data. The main conclusion of this paper is that the normative content and the scope of criminalization of the provisions of the Polish criminal law penalizing crimes related to abortion is a controversial issue and that the interpretation of the legal norms causes problems in legal practice. The analysis is based on views of doctrine and jurisprudence.

Sebastian Czechowicz

Uniwersytet Łódzki

ORCID: 0000-0002-1770-1941

sebastianczechowicz.official@gmail.com

Realizacja konstytucyjnego obowiązku ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych w polskim prawie karnym

Wprowadzenie

Choroby zakaźne dotyczą ludzkość od wieków. Wysoka zapadalność na określone choroby zakaźne powodowała także znaczny odsetek śmiertelności. Spowodowane było to słabym rozwojem medycyny, złymi warunkami higienicznymi i brakiem odporności na określone patogeny¹. Obecnie, w dobie powszechnej globalizacji, przenoszenie i zawlekanie biologicznych czynników chorobotwórczych jest nieuchronne. Rozwój nauk medycznych pozwala co prawda na wypracowanie skutecznych metod prewencyjnych w postaci szczepień ochronnych, jednak należy mieć na względzie, że biologiczne czynniki chorobotwórcze wywołujące choroby zakaźne ciągle mutują, co stanowi dodatkowe wyzwanie dla ochrony zdrowia ludzkiego nie tylko z perspektywy nauk medycznych, ale także dla władz państwowych stanowiących prawo krajowe.

Przeciwdziałanie szerzeniu się chorób zakaźnych implikuje konieczność podejmowania kroków legislacyjnych systemowo i *a priori*. Zdaje się, że ochrona życia i zdrowia społeczeństwa przed rozprzestrzenianiem się chorób zakaźnych powinna być immanentnym elementem polityki zdrowotnej państw, ale także wspólnoty europejskiej. Nie tylko w czasach światowej pandemii COVID-19 podejmowana jest walka z ograniczeniem szerzenia się biologicznych czynników chorobotwórczych wywołujących choroby zakaźne. Przede wszystkim widocz-

¹ J. Wojnowski (red.), *Wielka encyklopedia PWN*, t. 30, Warszawa 2005, s. 512; K.M. Weiss, *Genetic variation and human disease. Principles and evolutionary approaches*, Cambridge 1993, s. 253 i nast.

ne jest to w szeregu regulacji normatywnych kształtujących prawo do zdrowia od kilkudziesięciu lat².

Należy zwrócić uwagę, że zagrożenia związane z szerzeniem się chorób zakaźnych są ciągle aktualne, bez względu na postęp nauk medycznych. Mowa tu o chorobach już znanych, jak i nieznanym medycynie. Nie można uzasadniać braku zagrożenia określoną chorobą przy użyciu argumentu, że istnieje przeciwko niej skuteczne szczepienie ochronne. Dla zobrazowania problemu powołać trzeba przykłady takich zjawisk. Przede wszystkim niezwykle aktualnym zagrożeniem dla Polski jest powracająca odra. W latach 60. XX w. notowano ponad 100 000 przypadków zachorowań rocznie, w tym kilkaset śmiertelnych. Dla porównania, już w 2006 r. zapadalność na odrę wyniosła 0,31 na 100 000 osób, a w 2007 r. 0,10 na 100 000 osób³. W 2015 r. odnotowano 48 przypadków tej choroby. Dla porównania, w 2016 r. liczba przypadków odrzy wyniosła 133, a w 2017 r. – 63 przypadki⁴. W roku 2018 odnotowano 339 przypadków odrzy, w 2019 r. – 1503 przypadki, a w 2020 r. – 30 przypadków⁵.

Realnym problemem dla zdrowia publicznego jest także gruźlica. Stanowiła ona poważny problem w czasach powojennych w połowie XX w. Obecnie odnotowuje się dość sporą zapadalność na tę chorobę w Polsce. Jednakże trzeba zaznaczyć, że w perspektywie długoterminowej (lata 1996–2005) odsetek zapadalności na gruźlicę zmalał o 39%⁶. W 2016 r. w Polsce zarejestrowano 6410 zachorowań na gruźlicę⁷. W kolejnym roku odnotowano spadek zachorowań (5499 przypadków⁸). W 2019 r. liczba odnotowanych zachorowań wynosiła 5321 przypadków, a w 2020 r. – 3375⁹. Mimo to należy wspomnieć, że gruźlica dalej stanowi realne zagrożenie, lecz o ogólnej tendencji spadkowej.

Trudna do oszacowania jest sytuacja związana z wirusem HIV, gdyż wiele osób nie wie, że jest zakażonych. Historycznie epidemia HIV rozpoczęła się

² W analizowanym ujęciu prawa do zdrowia przywołać można art. 12 Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169), w którym ustalono, że państwa-strony powinny podjąć dla osiągnięcia pełnego wykonania prawa do zdrowia środki konieczne m.in. do zapobiegania chorobom epidemicznym, endemicznym, zawodowym i innym oraz ich leczenia i zwalczania. Warto także wspomnieć o art. 11 cz. II Europejskiej karty społecznej (Dz.U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67), który stanowi o zobowiązaniu państw-stron do podjęcia stosownych środków zmierzających m.in. do wyeliminowania, tak dalece jak to możliwe, przyczyn chorób, a także zapobiegania, tak dalece, jak to możliwe, chorobom epidemicznym, endemicznym i innym.

³ A. Zieliński, *Epidemiologia chorób zakaźnych w Polsce i na świecie*, [w:] Z. Dziubek (red.), *Choroby zakaźne i pasożytnicze*, Warszawa 2012 s. 13.

⁴ Raport Głównego Inspektora Sanitarnego, *Stan sanitarny kraju w roku 2017*, s. 34.

⁵ Raport Głównego Inspektora Sanitarnego, *Stan sanitarny kraju w roku 2020*, s. 64.

⁶ J. Bzdęga, *Epidemiologia wybranych chorób zakaźnych*, [w:] J. Bzdęga, A. Gębska-Kuczerowska (red.), *Epidemiologia w zdrowiu publicznym*, Warszawa 2010, s. 373.

⁷ Raport Głównego Inspektora Sanitarnego, *Stan sanitarny kraju w roku 2016*, s. 31.

⁸ Raport Głównego Inspektora Sanitarnego, *Stan sanitarny kraju w roku 2017*, s. 36.

⁹ Raport Głównego Inspektora Sanitarnego, *Stan sanitarny kraju w roku 2020*, s. 76.

w Polsce w latach 80. ubiegłego stulecia¹⁰. Od tego czasu rejestrowano po kilkaset nowych przypadków zakażeń. Według informacji Państwowego Zakładu Higieny na dzień 31 października 2018 r. w samym miesiącu październiku zarejestrowano w Polsce blisko 200 przypadków zakażenia wirusem HIV. Zgodnie z informacją podaną za rok 2019, liczba zakażeń HIV w Polsce wyniosła 1615¹¹. W 2020 r. zaś wyniosła 840 przypadków¹². Dobitnie świadczy to o aktualności zagrożenia, które utrzymuje się w związku z wirusem HIV przez ostatnie lata.

Podane przykłady świadczą o obecnym problemie, który stanowi wyzwanie także dla polskiego prawodawcy. Stworzenie systemu regulacji przeciwepidemicznych stanowią przede wszystkim regulacje prawa administracyjnego, lecz także w prawie karnym dostrzec można ochronę zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych¹³. Szczególnie w ostatnim czasie widoczne jest większe zainteresowanie stworzeniem bardziej kompleksowych regulacji karnoprawnych w tym zakresie. Jest to oczywiście spowodowane trwającą pandemią COVID-19, lecz przepisy te odnoszą się do wszystkich zachowań narażających zdrowie ludzkie na zakażenie chorobami zakaźnymi. Zasadne jest poddanie ich analizie w kontekście realizacji konstytucyjnego obowiązku ochrony zdrowia społeczeństwa przed wspomnianymi zagrożeniami.

Konstytucyjne uwarunkowania ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹⁴ normuje prawo do zdrowia. W art. 68 ust. 1 Konstytucji RP ustanowiono, że każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Przyznano zatem prawu do zdrowia cechę powszechności, co oznacza, że prawo to przysługuje każdemu człowiekowi z racji tego, że jest człowiekiem i posiada przyrodzoną godność osoby ludzkiej¹⁵. Konstrukcja przepisu art. 68

¹⁰ A. Zieliński, op. cit., s. 9.

¹¹ Informacja roczna Państwowego Zakładu Higieny, *Zakażenia HIV i zachorowania na AIDS w Polsce w 2019 roku*, http://www.wold.pzh.gov.pl/oldpage/epimeld/hiv_aids/2019.htm (data dostępu: 10.12.2021).

¹² Informacja roczna Państwowego Zakładu Higieny, *Zakażenia HIV i zachorowania na AIDS w Polsce w 2020 roku*, http://www.wold.pzh.gov.pl/oldpage/epimeld/hiv_aids/index.htm (data dostępu: 10.12.2021).

¹³ Można tak sformułować całokształt karnoprawnej ochrony w tym zakresie. Wydaje się, że zdrowie publiczne pozostaje wartością cenioną i pożądaną społecznie, przez co spełnia kryteria ogólnego dobra prawnego w prawie karnym. Niestety, nie zostało wprowadzone do ustawy karnej wprost ani w intytucji którejkolwiek z rozdziałów Kodeksu karnego, ani jako znamię typu czynu zabronionego.

¹⁴ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, dalej jako Konstytucja RP.

¹⁵ J. Bucińska, *Spoleczne prawa człowieka w Konstytucji RP na tle standardów międzynarodowych*, Siedlce 2008, s. 20–21.

Konstytucji RP następuje jednak trudności w jednoznacznej interpretacji tego prawa. Artykuł składa się z 5 ustępów, które doprecyzowują zakres prawa określonego w art. 68 ust. 1. W piśmiennictwie wskazuje się, że należy odczytywać go łącznie za względu na specyficzne uregulowanie tego prawa¹⁶. Takie rozumowanie jest uzasadnione systemową i logiczną wykładnią tego przepisu, bowiem ogólne stwierdzenie, że każdy ma prawo do ochrony zdrowia, nie zostało w żaden sposób uszczegółowione, przez co odrębne odczytywanie art. 68 ust. 1 Konstytucji RP mogłoby doprowadzić do nadinterpretacji tego prawa.

Konstrukcja przepisu art. 68 Konstytucji RP prowadzi do uzasadnionej dychotomii interpretacyjnej, którą można zaobserwować w piśmiennictwie. Prawo do zdrowia rozumiane jest jako prawo osobiste, materializujące się w roszczeniu uprawnionych podmiotów m.in. do eliminowania zagrożeń dla zdrowia, a także stworzenia gwarancji na wypadek naruszenia lub zagrożenia zdrowia¹⁷. Takie stanowisko jest zbieżne z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, w którym wskazuje się, że prawo do ochrony zdrowia stanowi podstawę do roszczeń skierowanych do władz publicznych¹⁸. Konstrukcja art. 68 Konstytucji RP skłania innych autorów do przyjęcia, że jest to – oprócz prawa określonego w ust. 1 – norma programowa, nakładająca na ograny państwa swoje obowiązki w zakresie ochrony zdrowia¹⁹. Trybunał Konstytucyjny akcentuje obie wskazane interpretacje. Po pierwsze, art. 68 ust. 1 Konstytucji RP kształtuje prawo do ochrony zdrowia w formie normy programowej. Po drugie, regulacja ta uzasadnia rozumienie prawa do ochrony zdrowia, jako prawa socjalnego²⁰. Można natrafić także na poglądy formułowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, wskazujące zarówno na podmiotowe prawo człowieka do zdrowia i jego ochrony, jak i programowy charakter ustępów 2–4 omawianego przepisu²¹.

Z perspektywy podjętego tematu istotne uszczegółowienie zostało zawarte w art. 68 ust. 4 Konstytucji RP, w którym wprowadzono obowiązek władz publicznych do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska. Przepis ten normuje konieczność przedsięwzięcia stosowanych kroków legislacyjnych, których celem będzie stworzenie podstaw prawnych do skutecznego zapobiegania i zwalczania za-

¹⁶ Zob. J. Trzcíński, M. Wiącek, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2016, s. 727.

¹⁷ A. Surówka, [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 394–395; W. Brzozowski, *Aspekty konstytucyjne prawa medycznego. Konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia*, [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, seria: System Prawa Medycznego, t. 1, Warszawa 2018, s. 123.

¹⁸ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2004 r., sygn. akt K 54/02, Lex nr 83984.

¹⁹ J. Trzcíński, M. Wiącek, op. cit., s. 729.

²⁰ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2004 r., sygn. akt K 54/02, Lex nr 83984.

²¹ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 marca 1999 r., sygn. akt K 2/98, Lex nr 36396.

każeń i chorób zakaźnych. Przepis ten odnosi się do konieczności ochrony całego społeczeństwa przed wspomnianymi zagrożeniami, stąd należy przyjąć, że konstytuuje on obowiązek władz publicznych do ochrony zdrowia publicznego²² (zdrowia całego społeczeństwa) przed szerzeniem się chorób zakaźnych.

Jak wskazano, o realizacji obowiązku określonego w art. 68 ust. 4 Konstytucji RP stanowi podjęcie określonych działań legislacyjnych kreujących przepisy powszechnie obowiązujące w przedmiotowym zakresie. W materii przeciwdziałania szerzeniu się chorób zakaźnych znamienne znaczenie ma ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Określono w niej m.in. zasady i tryb zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym zasady i tryb rozpoznawania i monitorowania sytuacji epidemiologicznej oraz podejmowania działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia, przecięcia dróg szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz uodpornienia osób podatnych na zakażenie, a także zadania organów administracji publicznej w zakresie zapobiegania oraz zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

Ochrona zdrowia przed szerzeniem się chorób zakaźnych widoczna jest wyraźnie także w regulacjach prawa karnego. W literaturze podkreśla się, że konstytucyjny nakaz ochrony zdrowia stanowi podstawę do karnoprawnej ochrony zdrowia, a co za tym idzie, ustanowienia zdrowia w rozdziale XIX Kodeksu karnego jako rodzajowego przedmiotu ochrony²³. Bezspornie koreluje to z funkcją ochronną prawa karnego, która wyraża konieczność ochrony cennych społecznie dóbr prawnych przed ich bezprawnym narażeniem lub naruszeniem²⁴. Na gruncie prawa karnego zdrowie ludzkie, w ujęciu prawa każdego człowieka do karnoprawnej ochrony jego zdrowia, rozumieć trzeba jako wartość wywodzącą się z godności człowieka jako istoty ludzkiej²⁵. Tym

²² Zgodnie z art. 2 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2069 ze zm.), zdrowiem publicznym jest stan zdrowotny całego społeczeństwa lub jego części, określane na podstawie wskaźników epidemiologicznych i demograficznych. Definicję legalną uszczegóławia art. 2 ustawy o zdrowiu publicznym (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1956 ze zm.), w którym wśród zadań z zakresu zdrowia publicznego wskazano monitorowanie i ocenę stanu zdrowia społeczeństwa, zagrożeń zdrowia, a także profilaktykę chorób.

²³ Zob. K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. szóste, Warszawa 2019, s. 879–880; A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–211a*, wyd. piąte, Warszawa 2017, s. 255.

²⁴ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. ósme, Warszawa 2020, s. 81.

²⁵ Karnoprawną ochronę zdrowia ludzkiego dostrzec można podczas analizy przepisów rozdziału XIX i XX Kodeksu karnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345, ze zm.). Przykładowo, wskazać można na typ czynu zabronionego, polegający na spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156). Zastosowane sformułowania „uszczerbek na zdrowiu”, w odniesieniu do omawianego dobra prawnego, ma na celu wskazanie na bliżej nieokreślone skutki dla karnoprawnie chronionego zdrowia człowieka. Jednocześnie jest także terminem podlegającym wartościowaniu pod kątem medycznym w procesie opiniowania sędowo-lekarskiego. Szerzej: T. Jurek, *Opiniowanie sędowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Warszawa 2010, s. 22 i nast.

samym zdrowie i prawo do karnoprawnej ochrony tego dobra prawnego jest traktowane jako prawo osobiste człowieka. Mimo faktu, że zdrowie publiczne nie jest wskazane w przepisach Kodeksu karnego ani Kodeksu wykroczeń jako dobro prawne, to w literaturze słusznie dostrzega się aspekty ochrony zdrowia publicznego, czyli zdrowia w ujęciu szerszej zbiorowości²⁶.

Prawne gwarancje ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych

Polski ustawodawca na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat kreował różne karnoprawne przepisy przeciwepidemiczne. Wiele z nich obowiązuje współcześnie. Jednak ze względu na ciągle zmieniające się wyzwania związane z przeciwdziałaniem chorobom zakaźnym należy poddać je analizie pod kątem funkcjonalności modelu prawnego, który tworzą. Problemów nastrocza fakt rozbicia tych regulacji na wiele ustaw. Problematyka ochrony zdrowia publicznego jest bardzo rozległa, dlatego akcent zostanie położony na aspekt karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych.

Wśród przepisów roztaczających karnoprawną ochronę życia i zdrowia ludzkiego, ale także bezpieczeństwa powszechnego, należy wyodrębnić te, które wprost odnoszą się do wspomnianego art. 68 ust. 4 Konstytucji RP. Polski ustawodawca wprowadził do krajowego porządku prawnego przepisy penaliżujące zachowania narażające albo naruszające zdrowie ludzkie „przy użyciu” biologicznych czynników chorobotwórczych wywołujących określone choroby zakaźne. Przepisy odnoszące się do tytułowego problemu zawarte są w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny²⁷. Stosowne regulacje odnaleźć można również w Kodeksie wykroczeń²⁸. Nie należy pomijać także przepisu art. 49 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Regulacje te stanowić powinny swoistą całość, uzupełniać się i tworzyć razem jasny model karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych.

Wskazane na wstępie wybrane choroby zakaźne i w konsekwencji wciąż aktualne zagrożenia dla zdrowia publicznego uzasadniają wzięcie pod uwagę regulacji karnoprawnych kształtujących ponoszenie odpowiedzialności karnej za narażenie lub naruszenie dobra prawnego jednostkowego, jak i zbiorowego. Choroby zakaźne rozprzestrzeniają się bowiem w sposób niekontrolowany, przez

²⁶ Zob. np. D. Egierska, [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 1980, s. 262; M. Iwański, [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. drugie, Warszawa 2019, s. 774; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 416.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345, ze zm., dalej jako k.k.

²⁸ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2008 ze zm.), dalej jako k.w.

co jednostkowe zakażenie określonym biologicznym czynnikiem chorobotwórczym może doprowadzić w efekcie do wystąpienia co najmniej lokalnych ognisk epidemicznych. Ponadto taką tezę uzasadnia art. 68 ust. 4 Konstytucji, zgodnie z którym na władzę państwowe nałożono obowiązek ciągłego zapobiegania szerzeniu się chorób zakaźnych. Należy więc odczytywać ten obowiązek w kontekście ochrony jednostki i całego społeczeństwa.

Analiza przepisów polskiej ustawy karnej pod kątem odnalezienia przepisów części szczególnej Kodeksu karnego, chroniących szeroko rozumiane zdrowie publiczne przed szerzeniem się chorób zakaźnych, prowadzi do wniosku, że w tym akcie prawnym istnieją trzy przepisy penalizujące takie zachowania. Pierwszym z nich jest art. 161 k.k. Zawiera on znamiona warunkujące odpowiedzialność karną sprawcy za narażenie na zarażenie innej osoby, gdy wiedząc, że jest zarażony wirusem HIV, naraża bezpośrednio tę osobę na takie zarażenie (§ 1)²⁹. Analizowany przepis penalizuje także zachowania polegające na bezpośrednim narażeniu na zarażenie chorobą weneryczną lub zakaźną, ciężką chorobą nieuleczalną lub realnie zagrażającą życiu, naraża bezpośrednio inną osobę na zarażenie taką chorobą przez sprawcę, który posiada wiedzę, że jest zakażony tą chorobą (§ 2). Istotne rozróżnienie narażenie na zarażenie wirusem HIV (§ 1) od narażenia na zarażenie pozostałymi chorobami zakaźnymi (§ 2) ma doniosłe znaczenie po wprowadzeniu nowego typu zmodyfikowanego (art. 161 § 3 k.k.)³⁰.

W 2020 r., podczas pandemii COVID-19, decyzją polskiego ustawodawcy wprowadzono typ zmodyfikowany (kwalifikowany) art. 161 § 2 k.k., który penalizuje narażenie na zarażenie wielu osób. Ten typ kwalifikowany interpretować należy jako chęć ochrony zdrowia publicznego, przede wszystkim w świetle wyzwań związanych z pandemią SARS-CoV-2. Co istotne, przepis ten stanowi zmodyfikowany typ występku stypizowanego w art. 161 § 2 k.k., zatem nie będzie penalizowane narażenie na zarażenie wirusem HIV wielu

²⁹ Na marginesie wspomnieć trzeba o niepoprawności terminologicznej zastosowanej przez polskiego ustawodawcę. Często używane zamiennie w języku potocznym „zakażenie” i „zarażenie” mają jednak różne znaczenia. Zakażenie to wnikięcie i rozwój czynnika chorobotwórczego w organizmie człowieka lub zwierzęcia. Zarażenie zaś to zakażenie pasożytami, powstałe poprzez wnikięcie do organizmu gospodarza pasożytów (np. pierwotniaków czy tasiemców). W stosunku do choroby zakaźnej mówimy o zakażeniu biologicznym czynnikiem chorobotwórczym wywołującym określoną chorobę zakaźną. Zakażenia tego rodzaju mają podłoże egzogenne, co oznacza, że do zakażenia organizmu doprowadzają drobnoustroje pochodzące ze środowiska zewnętrznego (np. od chorego człowieka). Zob. M. Bała, *Podstawowe pojęcia z epidemiologii zakażeń*, [w:] M. Bulanda, S. Szostek (red.), *Podstawy mikrobiologii i epidemiologii szpitalnej*, Warszawa 2020, s. 56; D. Naruszewicz-Lesiuk, [w:] J. Bzdega, W. Magdzik, D. Naruszewicz-Lesiuk, A. Zieliński (red.), *Leksykon epidemiologiczny*, Warszawa 2008, s. 58–59.

³⁰ Niezrozumiałe pozostają także sformułowania odnoszące się do „posiadania choroby zakaźnej” przez sprawcę. W § 1 ustawodawca wprowadził znamię „kto, wiedząc, że jest zarażony”, natomiast w § 2 „kto, wiedząc, że jest dotknięty”. Wszystkimi chorobami zakaźnymi można się zakazić (błędnie: zarazić). Określenie „być dotknięty chorobą zakaźną” nie wydaje się być najwłaściwszym sformułowaniem.

osób, gdyż nie zawiera się to w treści art. 161 § 2 k.k. Jednocześnie odpowiedzialność karna aktualizuje się w momencie bezpośredniego narażenia na zarażenie wirusem HIV jednej osoby i tylko na jej wniosek (art. 161 § 4 k.k.). Natomiast odpowiedzialność karna za bezpośrednie narażenie na zarażenie jakąkolwiek inną chorobą zakaźną występuje zarówno w przypadku jednostkowego narażenia na zarażenie (§ 2), jak i narażeniu na zarażenie wielu osób (§ 3)³¹.

Przepis art. 161 k.k. w obecnym kształcie pozostawia wiele do życzenia. Jest on niezwykle kazuistyczny, przy tym mało praktyczny. Ciężko bowiem jednoznacznie wskazać „bezpośredni” moment „narażenia na zarażenie chorobą zakaźną”. Wprowadzenie określenia „bezpośrednie narażenie” znacznie ogranicza zakres kryminalizacji zachowań sprawczych, polegających na zmierzaniu do zakażenia innej osoby (§ 1–2) lub wielu osób (§ 3) określoną chorobą zakaźną³². Jeszcze bardziej zawęża zakres penalizacji znamię warunkujące poniesienie odpowiedzialności karnej za bezpośrednie narażenie na zarażenie tylko wówczas, gdy sprawca ma wiedzę o tym, że jest zakażony tą chorobą³³.

Penalizacja zachowań polegających na bezpośrednim narażeniu na zarażenie wirusem HIV lub inną, wymienioną w art. 161 § 2 k.k., chorobą nie wyczerpuje wszystkich zachowań, które mogą godzić w zdrowie publiczne. Prócz wspomnianego „narażenia na zarażenie”, polski ustawodawca penalizuje także skutek w postaci spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu (art. 156 § 1 pkt 2 k.k.). Przepis ten stypizuje zbrodnię o skutkowym charakterze wyczerpującym się w wystąpieniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, a zatem nieprawidłowego (patologicznego) stanu organizmu człowieka, spowodowanego działaniem biologicznego czynnika chorobotwórczego wywołującego określoną chorobę zakaźną³⁴. Doprowadzenie do zakażenia jakąkolwiek chorobą zakaźną chociażby jednej osoby aktualizuje odpowie-

³¹ Znamię „wiele osób” zostało dookreślone w orzecznictwie sądowym. Wskazuje się, że „wiele osób” to „co najmniej 6 osób” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18 marca 2008 r., sygn. akt II AKA 56/08, Lex nr 399937). Judykatura zdaje się jednak skłaniać ku wartości „nie mniej niż 10 osób” (zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 16 października 2013 r., sygn. akt II AKA 305/13, Lex nr 1392144; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 5 lipca 2018 r., sygn. akt II AKA 104/18, Lex nr 2547712). W doktrynie wskazuje się na liczbę „co najmniej 10 osób” (zob. np. R. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2*, „Palestra” 2020, nr 6, s. 127; R.A. Stefański, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 1113–1114).

³² Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 399.

³³ To znamię przestępstwa wskazuje na stan wiedzy posiadanej przez sprawcę przestępstwa o swoim stanie zdrowia. Konieczne będzie zatem ustalenie, czy sprawca miał świadomość, że jest zarażony określoną chorobą zakaźną lub wirusem HIV (zob. szerzej: R. Kubiak, M. Serwach, G. Wrona, *COVID-19 – wybrane aspekty prawne. Cz. 1. Odpowiedzialność za zakażenie SARS-CoV-2*, „Medycyna Praktyczna” 2020, nr 5, s. 153–162).

³⁴ Por. T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1975, s. 59.

działność karną z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. Jeśli zaś następstwem takiego zakażenia i spowodowania tym samym określonych patologicznych zmian w organizmie człowieka będzie jego śmierć, wówczas sprawca będzie odpowiadał na mocy art. 156 § 3 k.k. Polski ustawodawca w analizowanym przepisie nie wskazuje na znamię „wielu osób”.

Interesującym przepisem jest art. 165 § 1 pkt 1 k.k. wprowadzający karalność zachowań polegających na sprowadzeniu niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach, powodując zagrożenie epidemiologiczne lub szerzenie się choroby zakaźnej albo zarazy zwierzęcej lub roślinnej. Przepis ten znajduje się w rozdziale XX Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”, co jest zrozumiałe z perspektywy wspomnianej nieprzewidywalności szerzenia się chorób zakaźnych³⁵. Ustawodawca daje temu także wyraz w kilkukrotnym wskazaniu na znamię „wielu osób”. Kryminalizacji poddano także skutek w postaci śmierci człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób, co stanowi zmodyfikowany typ tego występkę.

Polski ustawodawca ustanowił także wykroczenia związane z szerzeniem się chorób zakaźnych w Kodeksie wykroczeń. Jak trafnie wskazuje się w literaturze, indywidualnym przedmiotem ochrony jest sprawne zapobieganie i zwalczanie zagrożenia epidemiologicznego³⁶. Wykroczenia odnoszące się do prezentowanego tematu zawierają się w art. 114–117 k.w. oraz – zgodnie z intytulacją rozdziału XIII – dotyczą wykroczeń przeciwko zdrowiu. W art. 114 k.w. penalizuje się wykroczenie polegające na odmowie udzielenia organowi służby zdrowia wyjaśnień mogących mieć znaczenie dla wykrycia gruźlicy, choroby wenerycznej lub innej choroby zakaźnej lub źródła zakażenia albo dla zapobiegania szerzeniu się takich chorób.

Natomiast art. 115 k.w. wprowadza karalność wykroczenia polegającego na niepoddaniu się (lub małoletniego) obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu przeciwko gruźlicy lub innej chorobie zakaźnej albo obowiązkowemu badaniu stanu zdrowia, mającemu na celu wykrycie lub leczenie gruźlicy, choroby wenerycznej lub innej choroby zakaźnej, mimo zastosowania środków egzekucji administracyjnej. Trafnie podkreśla się, że regulacja ta służy ochronie ludności (zdrowia publicznego)³⁷, a jej celem jest zapobieganie chorobom zakaźnym poprzez stworzenie warunków uniemożliwiających powstawanie i szerzenie się zachorowań³⁸.

³⁵ R.A. Stefański, [w:] L. Gardocki (red.), *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, seria: System Prawa Karnego, t. 8, wyd. drugie, Warszawa 2018, s. 209, 214–215.

³⁶ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 386.

³⁷ B. Kurzępa, op. cit., s. 417.

³⁸ D. Egierska, op. cit., s. 263. Por. M. Budyn-Kulik, op. cit., s. 387; M. Iwański, op. cit., s. 779.

Zgodnie z art. 116 § 1 k.w. penalizuje się zachowania polegające na stykaniu się z chorym na określoną chorobę lub z podejrzanym o to, że jest chory na gruźlicę lub inną chorobę zakaźną albo jest nosicielem choroby lub podejrzanym o nosicielstwo, przy jednoczesnym nieprzestrzeganiu zakazów, nakazów, ograniczeń lub obowiązków określonych w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi lub w przepisach o Państwowej Inspekcji Sanitarnej albo nie przestrzega decyzji wydanych na podstawie tych przepisów, w przypadku jeśli sprawca miał wiedzę o tym, że jest chory na gruźlicę, chorobę weneryczną lub inną chorobę zakaźną albo podejrzanym o tę chorobę. Wskazane znamiona odnoszą się do zapobiegania szerzeniu się chorób zakaźnych w wymiarze lokalnym³⁹. Jednak, jak wskazano, rozprzestrzenianie się chorób zakaźnych przebiega w sposób niekontrolowany i nawet lokalne ogniska epidemiczne mogą spowodować epidemię o szerszym zasięgu.

Wątek chorób zakaźnych pojawia się także na gruncie art. 117 k.w., w którym określono, że popełnia to wykroczenie ten, kto, mając obowiązek utrzymania czystości i porządku w obrębie nieruchomości, nie wykonuje swoich obowiązków lub nie stosuje się do wskazań i nakazów wydanych przez właściwe organy w celu zabezpieczenia należytego stanu sanitarnego i zwalczania chorób zakaźnych. Działania w zakresie zwalczania chorób zakaźnych obejmują przede wszystkim zwalczanie gryzoni, insektów i szkodników czy prawidłowe usuwanie odchodów i szczątków zwierząt⁴⁰. Działania te także mają na celu chronienie zdrowia społeczeństwa⁴¹. Choroby zakaźne przenoszone przez zwierzęta (lub odpowiednio ich szczątki czy odchody) także stanowią poważne zagrożenie dla zdrowia publicznego.

Problematyka karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych widoczna jest także w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Ustawodawca wprowadził przepisy karne, wśród których istnieje art. 49 stanowiący o odpowiedzialności karnej za przewożenie, przekazywanie, namnażanie, wywożenie, przechowywanie, rozprzestrzenianie, nabywanie, pomaganie w zbyciu biologicznych czynników chorobotwórczych lub wykorzystując te czynniki w inny sposób, stwarza zagrożenie dla zdrowia publicznego, bez wymaganych uprawnień. Ustawodawca wskazuje wprost zdrowie publiczne jako dobro prawne podlegające ochronie. Zagrożenie stworzone przez sprawcę tego występku ma charakter konkretny i realnie zagrażający wspomnianemu dobru prawnemu. Przepis ten koreluje z treścią ustawy, przez co nie jest to typ wprowadzający samodzielny reżim regulacyjny. Jednak, jak trafnie wskazuje Michał Królikowski, założeniem polskiego systemu prawa karnego jest możliwe ściśle powiązanie pozakodeksowego prawa karnego

³⁹ B. Kurzępa, op. cit., s. 420.

⁴⁰ M. Zbrojewska, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, wyd. drugie, Warszawa 2013, s. 544.

⁴¹ Por. B. Kurzępa, op. cit., s. 422.

z regulacjami polskiej ustawy karnej⁴². Przez to należy włączyć ten przepis do omawianych regulacji karnoprawnych w zakresie przeciwdziałania szerzeniu się chorób zakaźnych.

Otworzenie modelu represji karnoprawnej za czyny związane z szerzeniem się chorób zakaźnych

Odtwarzając model karnoprawnej ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych, należy mieć na uwadze zewnętrzną i wewnętrzną określoność przepisów. Przepis penalizujący określone zachowania powinien być spójny wewnętrznie, tj. klarownie wskazywać na znamiona typu czynu zabronionego, ale także zewnętrznie, co oznacza, że nie powinien łądząco powielać znamion innych typów czynów zabronionych⁴³. Ustawodawca, tworząc określone regulacje prawa karnego *sensu largo*, powinien baczyć na zasady *nullum crimen sine lege certa* oraz *nullum crimen sine lege stricta*, które wynikają z art. 31 ust. 3 oraz art. 42 ust. 1 Konstytucji RP⁴⁴. Niezwykle ważne jest także prawidłowe odczytanie dobra prawnego w procesie wykładni normy karnoprawnej⁴⁵. Należy mieć także na uwadze wykładnię przepisów ustaw, składających się na odtwarzany model, w zgodzie z Konstytucją RP. Zatem analiza i ocena odtworzonego modelu zorientowane będą na określeniu, czy ustalony w art. 68 ust. 4 Konstytucji RP obowiązek przeciwdziałania szerzeniu się chorób zakaźnych uzasadnia wprowadzone przepisy karnoprawne w takim zakresie, w jakim funkcjonują obecnie.

⁴² M. Królikowski, [w:] L. Bosek (red.), *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 951.

⁴³ Bezsposornie przepisy penalizujące określone zachowania powinny być precyzyjne i cechować się poprawnością logiczną. Wynika to wprost z zasady *nullum crimen sine lege certa*. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy, zasada *nullum crimen sine lege certa* widoczna jest w art. 42 ust. 1 Konstytucji. Rozumieć ją należy jako nakaz maksymalnej określoności czynów zabronionych, który ma w efekcie doprowadzić do możliwości klarownego odróżnienia czynów zabronionych od prawnokarnie irrelevantnych. Ponadto we wskazanej normy konstytucyjnej Sąd Najwyższy zasadnie dopatruje się materializacji zasady *nullum crimen sine lege stricta*, która wyraża zakaz stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V KK 101/07, Lex nr 346785; J. Giezek, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. ósme, Warszawa 2020, s. 45; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. czwarte, Warszawa 2019, s. 33–35.

⁴⁴ S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 122–123; M. Florczak-Wątor, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 150–151.

⁴⁵ Prawidłowe oznaczenie dobra prawnego ma na celu doprowadzenie do ustalenia modelu karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych. Dobro prawne jest bowiem zasadniczą podstawą do kryminalizowania zachowań godzących w to dobro. Ponadto brak ustalenia dobra prawnego oraz nieuwzględnienie go w procesie rekonstrukcji normy karnoprawnej nastrecza znacznych trudności na drodze dalszej interpretacji tej normy. Zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, wyd. czwarte, Warszawa 2020, s. 111.

Aktualny karnoprawny model ochrony zdrowia publicznego przed szerzeniem się chorób zakaźnych prezentuje się w sposób następujący:

1) kryminalizacji podlega bezpośrednio narażenie na zarażenie chorobą zakaźną jednej lub wielu osób, bez doprowadzenia do skutku w postaci zakażenia innej osoby lub wielu osób określoną chorobą zakaźną (art. 161 k.k.);

2) karalne pozostanie także spowodowanie niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach, powodując zagrożenie epidemiologiczne lub szerzenie się choroby zakaźnej (art. 165 § 1 pkt 1 k.k.), a także wynikający z tego skutek w postaci śmierci człowieka lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu wielu osób (art. 165 § 3 k.k.);

3) penalizowany jest skutek w postaci spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osoby w związku z zakażeniem innej osoby chorobą zakaźną (art. 156 § 1 pkt 2 k.k.);

4) odpowiedzialności karnej za zmodyfikowany typ zbrodni z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. polegać będzie sprawca w przypadku śmierci osoby zarażonej chorobą zakaźną (art. 156 § 3 k.k.);

5) odpowiedzialność za wykroczenie poniesie ten, kto odmówi udzielenia organowi służby zdrowia wyjaśnień mogących mieć znaczenie dla wykrycia gruźlicy, choroby wenerycznej lub innej choroby zakaźnej lub źródła zakażenia albo dla zapobiegania szerzeniu się takich chorób (art. 114 k.w.);

6) odpowiedzialność za wykroczenie polegające na niepoddaniu siebie lub małoletniego obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu lub badaniu (art. 115 k.w.);

7) wykroczenie polegające na nieprzestrzeganiu zakazów i nakazów określonych stosownymi przepisami lub decyzją administracyjną wydaną na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących w związku z nosicielstwem określonej choroby zakaźnej albo podejrzeniem o bycie zakażonym taką chorobą czy stykanie się z osobą chorą lub podejrzaną o takie zakażenie (art. 116 k.w.);

8) odpowiedzialność za wykroczenie polegające na nieutrzymywaniu w należytej czystości nieruchomości w zakresie wymogów sanitarnych, a także przeciwdziałania szerzeniu się chorób zakaźnych (art. 117 k.w.);

9) odpowiedzialność karna za przewożenie, przekazywanie, namnażanie, wywożenie, przechowywanie, rozprzestrzanie, nabywanie, pomaganie w zbyciu biologicznych czynników chorobotwórczych, lub wykorzystując te czynniki w inny sposób, stwarza zagrożenie dla zdrowia publicznego, bez wymaganych uprawnień (art. 49 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi).

Z perspektywy porównawczej do znamion art. 161 § 3 k.k., przepis art. 165 § 1 pkt 1 k.k. wydaje się bliźniaczo podobny. Zbiór zachowań penalizowanych w art. 165 § 1 pkt 1 k.k. zawiera jakiegokolwiek działania lub zaniechania polegające na spowodowaniu zagrożenia epidemiologicznego lub sze-

rzenia się choroby zakaźnej albo zarazy zwierzęcej lub roślinnej, które to zachowania sprowadzają niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób. Skutek w postaci zakażenia określoną chorobą, jak w przypadku art. 161 § 3 k.k., nie ma znaczenia. Liczy się samo sprowadzenia zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób. Zagrożenia wywołanego określoną chorobą zakaźną. Człowiek, jako istota zdolna do transmisji biologicznych czynników chorobotwórczych drogą kropelkową, stanowić może zagrożenie epidemiologiczne, a także może powodować szerzenie się choroby zakaźnej.

Pojawia się także niespójność w relacji między przepisem art. 165 § 3 k.k. a 156 § 3 k.k. W obu przypadkach mamy do czynienia ze znamieniem „śmierci człowieka” w następstwie zakażenia go określoną chorobą zakaźną. Zasadniczo jednak przepis art. 165 k.k. odnosi się do sprowadzenia zdarzenia powszechnego zagrożenia, a przepis art. 156 k.k. koncentruje się na jednostkom przypadku. W tym zakresie jednak wciąż pozostają pewne sprzeczności. Można zaproponować interpretację, że jeśli skutkiem zachowania określonego w art. 161 § 1 lub 2 k.k. będzie zakażenie osoby określoną chorobą zakaźną, to wówczas sprawca poniesie odpowiedzialność z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. lub art. 156 § 3 k.k., jeśli skutkiem będzie śmierć tej osoby.

Problemów interpretacyjnych nastęrcza jednak sytuacja przeciwna. Wobec „bezpośredniego narażenia na za zarażenie wielu osób” (art. 161 § 3 k.k.), którego skutkiem będzie zakażenie tych osób określoną chorobą zakaźną (a więc spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) lub śmierć, wówczas odpowiedzialność sprawcy powinna opierać się o art. 165 § 3 k.k., gdyż mowa tu o jakimś zdarzeniu powszechnym („wiele osób”). W tej sytuacji pod wątpliwość należy poddać całą regulację art. 161 § 3 k.k., która obowiązuje od 2020 r.

Kolejne problemy w transparentności odtworzonego modelu pojawiają się w przypadku art. 165 § 1 pkt 1 k.k. oraz art. 49 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Przepis art. 165 § 1 pkt 1 k.k. swoim zakresem kryminalizacji pochłonie regulację art. 49 wspomnianej ustawy. Wydaje się zatem, że ustanowienie przepisu karnego w art. 49 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi jest zbędne z praktycznego punktu widzenia.

Mając na uwadze nakreślone zasady prawa karnego, a także art. 68 ust. 4 Konstytucji RP, należy stwierdzić, że model karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych jest nieprecyzyjny. Zasadniczo jednak spełnia on regulację przepisu art. 68 ust. 4 Konstytucji RP w zakresie zapobiegania rozprzestrzenianiu się chorób zakaźnych. Jednakże wykryte wady pojawiają się w newralgicznych elementach odtworzonego modelu, przez co pozostawia się znaczną swobodę interpretacyjną organom ścigania w zakresie wyboru konkretnego przepisu penalizującego określone zachowanie, mimo że zasadniczo zbieżne znamiona znajdują się w innej regulacji (np. art. 161 § 3 k.k.

versus 165 § 1 pkt 1 k.k.; art. 165 § 1 pkt 1 k.k. *versus* art. 49 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi).

Podsumowanie

Ochrona przed szerzeniem się chorób zakaźnych powinna być immanentnym celem polityki zdrowotnej państwa, nie tylko w dobie pandemii COVID-19. Wynika to także z ratyfikowanych umów międzynarodowych i odpowiednich przepisów Konstytucji RP. Nie powinno budzić wątpliwości, że choroby zakaźne stanowiły i będą stanowić poważne zagrożenie dla zdrowia publicznego w skali krajowej i światowej, przez co podejmowanie precyzyjnych działań legislacyjnych, w zakresie odpowiedniej ochrony prawnej przed szerzeniem się chorób zakaźnych, powinno następować systemowo. Wybiórcze traktowanie regulacji przeciwepidemicznych nie sprzyja kompleksowemu rozwiązaniu problemu.

Krajowy model karnoprawnej ochrony przed szerzeniem się chorób zakaźnych nie jest pozbawiony wad. Poszczególne typy czynów zabronionych pokrywają się w wielu miejscach, czyniąc każde z nich mało czytelnymi. Przepisy karnoprawne w zdecydowanej większości wydają się być przepisami „martwy-mi”, a co najmniej mało praktycznymi. Kazyistyka i znaczne zawężanie pola kryminalizacji poszczególnych przepisów, a także powielanie kryminalizowanych zachowań w odrębnych przepisach karnoprawnych powoduje znaczne zacieranie się różnic między tymi przepisami, przez co model karnoprawnej ochrony jest nieprecyzyjny i w efekcie mało skuteczny w praktyce.

Przyczyn należy doszukiwać się w wybiórczym wprowadzaniu albo nowelizowaniu istniejących przepisów bez refleksji nad praktycznym zastosowaniem tych przepisów. Także stanowienie regulacji prawnych w różnych okresach historycznych (np. wyróżnianie gruźlicy czy HIV w znamionach typów czynów zabronionych obok innych chorób spowodowane ówczesnymi nowymi zagrożeniami ze strony tych chorób) lub *ad hoc* pod wpływem pandemii COVID-19 nie prowadzą do stworzenia klarownego modelu odpowiedzialności karnej za zachowania związane z szerzeniem się chorób zakaźnych. Odtworzony model wymaga poprawek legislacyjnych, a co za tym idzie – ujednoczenia, po uprzednim holistycznym spojrzeniu na całość wymienionych regulacji karnoprawnych.

Wykaz literatury

Bała M., *Podstawowe pojęcia z epidemiologii zakażeń*, [w:] M. Bulanda, S. Szostek (red.), *Podstawy mikrobiologii i epidemiologii szpitalnej*, PZWL, Warszawa 2020.

- Bucińska J., *Społeczne prawa człowieka w Konstytucji RP na tle standardów międzynarodowych*, Wyd. AP, Siedlce 2008.
- Budyn-Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Brzozowski W., *Aspekty konstytucyjne prawa medycznego. Konstytucyjne gwarancje ochrony zdrowia*, [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, seria: System Prawa Medycznego, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Bzdęga J., *Epidemiologia wybranych chorób zakaźnych*, [w:] J. Bzdęga, A. Gębska-Kuczerowska (red.), *Epidemiologia w zdrowiu publicznym*, PZWL, Warszawa 2010.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000.
- Egierska D., [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. drugie, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1980.
- Florczak-Wątor M., [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Giezek J., [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. ósme, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Iwański M., [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Jurek T., *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko zdrowiu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Kubiak R., Serwach M., Wrona G., *COVID-19 – wybrane aspekty prawne. Cz. 1. Odpowiedzialność za zakażenie SARS-CoV-2*, „Medycyna Praktyczna” 2020, nr 5.
- Kubiak R., *Odpowiedzialność karna za narażenie na zakażenie wirusem SARS-CoV-2*, „Palestra” 2020, nr 6.
- Kurzępa B., *Przestępstwa i wykroczenia określone w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Królíkowski M., [w:] L. Bosek (red.), *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Królíkowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, wyd. czwarte, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Marcinkowski T., *Medycyna sądowa dla prawników*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1975.
- Naruszewicz-Lesiuk D., [w:] J. Bzdęga, W. Magdzik, D. Naruszewicz-Lesiuk, A. Zieliński (red.), *Leksykon epidemiologiczny*, Alfa Medica Press, Warszawa 2008.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. czwarte, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Surówka A., [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Stefański R.A., [w:] L. Gardocki (red.), *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, seria: System Prawa Karnego, t. 8, wyd. drugie, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Stefański R.A., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Trzcíński J., Wiącek M., [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2016.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. ósme, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Weiss K.M., *Genetic variation and human disease. Principles and evolutionary approaches*, Cambridge University Press, Cambridge 1993.

- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. szóste, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Wojnowski J. (red.), *Wielka encyklopedia PWN*, t. 30, PWN, Warszawa 2005.
- Zbrojewska M., [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, wyd. drugie, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Zoll A., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Komentarz do art. 117–211a*, wyd. piąte, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Summary

Implementation of the constitutional obligation to protect public health against the spread of infectious diseases in Polish criminal law

Keywords: criminal law, right to health, infectious diseases, criminal guarantees of human health protection, constitutional obligation to prevent epidemic threats, public-health.

The spread of infectious diseases is a constant challenge for national lawmakers. Providing real protection of public health against the spread of biological pathogens causing infectious diseases lies on state authorities, which are obliged to take specific legislative steps.

In the Polish normative space, the right to health is defined by the Constitution of the Republic of Poland, but the details of legal guarantees of public health protection are determined in ordinary legislation. Among them, there are criminal law regulations which penalize behaviour involving the exposure or violation of the legal good which is human health in connection with the spread of an infectious disease.

The article aims to indicate and analyze the entirety of criminal law regulations that criminalize behaviour threatening public health in the context of the implementation of the constitutional duty of public authorities to prevent the spread of infectious diseases. The article points out the inaccuracies in criminal law regulations, in particular, the regulations that arose during the COVID-19 pandemic.

Mateusz Gąsowski

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0001-5650-9824
mateusz.gasowski95@gmail.com

Ewa M. Guzik-Makaruk

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0003-1248-4113
ewa.guzik@uwb.edu.pl

Adriana Kuligowska

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0003-3336-7020
kuligowskaadriana@gmail.com

Wybrane aspekty stosowania toksyny botulinowej z perspektywy prawa karnego i kryminologii

Uwagi wstępne

Od odkrycia toksyny botulinowej oraz szczepu *Clostridium botulinum* odpowiedzialnego za jej syntezę minęły już dwa wieki, a wiedza na temat botulizmu oraz wykorzystania toksyny w medycynie ciągle rozszerza się¹. Toksyna botulinowa została odkryta w 1817 r. przez lekarza niemieckiego pochodzenia Justina Kernerera podczas oględzin ciała pacjenta, który zmarł na skutek zatrucia po spożyciu spleśniałej kiełbasy². Jednak w 1897 r. bakterię *Bacillus botulinus* oraz wytwarzaną przez nią toksynę po raz pierwszy wyizolował i nazwał mikrobiolog Emil Pierre Marie van Ermengem. Współcześnie szczep bakterii *Bacillus botulinus* znany jest pod nazwą systematyczną *Clostridium botulinum*³. Współcześnie, wskutek rozwoju medycyny, toksyna botulinowa

¹ M. Zbrojkiewicz, A. Lebedowska, B. Błońska-Fajfrowska, *Toksyna botulinowa w medycynie i kosmetologii – dwustuletnia historia i nowe perspektywy*, „Postępy Higieny i Medycyny Doświadczalnej” 2018, nr 72, s. 278.

² Ibidem.

³ F.J. Erbguth, *Historical notes on botulism, Clostridium botulinum, botulinum toxin, and the idea of the therapeutic use of the toxin*, „Movement Disorders” 2004, vol. 19 (suppl. 8), s. 2.

ma zastosowanie nie tylko lecznicze, ale staje się coraz bardziej popularna w medycynie estetycznej. Początkowo stanowiła truciznę; dziś postrzegana jest jako dobro, znane prawie każdemu jako możliwość poprawy swojego wyglądu.

Zastosowanie botoksu w zabiegach medycyny estetycznej

Wyróżniamy „osiem serotypów toksyny botulinowej (A-H), które różnią się między sobą: masą cząsteczkową (m.cz.), budową antygenową, immunogennością, receptorami oraz umiejscowieniem kodujących je genów i czasem utrzymania się działania terapeutycznego po ich zastosowaniu”⁴. Amerykański lekarz Allan B. Scott jest odpowiedzialny za odkrycie zastosowania toksyny botulinowej w celach medycznych. Współcześnie w medycynie najczęściej stosowana jest toksyna botulinowa typu A, a iniekcje z toksyny są nie tylko wykorzystywane w niechirurgicznych zabiegach estetyczno-kosmetycznych, ale także wykorzystuje się je w neurologii, okulistyce i dermatologii. Jak wskazują przedstawiciele nauk medycznych, możliwości terapeutyczne toksyny botulinowej nie są w pełni wykorzystywane, w związku z czym prowadzone są liczne badania kliniczne nad preparatami z toksyną botulinową⁵. Obecnie jest ona najbardziej kojarzona z wykorzystywaniem jej do zabiegów estetycznych, które mają na celu poprawę wyglądu zewnętrznego. Jednak warto wskazać na doniosłe zastosowanie tej substancji, mające na celu poprawę jakości życia osób cierpiących na choroby z nadmierną kurczliwością mięśni i inne zaburzenia nerwowo-mięśniowe, gdyż w tych przypadkach stosowana jest jako lek na wskazane schorzenia⁶.

Skóra z wiekiem traci jędrność i elastyczność. Objawem starzenia się skóry jest wysuszenie w obrębie naskórka, które spowodowane jest mniejszym wydzielaniem łoju⁷. Zmniejsza się liczba melanocytów i komórek Langerhansa, czego konsekwencją jest spadek poziom odporności skóry na działanie promieniowania słonecznego, które znacząco wpływa na przyspieszenie procesu starzenia⁸. Następstwem tego procesu jest spadek ilości fibroblastów produkujących kolagen w skórze właściwej⁹. Ponadto na starzenie się skóry ma wpływ także metabolizm organizmu, który składa się z dwóch przeciwstawnych procesów – anabolizmu i katabolizmu¹⁰. Anabolizm to „proces tworzenia,

⁴ M. Zbrojkiewicz, A. Lebedowska, B. Błońska-Fajfrowska, op. cit., s. 278.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ A. Koziół, N. Werwińska, *Toksyna botulinowa – zastosowanie w zabiegach estetycznych i w medycynie*, „Kosmetologia Estetyczna” 2019, vol. 8(4), s. 495.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ A. Nocoń, *Pielęgnacja, jak starzeje się twarz*, „LNE” 2018, vol. 2, s. 100–106.

dostarczania i budowania, tj. wszystkie elementy, które składają się na funkcje życiowe organizmu”¹¹. Katabolizm jest „zjawiskiem przeciwnym, związanym z niszczeniem, degradacją i zmniejszaniem energii”¹². W prawidłowo funkcjonującym organizmie oba te procesy zachodzą w tym samym czasie, z tym że u osób młodych dominuje anabolizm, natomiast podczas procesu starzenia się dominuje katabolizm. Przede wszystkim degradacji w organizmie człowieka ulega kolagen i elastyna, w związku z czym skóra traci swoją jędrność oraz sprężystość, ulega wysuszeniu i wiotczeje¹³.

Starzenie się skóry jest naturalnym następstwem funkcjonowania organizmu, jednak dla niektórych osób stanowi problem natury estetycznej, gdyż nie godzą się one z inną estetyką swojego wyglądu. Odpowiedzią na te problemy jest toksyna botulinowa, która jest stosowana w zabiegach estetycznych, upiększających oraz poprawie defektów urody. Botulina blokuje wydzielanie acetylocholino (ACh) z synapsy nerwowo-mięśniowej, prowadząc do czasowego unieczynnienia mięśni szkieletowych poddanych zabiegowi¹⁴. Mięsień, który nie ulega kurczeniu, rozluźnia się, dzięki czemu skóra leżąca na nim również przestaje tak intensywnie „pracować”¹⁵. Dzięki temu zmarszczki są wygładzone, a nowe nie powstają tak szybko.

Wykorzystywane w zabiegach estetycznych preparaty toksyny botulinowej składają się z soli fizjologicznej. Preparat jest wstrzykiwany w odpowiedniej dawce do mięśnia docelowego¹⁶. Wskazuje się, że jest to procedura z minimalnym ryzykiem wystąpienia skutków ubocznych. Do możliwych skutków ubocznych zalicza się: obrzęk, rumień i ból w miejscu wstrzyknięcia, ból głowy, złe samopoczucie – to reakcje dwukierunkowe oraz efekt dyfuzji toksyn do okolicznych miejsc¹⁷. Działanie toksyny botulinowej jest widoczne po 3–4 dniach, a zaburzenia pracy mięśni trwają ok. 3–4 miesięcy¹⁸. Czynność tych mięśni powraca stopniowo wraz z regeneracją zakończeń nerwowych. Wskazuje się na różne rodzaje toksyny botulinowej, ich skład zależy od zastosowania danego preparatu. Przykładowymi preparatami, które są dostępne na rynku europejskim i w Stanach Zjednoczonych, są: Dysport (abobotulinumtoxinA), Botox (onabotulinumtoxinA), Xeomin (incobotulinumtoxinA) i Neurobloc/Myobloc (rimabotulinumtoxinB)¹⁹.

W kosmologii zabiegi z użyciem toksyny botulinowej najczęściej wykorzystuje się w celu korekcji zmarszczek mimicznych twarzy. Prawidłowo wy-

¹¹ Ibidem, s. 102.

¹² Ibidem.

¹³ A. Kozioł, N. Werwińska, op. cit., s. 495.

¹⁴ M. Noszczyk, *Kosmologia pielęgnacyjna i lekarska*, Warszawa 2010, s. 221.

¹⁵ Kozioł, N. Werwińska, op. cit., s. 495.

¹⁶ Ibidem, s. 496.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem, s. 497.

¹⁹ Ibidem.

konany zabieg ma na celu wygładzenia zmarszczek i złagodzenia rysów twarzy. Jednym z najczęściej występujących powikłań po podaniu preparatu w obszarze czoła jest opadanie powiek i brwi, a także asymetria brwi oraz zaburzone widzenie²⁰. Jest to skutek porażenie ogona mięśnia marszczącego brwi i skroniowej części mięśnia okrężnego oka²¹. Preparat botuliny podany w okolicę szyi może spowodować utrudnione przelknięcie lub nieprawidłową wymowę²². Podczas podania preparatu w obrębie mięśni ust objawami niepożądanymi są nieprawidłowe zamykanie ust, ślinienie się, a także widoczna asymetria ust.

Wskazaniami do zastosowania toksyny botulinowej w medycynie estetycznej są zmarszczki w górnej części twarzy, jednak dokonuje się także zabiegów w obrębie szyi, a nawet w obrębie ust (zmarszczki nad górną wargą, korekcja kącików ust, uśmiech dziąsłowy centralny i boczny) czy korekty linii żuchwy lub fałdów podbródka²³. Ze względu na przeprowadzone przez autorów niniejszego opracowania badania, szczególne znaczenie ma podanie preparatu botuliny w obrębie mięśni ust. Wykonując zabiegi medycyny estetycznej z wykorzystaniem toksyny botulinowej, można zlikwidować zmarszczki wokół ust. Preparat ze względu na swoje właściwości blokuje połączenia nerwowo-mięśniowe w tkankach, co skutkuje rozluźnieniem napiętych do tej pory mięśni mimicznych²⁴. Rezultatem zabiegu jest wygładzenie okolicy ust. Na granicy skóry i czerwieni wargowej podaje się po kilka jednostek toksyny botulinowej, która powoduje rozluźnienie mięśnia odpowiedzialnego za powstawanie „zmarszczek palacza”²⁵. Wbrew swojej nazwie „zmarszczki palacza” nie tworzą się tylko u osób palących, gdyż z wiekiem stają się one bardziej widoczne, nawet wtedy, gdy mięsień okrężny ust nie pracuje. Za powstanie „zmarszczki palacza” odpowiadają takie czynniki, jak: wiotczenie skóry, zanik tkanki podskórnej, zanik tkanki mięśniowej i kostnej szczęki oraz żuchwy. Praca mięśnia okrężnego ust przyspiesza i nasila proces utrwalania się zmarszczek²⁶. Objawy uboczne wynikające z zastosowania toksyny botulinowej są rzadkie. Jeśli występują, należą do nich: uniesienie brwi, opadnięcie powiek, nadmierne łzawienie czy nienaturalnie szeroka zewnętrzna szpara powiekowa²⁷. Wskazywane objawy dotyczą najczęściej zabiegów korekcji zmarszczek i z momentem

²⁰ P.K. Nigam, A. Nigam, *Botulinum toxin*, „Indian Dermatology Online Journal” 2010, vol. 55, s. 8–14.

²¹ A. Kozioł, N. Werwińska, op. cit., s. 498.

²² P.K. Nigam, A. Nigam, op. cit., s. 8–14.

²³ K. Coleman Moriarty, *Zastosowanie toksyny botulinowej w zabiegach odmładzania skóry twarzy*, red. wyd. pol. A. Kaszuba, Wrocław 2005.

²⁴ A. Gałęb, *Ocena jakości życia pacjentów przed i po wybranych zabiegach z zakresu medycyny estetycznej*, rozprawa doktorska, Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, Poznań 2011, s. 26.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, s. 27.

ustania działania toksyny botulinowej ustępują²⁸. Ponadto z typowych działań niepożądanych obserwuje się: miejscowy ból, przejściowe zaczerwienienie w okolicy iniekcji, przejściowy obrzęk tkanek w okolicy wstrzyknięcia preparatu, w przypadku leczenia zmarszczek czołowych nadmierne obniżenie brwi lub nadmierne ich uniesienie, niewielkie krwiaki, które mogą powstać w miejscu iniekcji preparatu w przypadku, gdy igła natrafi na naczynie, nadmierne łzawienie oraz zbyt duże zwiotczenie mięśni (opadanie kącika ust)²⁹. Wskazuje się, że nie należy stosować iniekcji u pacjentów przyjmujących niesteroidowe leki przeciwzapalne³⁰. W takich przypadkach możliwe jest nadmierne krwawienie, wskazuje się więc, aby najlepiej na 3 dni przed planowanym zabiegiem odstawić dany preparat lub lek, w celu uniknięcia ryzyka wzmożonego tworzenia się krwiaków³¹.

Jak wskazują specjaliści z zakresu medycyny estetycznej, „najlepszy efekt ust”, czyli pięknych, pełnych i kształtnych ust, daje połączenie zabiegów z kwasem hialuronowym i toksyną botulinową, można w ten sposób odmłodzić całą twarz, gdyż połączenie tych dwóch rodzajów zabiegów pozwala zlikwidować nie tylko zmarszczki mimiczne, ale również zmarszczki statyczne. Ponadto jednoczesne zastosowanie tych dwóch metod wydłuża czas trwania pozytywnych efektów terapii. Zastosowanie kwasu hialuronowego obecnie cieszy się największą popularnością wśród zabiegów mających na celu poprawę wyglądu ust. Kwasem hialuronowym można nie tylko poprawić kontur ust, implantując materiał jedynie na brzegu czerwieni wargowej, ale także można wypełnić wargi w obrębie czerwieni wargowej nadając im większą objętość³². Wraz z upływem czasu kwas hialuronowy ulega powolnemu wchłonięciu, dlatego aby utrzymać pożądaną efekt w postaci ładnie wymodelowanych ust, należy co jakiś czas powtarzać wizyty³³. Trwałość osiągniętego efektu jest różna i zależy od wielu czynników. Wskazuje się, że wizyty trzeba powtarzać co 6 do 24 miesięcy, jednak zdarzają się sytuacje, w których po trzech miesiącach trzeba ponownie wykonać zabieg, są to jednak rzadkie przypadki³⁴.

Warto wskazać, kto jest uprawniony do podawania toksyny botulinowej. W związku z faktem, że w obrocie prawnym brak jest jednoznacznych regulacji wskazujących na osoby/podmioty, które są uprawnione do wykonywania zabiegów medycyny estetycznej, to zasadne jest posiłkowanie się regulacjami pośrednimi³⁵. Ponadto należy ustalić, czy czynności/zabiegi medycyny este-

²⁸ Ibidem.

²⁹ K. Coleman Moriarty, op. cit.

³⁰ A. Gałęb, op. cit., s. 27.

³¹ Ibidem.

³² A. Przyłipiak, *Korekcja ust – powiększanie warg*, [w:] A. Przyłipiak (red.), *Podstawy medycyny estetycznej. Podręcznik dla studentów kosmetologii*, Białystok 2014, s. 58.

³³ Ibidem, s. 59.

³⁴ Ibidem.

³⁵ M. Paszkowska, *Udzielanie świadczeń z zakresu medycyny estetycznej*, ABC, Lex.

tycznej są świadczeniami zdrowotnymi. Wskazać należy na treść art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry³⁶, który stanowi, że wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich. Wynika z tego, że aby wykonywać zawód lekarza, konieczne jest posiadanie niezbędnych kwalifikacji zawodowych, które potwierdzone są stosownymi dokumentami. Jednak aby lekarz mógł udzielać świadczeń zdrowotnych, musi legitymować się prawem wykonywania zawodu przyznanym przez okręgową radę lekarską. Lekarz, który uzyskał prawo wykonywania zawodu, podlega wpisowi do rejestru prowadzonego przez właściwą okręgową izbę lekarską.

Inną kwestią jest problematyka specjalizacji lekarskich, bowiem o ile istnieje specjalizacja z zakresu chirurgii plastycznej, w obecnym stanie prawnym nie wymienia się specjalizacji z zakresu medycyny estetycznej³⁷. Uwzględniając zapotrzebowanie społeczne i bezpieczeństwo pacjentów, ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie takiej specjalizacji. W obecnym stanie prawnym w zasadzie każdy lekarz może udzielać świadczeń z zakresu medycyny estetycznej, jednakże za najbardziej kompetentnych, uwzględniając posiadane specjalizacje, należy uznać dermatologów i chirurgów plastyków³⁸. Mając na celu profesjonalizację oraz podniesienie jakości usług z zakresu medycyny estetycznej, należałoby uznać *de lege ferenda*, że wspomniane świadczenia mogą udzielać tylko lekarze określonych wyżej specjalizacji, ewentualnie lekarze posiadający świadectwo potwierdzające posiadanie umiejętności z zakresu węższych dziedzin medycyny lub udzielanie określonych świadczeń zdrowotnych, którego to możliwość uzyskania przewiduje art. 17 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry³⁹. Wskazany przepis określa ogólne zasady uzyskania certyfikatu potwierdzającego posiadane umiejętności zawodowe.

Ponadto podkreślenia wymaga, że tylko lekarze uprawnieni są do ordynacji produktów leczniczych, a takim jest m.in. toksyna botulinowa, zarejestrowana jako produkt leczniczy. Produkty lecznicze, które wydawane są wyłącznie na receptę, nawet w przypadku, gdy stosowane są poza wskazaniami opisanymi w charakterystyce produktu leczniczego, nadal pozostają lekami, a więc ich zastosowanie również w celach pozaleczniczych, np. upiększających, należy wyłącznie do decyzji lekarza i powinno być wykonane właśnie przez

³⁶ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 790 z późn. zm.

³⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2020 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystry (Dz.U. poz. 1566 z późn. zm.).

³⁸ M. Paszkowska, op. cit.

³⁹ Ibidem.

osoby wykonujące ten zawód medyczny⁴⁰, nie zaś wszystkie zawody medyczne, których krąg jest przecież szeroki. Oprócz statusu produktu leczniczego, substancje i preparaty używane do zabiegów medycyny estetycznej mogą mieć status wyrobów medycznych w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych⁴¹. Przykładowo, wyrobami medycznymi są preparaty kwasu hialuronowego, które są wstrzykiwanymi implantami, mającymi na celu przywrócenie objętości tkanek.

Uwzględniając program kształcenia oraz jego efekty, można uznać kosmologów za osoby przygotowane, pod względem zawodowym, do wykonywania niektórych zabiegów z zakresu medycyny estetycznej. Problemem jest fakt, że w obecnym stanie prawnym brak jest wyraźnych regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie. Definicja kompetencji zawodowych kosmologa oparta jest na standardach kształcenia, natomiast po ukończeniu studiów kosmolog w pewnym sensie nie istnieje w rzeczywistości prawnej⁴². Ustawodawca, widząc problem funkcjonowania kosmologów, jak i kosmetyczek na rynku świadczenia usług, w 2022 r. przedstawił projekt ustawy o zawodzie kosmologa, który ma regulować wykonywanie zawodu kosmologa. Projekt ten został jednak skrytykowany przez Naczelną Radę Lekarską⁴³, która wskazała, że „projekt ten stanowi próbę stworzenia zawodu niemedyceznego z atrybutami zawodu medycznego, jakimi są: prowadzenie dokumentacji, tajemnica zawodowa, doskonalenie zawodowe, wymóg posiadania lokalu, urządzeń, produktów kosmetycznych”. Naczelna Rada Lekarska wskazała na potrzebę uporządkowania prawnych aspektów udzielania świadczeń z zakresu medycyny estetycznej, gdyż brak stosownej regulacji w tym zakresie powoduje sytuacje, w których udzielane są świadczenia zdrowotne przez osoby nieposiadające odpowiednich kwalifikacji. Naczelna Rada Lekarska w swoim stanowisku podkreśliła, że zabiegi związane z ingerencją w tkanki powłok skórnych powinny być wykonywane wyłącznie przez lekarzy i lekarzy dentyistów. Takiego zakresu wiedzy, jaki posiadają osoby wykonujące te zawody, nie uzyskują ani absolwenci studiów o kierunku kosmologia, ani absolwenci szkół policealnych kształcących w zawodzie technika usług kosmetycznych, ani tym bardziej uczestnicy różnego rodzaju kursów kosmetycznych.

Obecnie jeśli przyjmiemy, że zabiegi medycyny estetycznej stanowią świadczenie zdrowotne, to w rezultacie mogą je wykonywać tylko lekarze, zaś uprawnienia takiego nie posiadają ani kosmologodzy, a tym bardziej kosmetyczki. Wydaje się zasadne, że wskazane osoby nie powinny wykonywać czynności związanych z naruszeniem integralności cielesnej ciała, a przede wszystkim

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1565.

⁴² M. Paszkowska, op. cit.

⁴³ Stanowisko nr 5/22/VIII Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 11 marca 2022 r. w sprawie poselskiego projektu ustawy o zawodzie kosmologa.

zabiegów związanych ze wstrzykiwaniem botoksu i kwasu hialuronowego, gdyż posiadane przez nich umiejętności nie są wystarczające do wykonywania zabiegów tego rodzaju. Stąd też zauważalna jest na rynku usług kosmetycznych dysproporcja cenowa między zabiegami wykonywanymi przez kosmologów lub kosmetyczki a zabiegami wykonywanymi przez lekarzy. Decydując się na tańszy zabieg, nie zawsze decydujemy się na najlepszą jakość i bezpieczeństwo wykonania zabiegu.

Odpowiedzialność karna za czynności kosmetyczne z użyciem toksyny botulinowej

Nie istnieje definicja legalna czynności kosmetycznych. Można podjąć próbę zdefiniowania ich jako wszelkich czynności nastawionych na zmianę wyglądu ciała człowieka w celu poprawy jego walorów estetycznych w sposób akceptowany przez ogół społeczeństwa. W literaturze powszechnie rozróżnia się czynności kosmetyczne terapeutyczne i nieterapeutyczne. Kryterium podziału jest w tym przypadku cel, w którym zabieg jest wykonywany. Czynnościami kosmetycznymi terapeutycznymi są te, które nastawione są na ochronę zdrowia, ratowanie życia lub zmniejszenie cierpienia, zarówno fizycznego, jak i psychicznego pacjenta. Na zasadzie przeciwieństwa czynności kosmetyczne, nieukierunkowane takim celem, zaliczyć trzeba do czynności nieterapeutycznych⁴⁴. Można jednak wskazać przykłady czynności kosmetycznych, które będą jednocześnie miały cechę terapeutycznych i nieterapeutycznych, jak np. przeszczep skóry u osób z oparzeniami⁴⁵.

Do czynności kosmetycznych leczniczych zaliczymy m.in. zabiegi wykonywane w ramach chirurgii plastycznej, np. zabiegi rekonstrukcyjne. Nie wszystkie zabiegi z tej kategorii jednak mają charakter inwazyjny – również do tej kategorii zaliczyć można wykonywanie gimnastyki, okładów, masaży, naświetleń, dokonywanych w celu pielęgnacji ciała. Nieterapeutyczne czynności kosmetyczne również można sklasyfikować na inwazyjne (np. operacje plastyczne korekcji piersi, związane z ich zmniejszaniem lub powiększaniem, nie zaś rekonstrukcją) oraz nieinwazyjne (np. zdobienie ciała poprzez nakładanie na nie barwników)⁴⁶.

Czynności kosmetyczne z użyciem toksyny botulinowej zaliczane są do czynności inwazyjnych, bowiem wstrzyknięcie botoksu związane jest z prze-

⁴⁴ R. Kubiak, *Czynności kosmetyczne (estetyczne)*, [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska (red.), *Regulacja prawna czynności medycznych*, t. 2, cz. 2, seria: System Prawa Medycznego, Warszawa 2019, s. 790.

⁴⁵ A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 242.

⁴⁶ R. Kubiak, op. cit., s. 790–791.

rwaniem powłok skóry. Będą to czynności o charakterze terapeutycznym lub nieterapeutycznym w zależności od celu ich wykonania. Botoks w celach terapeutycznych stosuje się przy leczeniu bruksizmu (zgrzytania zębami), nadpływności, nawracających migren (jako metoda pomocnicza) czy też zęza. Natomiast zabieg z wykorzystaniem tej substancji nastawiony na profilaktykę powstawania zmarszczek będzie należeć do grupy nieterapeutycznych⁴⁷.

Po wstrzyknięciu botoksu mogą nastąpić przejściowe skutki uboczne, co jest normalnym następstwem wykonania tego zabiegu. Do najczęściej obserwowanych należą: zasinienie miejsca wstrzyknięcia, ból głowy, opadanie powieki, ślinienie się lub krzywy uśmiech, silne łzawienie lub suchość oczu, obrzęk lub łagodny ból w miejscu wstrzyknięcia, złe samopoczucie, drętwienie twarzy, rozstrój żołądka i słabość pobliskich mięśni⁴⁸.

Poważniejszymi negatywnymi następstwami są te, które wynikają z nieumiejętnego przeprowadzenia zabiegu. Do najczęstszych należą opadanie kątek ust czy oka. Rzadziej występuje zachłystowe zapalenie płuc, wielomiesięczne porażenie grupy mięśni większej niż było to zakładane oraz zaburzenia funkcji przełykania⁴⁹.

Negatywne skutki dla zdrowia może przynieść także niedbałość w sterylizacji przyrządów służących do wstrzykiwania toksyny. Rezultatem tego są niekiedy powikłania wirusowe, ale również zakażenia wirusem HIV, HPV czy wirusem zapalenia wątroby⁵⁰.

Część negatywnych skutków wykonania zabiegu wstrzyknięcia botoksu można zakwalifikować jako błąd medyczny. Jest to specyficzny rodzaj błędu, w którym zachowanie medyka udzielającego świadczeń zdrowotnych jest sprzeczne z normą określającą standard działania w konkretnym stanie faktycznym, którego skutkiem będzie naruszenie lub narażenie na niebezpieczeństwo dóbr osobistych człowieka, jakimi są jego zdrowie lub życie⁵¹.

Od błędu medycznego należy rozróżnić niepowodzenie medyczne, które jest nieoczekiwanym niekorzystnym wynikiem leczenia występującym pomimo prawidłowego rozpoznania, leczenia oraz właściwej opieki nad pacjentem. Przyczyną tego typu niepowodzeń może być natura choroby oraz reakcja organizmu na leczenie. Zatem zasadniczą różnicą między niepowodzeniem a błędem jest

⁴⁷ S. Dybalski, *Botoks (toksyna botulinowa) w medycynie estetycznej i konwencjonalnej*, <https://www.apteka-melissa.pl/blog/arttykul/botoks-toksyna-botulinowa-w-medycynie-estetycznej-i-konwencjonalnej.791.html> (data dostępu: 18.04.2022).

⁴⁸ M. Błaszczuk, *Botoks i jego skutki zdrowotne. Kto nie powinien go stosować?*, <https://zdrowie.wprost.pl/uroda/medycyna-estetyczna/10370329/botoks-zastosowanie-skutki-uboczne-czy-warto-stosowac-botoks.html> (data dostępu: 21.04.2022).

⁴⁹ S. Dybalski, op. cit.

⁵⁰ *Tani botoks robi wielkie szkody*, wywiad K. Kowalskiej z A. Kaszubą, <https://www.rp.pl/prawo-dla-ciebie/art2158211-tani-botoks-robi-wielkie-szkody> (data dostępu: 16.04.2022).

⁵¹ E.M. Guzik-Makaruk, E. Truskolaska, E. Wojewoda, *Odpowiedzialność za błędy medyczne w Polsce i Republice Federalnej Niemiec – wybrane aspekty*, Warszawa 2021, s. 13.

to, że błąd wynika z winy, a niepowodzenie jest następstwem nieuchronności procesów choroby. Lekarz podejmujący działania, mające na celu ratowanie życia lub zdrowia pacjenta, nie będzie odpowiadał karnie za wszystkie niepowodzenia podjętych działań, lecz tylko za te, co do których można przypisać mu winę⁵².

Negatywne skutki zabiegu kosmetycznego z użyciem toksyny botulinowej, o ile nie są niepowodzeniem medycznym, mogą skutkować pociągnięciem do odpowiedzialności prawnej jego wykonawcy. Wspomniane skutki w prawie cywilnym będą kwalifikowane jako szkoda na osobie, czyli krzywda – w zależności od przypadku jako rozstrój zdrowia lub uszkodzenie ciała. Zgodnie z tym, na gruncie Kodeksu cywilnego, wykonawcy takiego zabiegu będzie groziła odpowiedzialność odszkodowawcza⁵³.

Patrząc na wskazane wyżej zachowanie wykonawcy zabiegu, z perspektywy prawa karnego jego zachowanie można zakwalifikować jako wypełniające znamiona jednego z przestępstw z rozdziału XIX Kodeksu karnego (dalej jako k.k.). W zależności od skutku, jaki wywołało działanie sprawcy, będzie możliwe zakwalifikowanie go jako ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 k.k.), lekkiego lub średniego uszczerbku na zdrowiu (art. 157 k.k.) albo narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.).

Przeprowadzenie zabiegu wstrzyknięcia toksyny botulinowej za pomocą strzykawki i igły jest związane z przerwaniem ciągłości powłok ciała. Zaliczane jest jednak – obok np. fotodepilacji, zabiegów związanych z wnikaniem w ciało pacjenta za pomocą lasera czy peelingów chemicznych – do zabiegów estetycznych mało inwazyjnych⁵⁴.

W związku z powyższym zachodzi konieczność odpowiedzi na pytanie: kiedy zabieg z zastosowaniem botoksu będzie legalny? Andrzej Marek formułował postulat, zgodnie z którym zabiegi kosmetyczne powinny być traktowane podobnie jak zabiegi lecznicze, tzn. naruszenie integralności cielesnej powinno dokonywać się pod warunkiem nieszkodliwości zabiegu dla zdrowia i niewielkiego prawdopodobieństwa ujemnych następstw⁵⁵.

Koncepcji legalności zabiegów leczniczych jest wiele. Według tzw. koncepcji prawa zawodowego sam fakt regulowania przez prawo działalności lekarskiej upoważnia lekarzy do dokonywania czynności leczniczych. Inna koncepcja uzasadnia działalność lekarza na zasadzie działania w stanie wyższej konieczności⁵⁶.

⁵² E. Jęczmionka-Kopińska, *Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym*, Poznań 2013, s. 42–44; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2002, s. 92.

⁵³ R. Kubiak, op. cit., s. 781.

⁵⁴ A. Fiutak, op. cit., s. 243.

⁵⁵ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 181–183.

⁵⁶ E. Jęczmionka-Kopińska, op. cit., s. 48.

Zabiegi lecznicze terapeutyczne traktowane są podobnie jak inne zabiegi lecznicze. Część doktryny uznaje, że zabiegi terapeutyczne, czyli te, które nastawione są na ratowanie życia lub zdrowia pacjenta, mają charakter pierwotnie legalny – nie ma konieczności zastosowania konstrukcji kontratypu, aby zachowanie sprawcy nie było uznawane za bezprawne. Zgodnie z tym założeniem podstawowym kryterium legalności takiego zachowania będzie działanie *lege artis*⁵⁷.

Inaczej jest z czynnościami pozbawionymi celu terapeutycznego, które uznawane są za pierwotnie bezprawne i dopiero zastosowanie wobec nich konstrukcji kontratypu prawnie je usprawiedliwia. Zabiegi nastawione wyłącznie na cel estetyczny mogą być wykonane pod warunkiem, że stwarzają niewielkie ryzyko, a zainteresowany poddaniem się takiemu zabiegowi wyraził zgodę. Uzupełnieniem pozaustawowego kontratypu jest wymóg, aby zabieg był wykonany przez osobę do tego uprawnioną⁵⁸. Konieczne jest także, aby był wykonany zgodnie z wymogami wiedzy i doświadczenia w takiej dziedzinie⁵⁹. Jak zaznacza Adam Górski, takie „usprawiedliwienie prawne” czynności terapeutycznych jest związane z założeniem, że istnieją kontratypy pozaustawowe. Natomiast przy założeniu, że kontratyp musi mieć swoje źródło w ustawie status prawny czynności nieterapeutycznych, jest trudny do wyjaśnienia⁶⁰.

Autorzy niniejszego opracowania podzielają zdanie przedstawione przez Ewę M. Guzik-Makaruk i Ewelinę Wojewodę, zgodnie z którym w przypadku czynności kosmetycznych terapeutycznych nie mamy do czynienia z pierwotną legalnością, lecz wymagają one zyskania legalności przez zastosowanie konstrukcji kontratypu. Nie jest to jednak kontratyp pozaustawowy. Jego przesłanki wprawdzie nie wynikają bezpośrednio z pojedynczej jednostki redakcyjnej ustawy, lecz daje się go zrekonstruować, odwołując się do różnych aktów normatywnych. Elementami kontratypu czynności kosmetycznych są: cel leczniczy, zgoda pacjenta, która musi być świadoma i objaśniona, wykonanie zabiegu przez osobę posiadającą stosowane uprawnienia oraz wykonanie go *lege artis*⁶¹.

Zabiegi kosmetyczne nieterapeutyczne powinny być uznane za pierwotnie legalne – w ich przypadku nie dochodzi do zamachu na dobra chronione prawem, zatem nie ma też konieczności odwoływania się do figury kontratypowej. Ponadto natura kontratypu dotyczy sytuacji wyjątkowych, natomiast zabiegi kosmetyczne do takich nie należą⁶².

⁵⁷ A. Górski, *Wykonywanie zawodu lekarza a prawo karne*, Warszawa 2019, s. 81.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ R. Kubiak, op. cit., s. 786.

⁶⁰ A. Górski, op. cit., s. 85.

⁶¹ E.M. Guzik-Makaruk, E. Wojewoda, *Prawo karne medyczne. Stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2022 [w druku].

⁶² Ibidem.

Jak zauważa Rafał Kubiak, zakładając pierwotną legalność czynności czysto kosmetycznych, należy zwrócić uwagę, że możliwe jest powstanie odpowiedzialności karnej za wyczerpanie znamion jednego z przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu. Następstwa, będące niezamierzonym efektem naruszenia reguł ostrożności, mogą być zakwalifikowane jako typ nieumyślny wybranych przestępstw (np. art. 156 § 2 k.k. – nieumyślny uszczerbek na zdrowiu). Przestrzeganie wymaganych w takiej sytuacji reguł ostrożności jest związane z trzema zasadniczymi elementami:

- 1) posiadaniem odpowiednich kwalifikacji przez osobę wykonującą zabieg,
- 2) wykonaniem zabiegu przy użyciu odpowiednich do tego narzędzi,
- 3) przeprowadzeniem zabiegu w sposób odpowiedni, czyli taki, który nie jest związany z ryzykiem wykraczającym poza granice społecznej akceptacji.

Szczególnie istotny w analizowanym przypadku jest element podmiotowy, tzn. aby zabieg kosmetyczny mógł być przeprowadzony legalnie, konieczne jest ustalenie, jakie wymagania są konieczne do jego przeprowadzenia, a następnie ustalenie, czy wykonawca w chwili jego wykonania takie uprawnienia posiada⁶³.

Teresa Gardocka słusznie zauważa, że mimo braku regulacji prawnych dotyczących nieterapeutycznych zabiegów estetycznych trudno uznać je za całkowicie nielegalne. Byłoby to sprzeczne z interesami ludzi oraz prawem rynku, zgodnie z którym popyt generuje podaż. Kontynuując wywód, stwierdza, że okaleczanie ciała celem poprawienia urody można uznać za zachowanie w ramach swobody dysponowania własnym ciałem. Warunkiem jest rozmiar wspomnianego okaleczenia, co wiąże się z relatywnie niskim ryzykiem przeprowadzenia zabiegu⁶⁴.

Nieudany zabieg wstrzyknięcia botoksu na podstawie badań własnych

W pracy postanowiono przedstawić wyniki badania *case study* przy wykorzystaniu metody, jaką jest wywiad pogłębiony. W naukach społecznych metoda ta jest uważana za szczególnie przydatną, ponieważ umożliwia poznanie zjawisk mieszczących się w świadomości badanych. Polega ona na swoistej rozmowie kierowanej badacza z respondentem, podczas której badacz stara się uzyskać dane, będące celem badań⁶⁵.

⁶³ R. Kubiak, *Reguły ostrożności przy zabiegach kosmetycznych – wymogi podmiotowe*, [w:] A. Górski, M. Grassmann, E. Sarnacka (red.), *Standard wykonywania zawodów medycznych*, 2019, Legalis.

⁶⁴ T. Gardocka, *Nowe procedury medyczne w świetle polskiego prawa*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiełło (red.), *Nowe medyczne prawo karne*, Warszawa 2021, s. 166–167.

⁶⁵ J. Sztumski, *Wstęp do metod i technik badań społecznych*, Katowice 2020, s. 200–201.

Wybrana metoda nie pozwala na określenie skali problemu, lecz nie jest to celem badania. Wywiad, poprzez swój charakter, daje szansę na uzyskanie informacji o charakterze jakościowym, m.in. poprzez połączenie rozmowy z obserwacją mimiki, gestów czy reakcji na zadane pytanie. Dodatkową zaletą jest jego elastyczność oraz możliwość zdobycia znacznie więcej danych niż przy badaniach ilościowych⁶⁶. Jakościowe podejście do przedmiotu badania nie jest wolne od surowych zasad prawidłowej metodologii. Poprawne wykonanie badania jakościowego wiąże się z niemniejszym wysiłkiem badacza, podobnie jak w przypadku przeprowadzenia dobrych badań ilościowych⁶⁷.

Rozmowa z badanym przybrała kształt wywiadu częściowo skategoryzowanego – przed wywiadem badacz znał w ograniczonym zakresie sytuację respondenta, co umożliwiło przygotowanie wstępnej listy pytań, która była modyfikowana pod wpływem rozmowy. Był prowadzony zgodnie z wcześniej przemyślanym ogólnym planem, lecz pytania nie były zadawane w określonej wcześniej liczbie czy kolejności⁶⁸. Taka luźniejsza od wywiadu, wysoce skategoryzowana forma umożliwiła większą elastyczność podczas rozmowy, co wydaje się zasadne przy delikatnej tematyce badania.

Zostały podjęte wszelkie działania związane z etycznym przeprowadzeniem badania – respondent został uprzednio poinformowany o celu badania oraz zapewniono mu anonimowość. Rozmowa została przeprowadzona w trosce o to, aby badanie nie przyniosło respondentowi ani emocjonalnej, ani żadnej innej krzywdy. Jest to istotny etyczny standard przeprowadzania badań z drugim człowiekiem, a temat badania, którym jest nieudany zabieg kosmetyczny, uzasadnia dołożenie do tego szczególnej staranności⁶⁹. Nieudany zabieg przy zastosowaniu toksyny botulinowej wiąże się często z negatywnym wpływem na wygląd, co może być odbierane jako temat wysoce wrażliwy.

Kontakt z respondentem został nawiązany drogą mailową, po wcześniejszym kontakcie bezpośrednim. Respondentem była kobieta w wieku 26 lat, która poddała się zabiegowi wstrzyknięcia toksyny botulinowej celem podniesienia kąćków ust, jak i kwasu hialuronowego, co miało na celu wypełnienie kształtu ust. Ze względu na korzystną cenę respondentka zdecydowała się na wykonanie zabiegu przez studentkę kosmetologii w ramach zaliczenia praktyki zawodowej. Podczas zabiegu, oprócz osoby wykonującej zabieg, czyli studentki kosmetologii, była obecna osoba odpowiedzialna za wykonanie zabiegu przez adepta zawodu kosmetologii. Już podczas zabiegu respondentka czuła niepewność ze względu na fakt, że osoba odpowiedzialna za swoją uczennicę

⁶⁶ Ibidem, s. 213–214.

⁶⁷ K. Stemplewska-Żakowicz, *Metody jakościowe, metody ilościowe: hamletowski dylemat czy różnorodność do wyboru?*, „Roczniki Psychologiczne” 2010, t. XIII, nr 1, s. 89.

⁶⁸ M. Żelazo, *Kwestionariusz wywiadu jako narzędzie badawcze*, „Obronność – Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania i Dowodzenia Akademii Obrony Narodowej” 2013, nr 2(6), s. 224.

⁶⁹ A. Fontana, J.H. Frey, *Wywiad. Od neutralności do politycznego zaangażowania*, [w:] N.K. Denzin, Y.S. Lincoln (red.), *Metody badań jakościowych*, t. 2, Warszawa 2014, s. 109.

zajmowała się innymi sprawami, spoglądając tylko od czasu do czasu na wykonywany zabieg. Należy nadmienić, że przed podjęciem zabiegu respondentka nie została poinformowana o możliwych negatywnych następstwach zabiegu oraz ewentualności niepowodzenia zabiegu i dalszych tego konsekwencji. Nie zostały też przedstawione respondentce żadne dokumenty celem zapoznania się z nimi, poza klauzulą RODO. Podczas zabiegu respondentka czuła dyskomfort, jednak myślała, że to naturalne. Po zakończonym zabiegu zostały jej przedstawione ogólne zasady pielęgnacji ust po zabiegu i zalecenia co do terminu powtórzenia zabiegu. Tego samego dnia pojawił się bardzo duży obrzęk i zaczerwienie ust. Po kontakcie z osobą wykonującą zabieg respondentka otrzymała informację, że jest to normalne następstwo zabiegu.

Obrzęk, mimo upływu kilku dni od zabiegu, nie ustępował, w związku z czym respondentka udała się do lekarza medycyny rodzinnej, który zalecił jej konsultację z lekarzem specjalistą (w tym wypadku był nim specjalista z zakresu chirurgii plastycznej) oraz przepisał leki przeciwzapalne. Po upływie kilku dni respondentka udała się do profesjonalnej kliniki medycyny estetycznej, w której okazało się, że iniekcja preparatów została przeprowadzana nieprawidłowo. W ocenie specjalisty ilość preparatu była niewspółmierna do oczekiwanego efektu, a także preparaty zostały wprowadzone w nieprawidłowo wytypowane miejsca. Respondentka wspomniała, że po zejściu opuchlizny miała tzw. efekt kaczyc ust. Usta były długie czas obolałe, jednak najmniej komfortowa dla respondentki była dysproporcja ust i grudy na ustach, związane z tym, że ilość kwasu hialuronowego nie została dobrze rozprowadzona. Nadto usta przestały być mimiczne, respondentka wręcz czuła zwiotczenie ust. Kontaktowała się z salonem, który świadczył na jej rzecz usługi. W rozmowie telefonicznej stwierdzono, że decydując się na zabieg wykonany przez „osobę uczącą się”, musiała ona liczyć się z możliwością niepowodzenia zabiegu, właścicielka salonu nie poczuwała się do odpowiedzialności za nieudany zabieg powiększenia ust połączony z zabiegiem podniesienia kąćków ust. W profesjonalnej klinice medycyny estetycznej, w której respondentka odbywała konsultacje po nieudanym zabiegu, zdecydowano się podjąć zabieg naprawczo-korekcyjny mający na celu poprawę wyglądu ust. Zabieg odbył się po 3 miesiącach od felernego zabiegu respondentki i polegał na usunięciu nadmiaru kwasu hialuronowego, który tworzył grudy na ustach. Zabieg respondentka wspominała jako bardzo bolesny. Następnie za pomocą kwasu hialuronowego zostały proporcjonalnie wypełnione usta respondentki oraz przy użyciu toksyny botulinowej podniesiono jej kąćki ust.

Respondentka uważa, że jej usta wyglądają lepiej po drugim zabiegu, jednak nie jest to efekt jakiego spodziewała się na samym początku, gdyż niedoskonałości powstałych po pierwszym zabiegu nie da się w pełni usunąć. Na pytanie, czy poddałaby się ponownie jakiemukolwiek zabiegowi z zakresu medycyny estetycznej, odpowiadała przecząco. Obecnie nie jest w pełni zado-

wolona z wyglądu swoich ust, ale ze względu na ból i stres z tym związany nie zamierza poddać się ponownie żadnemu zabiegowi, który miałby na celu zmianę estetyczną.

Case study wskazuje na problem, jakim jest dobór salonu/kliniki wykonującej zabieg. Kierowanie się korzystniejszą ceną nie zawsze wiąże się z profesjonalnym wykonaniem zabiegu. Przede wszystkim istotne znaczenie ma polecenie osoby korzystającej z zabiegu o możliwych negatywnych następstwach zabiegu, a także przedstawienie ewentualności niepowodzenia zabiegu. Przed podjęciem jakichkolwiek czynności zabieg powinien zostać skonsultowany, aby zarówno osoba, która go wykonuje, jak i osoba, która się poddaje zabiegowi, wiedziały, jaki jest pożądaný efekt zabiegu. Przedstawiony wyżej przykład pokazuje konieczność regulacji przez ustawodawcę obszaru medycyny estetycznej przez określenie, jakie zabiegi może wykonywać lekarz, jakie zabiegi może wykonywać kosmetolog oraz jakie zabiegi może wykonywać kosmetyczka. Określenie jasnych zasad funkcjonowania medycyny estetycznej pozwoli uniknąć negatywnych zjawisk z nią związanych, tj. wykonywanie usług przez osoby nieposiadające do tego kompetencji.

Zakończenie

Zabiegi kosmetyczne stają się coraz bardziej popularne wśród osób, które chcą skorygować swój wygląd. Wraz ze wzrostem popularności tego typu zabiegów oraz zwiększającą się świadomością prawną społeczeństwa na wokandach sądowych rozstrzyga się coraz więcej spraw dotyczących tej problematyki.

Zabiegi kosmetyczne z wykorzystaniem toksyny botulinowej wykonane przez osobę do tego uprawnioną, odpowiednio wyszkoloną oraz przeprowadzone w sterylnych warunkach wiążą się z niewielkim ryzykiem powikłań czy niepożądanych skutków. Kwestia podmiotowa dotycząca tego, kto ma prawo je wykonywać, nie jest jednoznacznie uregulowana prawnie. Obserwowany jest spór między lekarzami roszczącymi sobie wyłączne prawo do wykonywania takiego typu zabiegów a kosmetologami, którzy z uwagi na ukończenie studiów na uniwersytetach medycznych są zdania, że także mają prawo je wykonywać. Zabiegi z wstrzyknięciem toksyny botulinowej należy uznać za na tyle inwazyjne, że zgodnie z prawem mogą być wykonane wyłącznie przez lekarza posiadającego prawo wykonywania zawodu, ponieważ to właśnie lekarze podczas procesu kształcenia zdobywają wiedzę i umiejętności potrzebne, aby taka ingerencja w powłoki cieleśne pacjenta była w pełni bezpieczna.

Inwazyjność zabiegu polegająca na przerwaniu ciągłości tkanek ciała uzasadnia konieczność legitymizacji prawnej. Autorzy niniejszego opracowania stoją na stanowisku, że w przypadku zabiegów leczniczych z użyciem botoksu legitymizacja wtórna następuje poprzez zastosowanie konstrukcji kontraty-

powej. Wspomniany kontratyp nie ma cechy pozaustawowej, lecz daje się wyinterpretować z szerszej gamy aktów normatywnych. Elementami koniecznymi do zaistnienia sytuacji kontratypowej są: cel leczniczy, objaśniona i świadoma zgoda pacjenta, wykonanie zabiegu zgodnie z zasadami *lege artis* oraz wykonanie go przez osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia.

Przy zabiegach nieterapeutycznych z użyciem botoksu autorzy postulują za uznaniem ich za pierwotnie legalne. Należy podkreślić, że stosowanie w prawie karnym figury kontratypu ma znaczenie szczególne i wyjątkowe, natomiast zabiegi upiększające do stanów wyjątkowych nie należą. W związku z tym zabieg kosmetyczny nieleczniczy wykonany zgodnie z obowiązującymi regulami ostrożności należy uznać za pierwotnie legalny.

Przeprowadzone na potrzeby opracowania badanie *case study* pokazało, że pacjent chcący poprawić swoją urodę, przy ograniczonych środkach finansowych przeznaczonych na ten cel, może narazić się na niebezpieczeństwo. Respondentka, z którą przeprowadzono wywiad, zobrazowała swój przypadek, który ukazuje liczne nieprawidłowości, począwszy od tego, że przeprowadzała go osoba nieuprawniona do tego – student kosmetologii. Osoba prowadząca praktykę, która nie zachowała odpowiedniego nadzoru nad zabiegiem przeprowadzanym przez praktykanta, także nie posiadała stosownych uprawnień do przeprowadzania tak inwazyjnego zabiegu. Co szczególnie rażące, niedbałość w informowaniu pacjentki o ryzyku i możliwych niepożądanych skutkach spowodowała, że można mieć wątpliwość, czy jej zgoda była świadoma i dostatecznie objaśniona.

Zaprezentowane badanie, z uwagi na swój jakościowy charakter, ukazuje wyłącznie wycinek rzeczywistości. Nie obrazuje skali zjawiska, lecz to nie było celem opracowania. Z pewnością stanowi jednak szerszy problem społeczny, a rosnące zainteresowanie zabiegami z branży *beauty* daje powody do pogłębianego zainteresowania ze strony środowiska naukowego.

Wykaz literatury

- Błaszczyk M., *Botoks i jego skutki zdrowotne. Kto nie powinien go stosować?*, <https://zdrowie.wprost.pl/uroda/medycyna-estetyczna/10370329/botoks-zastosowanie-skutki-uboczne-czy-warto-stosowac-botoks.html>.
- Coleman Moriarty K., *Zastosowanie toksyny botulinowej w zabiegach odmładzania skóry twarzy*, red. wyd. pol. A. Kaszuba, Urban&Partner, Wrocław 2005.
- Dybalski S., *Botoks (toksyna botulinowa) w medycynie estetycznej i konwencjonalnej*, <https://www.apteka-melissa.pl/blog/arttykul/botoks-toksyna-botulinowa-w-medycynie-estetycznej-i-konwencjonalnej,791.html>.
- Erbguth F.J., *Historical notes on botulism, Clostridium botulinum, botulinum toxin, and the idea of the therapeutic use of the toxin*, „Movement Disorders” 2004, vol. 19 (suppl. 8).

- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków 2002.
- Fiutak A., *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Fontana A., Frey J.H., *Wywiad. Od neutralności do politycznego zaangażowania*, [w:] N.K. Denzin, Y.S. Lincoln (red.), *Metody badań jakościowych*, t. 2, Wyd. Nauk. PWN, Warszawa 2014.
- Gałęb A., *Ocena jakości życia pacjentów przed i po wybranych zabiegach z zakresu medycyny estetycznej*, rozprawa doktorska, Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, Poznań 2011.
- Górski A., *Wykonywanie zawodu lekarza a prawo karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Guzik-Makaruk E.M., Truskolaska E., Wojewoda E., *Odpowiedzialność za błędy medyczne w Polsce i Republice Federalnej Niemiec – wybrane aspekty*, Inst. Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2021.
- Guzik-Makaruk E.M., Wojewoda E., *Prawo karne medyczne. Stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2022 [w druku].
- Jęczmionka-Kopińska E., *Błąd w sztuce i niepowodzenie medyczne w polskim systemie prawnym*, Silva Rerum, Poznań 2013.
- Kozioł A., Werwińska N., *Toksyna botulinowa – zastosowanie w zabiegach estetycznych i w medycynie*, „Kosmetologia Estetyczna” 2019, vol. 8(4).
- Kubiak R., *Czynności kosmetyczne (estetyczne)*, [w:] M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska (red.), *Regulacja prawna czynności medycznych*, t. 2, cz. 2, seria: System Prawa Medycznego, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Kubiak R., *Reguły ostrożności przy zabiegach kosmetycznych – wymogi podmiotowe*, [w:] A. Górski, M. Grassmann, E. Sarnacka, *Standard wykonywania zawodów medycznych*, 2019, Legalis.
- Nigam P.K., Nigam A., *Botulinum toxin*, „Indian Dermatology Online Journal” 2010, vol. 55.
- Noszczyk M., *Kosmetologia pielęgnacyjna i lekarska*, PZWL, Warszawa 2010.
- Paszkowska M., *Udzielanie świadczeń z zakresu medycyny estetycznej*, ABC, Lex.
- Przyłipiak A., *Korekcja ust – powiększanie warg*, [w:] A. Przyłipiak (red.), *Podstawy medycyny estetycznej. Podręcznik dla studentów kosmetologii*, Białystok 2014.
- Stemplewska-Żakowicz K., *Metody jakościowe, metody ilościowe: hamletowski dylemat czy różnorodność do wyboru?*, „Roczniki Psychologiczne” 2010, t. XIII, nr 1.
- Sztumski J., *Wstęp do metod i technik badań społecznych*, Wyd. Nauk. „Śląsk”, Katowice 2020.
- Tani botoks robi wielkie szkody*, wywiad K. Kowalskiej z A. Kaszubą, <https://www.rp.pl/prawo-dla-ciebie/art2158211-tani-botoks-robi-wielkie-szkody>.
- Zbrojkiewicz M., Lebieadowska A., Błońska-Fajfrowska B., *Toksyna botulinowa w medycynie i kosmetologii – dwustuletnia historia i nowe perspektywy*, „Postępy Higieny i Medycyny Doświadczalnej” 2018, nr 72.
- Żelazo M., *Kwestionariusz wywiadu jako narzędzie badawcze*, „Obronność – Zeszyty Naukowe Wydziału Zarządzania i Dowodzenia Akademii Obrony Narodowej” 2013, nr 2(6).

Summary

Selected aspects of botulinum toxin use from the perspective of criminal law and criminology

Keywords: criminal law, medical criminal law, criminology, aesthetic medicine, botulinum toxin.

Nowadays, aesthetic medicine in its broadest sense is extremely popular. Social media determine the aesthetics of appearance, indicating what is currently considered fashionable and beautiful. Therefore, the use of botulinum toxin as a substance allowing to get rid of unwanted facial imperfections is becoming increasingly popular. However, aesthetic medicine procedures in which this substance is used are not legally regulated. Current legislation does not clearly define who can use botulinum toxin. Given this, botulinum toxin is often used by people who are not medically qualified to use this substance. The article aims to indicate the properties and use of botulinum toxin and the legal consequences of its misuse. The article is enriched by the authors' own research, conducted in the form of a case study.

Adam Grajewski

Biuro Kontroli Komenda Główna Policji

ORCID: 0000-0003-4761-5339

adam.ggg1@wp.pl

Zbigniew Wardak

Uniwersytet Łódzki Wydział Prawa i Administracji

ORCID: 0000-0002-6475-3082

zwardak@wpia.uni.lodz.pl

Broń palna w muzeach prywatnych

Broń palna, bez względu na to, w jaki sposób zostanie wykorzystana i gdzie jest przechowywana, w tym również w muzeach, jest przedmiotem niebezpiecznym, który ze względu na swoją budowę oraz przewidziany przez wytwórcę sposób wystrzelenia pocisku może spowodować śmierć lub ciężkie obrażenia ciała człowieka¹. Ustawa o broni i amunicji² oraz ustawa o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym³ wprowadzają reglamentację w zakresie m.in. posiadania i obrotu bronią i amunicją z uwagi na cechy takich przedmiotów, w tym w szczególności bezpieczeństwo obywateli i porządek publiczny. Objęcie przez ustawodawcę reglamentacją posiadania, wytwarzania i obrotu bronią palną i amunicją spowodowane jest potrzebą ochrony przed niebezpieczeństwem użycia tych przedmiotów przeciwko życiu i zdrowiu ludzkiemu⁴.

¹ S. Adamczyk, *Pojęcie broni palnej*, „Problemy Kryminalistyki” 1967, nr 66, s. 205; M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane problemy teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 362; A. Babiński, R. Kupiński, *Broń i amunicja. Reglamentacja i odpowiedzialność*, Szczytno 2007, s. 18–20, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *Pojęcie broni palnej w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 10, s. 85–99.

² Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 955), dalej jako u.b.a.

³ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1214 z późn.zm.), dalej jako u.w.d.g.

⁴ L. Niewiński, *Zakres reglamentacji dostępu do broni palnej jako forma ograniczenia prawa podmiotowego obywatela*, „Studia Prawnoustrojowe” 2006, nr 6, s. 243.

Zgodnie z art. 2 u.b.a., poza przypadkami określonymi w ustawie, nabywanie, posiadanie oraz zbywanie broni i amunicji jest zabronione. Broń i amunicja są rzeczami, których nie można swobodnie nabywać, posiadać i zbywać, gdyż prawa te podlegają reglamentacji. Wyłączenia podmiotowe spod reżimu przepisów ustawy o broni i amunicji sformułowane są w treści art. 3 u.b.a., przedmiotowe i podmiotowe zaś w treści art. 11 u.b.a.⁵ Jako odstępstwa od reguły reglamentacji wszelkie wyłączenia nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

Jedno z wyłączeń przewidziano w art. 11 pkt 1 u.b.a., zgodnie z którym zezwolenia na broń nie wymaga się w przypadku gromadzenia broni w zbiorach muzealnych na podstawie odrębnych przepisów. Ustawodawca podkreśla, że chodzi o przedmiot będący bronią w rozumieniu ustawy, gromadzony po prostu w muzeach, „na podstawie odrębnych przepisów”, tj. w oparciu o ustawę o muzeach⁶. W przepisie art. 3 u.o.m. ustawodawca wskazuje, że muzea mogą być tworzone dla jednej lub wielu dziedzin działalności człowieka oraz tworów natury. Dotyczy to ogólnie pojętych dóbr kultury, co w praktyce stanowi katalog otwarty, ponieważ każdy eksponat muzealny, bez względu na dziedzinę nauki lub sztuk, podlega ochronie (art. 2 u.r.n.d.k.⁷). Z art. 21 u.o.m. wynika, że muzealiami są rzeczy ruchome i nieruchomości stanowiące własność muzeum i wpisane do inwentarza muzealiów. Muzealia wpisane do inwentarza muzealiów stanowią własność podmiotu, który utworzył muzeum. Muzealia, zgodnie z art. 21 u.o.m., bez względu, czy stanowią kolekcje, czy zbiór rzeczy, wpisane do inwentarza muzeum stanowią szeroko pojęte dobra narodowe. Warto wskazać, że do posiadania w celach kolekcjonerskich, pamiątkowych lub rekonstrukcji historycznych broni palnej i amunicji współczesnej, jak i historycznej posiadającej cechy zabytku, wskazane w art. 3 pkt 1 oraz art. 3 pkt 4 u.o.z.⁸ wymagane jest pozwolenie na broń. Zgodnie z przepisami, w przypadku zbycia broni palnej przez osobę fizyczną wymagane jest posiadanie pozwolenia na zakup broni przez nabywcę. Jest to bardzo rygorystycznie przestrzegane i wszelkie naruszenia zagrożone są sankcją karną wskazaną w przepisach karnych ustawy o broni i amunicji (art. 50 i art. 51 u.b.a) oraz Kodeksu karnego⁹ (art. 263 § 3 i § 4 k.k.). Jednak w przypadku zbycia przez muzeum każdego z eksponatów, w tym również w postaci np. broni palnej, regulowane jest to jedynie w przypadku muzeum państwowego i samorządo-

⁵ Zob. m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt I KZP 29/09, OSNKW 2010, Nr 4, poz. 30.

⁶ Ustawa z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 902 z późn. zm.), dalej jako u.o.m.

⁷ Ustawa z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1591), dalej jako u.r.n.d.k.

⁸ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 710 z późn. zm.), dalej jako u.o.z.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 z późn. zm.), dalej jako k.k.

wego, co może być dozwolone po uzyskaniu pozwolenia ministra właściwego do spraw kultury (art. 21 i art. 23 u.o.m.). Ustawa o muzeach nie wypowiedzi się na temat wyrażenia zgody na dokonywanie zamiany, sprzedaży lub darowizny muzealiów przez muzea prywatne, pozostawiając tę kwestię nieregulowaną i zapominając, że eksponatem stanowiącym muzealium może być również w pełni sprawna broń palna.

W skład zbiorów muzealnych może wejść również broń palna zakwalifikowana do kategorii A, do której należy m.in. samoczynna strzelecka broń palna, tzn. strzelecka broń palna, która ładuje się automatycznie po każdorazowym oddaniu strzału i która może oddać więcej niż jeden strzał przy jednym uruchomieniu urządzenia spustowego¹⁰. Zgodnie art. 9 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/555 z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni¹¹, broń kategorii A powinna być co do zasady wyłączona z nabywania i posiadania. W pkt 25 preambuły tej dyrektywy przy tym wskazano, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość decydowania o wydawaniu uznanym muzeom i kolekcjonerom pozwoleń na nabycie i posiadanie broni palnej, istotnych komponentów i amunicji sklasyfikowanych w kategorii A, jeżeli jest to niezbędne do celów historycznych, kulturowych, naukowych, technicznych, edukacyjnych lub związanych z dziedzictwem, pod warunkiem że takie muzea i kolekcjonerzy wykażą przed uzyskaniem pozwolenia, iż przyjęły niezbędne środki w celu wyeliminowania wszelkich zagrożeń dla bezpieczeństwa publicznego lub porządku publicznego, łącznie z zapewnieniem należytego przechowywania. Każde takie pozwolenie powinno uwzględniać i odzwierciedlać konkretną sytuację, w tym charakter kolekcji oraz jej cel, a państwa członkowskie powinny zapewnić ustanowienie systemu monitorowania kolekcjonerów i zbiorów. Zgodnie z art. 9 ust. 2 dyrektywy, państwa członkowskie mogą wydawać pozwolenia muzeom na nabycie i posiadanie broni palnej, istotnych komponentów i amunicji sklasyfikowanych w kategorii A, jeżeli spełniają rygorystyczne warunki w zakresie bezpieczeństwa¹². W przepisie art. 4 pkt 2 u.w.d.g. wskazano jedynie, że ustawy nie stosuje się do broni palnej wpisanej do inwentarza muzealiów, o którym mowa w art. 21 ust. 1 i 1a u.o.m., lub wpisanej do rejestru zabytków albo na Listę skarbów dziedzictwa lub ujętej w wojewódzkiej ewidencji zabytków, o których mowa odpowiednio w art. 8 ust. 1, art. 14a oraz art. 22 ust. 2 u.o.z. Polski ustawodawca tym samym w tym zakresie nie implementował ani dyrektywy z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni,

¹⁰ Załącznik „Kategorie i podkategorie strzeleckiej broni palnej i amunicji do strzeleckiej broni palnej” do u.w.d.g.

¹¹ T.j. Dz.U. UE L z 2021 r., Nr 115, s. 1.

¹² Identyczne brzmienie miał przepis art. 6 ust. 5 poprzedniej dyrektywy Rady z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni (Dz.U. UE L z 1991 r., Nr 256, s. 51 z późn. zm.), uchylonej dyrektywą nr 2021/555.

ani obecnej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/555 z dnia 24 marca 2021 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni w zakresie wydawania pozwolenia muzeom na nabycie i posiadanie broni palnej, istotnych komponentów i amunicji sklasyfikowanych w kategorii A.

Dokonując analizy przepisów w sferze poruszanej problematyki dotyczącej pozwolenia na obrót i posiadanie broni palnej, gromadzenia zbiorów muzealnych, w tym warunków do zakładania placówek muzealnych w celu gromadzenia muzealiów, od razu nasuwają się jednoznaczne spostrzeżenia. Wszystkie muzealia, bez względu na ich rodzaj, bez względu na to, czy stanowią kolekcje, czy zbiór rzeczy wpisanych do inwentarza muzeum, stanowią szeroko pojęte dobra narodowe. Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.o.m., muzea mogą być tworzone przez ministrów i kierowników urzędów centralnych, jednostki samorządu terytorialnego, osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. W zależności od założyciela można zatem podzielić muzea na: państwowe, samorządowe, uczelniane, kościelne i prywatne założone przez osoby fizyczne. W tej publikacji skoncentrowano się jedynie na zagrożeniach ściśle związanych z bronią palną gromadzoną w muzeach prywatnych.

Zagłębiając dalej poruszaną problematykę, należy wspomnieć o tzw. muzeach prywatnych założonych przez osoby fizyczne. Czasami można mieć odczucie, że niektórzy z ich założycieli nie do końca rozumieją funkcje i cele muzeów, które niekiedy są prowadzone nieprawidłowo. Według obecnie funkcjonujących przepisów, obok muzeum rejestrowanego, mogą funkcjonować nowo powstające muzea o statusie muzeum w organizacji. Jest to okres, w jakim jego założyciel przygotowuje się do otwarcia stałej wystawy. Zgodnie z art. 6 ust. 3 u.o.m., dzień otwarcia wystawy stałej kończy etap organizacji muzeum. Po dniu otwarcia wystawy stałej muzeum otrzymuje statut, zgodnie z wymogami określonymi w art. 6 ust. 2 u.o.m., przy czym tak powstałe muzeum dopiero może ubiegać się o wpis do rejestru¹³. Niestety, tu ustawodawca nie ograniczył okresu, w jakim maksymalnie muzeum może mieć status w organizacji, co powoduje, że niektóre prywatne muzea, będąc od lat w organizacji, nie są zobligowane żadnym terminem do udostępniania swoich zbiorów, w tym gromadzonej broni palnej. Daje to im, niestety, możliwość wyłączenia się spod kontroli Ministerstwa Kultury, ponieważ oficjalnie jeszcze nie prowadzą pełnej działalności muzealnej. Według wiedzy autorów brak jest w tym czasie odpowiedniej kontroli nad tym, co znajduje się w takim muzeum, a w szczególności w przypadku gromadzonej broni palnej i amunicji informacji na temat źródła jej pochodzenia i sposobu pozyskania. Czasami pojawiają się sygnały, że legalizuje się w nich i wprowadza do inwentarza muzealnego przedmioty uzyskane w sposób niezgodny z prawem z niejasnym pochodzeniem. Są to zabytki

¹³ <https://www.gov.pl/web/kultura/ustawa-o-muzeach> (data dostępu: 26.01.2022).

archeologiczne lub zabytki uzyskane niezgodnie z prawem w trakcie prowadzonych bez pozwolenia poszukiwań zabytków lub pochodzące z przypadkowych odkryć, które stanowią własność Skarbu Państwa, w tym sprawna broń palna¹⁴. Warto wskazać, że muzeum powinno posiadać pełną muzealną dokumentację określającą dokładne źródło pochodzenia każdego eksponatu z udokumentowanymi okolicznościami ich pozyskania, wydobywania oraz numery inwentarzonego obiektu i wszystkich jego części. Należy w takim wypadku podjąć starania zmierzające do zachowania nienaruszonej substancji i oryginalności obiektu muzealnego. Jednocześnie, mając na uwadze zapis art. 108 u.o.z., należy pamiętać, że każda osoba, która wykonuje czynności prowadzące do utraty cech zabytku lub ich zmiany, a więc ingerująca destrukcyjnie w nienaruszalność substancji zabytkowej, podlega odpowiedzialności karnej. Mówiąc wprost, osoba niewłaściwie przeprowadzająca zabiegi konserwatorskie lub pozbawiająca przedmiot stanowiący zabytkową broń palną jej cech użytkowych, czyli bojowych, w tym także właściciel zabytku, nie może stosować żadnych metod, które skutkowałyby zniszczeniem, jak również zmniejszeniem wartości historycznej artystycznej lub naukowej zabytku lub całkowitą utratą tych wartości¹⁵. Dlatego m.in. ustawodawca, mając na uwadze dobro chronione, jakim jest zabytek, nie wymaga pozwolenia na broń palną w przypadku gromadzenia jej w zbiorach muzealnych. W związku z powyższym każda broń palna, w tym nawet współczesna, a także broń kategorii A, gromadzona zgodnie z przepisami bez wymaganego przez ustawę pozwolenia w zbiorach muzealnych, może być pełnosprawna. Jest to, niestety, furtka powodująca swego rodzaju lukę dla osób zakładających muzea prywatne, które nigdy nie otrzymałyby pozwolenia na broń z uwagi na obostrzenia w dostępie do broni. Najczęstszym powodem byłoby niespełnienie warunków i wymagań do otrzymania takowego, o którym mowa w art. 15 u.b.a. W naszej ocenie powoduje to zbyt dużą swobodę w posiadaniu niebezpiecznego urządzenia, jakim jest broń palna. Ponadto w rękach osób do tego niepowołanych, przy obecnym stanie prawnym muzeów prywatnych, może to stanowić ogromne zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego. Niewątpliwie takie osoby nie miałyby możliwości nabycia i posiadania broni kategorii A.

Kwestie przekazywania zabytku do muzeum reguluje rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 15 maja 2008 r. w sprawie warunków, sposobu i trybu przenoszenia muzealiów¹⁶. Natomiast przyjęcie obiektu reguluje rozporządzenie Ministra Kultury z dnia 30 sierpnia 2004 r.

¹⁴ <https://warszawa.tvp.pl/46844577/policjanci-przekazali-do-muzeum-w-radomiu-pistolet-maszynowy-blyskawica> (data dostępu: 11.01.2022).

¹⁵ Zob. M. Kulik, A. Szczekala, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo zniszczenia lub uszkodzenia zabytku*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona zabytków*, Toruń 2010, s. 125–145.

¹⁶ Dz.U. z 2008 r., Nr 91, poz. 569.

w sprawie zakresu, form i sposobu ewidencjonowania zabytków w muzeach¹⁷ – wejście w posiadanie tych obiektów powinno być zgodne z § 2 wskazanego rozporządzenia. Do przyjętego zabytku powinna zostać założona karta ewidencyjna, nowo przyjęty zabytek powinien zostać także oznakowany oraz wpisany do księgi inwentarzowej w wymaganym terminie do 60 dni od objęcia w posiadanie. Obiekt stanowiący muzealium lub jego fragment, zwłaszcza gromadzona broń palna lub jej istotne elementy, nie może opuszczać bez dokumentów placówki muzealnej. Broń w muzeum służy tylko i wyłącznie do eksponowania, nie można z niej strzelać na strzelnicy. Jest to uregulowane przepisami i powyższe zjawisko narusza obowiązujące w tym zakresie normy prawne oraz może stanowić potencjalne niebezpieczeństwo utraty broni, w tym dostępu do takowej przez osoby zagrażające bezpieczeństwu publicznemu.

Obserwuje się wśród niektórych prywatnych placówek muzealnych, iż budynki, jak również ich pomieszczenia, w których są zakładane, które powinny być szczególnie zabezpieczone¹⁸ nie są dostosowane do przechowywania zabytkowej broni i amunicji¹⁹. Należy również wskazać, że muzeum powinno posiadać pełną muzealną dokumentację określającą dokładne źródło pochodzenia każdej jednostki broni z udokumentowanymi okolicznościami ich pozyskania oraz dokładne numery inwentarzowe obiektu.

W ocenie autorów niepokojącym zjawiskiem jest przekazywanie przez prokuraturę i sądy na własność, bez wcześniejszego zaopiniowania i kontroli przez służby konserwatorskie i zwrócenia się w tym celu do muzeów państwowych i samorządowych, broni palnej do prywatnych muzeów. Bardzo duża liczba sztuk broni palnej, w tym cennych zabytkowych jej egzemplarzy, która wcześniej została zabezpieczona m.in. przez Policję z uwagi na zwalczanie przestępstw związanych z nielegalnym posiadaniem broni i amunicji lub przestępczości przeciwko zabytkom, ulega przepadkowi. Broń palna w takich sytuacjach, gdy zostanie przekazana do nieodpowiednich prywatnych placówek muzealnych, staje się własnością prywatną i, niestety, nie ma dalej skutecznej kontroli nad dostępem osób niepowołanych do tego niebezpiecznego eksponatu. W rozwiązaniu tego problemu konieczne wydają się zmiany legislacyjne, które pozwoliłyby prawidłowo unormować powyższą kwestię, aby nie generowały one zagrożeń dla posiadaczy takiego niebezpiecznego muzealium w przypadku broni palnej, a także zagrożenia dla bezpieczeństwa i porządku publicznego.

¹⁷ Dz.U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2073.

¹⁸ Co jest regulowane przez rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz.U. z 2014 r., poz. 1240).

¹⁹ Zob. K. Osiewicz, *Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (wybrane przepisy z komentarzem)*, [w:] ABC Dokumentacja organizacyjno-ochronna w muzeach i wybrane przepisy prawa, Warszawa 2015, nr 5, s. 34–58.

Problem pojawia się już na etapie sprawowanie nadzoru nad muzeami prywatnymi i dokonywaniu kontroli ich działalności. Zgodnie z art. 6 ust. 3 i ust. 5 ustawy o kontroli w administracji rządowej²⁰, minister, kierownik urzędu centralnego, organy administracji zespolonej i niezespolonej mają uprawnienia do kontrolowania podległe mu lub przez niego nadzorowane organy lub jednostki organizacyjne. W przypadku muzeów leży to w kompetencji Departamentu Dziedzictwa Kulturowego Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego²¹. To na nim spoczywa nadzór nad całą działalnością muzeów prywatnych. Należy przy tej okazji wspomnieć, że każdy wojewódzki konserwator zabytków ma jedynie zgodnie z art. 38 u.o.z. uprawnienia do wykonywania kontroli w zakresie oceny stanu zachowania, warunków przechowywania i zabezpieczenia zabytków znajdujących się w muzeach. Jak wynika z przepisów, kontrola działalności prywatnych placówek muzealnych w tym również tych, które gromadzą broń palną odbywa się w oparciu o przepisy ustawy o muzeach oraz ustawy o kontroli w administracji i dokonywana jest jedynie przez pracowników podlegających pod DDK MKiDN, najczęściej niemających do czynienia na co dzień z bronią palną i amunicją²².

Na potrzeby przedmiotowej publikacji zwrócono się do DDK MKiDN z pytaniem, ile takich kontroli lub wizytacji w muzeach prywatnych miało miejsce w ciągu ostatnich 20 lat i w oparciu o jakie przepisy prowadzone są takie kontrole lub wizytacje. Niestety, nie uzyskano wnioskowanej odpowiedzi, ponieważ na tak oczywiste pytanie DDK MKiDN odpowiedziało, że żądana informacja stanowi informację publiczną przetworzoną²³. Z tego można wywnioskować, że organ ten nie kontroluje regularnie prywatnych muzeów, a tym bardziej tych, w których gromadzona jest broń palna. Taka sytuacja obnaża nieudolność organu wskazanego ustawowo do nadzoru nad muzeami i trwającej od wielu lat luce prawnej nad zagadnieniem swobodnego posiadania przez muzea prywatne bez zezwolenia broni palnej i amunicji. Z podobnym pytaniem o liczbę wizytacji i kontroli w prywatnych placówkach muzealnych, w tym również tych, które gromadzą broń palną i amunicję na terenie całego kraju od 2003 do 2020 r. dokonywanych przez wojewódzkich konserwatorów zabytków, zwrócono się do DOZ MKiDN. Uzyskano odpowiedź, że do roku 2018, a więc przed wejściem w życie przepisu art. 90 ust. 3 u.o.z., tego rodzaju dane nie były zbierane. Natomiast od 2018 r., na podstawie art. 90 ust. 3 u.o.z. minister żąda od wojewódzkich konserwatorów zabytków sprawozdań

²⁰ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 224).

²¹ Dalej jako DDK MKiDN.

²² Zob. art. 6 ust. 3 i ust. 5 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej oraz art. 6a ust. 1 pkt 2 u.o.m.

²³ Odpowiedź mailowa na wniosek otrzymana z bip@kultura.gov.pl z 2 lutego 2022 r. oraz decyzja Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 marca 2022 r., CI-ZIP.0110.3.2022.IJ.

z ich działalności, ale obejmują one jedynie dane ogólne. Z tego można wnioskować, że nikt nie kontroluje muzeów prywatnych, a tym bardziej nieznaney liczby oraz rodzajów broni palnej i amunicji w nich gromadzonej, jak również źródła pochodzenia tych muzealiów oraz rzeczywistej ich wartości historycznej lub naukowej.

Czasem przekazywane do muzeum prywatnego przedmioty posiadają cechy dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury, które w żaden sposób nie może być przeliczona na wartość pieniężną. Zdarzają się przypadki, że przedmiotem przypadku w wyniku przestępstwa jest broń palna, która trafia do muzeów prywatnych z racji tego, iż muzea w swoich zbiorach mogą gromadzić ją bez pozwolenia. Niestety, taki przedmiot w niepowołanych rękach może stanowić bardzo duże zagrożenie. Muzea są i jednocześnie powinny być najbezpieczniejszym miejscem dla przechowywania i eksponowania tych przedmiotów, jednocześnie zapewniając warunki na ich bezpieczne przechowywanie, tym bardziej w przypadku broni palnej, nie dając nikomu możliwości do zakwestionowania zabezpieczeń miejsca, w którym są eksponowane.

Na problemy bezpieczeństwa w muzeum regularnie zwracał uwagę Piotr Ogrodzki, który trafnie wskazywał słabości czynnika ludzkiego, opisując przykłady dobrych i złych praktyk. Na kwestię zagrożenia wynikającego chociażby z niekontrolowanego przepływu zwiedzających wskazywała także Monika Barwik, podkreślając że zachowanie zwiedzających jest trudne do przewidzenia, co w powiązaniu z otwartością ekspozycji może stanowić problem dla bezpieczeństwa zbiorów²⁴. Należy również zauważyć, że większe zagrożenie i sytuacje sprzyjające do kradzieży występują często w czasie i w miejscu, które sprzyjają niekontrolowanemu przepływowi dużej liczbie zwiedzających, co może mieć miejsce w muzeach prywatnych, w których – z uwagi na brak środków – nie ma wystarczającej liczby osób dozorujących. Problem ten również, jak wiadomo z literatury, występuje nawet w dozorowanych muzeach państwowych²⁵. Oczywiście, biorąc pod uwagę ogólną liczbę przestępczości skierowanej przeciwko zabytkom, muzea stanowią zdecydowanie najmniej zagrożoną grupę instytucji i obiektów. Jednakże należy pamiętać, iż kradzieże mogą się zdarzyć w każdym, nawet największym i najlepiej strzeżonym muzeum, często w nieprzystosowanym lub słabo dozorowanym muzeum prywatnym²⁶.

Drugim problemem jest nałożony przez ustawodawcę obowiązek każdej osoby dysponującej uprawdopodobnionymi informacjami na temat popełnionego przestępstwa. Przepisy polskiego postępowania karnego stanowią o spo-

²⁴ M. Barwik, *Zagrożenie przestępczością w muzeach skansenowskich w świetle poniesionych strat*, [w:] ABC ochrony muzeów skansenowskich, Warszawa 2014, nr 4, s. 4–10.

²⁵ P. Ogrodzki, *Kradzież obrazu Clauda Moneta „Wybrzeże w Porville” z Muzeum Narodowego w Poznaniu*, [w:] P. Ogrodzki (red.), *Kradzieże w muzeach – przyczyny, skutki, wnioski*, Warszawa 2006, s. 58–64.

²⁶ Idem, *Kradzieże zbiorów z polskich muzeów*, [w:] P. Ogrodzki (red.), op. cit., s. 17–24.

lęcznym obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Z art. 304 § 1 k.p.k.²⁷ wynika, że każdy, kto dowiedział się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, powinien powiadomić o tym organy ścigania. W przypadku zabytków ruchomych znajdujących się w rękach prywatnych obowiązek taki spoczywa na właścicielu lub posiadaczu zabytku. Należy pamiętać, że w przypadku, gdy mowa o broni palnej w zbiorach muzealnych, to traktujemy ten przedmiot jak muzealium. Wydawałoby się, że w tej sytuacji utratę takiej broni muzealnej wpisanej do inwentarza muzealnego należy traktować jako czyn wypełniający znamiona przestępstwa z art. 263 § 4 k.k. W ocenie autorów tak powinno to zostać rozpatrywane w przypadku, gdyby muzealia w postaci broni i amunicji były nienależycie zabezpieczone przed utratą w każdej placówce muzealnej, a zwłaszcza w prywatnym muzeum. Wracając do eksponatów, trzeba przypomnieć, że obowiązek niezwłocznego powiadomienia o popełnionym przestępstwie nakłada również na dyrektora lub organizatora muzeum rozporządzenie w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (§ 20 ust. 1 powołanego rozporządzenia w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum²⁸). Celem tej regulacji jest podejmowanie jak najszybszych działań mających przeciwdziałać skutkom popełnionego przestępstwa. Taka reakcja na przestępstwo kradzieży powinna być na porządku dziennym w przypadku muzeum samorządowego lub państwowego²⁹. Niestety, jak widać na przytoczonym przykładzie, ten obowiązek w przypadku prywatnego muzeum stanowi nadal jedynie społeczny obowiązek uzależniony od podejścia właściciela przedmiotu przestępstwa. Wydaje się, że może to być nieco inaczej postrzegane niż w przypadku muzeum państwowego lub samorządowego. Nie ma w wypadku muzeum prywatnego obowiązku zgłoszenia utraty, ponieważ pokrzywdzony, będący jednocześnie właścicielem przedmiotu, nie będzie zainteresowany ponoszeniem żadnych sankcji wynikających z przepisu stypizowanego w art. 263 § 4 k.k. w przypadku utraty muzealium w postaci broni palnej, traktując tak niebezpieczny przedmiot jednakowo na równi z innymi eksponatami. Nie można mówić także o możliwości skutecznego wyegzekwowania od właściciela muzeum prywatnego obowiązku wynikającego z art. 25 u.b.a. oraz zastosowania przepisu karnego stypizowanego w art. 50 u.b.a. A dodatkową, najistotniejszą chyba kwestią jest praktycznie brak możliwości bieżącego monitorowania liczny sztuk i rodzajów broni, która znajduje się na stanie muzeum prywatnego. Żadna instytucja kultury nie jest

²⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 534 z późn. zm.), dalej jako k.p.k.

²⁸ Zob. szerzej K. Osiewicz, op. cit., s. 34–58; O. Jakubowski, *Działania instytucji po wykryciu utraty, uszkodzenia rzeczy ze zbiorów muzealnych*, [w:] ABC Dokumentacja organizacyjno-ochronna..., s. 110–113.

²⁹ <https://lodz.tvp.pl/46619767/muzeum-tradycji-niepodleglosciowych-okradzone-zginely-pistolety> (data dostępu: 11.01.2022).

w stanie tego monitorować. Ponadto, zgodnie z przepisami, jest to poza zasięgiem zajmujących się reglamentacją i nadzorem nad bronią palną wyspecjalizowanych komórek organizacyjnych Policji. Nikt, oprócz właściciela muzeum prywatnego i osób, które mają do niej dostęp, nie posiada aktualnej wiedzy na temat zbiorów broni stanowiącej muzealium.

W uregulowaniu tych problemów i podnoszeniu jakości organizacji pracy muzeów prywatnych ogromne znaczenie ma m.in. naprawa obecnego niedoskonałego stanu prawnego w tym zakresie oraz cykliczne podnoszenie wiedzy i świadomości pracowników obiektów muzealnych na temat bezpieczeństwa oraz pozyskiwania i przechowywania broni palnej.

Zdaniem autorów niektórzy zarządzający prywatnymi placówkami muzealnymi często nie radzą sobie jeszcze z tym problemem lub nie chcą w ogóle się z nim zmierzyć, bojąc się zgłaszać przypadki nieprawidłowości organom ścigania, a przez to obnażyć niedociągnięcia, spowodowane chociażby wadliwymi przepisami dającymi możliwość posiadania sprawnej broni palnej, w tym szczególnie niebezpiecznej przez osoby, które nie dają rękami uczciwości i rzetelności i które nigdy nie otrzymałyby pozwolenia na posiadanie broni palnej w myśl ustawy o broni i amunicji.

De lege ferenda należy uporządkować zasady gromadzenia i przechowywania broni palnej w muzeach, w tym w szczególności w prywatnych:

1) Należy stworzyć kategorię pozwolenia na broń w celach muzealnych, ze szczególnymi warunkami w przypadku posiadania broni kategorii A.

2) Muzea państwowe i samorządowe byłyby zwolnione z obowiązku uzyskania takiego pozwolenia, w tym wypadku należałoby zmienić art. 11 ust. 1 u.b.a., w następujący sposób – pozwolenia na broń nie wymaga się w przypadku: gromadzenia broni w zbiorach muzealnych państwowych i samorządowych na podstawie odrębnych przepisów. Należałoby także wprowadzić kategorię promesy muzealnej (po złożeniu wniosku do policji) przez muzea państwowe i samorządowe dające możliwość nabywania od koncesjonariuszy prowadzących obrót bronią (w tym broni kategorii A).

3) Broń powinna być ewidencjonowana, każdy egzemplarz broni (oraz istotnych części broni³⁰) powinien być umieszczony w ewidencji (wraz z bardzo szczegółową dokumentacją).

4) Dostęp do takiej broni powinny mieć osoby po odpowiednim przeszkoleniu³¹, a wyłączone z dostępu do broni powinny być osoby:

³⁰ W rozumieniu art. 5 ust. 1 u.b.a., zgodnie z którym za broń uważa się także gotowe lub obrobione istotne części broni. Istotnymi częściami broni palnej i pneumatycznej na podstawie art. 5 ust. 2 u.b.a. są: szkielet broni, baskila, lufa z komorą nabojową, zamek, komora zamkowa oraz bęben nabojowy. Zob. szerzej m.in. Z. Wardak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt IV KK 343/14 (istotna część broni palnej jako broń palna)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017, nr 4, s. 126–137 i wskazana tam literatura.

³¹ Np. na wzór pozwolenia na broń obiektowego,

- z zaburzeniami psychicznymi, o których mowa w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego³², lub o znacznie ograniczonej sprawności psychofizycznej,
- wykazujące istotne zaburzenia funkcjonowania psychologicznego,
- uzależnione od alkoholu lub od substancji psychoaktywnych,
- nieposiadającym miejsca stałego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- stanowiącym zagrożenie dla siebie, porządku lub bezpieczeństwa publicznego, tj. skazane prawomocnym orzeczeniem sądu za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe, skazane prawomocnym orzeczeniem sądu za nieumyślne przestępstwo: przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji popełnione w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego albo gdy sprawca zbiegł z miejsca zdarzenia.

5) Muzea, w których jest przechowywana broń, z wyłączeniem broni pozbawionej cech użytkowych, powinny być kontrolowane przez pracowników przeszkolonych w zasadach związanych z bronią palną, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości powinny być wymierzane i egzekwowane sankcje.

6) Muzea prywatne w organizacji powinny mieć ograniczony czas obowiązywania pozwolenia muzealniczego (po jego wygaśnięciu powinno się oddać broń do muzeum państwowego, samorządowego albo posiadającego pozwolenie muzealnicze).

Wykaz literatury

- Adamczyk S., *Pojęcie broni palnej*, „Problemy Kryminalistyki” 1967, nr 66.
- Babiński A., Kupiński R., *Broń i amunicja. Reglamentacja i odpowiedzialność*, Wyd. WSPol, Szczytno 2007.
- Barwik M., *Zagrożenie przestępczością w muzeach skansenowskich w świetle poniesionych strat*, [w:] ABC ochrony muzeów skansenowskich, Warszawa 2014, nr 4.
- Grzegorzczak P., Wardak Z., *Pojęcie broni palnej w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 10.
- <https://www.gov.pl/web/kultura/ustawa-o-muzeach>.
- <https://warszawa.tvp.pl/46844577/policjanci-przekazali-do-muzeum-w-radomiu-pistolet-maszynowy-blyskawica>.
- <https://lodz.tvp.pl/46619767/muzeum-tradycji-niepodleglosciowych-okradzione-zginely-pistolety>.
- Jakubowski O., *Działania instytucji po wykryciu utraty, uszkodzenia rzeczy ze zbiorów muzealnych*, [w:] ABC Dokumentacja organizacyjno-ochronna w muzeach i wybrane przepisy prawa, Warszawa 2015, nr 5.
- Kulicki M., *Kryminalistyka. Wybrane problemy teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Wyd. UMK, Toruń 1994.
- Kulik M., Szczekała A., *Odpowiedzialność karna za przestępstwo zniszczenia lub uszko-*

³² Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 685).

- dzenia zabytku*, [w:] T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Prawna ochrona zabytków*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010.
- Niewiński L., *Zakres reglamentacji dostępu do broni palnej jako forma ograniczenia prawa podmiotowego obywatela*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2006, nr 6.
- Ogrodzki P., *Kradzież obrazu Clauda Moneta „Wybrzeże w Porville” z Muzeum Narodowego w Poznaniu*, [w:] P. Ogrodzki (red.), *Kradzieże w muzeach – przyczyny, skutki, wnioski*, Wyd. DiG, Warszawa 2006.
- Ogrodzki P., *Kradzieże zbiorów z polskich muzeów*, [w:] P. Ogrodzki (red.), *Kradzieże w muzeach – przyczyny, skutki, wnioski*, Wyd. DiG, Warszawa 2006.
- Osiewicz K., *Rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (wybrane przepisy z komentarzem)*, [w:] ABC Dokumentacja organizacyjno-ochronna w muzeach i wybrane przepisy prawa, Warszawa 2015, nr 5.
- Wardak Z., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt IV KK 343/14 (istotna część broni palnej jako broń palna)*, „*Wojskowy Przegląd Prawniczy*” 2017, nr 4.

Summary

Firearms in private museums

Keywords: the Act on weapons and ammunition, the Act on Museums, firearms, museums, firearms license, security.

The article aims to signal the need for changes in the law regarding the collection of firearms in museums. In the current legal status, there is very big freedom concerning collecting firearms, including A category, in private museums. Part of museum managers would not get firearms licences if they tried to get them. In the author's opinion, there is no control over private museums' field of collection of firearms. This requires changes in legal acts which to some extent will allow for rationing access to museum firearms by the individual people improving public safety and awareness as well as the safety of unsecured collections of firearms and museologists.

Dariusz Jagiello

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny w Warszawie

ORCID: 0000-0002-9609-5635

djagiello@swps.edu.pl

Relacja przesłuchiwanego a treść protokołu w postępowaniu przygotowawczym

Wprowadzenie

Naczelną zasadą prawa karnego jest określoność przestępstwa¹, co oznacza taki opis czynu w ustawie karnej, który pozwoli bez wątpliwości odróżnić czyn przestępny od czynu z punktu widzenia prawa karnego obojętnego na podstawie samego zestawu znamion, ujętego w odpowiednim przepisie karnym².

Polska ustawa karna zawiera opisy przestępstw, których znamiona można zidentyfikować na podstawie przesłanek wypracowanych przez kryminalistykę, bądź to w postaci przyjętego rozumienia użytych w nich słów, bądź kryminalistycznych definicji desygnatów pewnych nazw. Zarówno rozumienie słów, jak definicje desygnatów formułowane są konkretnie na tle określonych stanów faktycznych, najczęściej po uzyskaniu opinii biegłych, ale zdarza się, że przez sądy wyższych instancji w trakcie rozprawy.

Większość dowodów (możliwych do potwierdzenia znamion czynu zabronionego), uzyskuje się na podstawie działań procesowo-kryminalistycznych. Nie do przecenienia jest czynność polegająca na sprawnym i rzetelnym spisaniu zeznań, czy wyjaśnień składanych w postępowaniu karnym. Tworzenie protokołu przesłuchania zgodnego z normami karnoprosesowymi jawi się jako czynność fundamentalna i niezbędna.

¹ Zob. L. Gardocki, T. Gardocka, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 42, 43, 44, 46*, Warszawa 2020, s. 41 i nast.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444). Jeżeli zwrot użyty w ustawie powtarza się w kilku przepisach, ustawa karna zawiera zwykle definicję tego określenia w odrębnym przepisie (por. art. 115). Pełna określoność przestępstwa na podstawie ujęcia jego znamion w ustawie jest stanem idealnym, do którego ustawodawca powinien dążyć, ale którego pełne osiągnięcie jest niemożliwe.

Edmond Locard stwierdził, że protokół przesłuchania nie stanowi najdoskonalszej formy dokumentowania zeznań, wskazując że „spisane zeznanie jest tylko zmumifikowanym trupem, z którego znikło wszystko, co w nim żywotne i szczere. Gdy nie zostało zastenografowane, przybiera postać wyłącznie odległego echa rzeczywistości”³. Teza ta akcentuje fakt, że dokument taki nie odda ładunku emocji, nastroju przesłuchania, zachowania uczestników czy mimiki składającego oświadczenie. Problem tkwi w przełożeniu na pismo słowa mówionego. Modelowanie szyku słów użytych podczas składania zeznań (wyjaśnień) na modłę upodobań przesłuchującego w istotny sposób może zniekształcić ich znaczenie i intencję⁴. Niekiedy w protokole utrwała się zeznania przesłuchującego o zeznaniach przesłuchiwanego⁵, a zeznanie świadka darzonego sympatią przyjmuje się z mniejszym krytycyzmem, nawet na wyrost, a wtedy jesteśmy tylko o krok od uznania przypuszczenia za stwierdzenie, żartobliwego tonu za poważny itd.⁶

Krytyka protokołu przesłuchania w warstwie treści obecna jest od lat. Twierdzi się że słowo pisane jest odarte ze swego naturalnego środowiska – głosu, mimiki, gestu. Jest zawsze czymś więcej albo czymś mniej, elipsą albo hiperbolą, zacieśnia i kondensuje zawarte w nim znaczenie, to znów rozszerza je i podnosi⁷. Cesare Beccaria zajął stanowisko że gdy dowodem są jedynie słowa, wiarygodność świadka równa się zeru, bowiem odcień głosu, gest, wszystko, co poprzedza różne idee wyrażone tymi samymi słowami, tak zmienia w sposobie i mowie to, co powiedziano, że jest rzeczą prawie niemożliwą ich powtórzenie⁸.

Protokołowanie przesłuchania poprzedzać może szereg nieoczekiwanych splotów zdarzeń wpływających na atmosferę przesłuchania, a dalej rzetelność i wierność relacji przeniesionej na papier. Wytyczne odnośnie organizacji i realizacji przesłuchania są w doktrynie raczej zdawkowe i enigmatyczne, np. „uważnie obserwuj”, „nie daj się ponieść emocjom” itp.

Niniejszy artykuł stanowi próbę odpowiedzi na dwa główne pytania:

1. Jak zachować się, zapisać (ujawnić) emocje, jak je akcentować w protokole (jeśli czynność nie jest rejestrowana w trybie art. 177 § 1a Kodeksu

³ E. Locard, *Traité de criminalistique*, t. VII, Lyon 1940, s. 230, za: J. Gurgul, *Problemy dokumentowania zeznań i wyjaśnień*, „Nowe Prawo” 1977, nr 7–8, s. 1066.

⁴ Por. m.in. J. Gurgul, op. cit., s. 1067; P. Horoszowski, *Od zbrodni do kary*, Warszawa 1963, s. 131.

⁵ E. Stodolak, *Technika protokołowania*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1948, nr 6, s. 44–46.

⁶ Z. Czeczot, *Kryminalistyczna problematyka osobowych środków dowodowych*, Warszawa 1976, s. 38. Odnośnie świadka można znaleźć stanowisko, że jest on jakąś niewiadomą wymykającą się spod sztywnych reguł stricte racjonalnych metod poznawania go – J. Gurgul, *Intuicja i wyobraźnia w śledztwie*, „Problemy Kryminalistyki” 1994, nr 204, s. 17.

⁷ J. Parandowski, *Alchemia słowa*, Warszawa 1976, s. 224.

⁸ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 91–92.

postępowania karnego⁹), aby czytelnik, który nie uczestniczył w przesłuchaniu miał możliwość oceny jego atmosfery?

2. Jak realizujący przesłuchanie (za pomocą jakich zwrotów) dokonują wartościowania przekazywanych przez przesłuchiwanego treści?

Jest to problemem dla osób, których codzienną pracą wieńczy tworzenie protokołów, wybór metod i technik przesłuchania, a także dylemat, jak zapisać poszczególne zwroty, by wiernie oddać to, co właśnie się wydarzyło. W literaturze znaleźć można twierdzenia, że ok. 90% informacji pochodzi z zeznań świadków, a jedynie 10% stanowią przedmioty¹⁰.

Prawne podstawy tworzenia protokołu przesłuchania

Prawo karne procesowe w art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k. nakazuje przebieg przesłuchania dokumentować za pomocą protokołu wiernie utrwalającego faktycznego jego przebiegu. Protokół to podstawowy dokument procesowy, którego nie można zastąpić żadną inną dokumentacją. Umożliwia on kontrolę przebiegu czynności, następnie postępowania i pośrednio prawidłowości wydanego w oparciu o jego treść wyroku. O ile nie wniesiono do niego zastrzeżeń w trakcie sporządzania i zostanie przez uczestnika podpisany, stanowi wiarygodne źródło informacji o przebiegu protokołowanych czynności¹¹. Potwierdza sprawozdawczo fakty zaliczane do grupy zdarzeń procesowych i odzwierciedla treść przeprowadzonych dowodów. Musi być dostatecznie jasny (czytelny), by wynikało z niego stwierdzenie istnienia lub nieistnienia faktów, o które chodzi¹².

Przepisy wewnętrzne prokuratury regulują technikę protokołowania w § 150 zd. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury¹³, w którym wskazano, że „w protokole przesłuchania należy przyjąć jako formę gramatyczną relacji przesłuchiwanego pierwszą osobę czasu przeszłego i zamieszczać możliwie dokładnie charakterystyczne

⁹ Dalej jako k.p.k.

¹⁰ Tak J. Wołoszańska, *Trzy miliony dowodów*, „Gazeta Prawna” 1976, nr 19.

¹¹ Postanowienie SN z 19 czerwca 2008 r., sygn. akt II KZ 27/08, OSNwSK 2008, Nr 1, poz. 1281.

¹² Zob. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 270–271; K.J. Jakubski, *Ustalenie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 1, s. 52.

¹³ T.j. Dz.U. z 2017 r., Nr 1206. Analogicznie w poprzednich wersjach rozporządzenia, odpowiednio z 2014 r. (por. § 72) oraz 2007 r. (por. § 124). Z kolei § 204 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 1929 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów apelacyjnych, okręgowych i grodzkich w sprawach karnych (Dz.U. z 1929 r., Nr 42, poz. 352 ze zm.) stanowił: „Protokoły i inne pisma należy pisać czytelnie, bez skrótów utrudniających zrozumienie treści oraz z takim odstępem, który umożliwi odczytanie całkowitej jego treści po wszyciu do akt”.

określenia lub zwroty użyte przez osobę przesłuchiwaną oraz wzmianki dotyczące szczególnego zachowania się tej osoby”.

Ustawodawca tylko w pewnych sytuacjach wyraża zgodę na ograniczenie protokołu do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń (por. art. 145 k.p.k. oraz art. 147 § 3 k.p.k.). Gdy czynność procesową utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk, protokół można ograniczyć do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących w niej udział, zaś sam zapis obrazu lub dźwięku staje się załącznikiem do protokołu. O randze i znaczeniu protokołu w procesie dowodzenia świadczy, że w sprawie karnej stanowi on najpowszechniejszy i zasadniczy środek składający się na faktyczną podstawę orzeczenia oraz liczebnie przeważający w sprawie materiał dowodowy¹⁴. Zapis zeznań czy wyjaśnień wymaga formy protokolarnej nie tylko dlatego, że to wymóg formalny i wynika z treści przepisów procesowych, ale jest to dowód mający dalsze zastosowanie (w postępowaniu karnym). Nie jest obojętna jakość oraz wierność prezentowanej w nim relacji i sposobu przekazu, a także sama czynność protokołowania w tym jasność i czytelność przekazu.

Treść protokołu jest ściśle powiązana z przesłuchaniem i obrazuje sposób zachowania uczestnika (przesłuchiwanego), odwoływanie złożonych uprzednio zeznań czy wyjaśnień, formę wypowiedzi. Musi oddać atmosferę, np. czy już od początku czynności osoba była nastawiona negatywnie, np. przesłuchiwany twierdzi: „(...) z prokuratorami, psami i frajerami (...) nie gadałem i gadał nie będę (...)”, czy też wydarzyło się coś w trakcie, co spowodowało zmianę postawy.

Protokół musi pomijać oczywiste dygresje przesłuchiwanego i rozwlekłe opisy fragmentów nieistotnych¹⁵ (np. świadkowie wykazują skłonność do rozwlekłych wstępów, zwłaszcza gdy przedstawiają zaangażowanie uczuciowe w zdarzenie i chcą podbudować swe relacje). Podobnie gdy zbyt przeżywają rolę, jaką mają odegrać, są skłonni do barwnych opisów wszystkiego, co ma związek nie tyle ze sprawą, co z ich osobą¹⁶. Czasem źle pojmują swą rolę w postępowaniu i charakter, w jakim zostali wezwani, np. „pytają, czy jeszcze jakoś mogą pomóc prokuratorowi, czy oczekuje od nich jeszcze konkretnego oświadczenia?”.

Protokoły rozwlekłe stanowią merytorycznie mniejsze zło, ponieważ w gęstwinie informacji, jakie przesłuchujący zawarł w tekście dokumentu, niemal zawsze znajdują się te, które stanowią o wartości relacji. Do protokołu winny zostać wprowadzone tylko okoliczności istotne dla sprawy. Nie znaczy to, że okoliczności potwierdzone lub zakwestionowane podczas przesłuchania

¹⁴ Por. m.in. Z. Czczot, M. Czubalski, *Zarys kryminalistyki*, Warszawa 1972, s. 59; J. Graven, *L'Administration et la psychologie du témoignage en justice*, „Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique” 1960, nr 6.

¹⁵ Funkcjonuje stanowisko, że trzeba protokołować wszystko. Tak W. Władyczko, *Analiza psychologiczna zeznań świadków*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, nr 5.

¹⁶ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2009, s. 218–219.

należy podawać ogólnikowo, wprost przeciwnie – dane o osobach, rzeczach i faktach muszą objąć wszystkie szczegóły, które pozwolą na dokładne zorientowanie się, co ma znaczenie jako materiał dowodowy w sprawie. Nawet najobszerniejsze wywody osoby przesłuchiwanej można przedstawić krótko, oddając najwierniej treść wypowiedzi¹⁷.

Cel i zakres protokołowania

Protokół ma umożliwić czytelnikowi (nieobecnemu podczas czynności, np. sędziemu czy innemu prokuratorowi) zajęcie stanowiska, czy zeznania, wyjaśnienia zostały złożone spontanicznie, czy były logiczne, nie były lakoniczne lub stanowiły zdawkowe stwierdzenia. Czasokres przesłuchania (godzina i data rozpoczęcia oraz zakończenia czynności) pozwala na wnioskowanie m.in. w kontekście płynności czy spontaniczności. Jeżeli zaobserwowane zostaną istotne zmiany, niezbędne będą zapisy odnośnie do tempa wypowiedzi, modulacji głosu czy mimiki twarzy.

Protokołować należy negatywne zachowania zaobserwowane podczas przesłuchania (np. płacz, pobudzenie emocjonalne, zaczerwienienie twarzy, plamy na szyi¹⁸, szarpanie się, rzucanie przedmiotami), a także inne okoliczności mu towarzyszące, np. przerwy czy udzielanie pomocy medycznej. Przesłuchujący winien zaprotokołować sposób zachowania oraz tempo zeznawania, czy było ostrożne i zahamowane, oporne lub spontaniczne, aktywne, wolne i niepewne, szybkie lub płynne. Obserwacji winien podlegać „wygląd emocjonalny” przesłuchiwanego. Wystarczające będzie uczynienie adnotacji, czy był on obojętny, spokojny, wzburzony, podniecony. Można z urzędu czynić w tekście protokołu notatki, np. „(...) w danej chwili przesłuchiwany płacze, śmieje się, przerywa wypowiedź i długo się zastanawia, drży, czerwieni się, macha rękami, przeklina itp.” Takie reakcje emocjonalne mogą – z uwagi na ich treść i kontekst – stanowić nieocenione źródło informacji o ważnych dla danej sprawy kwestiach¹⁹. Nie wolno pominąć zaprotokołowania w takim wypadku dokładnie zadanych pytań, które pociągnęły za sobą płacz czy agresję. W przeciwnym wypadku analiza owego stanu będzie niemożliwa²⁰. Przykładem może być informacja

¹⁷ P. Horoszowski, *Ogólne zasady taktyki przesłuchania*, „Nowe Prawo” 1954, nr 5–6, s. 65.

¹⁸ Np. gesty, okrzyki, powolność odpowiedzi pozwalają na wyrobienie opinii o skłonnościach świadków i stron. W psychologii funkcjonuje tzw. efekt aureoli (efekt halo). Nasza mimika i gestykulacja, utrzymywanie kontaktu wzrokowego, pogodne nastawienie wpływają na ocenianie nas przez innych już od początku znajomości. Podobnie z wyrabianiem opinii na temat rozmówcy na podstawie jego wyglądu, mowy ciała, nastawienia itd.

¹⁹ Por. m.in. J. Bentham, *Traktat o dowodach sądowych*, Gniezno 1934, s. 155.

²⁰ W przypadku przesłuchań realizowanych przez prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej sytuacja może przedstawiać się zgoła odmiennie. Czasem odnotowują wzruszenie lub inne emocje, które wyraził świadek, lecz jest to rzadkością. Co jest ważne, szanują emocje, które targają

przekazywana przez przesłuchiwanego za pośrednictwem pukania się w czoło. Kiedy czyjaś twarz jest naznaczona złością, a usta zaciśnięte, może demonstrować wrogość, szukanie zaczepki, wyzwanie do awantury. I przeciwnie – ta sama czynność uskuteczniana z obliczem uśmiechniętym, pogodnym może być przejawem przyjaźni wobec drugiego²¹.

Analizując fundamentalne dla nauki kryminalistyki stanowisko Hansa Grossa, z którego wynika, że sto razy kryminaliści odstępowali od słusznej drogi tylko dlatego, że powiedzieli sobie: „Nie, tak głupi sprawca nie mógł być”, zaś wiele procesów dowiodło, iż „był on jednak tak głupi”²², uznać należy, że protokół musi zawierać wszystko, co oświadczył przesłuchiwany – nawet to, co w pierwszym odczuciu wydaje się błahę, niepotrzebne czy procesowo obojętne. Detal urasta do rangi pierwszorzędnego problemu, dlatego jego bagatelizowanie jest poważnym błędem.

Moment rozpoczęcia protokolowania

Ważny jest wybór w konkretnej sprawie momentu rozpoczęcia faktycznej (właściwej) czynności protokolowania. Od tego zależy może ewentualny zarzut związany np. z zadawaniem pytań sugestywnych czy stosowaniem podstępów procesowego, celowo wskazującego na inne niż rzeczywiste położenie procesowe przesłuchiwanego. Są to zarzuty ferowane najczęściej przez obrońców oskarżonych na etapie postępowania sądowego. Możliwe (momenty) rozpoczęcia czynności przesłuchania to:

- spisywanie odpowiedzi zdanie po zdaniu bezpośrednio po każdym zadanym pytaniu,
- sporządzenie protokołu po zakończeniu przesłuchania,

świadkiem, jeśli nie stanowią one utrudnienia dla prowadzenia czynności procesowych. Por. M. Chorążki, *Świadek, protokół przesłuchania świadka oraz relacje jako źródło do badania dziejów historii najnowszej. Podobieństwa i różnice w pracy prokuratora IPN i historyka*, „Wrocławski Rocznik Historii Mówionej” 2015, t. V, s. 69. W przypadku wywiadu autobiograficznego, który jest jednym z najbardziej popularnych wśród polskich badaczy (*oral history*), świadek samodzielnie oprowadza historyka po swoich wspomnieniach, czując komfort niezależności wobec słuchacza. Jego wypowiedź podąża zazwyczaj w wybranych kierunkach, bez ograniczeń, często w sferach intymności i emocji – S. Kvale, *Prowadzenie wywiadów*, Warszawa 2010, s. 53–54, 125–126, 128–129. Transkrypcja nie oddaje całego charakteru wywiadu. Zapis na papierze pozostaje biernym odtworzeniem słów świadka, bez oddania emocji, jego charakteru czy okoliczności wywiadu. Tylko historyk prowadzący wywiad potrafi właściwie zinterpretować zapisane słowa, mając w pamięci także zachowanie świadka – W. Kudela-Świątek, *Odpamiętane: o historii mówionej na przykładzie narracji kazachstańskich Polaków o represjach na tle narodowościowym i religijnym*, Kraków 2013, s. 95–108.

²¹ J. Gurgul, *Problemy dokumentowania...*, s. 1071.

²² H. Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, t. I, [b.m.w.] 1922, s. 107.

– protokołowanie po każdym istotnym fragmencie wypowiedzi stanowiącej pewną zamkniętą (zwartą) całość lub istotny procesowo problem.

Każdy ze sposobów protokołowania można uznać za poprawny, jeśli przy tej czynności zostanie zagwarantowana efektywność przesłuchania i zgodność z przepisami procedury karnej²³. Moment rozpoczęcia czynności protokołowania warunkuje przyjęta przez przesłuchującego taktyka i metoda przesłuchania.

Tworzyć protokół po ukończeniu przesłuchania można, kiedy tematyka znajdująca się w zasięgu procesowego zainteresowania nie budzi wątpliwości albo sprawy nie są skomplikowane. Nadto protokołującego charakteryzuje dobra pamięć oraz zdolność wartościowania poszczególnych zdań. Protokołowanie zdanie po zdaniu powodować może uzyskanie wraz z oświadczeniem głównym informacji nieistotnych, a protokołowanie po zakończeniu przesłuchania każdej z ważniejszych partii zgodnej z planem przesłuchania powoduje, że protokół jest wierniejszy, łatwiejszy do tworzenia, mniej skomplikowany oraz wolny od nieistotnych w jego treści wypełniaczy.

Wybór momentu zależy od przesłuchującego. Inaczej będzie, gdy w czynności uczestniczy świadek, a inaczej, gdy osobą przesłuchiwaną jest podejrzany (oskarżony). Świadek, jeśli był naocznym obserwatorem zdarzenia i nie jest zaangażowany emocjonalnie, pozbawiony jest chęci ważenia słów z uwagi na ewentualną odpowiedzialność karną. Z podejrzanym winno się prowadzić rzetelną rozmowę, a protokołować istotne elementy jego wypowiedzi. Organy ścigania karnego przyjmują pewną wersję zdarzenia i próbują ją potwierdzić w żywej relacji. W planie takiej czynności zakłada się zawsze kilka miejsc krytycznych czy spodziewanych zagadnień problemowych i dąży do wnikliwszego ich wyjaśnienia. Z tym uczestnikiem postępowania należałoby prowadzić fazową czynność przesłuchania, protokołując po każdym większym fragmencie, stanowiącym zwartą całość.

Używane słownictwo a treść protokołu

Nie jest możliwe do przewidzenia, jakie elementy wypowiedzi (nawet pierwotnie nieistotne) mogą mieć wartość dowodową. Słownictwo użyte przez świadka, wulgaryzmy, kolokwializmy, gwara czy język slangowy przechodzą taką przemianę, że otrzymujemy wygładzony, wręcz literacki opis zdarzenia. Na właściwości dialektyczne i gwarowe, w szczególności związane z ich dosłownym przytoczeniem, należy położyć zdecydowany akcent²⁴. Friedrich

²³ Szerzej patrz: D. Jagiełło, *Przesłuchanie jako czynność dowodowa*, Warszawa 2017.

²⁴ Przykład gwary: „Najpierw był sum (czyli szum pomrukiwania, wzajemnych pretensji), potem była harmanina [tj. wyższy etap wyzwisk], a na ostatku kozdy proł tym, co miał [tzn. tym, co miał pod ręką]”. Zwięzłe, emocjonalne komunikaty przesłuchiwanego jasno odtwarzały dynamikę i stopniowanie bitewnego starcia, których znaczenie powiększały towarzyszące im bezsłowne

Arntzen zaleca, by przekazując żywy obraz przebiegu czynności, cytować dosłownie drastyczne zwroty, nie przekształcać ich w język literacki, charakteryzować stan uczuć świadka oraz notować wypowiedzi poprawione, przejęzyczenia, wraz z ich korektą²⁵. Ocena zeznań na dalszym etapie postępowania opiera się głównie o treść protokołów sporządzonych w postępowaniu przygotowawczym, zatem jego niewłaściwe spisanie czy pozbawienie wulgaryzmów²⁶ spowodować może, że sam świadek, nawet bez intencji, zaprzeczy swoim słowom na etapie składania zeznań w postępowaniu sądowym. Niewłaściwe utrwalenie relacji uniemożliwia obiektywne dokonanie kontroli prawidłowości postępowania, prowadząc do konieczności powtórnej czynności, a następnie przedłużenia czasu trwania postępowania oraz zwielokrotnienia kosztów²⁷. Wadliwe przełożenie treści przekazanej przez przesłuchiwanego na język protokołu może powodować zapisanie niezbyt wiernej relacji, a tym samym zarzut, że protokół był niedokładny. Dylematy te można próbować rozstrzygnąć za pomocą pytań retorycznych (występujących głównie podczas rozprawy sądowej lub w przypadku odczytania uprzednio złożonych zeznań czy wyjaśnień) np.: „Czy świadek czytał treść protokołu?”; „Czy widniejący na karcie nr... podpis został złożony przez świadka?”; „Czy wywierano na świadka presję?”; „Co spowodowało, że świadek złożył odbiegające od rzeczywistości zeznanie?”²⁸.

Protokolowanie pytań

Protokół przesłuchania sporządzony w postępowaniu przygotowawczym, a także jego odpowiednik na etapie postępowania sądowego winny zawierać nie tylko udzielone w toku czynności odpowiedzi, ale też stawiane pytania, a nie tylko zaprotokolowanie samego faktu postawienia pytania i osoby która je sformułowała, np. „Na pytanie pełnomocnika świadek zeznał (...)”. Odpowiedź

przekazy. Sąd słuchem i wzrokiem mógł je bezpośrednio stwierdzać oraz w motywach wyroku powinien był uwzględnić. Por. J. Gurgul, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015 r., sygn. II AKa 97/15*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 1, s. 145.

²⁵ F. Arntzen, *Psychologia zeznań świadków*, Warszawa 1989, s. 55–56.

²⁶ Np. protokolowanie rozpanoszonego w naszej kulturze wyrażenia „k...”. Pojemny jego kod zastępuje się w protokole dezinformującym zwrotem: „Przesłuchiwany użył słowa powszechnie uznanego za »obelżywe« lub »nieprzyzwoite«”. Słowo to w rzeczywistości raz wyraża np. pogardę, poniżenie, stygmatyzowanie zarzutem uprawiania prostytucji, a kiedy indziej nieklamany zachwyty olśniewającą urodą, elegancją czy klasą kobiety nagle dostrzeżonej w ulicznym tłumie. Niejeden tym samym okrzykiem obwieszcza zaskakujące go piękno przyrody, krajobrazu, dzieła sztuki etc. Tak J. Gurgul, *Głosa do wyroku...*, s. 143–144.

²⁷ K.J. Jakubski, op. cit., s. 50.

²⁸ Adnotacja w protokole, że świadek „zeznaje jak karta”, oznacza, że treść zeznania świadka przed sądem na rozprawie jest identyczna z zeznaniem uprzednio już zapisanym w innym protokole. Tego rodzaju ułatwienie i uproszczenie pracy protokolanta jest najzupełniej racjonalne oraz celowe i nie godzi w żaden przepis ustawy. Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1930 r., sygn. akt II 4 k 582/30, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1931, nr 11(3), s. 777.

jest następstwem pytania i często dopiero wraz z zaprotokołowanym pytaniem tworzą zrozumiałą całość²⁹. Jest to ważne w przypadku szczególnie istotnych dla sprawy zagadnień. Gdy pytanie brzmi: „Czy określonego dnia świadek przebywał w miejscu zamieszkania?”, a udzielona odpowiedź sprowadza się do zdawkowego tak lub nie, w protokole pojawi się: „Określonego dnia przebywałem w miejscu swego zamieszkania”. Taka forma pytania, a w jej następstwie udzielona odpowiedź nie wymagają odrębnych adnotacji, lecz gdyby pytanie dotyczyło np. pozostawienia na miejscu zdarzenia (wraz z opisem przedmiotu) odcisków linii papilarnych, treść pytania może się okazać niezbędna do dokładnego zaprotokołowania. Odnotowane powinny zostać te pytania, na które nie uzyskano zadowalającej przesłuchującego odpowiedzi czy uzyskano odpowiedź wymijającą, niepełną, a także pytania kontrolne, celowo sugestyjne oraz uchylone przez kierującego czynnością³⁰. Sformułowanie to nie zasługuje jednak na pełną akceptację z uwagi na treść art. 171 § 4 k.p.k., tj. zakaz zadawania pytań sugerujących³¹ treść odpowiedzi. Zadanie ich bez względu na cel, jako uzupełniające czy kontrolne, powoduje, że dotknięte będą wadą. Ponadto celem przesłuchania nie jest ani zadowolenie przesłuchującego, ani udzielanie odpowiedzi jakiej oczekuje.

Należy rozważyć protokołowanie pytań, kiedy uzyskuje się wypowiedzi niezupełne, np. „Nie byliśmy tam i nie wiem, czy on tam poszedł (...)”. Jeżeli osobie przesłuchanej uprzednio w charakterze świadka (zeznającej obszernie na tyle ile pamięta zdarzenie, choć wielokrotnie zaznacza, że znajdował się pod wpływem alkoholu) postawiono następnie zarzut i zapytano, czy chce składać wyjaśnienia, po czym stwierdziła: „Wszystko już powiedziałem przesłuchany jako świadek i nie ma nic więcej do dodania. Nadal nie przyznaje się do swego udziału w zdarzeniu, nie pamiętam, co się wydarzyło z uwagi na ilość spożytego alkoholu, a na dalsze pytania nie zamierzam odpowiadać”. Wtedy nie można zanotować tylko: „Odmówił złożenia wyjaśnień”, a następnie zastosować środek zapobiegawczy nieizolacyjny w postaci dozoru policyjnego. Nie oddaje to bowiem wiernie przebiegu.

Trzeba dosłownie protokołować pytania zadawane dzieciom, co pozwoli na wierne odtworzenie relacji³². Wartość dowodową do sprawy wnoszą własnoręcznie sporządzane przez nich rysunki, będące załącznikami do protokołu. Przesłuchiwany może w nich przedstawić przebieg czynu, usytuowanie poszczególnych osób i przedmiotów względem siebie, wygląd użytego narzędzia itp. Ilustracje te mogą dostarczyć informacji do oceny stanu psychicznego po-

²⁹ M. Lipczyńska, *Pytania w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1963, nr 43, s. 351.

³⁰ M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 2005, s. 150.

³¹ Por. D. Jagiełło, *Wpływ sugestii na wynik przesłuchania*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 8, s. 67–76.

³² Szerzej patrz: D. Jagiełło, *Przesłuchanie dziecka*, „Medyczna Wokanda” 2013, nr 5.

dejrzanego w krytycznej chwili, gdyż ułatwiają analizę jego świadomości³³. Rysunki osób prawdomównych i kłamców różnią się zarówno perspektywą rzutu (kłamcy częściej sporządzają rysunki miejsca widzianego z lotu ptaka niż z perspektywy kamery trzymanej na ramieniu), jak i przedstawieniem na rysunku innych osób (osoby prawdomówne częściej zamieszczają wizerunki innych osób biorących udział w zdarzeniu, podczas gdy kłamcy skupiają się wyłącznie na wizualizacji miejsca)³⁴.

W toku rozprawy lub posiedzenia najczęściej przewodniczący dyktuje protokolantowi treści przekazywane przez przesłuchiwanego. Z jednej strony porządkuje to materiał dowodowy, a z drugiej zakłóca koncentrację składającego oświadczenie. Jego tok myślenia oraz przerywa spontaniczną wypowiedź, co ma wydźwięk negatywny, ponieważ łatwo rozprasza, tym samym powodując trudności związane z powrotem do przerwane go zeznawania spontanicznego. Powstanie problem skupienia uwagi przez przesłuchującego na odzwierciedleniu zapisu w protokole, który następnie zostanie wykorzystany procesowo, przez co zapomina o konieczności bieżącego analizowania sensu wypowiedzi. Domeną postępowania sądowego są sformułowane w protokole stwierdzenia typu: „W tym momencie okazano świadkowi (...), zaś po okazaniu świadek podaje (...)”. Jest to stwierdzenie pozbawione emocji.

Swobodne zeznawanie nie stanowi fotograficznego odtwarzania faktów następnie przeniesionych do protokołu. Dokładność nie jest równoznaczna z ujęciem w pisemną formę protokolarną wszystkiego, co mówi przesłuchiwany. Protokół zawiera te informacje, które z punktu widzenia okoliczności danej sprawy karnej (w ocenie przesłuchującego lub przyjętej przez niego roboczo wersji zdarzenia) jawią się jako istotne. Nie powinno się przerywać świadkowi nawet, gdy przesłuchujący uzna, że przesłuchiwany kłamie. Im więcej takiego materiału dostarczy przesłuchiwany, tym bardziej uwikła się (pogrąży) w realiach danej sprawy³⁵.

Nie można wykluczyć, że świadek z różnych względów nie przejawia chęci do spontaniczności. Może dążyć do przemilczenia okoliczności, które nie zostały objęte pytaniami uzupełniającymi oraz wyjaśniającymi. Następnie na etapie postępowania jurysdykcyjnego, gdy sąd zmierza do wyjaśnienia owych wątpliwości, padnie oświadczenie, że świadek nie został o to zapytany w trakcie postępowania przygotowawczego. Protokół tworzony na tym etapie winien odzwierciedlać przebieg przesłuchania wraz z zapisem pytań pozostawionych

³³ Rysunkowe przedstawienie wyjaśnień zaprezentowano np. w sprawie Karola Kota, który wyrysował sposób zadawania ofiarom ciosów nożem, miejsca zabójstw etc. Por. J. Gurgul, *Problemy dokumentowania...*, s. 1073.

³⁴ K. Ask, A. Vrij i in., *Intending or Pretending? Automatic Evaluations of Goal Cues Discriminate True and False Intentions*, „Applied Cognitive Psychology” 2013, nr 27, s. 173–177; A. Vrij, S. Leal, S. Mann i in., *Drawings as an Innovative and Successful Lie Detection Tool*, „Applied Cognitive Psychology” 2010, nr 24, s. 587–594.

³⁵ P. Horoszowski, *Ogólne zasady...*, s. 58.

bez odpowiedzi. Jest to jeden z elementów zmierzających do zebrania, zabezpieczenia i utrwalenia dowodów dla sądu (por. art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.). Już w postępowaniu przygotowawczym należy dążyć do wyeliminowania wszelkich wątpliwych kwestii i powstałych niedomówień. Użyty w art. 148 § 2 k.p.k. zwrot „z możliwą dokładnością” należy traktować jako nakaz wiernego ujęcia relacji. Powinien obrazować to, co przesłuchiwany oświadczył nie tylko słowami, ale barwą głosu, kontekstem, mimiką, ciszą, bezdechem, wyrazem oczu etc.

Redagowanie protokołu

Przesłuchujący redaguje protokół w sposób logicznie uporządkowany. Powoduje to zatarcie symptomów wiarygodności bądź jej braku – zacierają się wahania, sprzeczności wewnętrzne, brak jest rozróżnienia między tym, co świadek zeznał spontanicznie, a tym, co tylko potwierdził, jaka była treść pytania³⁶. W wyniku protokołowania tego, co przesłuchujący podyktował (w postępowaniu sądowym) lub zanotował samodzielnie w postępowaniu przygotowawczym, może dojść do zmiany treści oświadczenia, gdyż protokołowaniu nie podlega całość, a wyłącznie to, co w ujęciu czynności procesowych oraz sformułowanego zarzutu jest najistotniejsze i przydatne do dalszego wykorzystania. Zaprotokołowane treści mogą nie być wystarczające, w następstwie czego zaistnieje konieczność przeprowadzenia ponownego przesłuchania z udziałem tej samej osoby lub grupy osób. Sens oświadczeń może zostać wypaczony przez użycie w protokole określeń wieloznacznych lub niewłaściwych sformułowań, których świadek może zwyczajnie nie zrozumieć ze względu na poziom intelektualny, a także przez dokonanie niefrasobliwej stylizacji, przerabiającej sens złożonego zeznania³⁷.

Czynności końcowe przesłuchania warunkują konieczność zapoznania się z treścią protokołu przez przesłuchiwanego. Znane są przypadki, w których świadek z uwagi na zmęczenie, bezgraniczne zaufanie do realizującego przesłuchanie albo towarzyszący stres³⁸ nie czyta treści, a wyłącznie pyta, gdzie ma złożyć podpis. Protokół należy tak sporządzić, by przesłuchiwany go zro-

³⁶ M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, op. cit., s. 221.

³⁷ Z. Rybarczyk, *Wadliwe przesłuchanie lub zaprotokołowanie zeznań w aspekcie ich zmiany na rozprawie sądowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1980, nr 4, s. 433 i nast.

³⁸ Czynnikiem zakłócającym sposób relacjonowania świadka są przeżycia stresu w trakcie zdarzenia i związane z tym zaburzenia procesów pamięci. Przykładowo, sąd, nie dając wiary wyjaśnieniom oskarżonego, jednocześnie w pełni podzielił zeznania babci pokrzywdzonej, czego dał wyraz w uzasadnieniu wyroku skazującego, twierdząc, że „babcia pokrzywdzonej zeznała, że po zdarzeniu obserwując wnuczkę zauważyła, że Klaudia rysuje niepokojące rysunki, na których postać oskarżonego »dziobała« długopisem. Małoletnia zwierzyła się babci, że ma nocne koszmary, podczas których boi się, bowiem śnił jej się oskarżony, który trzymał nóż” – T. Jaśkiewicz-Obydzińska, E. Wach, *Szczególne kategorie świadków – problemy psychologiczne*, [w:] E. Habzda-Siwiek, J. Kabzińska (red.), *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, Sopot 2014, s. 268.

zumiał, zaś po osobistym odczytaniu stwierdził, że to, co w nim jest, stanowi relację, którą przed chwilą szczegółowo przedstawił. Jeżeli relacja ta nie odpowiada przekazanej treści, ustawodawca przewidział zgłoszenie zarzutów do treści protokołu (art. 150 § 2 k.p.k.), które muszą zostać wciągnięte do jego treści wraz z oświadczeniem osoby wykonującej protokołowaną czynność.

Przesłuchiwany w ramach czynności końcowych winien zostać zapoznany z całą treścią protokołu, a następnie zapytany, czy należy coś do niej dodać oraz winien go osobiście odczytać. Z treści art. 150 § 1 zd. 2 k.p.k. nie wynika, że odczytać ma go samodzielnie. Wskazuje się, że przed podpisaniem należy go odczytać i uczynić o tym wzmiankę. Zgłoszone uwagi obligatoryjnie należy ująć w protokole, nie usuwając zapisów wcześniejszych. Winny zostać uczynione dopiski (zgodnie z życzeniem przesłuchiwanego) wraz ze wskazaniem, że kwestionuje czy uzupełnia złożone przez siebie uprzednio oświadczenie oraz ewentualnie jego zakres, za wyjątkiem kiedy ma miejsce oczywisty błąd czy zwykły lapsus językowy, np. przez całe zeznanie świadek bez wyjątku oświadczał „nie widziałem” (i to nie budzi wątpliwości), a w jednym miejscu zaprotokołowano „widziałem”. Jest to błąd, który można poprawić bez czynienia ku temu stosownego opisu, a wystarczające będzie ponowne wydrukowanie, uwzględniające stosowną poprawkę.

Nie bez znaczenia pozostaje problem związany z odmową złożenia własnoręcznego podpisu przez uczestniczącą w czynnościach osobę czy zwykłą niechęć do tej czynności. Odróżnienia wymaga zwykła niechęć związana z podpisaniem dokumentu protokołu od niemożności złożenia podpisu w ogóle. Jeśli osoba nie może tego uczynić (np. powodem jest niepełnosprawność, analfabetyzm), organ realizujący czynność zaznacza przyczynę braku złożenia podpisu, co wynika wprost z art. 121 k.p.k.

Nie ma wartości dowodowej protokół przesłuchania, który nie został podpisany przez osoby biorące udział w czynności i nie zawiera wzmianki o braku podpisu, jak też nie został przed podpisaniem odczytany, ponieważ dokument taki – jako dotknięty poważną wadą – nie może zostać następnie procesowo wykorzystany. Gwarancje z art. 150 k.p.k. mają szczególne znaczenie w postępowaniu przygotowawczym wobec ograniczonej jawności wewnętrznej i kontradyktoryjności postępowania w tym stadium³⁹.

³⁹ Tak m.in. R.A. Stefański, *Ujawnianie wyjaśnień oskarżonego w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 6, s. 111 i nast. Gdy w protokole usunięto niektóre błędy pojawiające się w treści notatki, oznacza to, że sporządzenie protokołu nie polegało jedynie na zastosowaniu metody „kopiuj-wklej”, ale dokument był czytany przez osoby biorące udział w czynności procesowej. Notatka urzędowa nie może stanowić dowodu zastępującego wyjaśnienia oskarżonego lub zeznania świadka. Nie może stanowić dowodu, dlatego że pochodzi od osoby, która ma pośrednią wiedzę, a jej treść nie jest zależna od woli osoby przekazującej informację. Jeżeli treść notatki została potwierdzona w protokole przez oskarżonego, twierdzenie o zastępowaniu dowodu z wyjaśnień notatką nie znajduje uzasadnienia. Brak w takiej sytuacji przesłanek aksjologicznych dotyczących naruszenia gwarancji procesowych i standardów rzetelnego procesu,

Wnioski końcowe

Wady ujawniane w protokołach przesłuchań dotyczą czterech podstawowych zagadnień:

1) usterek związanych z cechami pisma, jeśli protokół sporządzany jest pismem ręcznym (co zdarza się rzadko⁴⁰), kiedy może powstać zarzut wykonania go niedbale, niewyraźnie, nieczytelnie czy trudnego w odczycie. Zapis komputerowy może powodować nieskoordynowane błędy literowe, polegające na zamianie słów lub powstawaniu błędów ortograficznych, a także braku przejrzystej formy zapisu (nieużywania akapitów, odstępów między poszczególnymi wierszami);

2) błędów językowych zapisu, głównie w ujęciu zasad gramatyki, np. zdania bez podmiotu lub orzeczenia, bez znaków przystankowych czy niedokończone wypowiedzi lub nietworzenia go w pierwszej osobie czasu przeszłego;

3) naruszenia treści polskich przepisów karnoprosesowych odnoszących się do protokolowania. Wiąże się to z oczywistą pokusą, by w wypadku przesłuchiwania wielu osób na tę samą okoliczność przekopiować zeznania poszczególnych świadków i wkleić je w tożsame miejsca innych protokołów, nawet bez zmiany wielkości czy rodzaju czcionki;

4) niedokładności treści zapisu, co może niweczyć wartość nawet najlepiej przeprowadzonego przesłuchania.

Przesłuchiwany musi być świadomy, które elementy jego wypowiedzi zaprotokołowano, a także jakie kryterium istotności zastosował organ procesowy do selekcji informacji, w tym jaki był sposób dokumentowania wartościowych komunikatów bezsłownych. Po zakończeniu czynności musi nabrać przeświadczenia odnośnie do rzetelności i wierności relacji przeniesionej na papier.

Emocje można i należy ujawniać w protokole przesłuchań. Stanowią one doskonały materiał obserwacji psychologicznej. Brak jest wytycznych odnośnie rejestrowania (spisania) emocji czy używanych zwrotów, jednak język polski jest rozbudowany, a opisy takie wykonać można bez najmniejszego problemu, aby dać czytelnikowi całościowy ogląd sytuacji.

a w tym duchu powinien być wykładany i stosowany przepis art. 174 k.p.k. Tak wyrok Sądu Najwyższego z 7 listopada 1985 r., sygn. akt I KR 300/85, OSPiKA 1986, Nr 11, poz. 235. Por. też D. Jagiełło, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 maja 2017 r.*, II AKa 154/17, *LEX nr 2310576*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2018, nr 42, s. 479–485.

⁴⁰ Choć może mieć walor emocjonalny, czy być ukierunkowane na upokorzenie świadka. Por. przesłuchanie byłego premiera D. Tuska w śledztwie prowadzonym przez Wydział Wojskowy Prokuratury Okręgowej w Warszawie, dotyczącym „przekroczenia uprawnień przez członków kierownictwa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, wskutek podjęcia współpracy ze służbą obcego państwa bez wymaganej zgody prezesa Rady Ministrów”, kiedy to sama czynność trwała ponad 9 godzin. Por. szereg doniesień medialnych, niekwestionowanych przez organy wymiaru sprawiedliwości karnej, np. <https://www.wprost.pl/kraj/10051486/tusk-spedzil-dziewiec-godzin-w-prokuraturze-sprawa-ma-charakter-wybitnie-polityczny.html> (data dostępu: 15.04.2022).

Protokołowanie pytań nie stanowi codzienności w pracy organów ścigania, bowiem to zabiera czas, a także odziera czynność z jej dynamizmu, ale czym jest owy dynamizm na odcinku prawdy i rzetelności przekazu? – można by zapytać retorycznie.

Już w latach 40. XX w. pojawiały się głosy że poszukując dróg polepszenia dokumentacji zeznań, najlepsze byłoby ich filmowanie⁴¹. Zatem w ujęciu taktyki realizacji czynności przesłuchania należy rozważyć skorzystanie z możliwości rejestracji czynności zgodnie z treścią art. 177 § 1a k.p.k. Samo rejestrowanie wizerunku osoby przesłuchiwanej powoduje, że będzie bardziej oszczędna w słowach i je waży (nagranie stanowi załącznik do protokołu). Dodatkowo zapis ten może posłużyć do obserwacji psychologicznej, a także oceny stanu emocjonalnego podczas czynności.

Wykaz literatury

- Arntzen F., *Psychologia zeznań świadków*, PWN, Warszawa 1989.
- Ask K., Vrij A. i in., *Intending or Pretending? Automatic Evaluations of Goal Cues Discriminate True and False Intentions*, „Applied Cognitive Psychology” 2013, nr 27.
- Beccaria C., *O przestępstwach i karach*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1959.
- Bentham J., *Traktat o dowodach sądowych*, Zrzeszenie Sędziów i Prokuratorów RP, Gniezno 1934.
- Chorażki M., *Świadek, protokół przesłuchania świadka oraz relacje jako źródło do badania dziejów historii najnowszej. Podobieństwa i różnice w pracy prokuratora IPN i historyka*, „Wrocławski Rocznik Historii Mówionej” 2015, t. 5.
- Czczot Z., *Kryminalistyczna problematyka osobowych środków dowodowych*, Wyd. UW, Warszawa 1976.
- Czczot Z., Czubalski M., *Zarys kryminalistyki*, Wyd. UW, Warszawa 1972.
- Gardocki L., Gardocka T., *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 42, 43, 44, 46*, Difin, Warszawa 2020.
- Graven J., *L'Administration et la psychologie du témoignage en justice*, „Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique” 1960, nr 6.
- Gross H., *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, t. I, [b.m.w.] 1922.
- Gurgul J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015 r., sygn. II AKA 97/15*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 1.
- Gurgul J., *Intuicja i wyobrażenia w śledztwie*, „Problemy Kryminalistyki” 1994, nr 204.
- Gurgul J., *Problemy dokumentowania zeznań i wyjaśnień*, „Nowe Prawo” 1977, nr 7–8.
- Horoszowski P., *Od zbrodni do kary*, PWN, Warszawa 1963.
- Horoszowski P., *Ogólne zasady taktyki przesłuchania*, „Nowe Prawo” 1954, nr 5–6.
- Jagiełło D., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 maja 2017 r., II AKA 154/17, LEX nr 2310576*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 42.
- Jagiełło D., *Przesłuchanie dziecka*, „Medyczna Wokanda” 2013, nr 5.
- Jagiełło D., *Przesłuchanie jako czynność dowodowa*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

⁴¹ E. Stodolak, op. cit., s. 44–46.

- Jagiello D., *Wpływ sugestii na wynik przesłuchania*, „Państwo i Prawo” 2015, nr 8.
- Jakubski K.J., *Ustalanie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 1.
- Jaśkiewicz-Obydzińska T., Wach E., *Szczególne kategorie świadków – problemy psychologiczne*, [w:] E. Habzda-Siwek, J. Kabzińska (red.), *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, GWP, Sopot 2014.
- Kudela-Świątek W., *Odpamiętane: o historii mówionej na przykładzie narracji kazachstańskich Polaków o represjach na tle narodowościowym i religijnym*, Universitas, Kraków 2013.
- Kulicki M., Kwiatkowska-Wójcikiewicz V., Stępka L., *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Wyd. UMK, Toruń 2009.
- Kulicki M., *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Wyd. UMK, Toruń 2005.
- Kvale S., *Prowadzenie wywiadów*, PWN, Warszawa 2010.
- Lipczyńska M., *Pytania w procesie karnym*, „Problemy Kryminalistyki” 1963, nr 43.
- Locard E., *Traité de criminalistique*, t. VII, Desvigne, Lyon 1940.
- Parandowski J., *Alchemia słowa*, Czytelnik, Warszawa 1976.
- Rybarczyk Z., *Wadliwe przesłuchanie lub zaprotokołowanie zeznań w aspekcie ich zmiany na rozprawie sądowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1980, nr 4.
- Stefański R.A., *Ujawnianie wyjaśnień oskarżonego w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 6.
- Stodolak E., *Technika protokołowania*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1948, nr 6.
- Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, PWN, Warszawa 1961.
- Vrij A., Leal S., Mann S. i in., *Drawings as an Innovative and Successful Lie Detection Tool*, „Applied Cognitive Psychology” 2010, nr 24.
- Władyczko W., *Analiza psychologiczna zeznań świadków*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, nr 5.
- Wołoszańska J., *Trzy miliony dowodów*, „Gazeta Prawna” 1976, nr 19.

Summary

Report – the content of the interviewee and the content of the protocol

Keywords: forensic science, criminal proceedings, interrogation, protocol, atmosphere, emotions.

Interrogation is a procedural and forensic activity without which the majority of criminal proceedings could not be conducted and eventually ended. The facts established during the interrogation determine the further direction of actions taken by law enforcement agencies. These facts condition the acceptance or confirmation of forensic versions verified at subsequent stages of the proceedings. It is essential to properly document the activity so that its course is not effectively undermined by the parties to the proceedings. Knowledge

of the techniques of recording, the choice of the moment of beginning, as well as conveying it as accurately as possible a load of presented emotions and behaviours of participants is necessary and at the same time extremely difficult.

This article aims to outline the problems related to the recording of the interrogation including the transfer of the spoken word on paper (form, language, the literalness of the message, or capturing the atmosphere and behaviour of participants). The text includes selected fragments of interrogation protocols to point out the practical side and, indirectly, errors in reporting the course of the activity.

The analysis is based on the historical and legal method (review of the legislation in terms of the protocol technique included in the guidelines for prosecutors) and the dogmatic analysis of the regulations and their actual application in the practice of law enforcement agencies.

Jarosław Janikowski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0003-1684-3304

jaroslaw_janikowski@wp.pl

Alkohol jako czynnik kryminogeny

Leon Wachholz pisał, że „niepodobna nie uznać alkoholu za najgroźniejszą truciznę ludzkości”¹, i koncypując tę myśl, miał okazję spoglądać nie tylko na historię polskiego „pijaństwa”, ale również na jego międzywojenną aktualność. Alkoholizm uważany jest za chorobę społeczną naszych czasów, a przy tym za najstarszą formę uzależnienia społeczeństwa polskiego. Niektóre z badań wskazują, że problem alkoholowy – w różnym stopniu – może dotyczyć nawet 6 mln Polaków², co jest wskaźnikiem o tyle wysokim, co zatrażającym. Gdyby nie negatywne oddziaływanie alkoholu na organizm człowieka oraz na jego otoczenie, to zainteresowanie poświęcone temu zagadnieniu byłoby znacznie mniejsze. To właśnie ta szkodliwa jego strona skupia społeczną, artystyczną, ale przede wszystkim naukową uwagę, o czym mowa właśnie w niniejszym tekście, oscylującym w swym założeniu wokół nauki kryminologii. Artykuł ma na celu przedstawienie i uporządkowanie poglądów nauki na temat alkoholu jako czynnika kryminogenego, a także stanowi przyczynek do dalszych, poszerzonych badań w tym zakresie.

Wydział ds. Patologii Społecznej Biura Służby Prewencyjnej Komendy Głównej Policji dokonuje corocznych analiz charakteru i dynamiki przestępstw popełnianych pod wpływem alkoholu i w związku z alkoholem. Analizy wskazują, że alkohol może być jedną z głównych przyczyn popełniania przestępstw, prowadząc do tego w sposób bezpośredni, czyli gdy człowiek popełnia przestępstwo pod wpływem alkoholu, lub pośrednio, tj. na skutek degradacji i demoralizacji społecznej³. Analogicznie uważał wspomniany L. Wachholz, pisząc, że nie tylko alkoholizm chroniczny prowadzi do przestępczości, ale

¹ L. Wachholz, *Alkoholizm a przestępstwo*, Kraków 1927, s. 16.

² K. Laskowska, *Patologie społeczne powiązane z przestępczością*, [w:] E.W. Pływaczewski, S. Redo i in., *Kryminologia. Stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2019, s. 804.

³ A. Ryszkowski, A. Wojciechowska, Z. Kopański, I. Brukwicka, Y. Lishchynskyy, M. Mazurek, *Funkcjonowanie w społeczeństwie osób uzależnionych od alkoholu*, „Journal of Clinical Healthcare” 2015, nr 1, s. 12.

i jednorazowe upojenie alkoholowe może doprowadzić do popełnienia przestępstwa przez ludzi, których autor ten nazywał zbrodniarzami utajonymi⁴.

Alkohol, tak jak inne substancje psychoaktywne, oddziałuje na sprawność psychofizyczną człowieka. Czyniąc to w istotny sposób, ogranicza kontrolę wolicjonalną oraz wpływa negatywnie na funkcjonowanie organizmu⁵. Stąd wniosek, że alkohol wpływa na zachowanie człowieka, które może być również przestępcze. Nierozstrzygniętą kwestią pozostaje jednak, w jakim stopniu, ale przede wszystkim czy w sposób decydujący, alkohol prowadzi do popełnienia przestępstwa.

Wyniki badań antropologicznych wskazują, że alkohol towarzyszy człowiekowi od zarania dziejów, pełniąc przy tym funkcje fizjologiczne, psychologiczne, społeczne, ekonomiczne i polityczne. Przyjmuje się, że samo słowo alkohol pochodzi najpewniej z języka arabskiego (*al-kuhl* lub *al-ghoul*), a pierwsze napoje alkoholowe powstały przypadkowo w wyniku fermentacji winogron oraz ziarna jęczmiennego, tworząc odpowiednio wino i piwo. Alkohol był spożywany w większości kultur przedpiśmiennych, głównie po to, by zmniejszyć nieuświadomione lęki, stąd duża jego obecność w praktykach magicznych⁶. Stanowi on element towarzyszący różnym uroczystościom, jest symbolem świętowania i dobrej zabawy w wielu kręgach kulturowych. Rację ma zatem Małgorzata Kuć, według której taka obecność alkoholu w życiu społecznym powoduje, że dostęp do niego jest łatwy, a powszechność jego używania znaczna⁷.

Alkohol był obecny w Polsce na dworach królów, książąt, szlachty, ale i wśród mieszczaństwa, chłopstwa czy duchowieństwa. Negatywną moc alkoholu przewidywały w Polsce ustawy wojskowe. Jak podaje Jerzy Besala, prezentując alkoholowe dzieje Polski, z pijaństwem łączyło się w praktyce trudności w zachowaniu dyscypliny wojskowej, łupiestwo, gwałty oraz krwawe zwady i burdy. Autor przywołuje jeden z pierwszych artykułów wojskowych doby nowożytnej poświęcony reglamentacji alkoholu, a mianowicie statut wojenny sejmu walnego piotrowskiego z dnia 28 marca 1477 r., który wprowadzał znaczne ograniczenia co do rozpijania wojska przez szynkarzy. W późniejszym czasie kary za niesubordynację sukcesywnie zaostrzano, grożąc nawet szubienicą. Jak podaje J. Besala, karczma przyciągała jednak nadal uzależnionych, którzy ryzykowali ze względu na skłonność do zachowań przestępczych⁸. Rzeczpospolita szlachecka upłynęła pod znakiem pijackich pojedynków i burd, któ-

⁴ L. Wachholz, op. cit., s. 7–8.

⁵ E. Pelc, *Wpływ wybranych zjawisk patologicznych na bezpieczeństwo i porządek publiczny w Polsce*, Rzeszów 2010, s. 373.

⁶ M. Banach, I. Kowalewski, *Alkoholizm wśród młodzieży. Kompendium wiedzy dla pedagogów i pracowników socjalnych*, Kraków 2014, s. 11.

⁷ M. Kuć, *Kryminologia*, Warszawa 2015, s. 135.

⁸ J. Besala, *Alkoholowe dzieje Polski. Czasy Piastów i Rzeczypospolitej szlacheckiej*, Poznań 2015, s. 200–201.

rych przykłady autor szczegółowo podaje⁹. Według szacunków historyków mieszkańcy dworów i zamożni mieszczanie pili w czasach saskich około 20 l wódki i ponad 700 l piwa rocznie na głowę¹⁰.

W Królestwie Polskim szacowane spożycie czystego alkoholu na osobę wynosiło 38 l rocznie. Chcąc walczyć z pijaństwem, ukazem carskim wprowadzono ostre ograniczenie swobody wytwarzania wódki, które doprowadziło do znacznego spadku spożycia alkoholu, który utrzymywał się aż do końca zaborów. W II Rzeczypospolitej zaczęto jednak dostrzegać powolny jego wzrost. Reakcją na to było uchwalenie przez rząd w 1920 r. uchwały o ograniczeniu spożycia i sprzedaży alkoholu. Do II wojny światowej na jednego mieszkańca przypadał 1 l czystego alkoholu. W czasie wojny spożycie alkoholu wzrosło, gdyż rozpijanie społeczeństwa było jedną z metod eksterminacji ludności przez okupanta. W oddziałach partyzanckich alkohol często zastępował racje żywnościowe, ale przede wszystkim ograniczał poczucie lęku. Prawdziwy rozkwit pijaństwa przypada jednak na okres Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Odnotowano wówczas wzrost spożycia od 2,5 l w 1947 r. do 9 l w 1978 r. czystego alkoholu na osobę¹¹.

Alkohol zalicza się do środków odurzających, a zasadności takiej kwalifikacji upatruje się w fakcie, że jest on także substancją psychoaktywną wpływającą na psychikę. Trafnie wskazuje M. Kuć, że alkoholu używa się w takich samych celach jak np. narkotyki, a jedyną różnicę stanowi powszechne przyzwolenie kulturowe na jego spożywanie¹². Celem wyjaśnienia należy przypomnieć, czym jest napój alkoholowy, stan po użyciu alkoholu, stan nietrzeźwości, uzależnienie od alkoholu, picie szkodliwe oraz ryzykowne, alkoholizacja oraz niebezpieczny stan alkoholiczny. Pojęcia te bezpośrednio korelują i separują dwa podstawowe założenia teoretyczne dotyczące alkoholu jako czynnika kryminogennego, a mianowicie jako wpływu bezpośredniego i pośredniego na przestępczość.

Napojem alkoholowym w myśl przepisów ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi¹³ jest produkt przeznaczony do spożycia, zawierający alkohol etylowy pochodzenia rolniczego w stężeniu przekraczającym 0,5% objętościowych alkoholu. Ustawa rozróżnia także stan po użyciu alkoholu oraz stan nietrzeźwości. Pierwszy z nich zachodzi, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do stężenia we krwi od 0,2‰ do 0,5‰ alkoholu albo obecności w wydychanym

⁹ Ibidem, s. 396.

¹⁰ K. Janicki, *Rzeczpospolita gorzałką stoi! Jak się pilo w XVIII-wiecznej Polsce?*, <https://ciekawostkihistoryczne.pl/2012/11/13/rzeczpospolita-gorzalka-stoi-jak-sie-pilo-w-xviii-wiecznej-polsce/> (data dostępu: 29.08.2020).

¹¹ *Alkoholizm w Polsce. Rys historyczny i statystyki – część II*, <https://leczeniealkoholizmu.com/czytelnia/alkoholizm-w-polsce-cz-2/> (data dostępu: 20.03.2020).

¹² M. Kuć, op. cit., s. 128.

¹³ Dz.U. z 2019 r., poz. 2277.

powietrzu od 0,1 mg do 0,25 mg alkoholu w 1 dm³. Stan nietrzeźwości zachodzi z kolei, gdy zawartość alkoholu w organizmie wynosi lub prowadzi do stężenia we krwi powyżej 0,5‰ alkoholu albo obecności w wydychanym powietrzu powyżej 0,25 mg alkoholu w 1 dm³.

Wśród podstawowych definicji w świetle najważniejszych systemów klasyfikacyjnych należy wyróżnić uzależnienie od alkoholu, picie szkodliwe oraz ryzykowne. Zgodnie z Międzynarodową Klasyfikacją Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10) uzależnienie od alkoholu jest przewlekłym zaburzeniem, charakteryzującym się występowaniem co najmniej trzech z sześciu typowych objawów, które wystąpiły w okresie ostatniego roku. Wśród nich wyróżnia się: silną potrzebę picia lub kompulsywne picie alkoholu; trudności w kontrolowaniu zachowań związanych z piciem alkoholu pod postacią upośledzenia kontroli nad: rozpoczęciem picia, długością trwania picia lub ilością wypijanego alkoholu; objawy abstynencyjne; występowanie tolerancji (by wywołać efekt powodowany poprzednio mniejszymi dawkami alkoholu konieczne jest jego większe spożycie); wzrastające zaniedbywanie alternatywnych przyjemności lub zainteresowań oraz zwiększenie ilości czasu potrzebnego na zdobycie alkoholu lub powrotu do normy; picie pomimo wiedzy, że alkohol jest szkodliwy¹⁴.

Ta sama klasyfikacja wyróżnia również picie szkodliwe. Przez nie rozumie się sytuację, w której u danej osoby alkohol stanowi przyczynę lub współprzyczynę występowania szkód zdrowotnych (somatycznych, psychicznych lub zaburzeń zachowania), które mogą prowadzić do niesprawności lub mogą negatywnie wpływać na stosunki międzyludzkie¹⁵.

Pozostając nadal w obszarze terminologii medycznej, poza wymienioną klasyfikacją, wyróżnia się również pojęcie picia ryzykownego, które oznacza „spożywanie nadmiernych ilości alkoholu (dziennie powyżej 40 g etanolowego etanolu przez mężczyzn lub ponad 20 g etanolu przez kobiety przez co najmniej 5 dni w tygodniu) aktualnie niepociągające za sobą negatywnych konsekwencji, ale związane z ryzykiem szkód zdrowotnych, które mogą pojawić się, o ile sposób picia alkoholu się nie zmieni. Ponadto przez picie ryzykowne rozumie się picie alkoholu w dowolnych ilościach, ale w sytuacjach potencjalnie niosących ze sobą ryzyko wystąpienia gwałtownych szkód, np. prowadzenie samochodu, praca na wysokości, obsługiwanie urządzeń mechanicznych przez osobę będącą pod wpływem alkoholu”¹⁶.

Należy wspomnieć, że piąta edycja amerykańskiej klasyfikacji diagnostycznej DSM-5 (maj 2013 r.) zrezygnowała z podziału na „nadużywanie alkoholu” i „uzależnienie od alkoholu” poprzez stworzenie nowej kategorii „za-

¹⁴ A. Jakubczyk, *Uzależnienie, picie szkodliwe i ryzykowne – podstawowe definicje w świetle najważniejszych systemów klasyfikacyjnych*, [w:] M. Wojnar (red.), *Medyczne aspekty uzależnienia od alkoholu*, Warszawa 2017, s. 9–10.

¹⁵ Ibidem, s. 10.

¹⁶ Ibidem, s. 11.

burzenia związanego z używaniem alkoholu”, wprowadzając dodatkowy podział na stopnie ciężkości zaburzenia. Jego rozpoznanie należy postawić, gdy stwierdzono problemowy wzorzec spożywania alkoholu prowadzący do pojawienia się istotnych klinicznie zaburzeń. Muszą one wystąpić w okresie ostatniego roku pod postacią co najmniej dwóch z wymienionych:

- „spożywanie alkoholu w większych ilościach lub przez dłuższy czas niż zamierzano;
- uporczywe pragnienie picia alkoholu albo towarzyszące temu nieudane próby ograniczenia lub kontrolowania picia;
- poświęcanie dużej ilości czasu na aktywności związane ze zdobywaniem alkoholu, piciem i likwidowaniem negatywnych skutków picia;
- głód alkoholu lub silne pragnienie, lub potrzeba picia;
- nawracające spożywanie alkoholu powodujące zaniedbanie głównych obowiązków w pracy, szkole czy w domu;
- spożywanie alkoholu pomimo ciągłych lub nawracających problemów społecznych i interpersonalnych spowodowanych lub pogłębionych przez działanie alkoholu;
- ograniczanie czy porzucanie z powodu alkoholu ważnych aktywności społecznych, zawodowych lub rekreacyjnych;
- powtarzające się spożywanie alkoholu w sytuacjach, w których jest to ryzykowne (np. prowadzenie samochodu lub obsługiwanie maszyn przez osobę znajdującą się pod wpływem alkoholu);
- spożywanie alkoholu pomimo ciągłych bądź nawracających problemów fizycznych lub psychicznych, prawdopodobnie spowodowanych lub pogłębionych przez działanie alkoholu;
- ujawnienie się tolerancji na alkohol związanej z potrzebą spożycia istotnie większej ilości alkoholu celem osiągnięcia pożądanego efektu lub z widocznym znacznym zmniejszeniem efektu używania tej samej ilości alkoholu;
- występowanie charakterystycznych objawów abstynencyjnych spowodowanych przerwaniem picia bądź zredukowaniem dawki alkoholu lub picie alkoholu/przyjmowanie substancji o podobnym działaniu z zamiarem złagodzenia albo uniknięcia objawów abstynencyjnych¹⁷.

W perspektywie socjologicznej można wyróżnić również pojęcie alkoholizacji, które jest pojęcie szerokim. To zjawisko społeczne, które polega na spożywaniu napojów alkoholowych, bez względu na towarzyszące okoliczności, motywy czy też sposoby picia. Dotyczy zarówno osób pijących w sposób umiarkowany, niemających problemów związanych ze spożywaniem alkoholu, jak i tych pijących nadmiernie, których takie problemy są zasadą¹⁸. Z kolei niebezpieczny stan alkoholiczny to „szkodliwość medyczno-społeczna polegająca na niebezpiecznym stanie tego, u kogo spożycie napojów alkoholowych powo-

¹⁷ Ibidem, s. 12–14.

¹⁸ M. Kuć, op. cit., s. 135–136.

duje jakąś szkodę dla niego samego bądź dla społeczeństwa, bądź dla niego i dla społeczeństwa”, a jednym z tych przejawów jest właśnie przestępczość pod wpływem alkoholu¹⁹.

M. Kuć wśród podstawowych skutków działania alkoholu, mając na względzie jego właściwości, wymienia: polepszenie samopoczucia, obniżenie samokrytycyzmu, wzrost poczucia pewności siebie, zaburzenia spostrzegawczości, zmniejszenie szybkości reagowania na bodźce, osłabienie hamulców moralnych oraz agresywność²⁰. Anna Golonka przywołuje badania, które dowodzą, że alkohol jest odpowiedzialny za gwałtowne reakcje agresywne. Odblokowuje bowiem hamulce moralne oraz pozbawia racjonalnej i wyważonej oceny rzeczywistości²¹. Zachowania agresywne alkohol może wyzwalać zwłaszcza w stanie głodu alkoholowego²². Zgodzić należy się również z Jackiem Sztaudyngerem i Marcinem Sztaudyngerem, którzy twierdzą, że alkohol obniża próg moralny popełnienia przestępstwa, a osoby które są w stanie upojenia nie potrafią swoich reakcji i czynów, działają impulsywnie i są zazwyczaj agresywne. Autorzy ci uważają jednocześnie, że alkoholu nie można traktować za przyczynę sensu stricto. Ta, według nich, jest efektem współwystępowania bardzo wielu czynników, np. ekonomicznych, społecznych, psychologicznych czy kulturowych²³.

Patrząc na alkohol w wymiarze oddziaływania długofalowego, a więc w kontekście uzależnienia od alkoholu, przyczyn tego nałogu upatruje się w czynnikach środowiskowych i osobowościowych, a istotną rolę w genezie uzależnienia odgrywają czynniki psychologiczne, motywacyjne, związane z zaspokajaniem potrzeb i euforycznym działaniem alkoholu na psychikę człowieka²⁴. Charakterystycznymi dla uzależnienia od alkoholu są płytkie i głębokie zmiany psychiczne, takie jak: spadek aktywności woli, osłabienie uczuć moralnych; niski stopień internalizacji zasad moralnych, etycznych i wszelkich norm społecznych; ambiwalencja postaw; niezgodność słów i czynów w demonstrowaniu postaw wobec wartości; osłabienie aktywności intelektualnej; obniżony poziom potrzeb poznawczych i estetycznych; obniżone poczucie samokontroli, odpowiedzialności i dojrzałości społecznej; pojawienie się urojeń niewierności; brak tolerancji; nasilona skłonność do kłamstwa; wzrost agresywności wobec najbliższych; drażliwość i wybuchowość; myślenie prześladawcze czy tendencje samobójcze²⁵. Zarówno elementy charakterystyczne dla

¹⁹ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2016, s. 441.

²⁰ M. Kuć, op. cit., s. 136.

²¹ A. Golonka, *Alkohol a poczytalność sprawcy czynu zabronionego – wnioski na podstawie badań aktowych*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI, s. 280.

²² M. Kuć, op. cit., s. 139.

²³ J. Sztaudynger, M. Sztaudynger, *Ekonomiczne modele przestępczości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, z. 3, s. 129–130.

²⁴ M. Kuć, op. cit., s. 136.

²⁵ *Ibidem*, s. 137.

alkoholu oddziałującego na człowieka w sposób krótkotrwały, jak i długotrwały wpisywać się mogą w proces kryminogenezy, który prowadzi do popełnienia czynu zabronionego. Stanowiąc mogą bowiem czynnik, który wpływa na zachowanie człowieka w taki sposób, że ten będzie bliższy popełnienia czynu zabronionego niż byłby bez wpływu alkoholu na jego organizm.

Szukając genezy podłoża teoretycznego dla podjętego zagadnienia, należy powrócić aż do myśli szkoły antropologicznej w kryminologii, która dała początek badaniom biopsychicznym i psychopatologicznym przestępców. Przedstawiciel tej szkoły Enrico Ferri ustalił klasyfikację przyczyn przestępczości oraz typologię przestępców. Uważał, że przyczyn tego typu przestępstwa należy szukać w tendencjach antyspołecznych, których pochodzenia upatrywał w biologii. Jednym z typów przestępców zaproponowanym przez Ferriego był przestępca z urodzenia, który miał być obciążony dziedzicznie, np. przez przodka alkoholika²⁶. Wśród późniejszych koncepcji teorii psychologicznych należy zwrócić uwagę na teorię Juliusa Ludwiga Augusta Kocha dotyczącą psychopatii. Miała ona obejmować anormalności w sferze emocjonalno-wolicjonalnej i intelektualnej, a jej pochodzenia Koch upatrywał w podłożu biologicznym i społecznym, rozróżniając odpowiednio psychopatie wrodzone i nabyte. Psychopatyczne objawy dzielił na trwałe i przejściowe. Wśród form przejściowych psychopatii Koch zaliczał właśnie alkoholizm²⁷. Bliższe współczesnemu rozumieniu związku alkoholu z przestępczością w koncepcji teoretycznych założeń kryminologicznych i w ujęciu długofalowym wydaje się być pojęcie charakteropatii, którą rozumie się jako anomalię osobowości wywołaną organicznym uszkodzeniem tkanki mózgowej. Cechami charakterystycznymi dla tej zmiany osobowości są impulsywność, euforia, trudności w koncentracji uwagi, obniżenie uczuciowości wyższej, drażliwość, wybuchowość, trudności z opanowaniem gniewu, zaburzenie napędu psychoruchowego, skłonności do wybuchów afektywnych oraz skłonność do nałogów. Cechy te prowadzą do zachowań antyspołecznych. Wśród typów charakteropatii wyróżnia się m.in. charakteropatię alkoholową²⁸.

Alkohol w teoriach kryminologicznych pojawia się również w kontekście teorii podkultur, która wskazuje na obecność podsystemów podkulturowych występujących w społeczeństwie, nawiązując do odmienności w kontekście stylu życia, postawach, wartościach i przyjmowanych normach – teoria Waltera B. Millera bazująca na badaniach dotyczących stylu życia przedstawicieli warstw niższych. Według Millera powstawanie gangów młodzieżowych wynika z tradycji kulturowej warstw niższych, która jest niezależna od propagowanych wzorów zachowania warstw średnich. Warstwy niższe w ramach tej teorii charakteryzują się kultywowaniem takich wartości, jak: kłopoty,

²⁶ Ibidem, s. 13–16.

²⁷ Ibidem, s. 23.

²⁸ Ibidem, s. 26–27.

twardość, spryt, emocje, przeznaczenie czy niezależność. Emocjom towarzyszy dążenie do ekscytujących przeżyć, które przejawia się zachowaniem przestępczym, hazardem, ekscesami towarzyskimi czy właśnie nadużywaniem alkoholu²⁹.

Wyodrębniony wcześniej podział na działanie bezpośrednie i pośrednie dotyczył działania alkoholu *in persona*. Negatywne skutki jego spożywania rezonują jednak również pośrednio na otoczenie. Tak jest w przypadku środowiska rodzinnego, gdzie istnieje problem alkoholowy u rodziców. Badania wskazują, że nałóg rodziców zaburza prawidłowy proces dorastania dziecka, gdyż brakuje prawidłowych i niezbędnych czynników dla procesu rozwoju, takich jak poczucie bezpieczeństwa, troskliwa opieka czy konsekwentne i ujednolicone metody wychowawcze. Stąd takie dzieci rozwijają się gorzej niż rówieśnicy pod względem psychicznym, społecznym oraz społecznym. Efektem tego jest zanizone poczucie własnej wartości i częste naruszanie norm społecznych i prawnych³⁰.

Alkohol pełni również funkcję wiktymogenną, gdyż zdarza się – i, jak pisze Małgorzata Kuć, nierzadko – że w chwili popełnienia przestępstwa pod wpływem alkoholu znajdowała się zarówno sprawca, jak i ofiara. Często też przed popełnieniem przestępstwa sprawca i ofiara wspólnie spożywali alkohol³¹. Upojenie alkoholowe człowieka jest również często czynnikiem wpływającym i decydującym o tym, czy stanie się on ofiarą przestępstwa. Jest bowiem tak, że takie osoby prowokują zachowania agresywne, ale też ich postawa ułatwia działanie sprawcy, np. ze względu na ich bezradność przy głębokim upojeniu alkoholowym³².

Alkohol w systemie polskiego prawa jest substancją legalną. Prawo karne przewiduje takie jednak z nim zależności pewnych zachowań, które stanowią czyn zabroniony. W grupie tej można uwzględnić np. sprzedaż lub podawanie napojów alkoholowych w wypadkach, kiedy jest to zabronione albo bez wymaganego zezwolenia lub wbrew jego warunkom; spożywanie alkoholu wbrew zakazom określonym w ustawie; rozpijanie małoletniego czy chyba najczęściej kojarzone z alkoholem przestępstwo prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości. Arkadiusz Zaczek uważa, że sądy, wymierzając kary kierującym pojazdami mechanicznymi w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, często przejawiają zbytnią wyrozumiałość, orzekając kary o charakterze nieizolacyjnym oraz środki karne, których dolegliwość ekonomiczna jest minimalna. Autor uważa również, że grzywny i środki karne o charak-

²⁹ Ibidem, s. 33–36.

³⁰ E. Jabłońska, *Alkohol jako czynnik kryminogeny i wiktymogenny w przestępstwach zabójstwa na przykładzie spraw rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2016, nr 2, s. 90–91.

³¹ M. Kuć, op. cit., s. 139.

³² A. Ryszkowski, A. Wojciechowska, Z. Kopański, I. Brukwicka, Y. Lishchynskyy, M. Mazurek, op. cit., s. 13.

terze materialnym nakładane na tych kierowców są zbyt łagodne³³. Co jednak interesujące, udział wypadków drogowych spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców w ogólnej liczbie wypadków jest niski, gdyż wynosi ok. 6% i systematycznie spadał latach 2007–2016. Spadała również liczba przestępstw prowadzenia pojazdu mechanicznego pod wpływem alkoholu lub środka odurzającego³⁴.

Najwłaściwszym i najbardziej transparentnym sposobem próby ustalenia związku alkoholu i przestępczości jest prezentacja wyników dotychczasowych badań w tym zakresie, głównie empirycznych, które wskazują na charakterystyczne korelacje między nimi. Autor przedstawił jedynie wybrane z nich, których znaczenie dla niniejszego opracowania uznał za najistotniejsze.

1. Alkohol a miejsce i czas popełnienia przestępstwa.

- Jean Constant wnioskował, że miejsce i czas popełniania przestępstw jest bezpośrednio powiązany z miejscem i czasem spożywania alkoholu, a Jean Pinatel, że alkohol ma związek z popełnianiem specyficznych rodzajów przestępstw, jak np. zabójstw, gwałtów, uszkodzeń ciała czy znęcania się nad dziećmi³⁵.
- Według Jeana Constanta przestępczość agresywna i seksualna zwiększa się wraz z końcem tygodnia, co związane jest bezpośrednio z rozpoczynającymi się wówczas zabawami alkoholowymi³⁶.

2. Alkohol a zabójstwo.

- Alkohol był obecny w 63% do 85% badanych przypadków przez Jacka Morawskiego. Najczęściej w przypadkach zabójstwa pod wpływem alkoholu nie stwierdzono premedytacji ani złego zamiaru sprawcy. Zauważono wyraźną korelację między tygodniowy rytmem zabójstw a wskaźnikiem alkoholizacji (najczęściej w soboty, najrzadziej we wtorki). Morawski obserwował również zwiększoną predestynację alkoholików do stania się ofiarami zabójstw, występowanie alkoholizmu w rodzinach zabójców, a także wysoki odsetek osób systematycznie nadużywających alkohol wśród sprawców i ofiar zabójstw. Autor, analizując jednak natężenie zabójstw i wielkość spożycia alkoholu w innych państwach, stwierdził, że hipoteza o jednoznacznym związku wielkości spożycia alkoholu z zabójstwami nie może się ostać, gdyż obserwuje się państwa, gdzie współczynnik spożycia alkoholu jest wysoki, a odsetek zabójstw nieznacznie niższy³⁷.

³³ A. Zaczek, *Przestępstwa prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a § 1 i 4 k.k.)*, „Civitas et Lex” 2015, nr 1, s. 53.

³⁴ M. Marczewski, P. Ostaszewski, *Statystyczny obraz przestępczości prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego*, „Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. profesora Stanisława Batawii” 2017, nr 24, s. 55.

³⁵ D. Wójcik, *Racjonalność sprawców przestępstw przeciw mieniu – implikacje dla profilaktyki i resocjalizacji*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2012, nr 2, s. 237.

³⁶ B. Hołyst, op. cit., s. 442.

³⁷ Z. Majchrzyk, *Zabójczynie i zabójcy: osobowość, motyw, uwarunkowania sytuacyjne: analiza z perspektywy psychologicznego orzecznictwa sądowego*, Warszawa 2008, s. 276.

- Halina Janowska uważa, że brak jest prostej zależności między alkoholem a zabójstwem. Według niej zabójstwo wynika z innych przyczyn, głównie osobowości przyszłego zabójcy³⁸.
- Anna Wolska, na podstawie analizy 50 przypadków zabójstw stwierdziła, że alkohol nie odgrywał roli bezpośredniej w wyznaczeniu i wywołaniu agresji. Stanowił jednak rolę pośrednią w ułatwieniu podjęcia czynu poprzez obniżenie lub znoszenie hamulców moralno-etycznych³⁹.
- Badania akt spraw karnych (w szczególności opinie psychologiczno-psychiatryczne oraz wywiady środowiskowe kuratorów zawodowych) z lat 1998–2014 we wszystkich sprawach o przestępstwo z art. 148 k.k. i art. 13 § 1 w zw. z art. 148 k.k. rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie przeprowadzone przez Elżbietę Jabłońską. Materiał badawczy objął 60 sprawców zabójstw i stanowił wszystkie sprawy o zabójstwo rozpoznane w latach 1998–2014 przez Sąd Okręgowy w Krośnie. Ustalono, że 46 z 60 (77%) sprawców w chwili popełnienia czynu znajdowało się pod wpływem alkoholu, 36 (60%) ofiar zabójstw znajdowało się pod wpływem alkoholu. Według autorki alkohol mógł mieć bezpośredni związek z zabójstwem, zwłaszcza w przypadku, gdy poziom stężenia był wysoki, a agresor z ofiarą byli w konflikcie⁴⁰.
- Badanie własne. Analizie poddano 29 spraw karnych prawomocnie zakończonych, prowadzonych przed Sądem Okręgowym w Bydgoszczy w latach 2015–2019, o zabójstwo (z art. 148 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny)⁴¹. Celem analizy było ustalenie stanu trzeźwości sprawcy bezpośrednio po zdarzeniu oraz ustalenie, czy sprawca nadużywał wcześniej alkoholu. W 12 (41%) ze wszystkich analizowanych spraw sprawca znajdował się pod wpływem alkoholu w chwili zdarzenia, co ustalono bezpośrednio po zdarzeniu w czasie zatrzymania. W 18 (62%) ze wszystkich analizowanych spraw biegli wskazali na uzależnienie sprawcy od alkoholu.
- We wszystkich przypadkach, w których sprawca znajdował się w stanie upojenia alkoholowego, było to upojenie proste. Biegli nie stwierdzili w tych sytuacjach wystąpienia atypowych upojeń, które mogłyby stanowić okoliczność łagodzącą odpowiedzialność sprawcy w postaci ograniczenia bądź zniesienia jego odpowiedzialności.

³⁸ *Ibidem*, s. 277.

³⁹ E. Jabłońska, *op. cit.*, s. 91–92.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 92–96.

⁴¹ Wykaz analizowanych spraw: sygn. akt III K 178/19; III K 160/19; III K 186/18; III K 44/18; III K 74/18; III K 8/17; III K 242/17; III K 55/17; III K 73/17; III K 42/17; III K 256/17; III K 201/17; III K 139/17; III K 126/17; III K 76/17; III K 77/17; III K 80/17; III K 25/16; III K 165/16; III K 167/16; III K 154/16; III K 17/16; III K 183/16; III K 118/16; III K 111/16; III K 78/15; III K 173/15; III K 221/15; III K 22/15.

3. Alkohol a przestępczość seksualna.
- Cechą charakterystyczną dla sprawców zgwałceń jest m.in. alkoholizm. Sprawcami zgwałceń są najczęściej ludzie młodzi, a gwałtu dopuszczają się osoby właśnie pod wpływem alkoholu⁴².
4. Alkohol a przemoc w rodzinie.
- Ok. 3 mln osób w Polsce żyje w rodzinach z problemem alkoholowym. 80% żon alkoholików oraz ich dzieci doświadcza przemocy ze strony swego męża lub partnera. Najwięcej przestępstw przeciwko rodzinie dokonywanych jest właśnie pod wpływem alkoholu⁴³. Potwierdzają to również statystyki zgłoszeń do Pogotowia „Niebieskiej Linii”, które wskazują, że czynnikiem towarzyszącym przemocy jest w ponad połowie przypadków spożyty przez sprawcę alkohol⁴⁴. Alkohol obecny jest również w większości przypadków osób wykorzystujących seksualnie dzieci i używany jest przez nich na różnych etapach przygotowań do ataku na dziecko⁴⁵.
 - Barbara Małgorzata Kałdon badała sto losowo wybranych akt spraw karnych od 1997 r. do połowy 2010 r., obejmujących przestępstwo znęcania się (art. 207 §1. k.k.) w przypadku gdy ofiarą było dziecko. W każdym przypadku powodem zgłoszenia zawiadomienia o przestępstwie było stosowanie przemocy przez sprawcę, w tym w 94 przypadkach sprawca przemocy był pod wpływem alkoholu⁴⁶.
5. Alkohol a przestępstwa przeciwko mieniu.
- Badania Dominiki Wójcik miały charakter sondażowy. Zostały przeprowadzone wśród skazanych prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwa przeciwko mieniu, przebywających w Zakładzie Karnym nr 1 oraz w Areszcie Śledczym nr 1 we Wrocławiu. 60% badanych sprawców deklarowała działanie pod wpływem substancji psychoaktywnych (alkoholu i/lub narkotyków), z czego 54% ankietowanych stanowiły osoby ze stwierdzonym uzależnieniem od alkoholu i/lub narkotyków⁴⁷.
6. Alkohol a poczynałość sprawcy przestępstwa.
- Badanie przeprowadzone na grupie 90 osób (70 mężczyzn, 20 kobiet) podejrzanych w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym przez prokuratora o czyn przeciwko zdrowiu lub życiu. Spożycie alkoholu u podejrzanych

⁴² P. Wójtowicz-Pytel, *Znaczenie profilowania kryminalnego w czynnościach dochodzeniowo-śledczych na przykładzie sprawców przestępstw na tle seksualnym*, [w:] B.A. Nowak, M. Maciąg (red.), *Przegląd badań z zakresu kryminalistyki i medycyny sądowej*, Lublin 2017, s. 154–155.

⁴³ J. Halicki, *Nadużywanie alkoholu jako czynnik ryzyka przemocy w rodzinie*, „Pedagogika Społeczna” 2018, nr 3, s. 220.

⁴⁴ E. Pelc, op. cit., s. 374–375.

⁴⁵ K. Chołuj, *Alkohol a wykorzystywanie seksualne dzieci*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2004, vol 3, nr 3, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/179/136> (data dostępu: 29.08.2020).

⁴⁶ B.M. Kałdon, *Charakterystyka spraw o przestępstwa przeciwko rodzinie*, „Forum Pedagogiczne” 2012, t. 2, nr 1, s. 197.

⁴⁷ D. Wójcik, op. cit., s. 242.

w chwili popełnienia czynu potwierdzono pomiarem stężenia alkoholu w wydychanym powietrzu. Badani zostali poddani obserwacji (2004–2008) sądowo-psychiatrycznej przez okres 6 tygodni na Oddziale Obserwacji Sądowo-Psychiatrycznej w Zakładzie Karnym nr 2 w Łodzi, ze względu na fakt, że jednorazowe badanie nie przyniosło wyniku co do stanu zdrowia oraz poczytalności w chwili popełnienia zarzucanego czynu. W wyniku obserwacji stwierdzono, że u żadnego sprawcy dokonującego w stanie upojenia alkoholowego zwykłego zabójstwa lub poważnego uszkodzenia ciała nie orzeczono niepoczytalności. U 15% badanych orzeczono poczytalność znacznie ograniczoną. U 46% podsądnych orzeczono poczytalność nieznacznie ograniczoną (bliską poczytalności), a 39% obserwantów zostało uznanych za poczytalnych wobec zarzucanego im czynu⁴⁸. Poczytalność była orzeczona w grupie osób, u których istotnie częściej diagnozowano uzależnienie od alkoholu, które prezentowały zachowania agresywne w przeszłości oraz były wcześniej karane⁴⁹.

- Charakterystyka sprawców przestępstw nadużywających alkohol w świetle analiz opinii sądowo-psychiatrycznych. Według Dariusza Juszcza i Moniki Talarowskiej nadużywanie alkoholu ma wpływ kryminogeny i jest charakterystyczne dla przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu oraz rodzinie. Alkoholizowanie się jest mechanizmem spustowym dla zaburzeń psychicznych, zwłaszcza na podłożu organicznego uszkodzenia OUN⁵⁰.
- Badanie Ewy Habzdy-Siwiek. W większości badanych przypadków czynnikiem zakłócającym stan psychiczny sprawców w chwili czynu było pozostawanie pod wpływem alkoholu. E. Habzda-Siwiek wyróżniła sprawców czynu bez zaburzeń psychicznych oraz sprawców czynu z zaburzeniami psychicznymi nieskutkującymi ograniczeniem poczytalności (74,56%), w tym diagnozowano zaburzenia osobowości, zaburzenia zachowania i uzależnienie od alkoholu⁵¹.
- Badanie Anny Golonki. Ogólnokrajowe badania aktowe (179 opinii sądowo-psychiatrycznych i tyle samo opinii sądowo-psychologicznych) przypadków, w których nadużywanie alkoholu stanowiło podstawę kwestionowania poczytalności sprawcy przestępstwa, mające na celu ustalenie wpływu, jaki alkohol może mieć na zniesienie albo ograniczenie w znacznym stopniu poczytalności sprawców czynów zabronionych. Autorka na podstawie przepro-

⁴⁸ A. Sieradzka, J. Rabe-Jabłońska, *Orzeczenie o zmienionej poczytalności a charakterystyka demograficzna, rodzinna oraz występowanie uzależnienia od alkoholu u osób dokonujących zabójstwa lub ciężkiego uszkodzenia ciała w stanie upojenia alkoholowego zwykłego*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna” 2013, nr 13, s. 18–19.

⁴⁹ Ibidem, s. 23–24.

⁵⁰ D. Juszcza, M. Talarowska, *Charakterystyka sprawców przestępstw nadużywających alkoholu w świetle analizy opinii sądowo-psychiatrycznych*, „Polski Merkurusz Lekarski” 2009, t. 27, nr 159, s. 213.

⁵¹ A. Sieradzka, J. Rabe-Jabłońska, op. cit., s. 22–23.

wadzonych przez siebie badań stwierdza, że spożycie alkoholu powoduje u sprawcy ograniczenie zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem (tutaj autorka wskazuje na pokierowanie znaczenia czynu, co uznać należy za omyłkę pisarską). Zdaniem autorki alkohol odgrywa istotną rolę podczas opiniowania sądowno-psychiatrycznego i sądowno-psychologicznego w postępowaniu karnym, gdyż fakt znajdowania się sprawcy w czasie czynu w stanie nietrzeźwości, połączony m.in. ze stwierdzonymi zmianami w ośrodkowym układzie nerwowym i przy współwystępujących oznakach zależności alkoholowej, stosunkowo często prowadzi do opiniowania przez biegłych psychiatrów o zmniejszonej poczytalności sprawcy przestępstwa. Odmiennie w przypadku orzekania niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego, gdzie alkohol statystycznie nie odgrywa znaczącej roli⁵².

7. Alkohol a zaburzenia osobowości.

- Fernand Goffioul i Georges Kellens wskazują, że główne cechy psychopatologii alkoholików są identyczne z cechami osób, które prowadzą samochody w niebezpieczny sposób. W ich założeniu alkohol i pojazd mechaniczny kreują podobną przestrzeń wyzwolenia niektórych negatywnych emocji, takich jak agresja czy impulsywność⁵³.
- Zdzisław Majchrzyk i Ryszard Rutkowski i ich badanie na podstawie analizy 150 ekspertyz sądowych dotyczących sprawców, którzy popełnili czyn przestępny w stanie nietrzeźwości oraz wykazywali się cechami nieprawidłowej osobowości. Stan upicia alkoholowego podzielili na dwa typy: upicie zwykle i upicie niezwykle. W ramach upicia niezwykłego badacze zmieścili nadzwyczajne formy reakcji na alkohol takie jak upicie patologiczne, atypowe, powikłane, na podłożu patologicznym i inne. U 128 sprawców stwierdzono upicie zwykle, a u 22 – upicie niezwykle. Analiza ich badań doprowadziła do wniosku, że żaden typ zaburzeń osobowości nie generował większej predyspozycji do wystąpienia upić niezwykłych. Według autorów przesądzający wpływ na wystąpienie nadzwyczajnej reakcji na alkohol mogą mieć „rozmaite, krótkotrwałe niedyspozycje somatyczne i sytuacyjne czynniki psychotraumatyzujące”. Co więcej, niezrozumiałość i niejasność motywacji oraz nietypowość i impulsywność działania to obserwacje charakterystyczne dla upić niezwykłych⁵⁴.
- Teresa Gordon, Ewa Milewska i Ryszard Rutkowski i ich analiza przestępstw dokonanych przez osoby z zaburzoną osobowością, uwzględniając podział na osoby pijane i trzeźwe. Według wyników ich badań osoby pod wpływem alkoholu dokonywały czynów przeciwko zdrowiu i życiu, a osoby trzeźwe – innych czynów, głównie przeciwko mieniu⁵⁵.

⁵² A. Golonka, op. cit., s. 290–292.

⁵³ B. Hołyst, op. cit., s. 442.

⁵⁴ Z. Majchrzyk, op. cit., s. 277.

⁵⁵ Ibidem, s. 277–278.

8. Alkohol a agresja.

- Adam Szymusik stwierdza dużą rolę alkoholu w przestępstwach agresywnych, w tym w zabójstwach. 60% zabójców w chwili czynu znajdowała się pod wpływem alkoholu, a olbrzymia ich liczba była nałogowymi alkoholikami⁵⁶.
- Alkohol a agresja. Janusz Heitzman: „Nadużywanie alkoholu jest formą agresji będącą odpowiedzią na frustrację, niemniej jest jednym z najważniejszych warunków poprzedzających agresję i zwiększa prawdopodobieństwo jej wystąpienia w szczególnie sprzyjających sytuacjach”⁵⁷.

9. Alkohol a powrotność do przestępstwa.

- Według badań przeprowadzonych na osobach dozorowanych w związku z warunkowym zawieszeniem kary pozbawienia wolności aż 52% osiągnęła powrotność do przestępstwa w grupie osób mających problem z alkoholem. Było to o 10 punktów procentowych więcej niż w grupie bez problemu alkoholowego⁵⁸.

10. Alkohol a samobójstwo.

- W badaniach wskazuje się na korelację między samobójstwami a spożyciem alkoholu⁵⁹. Ryzyko podjęcia próby samobójczej jest znacznie większe wśród osób uzależnionych niż w populacji ogólnej. Pacjenci z rozpoznaniem uzależnienia od alkoholu są obciążeni 60–120 razy większym ryzykiem samobójstwa niż osoby bez zaburzeń psychicznych. Od 14% do 43% pacjentów leczonych z powodu uzależnienia od alkoholu próbowało w przeszłości popełnić samobójstwo⁶⁰.

11. Ekonometryczne modele przestępczości.

- J. Sztadynger i M. Sztadynger w oparciu o model ekonomii matematycznej Gary’ego Stanleya Beckera zmodyfikowany przez Pablo Fajnzylbera, Daniela Ledermana i Normana Loayzea. G.S. Becker przyjął, że działania przestępcze są wynikiem racjonalnych decyzji opartych na analizie kosztów i zysków z popełnienia czynu sprzecznego z prawem oraz prawdopodobieństwu ujęciu sprawcy. Podstawą analizy było równanie, w którym oczekiwane zyski netto z pojedynczego przestępstwa są różnicą pomiędzy spodziewaną wysokością łupów a prawdopodobieństwem i wymiarem kary wynikającej z ewentualnego wykrycia sprawcy. J. Sztadynger i M. Sztadynger doszli m.in. do wniosku, że wydatki na alkohol i tytoń okazały się jedynym istotnym czynnikiem wpływającym dodatnio na przestępstwa drogowe. Z alkoholem istotne powiązanie wykazały również zgwałcenia, kradzież

⁵⁶ Ibidem, s. 278.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ E. Włodarczyk, *Spoleczne konsekwencje problemu alkoholowego w Polsce*, „Pedagogika Społeczna” 2018, nr 2, s. 248.

⁵⁹ J. Morawski, J. Moskalewicz, *Trendy samobójstw i spożycia alkoholu w Polsce*, 1991, http://ain.ipin.edu.pl/archiwum/1991/4/AiN_ZIMA-1991-08.pdf, s. 47 (data dostępu: 19.03.2020).

⁶⁰ A. Klimkiewicz, P. Serafin, M. Wojnar, *Czynniki ryzyka zachowań samobójczych u osób uzależnionych od alkoholu*, „Psychiatria” 2011, t. 8, nr 1, s. 8.

oraz zabójstwa. Co szczególnie interesujące w tym modelu matematycznym, wzrost spożycia alkoholu o 1% powoduje wzrost zabójstw o ok. 1,2%⁶¹.

Dotychczasowe badania nad korelacją alkoholu i przestępczości mają charakter kierunkowy i opierają się z reguły na jednym, szczególnym ich związku. Badacze najczęściej identyfikują ten związek na poziomie bezpośredniego oddziaływania jednego czynnika na drugi z pominięciem innych, ważnych elementów procesu kryminogenezy. W rezultacie uzasadnione jest twierdzenie, że alkohol jest czynnikiem kryminogenym, lecz nie można jednoznacznie przesądzić o tym, czy wpływa on na ten proces jedynie symbolicznie, czy zasadniczo. Koincydencja tychże zjawisk utrudnia mierzalność, a w konsekwencji obiektywną ocenę zależności. Niezbędne jest jednak, by badając tęzę zależność przywołać dane liczbowe dotyczące spożycia alkoholu oraz popełnionych przestępstw.

Obecnie średnie spożycie stuprocentowego alkoholu na jednego mieszkańca Polski wynosi 9,55 l (2018 r.) od 2014 r. sukcesywnie rośnie. Od 1993 r. największe spożycie odnotowano w 2008 r. (9,58 l), a najmniejsze w 1995 r. (6,46 l)⁶². Odnotowany w Wielkiej Brytanii spadek przestępczości przypisuje się w części mniejszej ilości spożywanego tam alkoholu⁶³. W Polsce podobnych zależności jednak nie zaobserwowano (patrz tabela 1).

Tabela 1

Korelacja między średnim spożyciem stuprocentowego alkoholu na jednego mieszkańca a liczbą stwierdzonych przestępstw kryminalnych w latach 1999–2018

Lp.	Rok	Średnio na jednego mieszkańca w litrach stuprocentowego alkoholu	Przestępstwa kryminalne stwierdzone
1	2018	9,55	491 732
2	2017	9,45	463 907
3	2016	9,37	490 328
4	2015	9,41	522 546
5	2014	9,40	589 147
6	2013	9,67	727 718
7	2012	9,16	781 340
8	2011	9,25	794 102
9	2010	9,02	778 905
10	2009	9,06	763 597
11	2008	9,58	735 218
12	2007	9,21	794 317

⁶¹ J. Sztudynger, M. Sztudynger, op. cit., s. 140–141.

⁶² Statystyki, <https://www.parpa.pl/index.php/badania-i-informacje-statystyczne/statystyki> (data dostępu: 29.08.2020).

⁶³ W. Zalewski, *Biologiczne i biosocjologiczne uwarunkowania przestępczości*, [w:] E. Drzazga, M. Grzyb (red.), *Nowe kierunki w kryminologii*, Warszawa 2018, s. 43.

cd. tabeli 1

13	2006	8,79	893 389
14	2005	7,97	1 000 096
15	2004	8,28	1 085 295
16	2003	7,86	1 101 387
17	2002	6,93	1 083 854
18	2001	6,63	1 107 073
19	2000	7,12	1 133 162
20	1999	7,04	1 020 654

Źródło: opracowanie własne na podstawie Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, <http://www.parpa.pl/index.php/badania-i-informacje-statystyczne/statystyki> (data dostępu: 29.08.2020); Przepęstwa kryminalne ogółem, <https://statystyka.policja.pl/st/przestępstwa-ogolem/przestępstwa-kryminalne/63470,Przestępstwa-kryminalne-ogolem.html> (data dostępu: 29.08.2020).

Zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja zależności w przypadku ustalenia stanu nietrzeźwości u dorosłych osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa, u których ustalono stan świadomości (patrz tabela 2). W przypadku zabójstw odsetek osób nietrzeźwych wobec liczby podejrzanych, u których ustalono stan świadomości wyniósł 80,2% w 2019 r. Podobny odsetek dotyczył bójki i pobicia, gdzie w 2019 r. odnotowano 72,9% nietrzeźwych podejrzanych. Najmniej, bo 24,5% nietrzeźwych podejrzanych w analogicznym czasie odnotowano w przypadku przestępstwa kradzieży cudzej rzeczy. Liczby te jednoznacznie wskazują, że osoby podejrzane o popełnienie tych przestępstw, w zdecydowanej większości przypadków znajdowały się pod wpływem alkoholu.

Tabela 2

Liczba dorosłych osób nietrzeźwych w ogólnej liczbie podejrzanych

Kwalifikacja prawna	Rok	Podejrzani			
		Dorośli			
		Ogółem	Liczba podejrzanych z ustalonym stanem świadomości	W tym nietrzeźwi	Nietrzeźwi wobec liczby podejrzanych z ustalonym stanem świadomości
Zabójstwo	2019	449	283	227	80,2%
	2018	464	264	205	77,7%
	2017	418	252	207	82,1%
	2016	399	237	198	83,5%
	2015	444	257	206	80,2%
	2014	454	268	221	82,5%
	2013	482	301	248	82,4%

cd. tabeli 2

Uszczerbek na zdrowiu	2019	6675	2745	1654	60,3%
	2018	6785	2856	1819	63,7%
	2017	7327	3135	2013	64,2%
	2016	6936	2995	1923	64,2%
	2015	6268	2792	1782	63,8%
	2014	7351	3253	2092	64,3%
	2013	7088	3144	1974	62,8%
Bójka i pobicie	2019	5666	2161	1576	72,9%
	2018	6257	2514	1863	74,1%
	2017	7158	3067	2207	72,0%
	2016	7525	3372	2531	75,1%
	2015	6921	3179	2339	73,6%
	2014	8593	3878	2980	76,8%
	2013	9615	4273	3221	75,4%
Zgwałcenie (art. 197 k.k.)	2019	680	253	153	60,5%
	2018	705	262	159	60,7%
	2017	664	239	142	59,4%
	2016	668	255	164	64,3%
	2015	598	232	153	65,9%
	2014	662	283	191	67,5%
	2013	616	258	167	64,7%
Kradzież cudzej rzeczy	2019	26 550	9312	2286	24,5%
	2018	23 820	8818	2213	25,1%
	2017	25 054	9177	2411	26,3%
	2016	27 323	10 347	2930	28,3%
	2015	29 473	11 095	3077	27,7%
	2014	33 753	13 298	3791	28,5%
	2013	42 691	18 383	5284	28,7%
Kradzież z włamaniem	2019	8378	2653	987	37,2%
	2018	8286	2769	1081	39,0%
	2017	9240	3155	1282	40,6%
	2016	10 533	3587	1494	41,7%
	2015	12 739	4089	1657	40,5%
	2014	14 957	5248	2240	42,7%
	2013	15 562	5818	2482	42,7%

cd. tabeli 2

Rozboje, kradzież rozbójnicza i wymusze- nia rozbójnicze	2019	4071	1648	1046	63,5%
	2018	4169	1731	1137	65,7%
	2017	4720	2001	1360	68,0%
	2016	5563	2432	1690	69,5%
	2015	5433	2303	1516	65,8%
	2014	6445	2869	1886	65,7%
	2013	6853	3144	2115	67,3%

Źródło: Informacja publiczna Gip 1092-20.

Hipoteza o przesądającym wpływie alkoholu na przestępczość jest założeniem z pogranicza naukowej ekwilibrystyki, nawet przy tak wielu przekonujących wynikach szczegółowych badań naukowych oraz danych statystycznych jednoznacznie wskazujących na ich koincydencję. By zależność tę zbadać, a w szczególności zmierzyć na poziomie generalnym, potrzeba pogłębionych badań uwzględniających proces kryminogenezy.

Wykaz literatury

- Alkoholizm w Polsce. Rys historyczny i statystyki – część II*, <https://leczeniealkoholizmu.com/czytelnia/alkoholizm-w-polsce-cz-2/>.
- Banach M., Kowalewski I., *Alkoholizm wśród młodzieży. Kompendium wiedzy dla pedagogów i pracowników socjalnych*, Scriptum, Kraków 2014.
- Besala J., *Alkoholowe dzieje Polski. Czasy Piastów i Rzeczypospolitej szlacheckiej*, Zysk, Poznań 2015.
- Chołuj K., *Alkohol a wykorzystywanie seksualne dzieci*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2004, vol 3, nr 3, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/179/136>.
- Golonka A., *Alkohol a poczytalność sprawcy czynu zabronionego – wnioski na podstawie badań aktowych*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI.
- Halicki J., *Nadużywanie alkoholu jako czynnik ryzyka przemocy w rodzinie*, „Pedagogika Społeczna” 2018, nr 3.
- Holyst B., *Kryminologia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
<https://www.parpa.pl/index.php/badania-i-informacje-statystyczne/statystyki>.
- Jabłońska E., *Alkohol jako czynnik kryminogeny i wiktymogeny w przestępstwach zabójstwa na przykładzie spraw rozpoznawanych przez Sąd Okręgowy w Krośnie*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2016, nr 2.
- Jakubczyk A., *Uzależnienie, picie szkodliwe i ryzykowne – podstawowe definicje w świetle najważniejszych systemów klasyfikacyjnych*, [w:] M. Wojnar (red.), *Medyczne aspekty uzależnienia od alkoholu*, PARPA, Warszawa 2017.
- Janicki K., *Rzeczpospolita gorzalką stoi! Jak się piło w XVIII-wiecznej Polsce?*, <https://ciekawostkihistoryczne.pl/2012/11/13/rzeczpospolita-gorzalka-stoi-jak-sie-pilo-w-xviii-wiecznej-polsce/>.

- Juszczak D., Talarowska M., *Charakterystyka sprawców przestępstw nadużywających alkoholu w świetle analizy opinii sadowo-psychiatrycznych*, „Polski Merkuriusz Lekarski” 2009, t. 27, nr 159.
- Kaldon B. M., *Charakterystyka spraw o przestępstwa przeciwko rodzinie*, „Forum Pedagogiczne” 2012, t. 2, nr 1.
- Kamiński M., *Upojenie alkoholowe a poczytalność – problemy orzecznicze*, „Palestra” 2017, nr 4.
- Klimkiewicz A., Serafin P., Wojnar M., *Czynniki ryzyka zachowań samobójczych u osób uzależnionych od alkoholu*, „Psychiatria” 2011, t. 8, nr 1.
- Kuć M., *Kryminologia*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Laskowska K., *Patologie społeczne powiązane z przestępczością*, [w:] E.W. Pływaczewski, S. Redo i in., *Kryminologia. Stan i perspektywy rozwoju*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Majchrzyk Z., *Zabójczynie i zabójcy: osobowość, motyw, uwarunkowania sytuacyjne: analiza z perspektywy psychologicznego orzecznictwa sądowego*, Wyd. UKSW, Warszawa 2008.
- Marczewski M., Ostaszewski P., *Statystyczny obraz przestępczości prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego*, „Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. profesora Stanisława Batawii” 2017, nr 24.
- Morawski J., Moskalewicz J., *Trendy samobójstw i spożycia alkoholu w Polsce, 1991*, http://ain.ipin.edu.pl/archiwum/1991/4/AiN_ZIMA-1991-08.pdf.
- Pelc E., *Wpływ wybranych zjawisk patologicznych na bezpieczeństwo i porządek publiczny w Polsce*, WSPiA, Rzeszów 2010.
- Ryszkowski A., Wojciechowska A., Kopański Z., Brukwicka I., Lishchynskyy Y., Mazurek M., *Funkcjonowanie w społeczeństwie osób uzależnionych od alkoholu*, „Journal of Clinical Healthcare” 2015, nr 1.
- Sieradzka A., Rabe-Jabłońska J., *Orzeczenie o zmienionej poczytalności a charakterystyka demograficzna, rodzinna oraz występowanie uzależnienia od alkoholu u osób dokonujących zabójstwa lub ciężkiego uszkodzenia ciała w stanie upojenia alkoholowego zwykłego*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna” 2013, nr 13.
- Sztaudynger J., Sztaudynger M., *Ekonometryczne modele przestępczości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, z. 3.
- Wachholz L., *Alkoholizm a przestępstwo*, Centrala Kół Abstynenckich Młodzieży, Kraków 1927.
- Włodarczyk E., *Společne konsekwencje problemu alkoholowego w Polsce*, „Pedagogika Społeczna” 2018, nr 2.
- Wójcik D., *Racjonalność sprawców przestępstw przeciw mieniu – implikacje dla profilaktyki i resocjalizacji*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2012, nr 2.
- Wójtowicz-Pytel P., *Znaczenie profilowania kryminalnego w czynnościach dochodzeniowo-śledczych na przykładzie sprawców przestępstw na tle seksualnym*, [w:] B.A. Nowak, M. Maciąg (red.), *Przegląd badań z zakresu kryminalistyki i medycyny sądowej*, Wyd. Nauk. Tygiel, Lublin 2017.
- Zaczek A., *Przestępstwa prowadzenia pojazdów mechanicznych w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a § 1 i 4 k.k.)*, „Civitas et Lex” 2015, nr 1.
- Zalewski W., *Biologiczne i biosocjologiczne uwarunkowania przestępczości*, [w:] E. Drzazga, M. Grzyb (red.), *Nowe kierunki w kryminologii*, Wyd. Nauk. Scholar, Warszawa 2018.

Summary

Alcohol as a criminogenic factor

Keywords: criminology, alcohol, crime, criminogenesis.

The relationship between alcohol and crime is a relationship that intrigues researchers as much as it makes it difficult for them to fully understand it. The aim of the article is to summarize and organize the current state of knowledge in this field and to recall the most important empirical research, the compilation of which may be a starting point for further, extended research. Previous studies on the correlation between alcohol and crime are of a directional nature and are usually based on one, specific relationship. As a rule, researchers identify this relationship at the level of direct interaction of one factor with another, ignoring other important elements of the criminogenesis process. As a result, it is legitimate to claim that alcohol is a criminogenic factor, but it cannot be unequivocally determined whether it only affects this process symbolically or essentially.

Dagmara Jaroszewska-Choraś

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-3345-7168

d.jaroszewska-choras@ukw.edu.pl

Zasady etyki zawodowej pracowników instytucji unijnych na przykładzie członków Komisji Europejskiej

Wstęp

Etyczne postępowanie pracowników zatrudnionych w sferze publicznej jest kluczowym ogniwem prawidłowego funkcjonowania administracji. Coraz większą rolę w tym zakresie odgrywają kodeksy etyki zawodowej. Zasady etyki zawodowej mają zastosowanie wobec urzędników różnego szczebla, zarówno w administracji krajowej, jak i unijnej. Osoby decydujące się na podjęcie zatrudnienia w urzędach muszą być świadome tego, że ich praca jest jednocześnie służbą publiczną.

Celem niniejszego artykułu oraz jego głównym założeniem jest analiza przepisów dotyczących zasad etyki zawodowej osób zatrudnionych w sferze publicznej, ze szczególnym uwzględnieniem członków Komisji Europejskiej. Za cel obrano również próbę odpowiedzi na pytanie, czy ewolucja rozwiązań i przepisów w zakresie etycznych postaw dotyczących członków Komisji Europejskiej przyniosła oczekiwany efekt? W pracy posłużono się przede wszystkim metodą prawną-dogmatyczną, polegającą na badaniu przepisów w celu ustalenia ich rzeczywistej treści. Analiza regulacji prawnych oraz innych dokumentów o charakterze *soft law* będzie dotyczyła prawa Unii Europejskiej.

W doktrynie wyodrębnione zostały różne definicje służby publicznej, która może mieć charakter podmiotowy oraz przedmiotowy. Jak wskazują Hubert Izdebski i Paweł Skuczyński, biorąc pod uwagę konstytucyjne pojęcie służby publicznej, „obejmuje ona ogół stanowisk w organach władzy publicznej (np. organy ustawodawcze i stanowiące samorządu terytorialnego, administracja rządowa i samorządowa, sądownictwo i prokuratura) oraz w in-

stytucjach wykonujących funkcje publiczne (np. wojsko, policja, służby specjalne)”¹.

Autorzy podkreślają, że służbę publiczną można także rozpatrywać w ujęciu przedmiotowym, traktując ją jako misję. Podstawowe znaczenie będą tutaj miały różnego rodzaju wartości, takie jak odpowiedzialność, lojalna postawa wobec państwa, zasada uczciwości i racjonalnego działania, bezstronność, sprawność działania oraz działanie zgodnie z prawem. Ponadto z przedmiotowym rozumieniem służby publicznej wiąże się także określony rodzaj działalności w społeczeństwie i realizacja interesu publicznego. Oprócz powyższego podziału, służbę publiczną można rozumieć jako zespół funkcjonariuszy publicznych, a więc osób, które zobowiązały się do pełnienia funkcji administracyjnych i kierowniczych w określonej instytucji². W rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1023/2013 wskazano, że „od europejskiej służby publicznej oczekuje się, aby utrzymywała najwyższe standardy etyki zawodowej oraz aby pozostawała zawsze niezależna (...)”³.

Na wstępie należy zaznaczyć, że w instytucjach unijnych zatrudnione są osoby na stanowiskach urzędniczych, nieurzędniczych oraz osoby będące członkami określonych instytucji unijnych. Wobec tych grup zastosowanie mają wspólne przepisy, które obowiązują wszystkie instytucje unijne. Jednak należy zauważyć, że każda z tych instytucji (podobnie jak wszystkie dyrekcje generalne Komisji Europejskiej, a także pracownicy i członkowie instytucji UE) wdrożyła odmienne etyczne rozwiązania prawne⁴.

Już w latach 90. XX w. zaczęły się pojawiać wśród różnych instytucji unijnych zasady etyki, reguły etycznego postępowania oraz kodeksy postępowania. Stopniowo wprowadzano również szkolenia na ten temat⁵. Funkcjonariusz publiczny – niezależnie od tego, czy został zatrudniony w administracji krajowej, czy unijnej – musi przestrzegać odpowiednich standardów postępowania. Takie standardy powinny być uregulowane np. w kodeksach etyki zawodowej. Zostało to podkreślone m.in. w rekomendacji Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) dotyczącej uczciwości w służbie publicznej⁶.

¹ H. Izdebski, P. Skuczyński, *Problem wyodrębnienia etyki urzędniczej i etyki służby publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 13, Warszawa 2016, s. 17.

² Ibidem.

³ Pkt 4 preambuły, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (EU, EURATOM) nr 1023/2013 z dnia 22 października 2013 r. zmieniające regulamin pracowniczy urzędników Unii Europejskiej i warunki zatrudnienia innych pracowników Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L287 z 29 października 2013 r., s. 15–62).

⁴ Europejski Trybunał Obrachunkowy, *Ramy etyczne skontrolowanych instytucji EU – obszar, który można udoskonalić*, sprawozdanie specjalne nr 13, Luxemburg 2019, s. 8.

⁵ M. Cini, *Good Governance and Institutional Change: Administrative Ethics Reform in the European Commission*, „Journal of Contemporary European Research” 2016, vol. 12, issue 1, s. 441.

⁶ OECD, Paryż, 26 stycznia 2017 r., C 2017 (5).

W punkcie 4 b tego dokumentu wskazano, że sygnatariusze powinni wyznaczyć wysokie standardy postępowania dla funkcjonariuszy publicznych, w szczególności poprzez włączenie standardów uczciwości do systemu prawnego i zasad organizacyjnych (np. kodeksy postępowania lub kodeksy etyki), aby jasno określić oczekiwania i stworzyć podstawę do prowadzenia, w razie potrzeby, dochodzeń i nakładania sankcji dyscyplinarnych, administracyjnych, cywilnych lub karnych.

Uwagi na temat prawa do dobrej administracji

W literaturze przedmiotu wskazuje się na normatywne oraz nienormatywne racje powołania i istnienia etyki urzędniczej. Racje nienormatywne mają charakter społeczny, psychologiczny czy prakseologiczny. Jedną z ważniejszych racji normatywnych jest tzw. prawo do dobrej administracji⁷. W piśmiennictwie występują różne terminy nawiązujące do tzw. dobrej administracji. Wskazuje się m.in. na standardy (postępowania, dobrej administracji), zasady dobrego administrowania, koncepcję dobrego rządzenia czy też prawo do dobrej administracji⁸.

Kwestia prawa do dobrej administracji została uregulowana w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej jako Karta lub KPP)⁹. Karta, wraz z wejściem traktatu z Lizbony ma taką samą moc prawną jak traktaty. W akapicie drugim preambuły KPP wskazano, że Unia jest zbudowana na niepodzielnych, powszechnych wartościach godności osoby ludzkiej, wolności, równości i solidarności; opiera się na zasadach demokracji i państwa prawnego¹⁰. Krystyna Kowalik-Bańczyk podkreśla, że prawo do dobrej administracji wynika z pewnej koncepcji, która polega na tym, iż Unia Europejska to wspólnota prawa, organizacja międzynarodowa, która w swoim funkcjonowaniu kieruje się właśnie zasadą państwa prawa¹¹. Idea stworzenia KPP pojawiła się podczas spotkania Rady Europejskiej w Kolonii w dniach 3–4 czerwca 1999 r. Do opracowania tekstu dokumentu został powołany Konwent¹², w skład któ-

⁷ T. Barankiewicz, *Etyka urzędnicza – funkcje, zasady i postawy*, „Studia z Zakresu Prawa Osobowego i Rejestracji Stanu Cywilnego” 2014, R. IV, nr 2, s. 124.

⁸ M. Princ, *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, Poznań 2017, s. 67.

⁹ Dz. Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r., s. 389–405.

¹⁰ E. Dynia, *Unia Europejska jako wspólnota wartości*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, 2018, Legalis.

¹¹ K. Kowalik-Bańczyk, *Artykuł 41*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, 2020, Legalis.

¹² W Tampere w dniach 15–16 października 1999 r. obradowała Rada Europejska, która zdecydowała o powołaniu Konwentu – instytucji, której zadaniem było stworzenie europejskich praw podstawowych. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że istnienie Konwentu pod względem instytucjonalnym było przełomowe i stanowiło innowację w kontekście międzynarodowego dialogu. Zob. M. Wróblewski, *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej jako źródło prawa UE*, [w:]

rego wchodziły 62 osoby, w tym przedstawiciele Komisji Europejskiej, 16 członków Parlamentu Europejskiego, 30 przedstawiciele parlamentów państw członkowskich UE oraz przedstawiciele prezydentów państw i rządów państw członkowskich¹³. Tekst Karty został proklamowany przez przewodniczących Rady Unii Europejskiej, Parlamentu Europejskiego oraz Komisji Europejskiej¹⁴. Prawo do dobrej administracji pojawia się tytule V Karty zatytułowanym „Prawa obywatelskie”. Jak wskazuje K. Kowalik-Bańczyk, ułatwione zostało realne korzystanie z zawartych w tym artykule postanowień, ponieważ przyporządkowano prawo do dobrej administracji jako „prawa”¹⁵.

Zgodnie z przepisami zawartymi w art. 41 ust. 1 powyższego dokumentu, „każdy ma prawo do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia swojej sprawy w rozsądnym terminie przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii”. Istotnym elementem toczącego się postępowania jest wymóg zachowania bezstronności. Zostało to ugruntowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE¹⁶, który w jednym z wyroków zauważył, że „(...) wymóg bezstronności, który ciąży na instytucjach, organach i jednostkach organizacyjnych w wykonywaniu ich zadań, ma na celu zapewnienie równego traktowania leżącego u podstaw Unii. Wymóg ten w szczególności służy zapobieganiu sytuacjom potencjalnego konfliktu interesów po stronie urzędników i pracowników działających w imieniu instytucji, organów i jednostek organizacyjnych (...). Wymóg bezstronności dotyczy każdej sytuacji, którą urzędnik mający zająć stanowisko w sprawie powinien w rozsądny sposób postrzegać jako mogącą wywoływać u osób trzecich wrażenie, że może ona wpłynąć na jego niezależność w danej kwestii”¹⁷.

Przepis zawarty w art. 41 KPP wskazuje, że podmiotem uprawnionym jest „każdy”. W związku z tym prawo to przysługuje „każdemu” bez względu na to, czy ktoś posiada, czy też nie posiada obywatelstwa UE. Ponadto nie zawęża się do osób fizycznych, gdyż z uprawnień tych mogą skorzystać również pracownicy instytucji i innych organów UE, osoby prawne istniejące w po-

S. Biernat (red.), *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, seria: System Prawa Unii Europejskiej, t. 1, 2020, Legalis, s. 735.

¹³ A. Banaszekiewicz, *Karta Praw Podstawowych, jako „uwieńczenie” unijnego systemu ochrony praw człowieka*, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Prawa Człowieka – idea, instytucje, krytyka*, „Studia Erasmiiana Wratislavensia” 2010, z. IV, s. 183.

¹⁴ M. Wróblewski, op. cit., s. 736.

¹⁵ K. Kowalik-Bańczyk, op. cit.

¹⁶ Np. wyrok Trybunału z dnia 20 grudnia 2017 r., C-521/15 *Hiszpania v. Rada*, pkt 94.

¹⁷ Wyrok Trybunału z dnia 27 marca 2019 r., w sprawie C-680/16P, *August Wolff GmbH & Co. KG Arzneimittel, Remedia d.o.o. przeciwko Komisji Europejskiej* (pkt 26). W niniejszym wyroku Trybunał wskazuje również, że instytucje, organy i jednostki organizacyjne muszą kierować się tzw. bezstronnością subiektywną, która oznacza, że żaden z członków zainteresowanej instytucji nie może okazywać stronniczości lub osobistych uprzedzeń. Z drugiej strony mamy do czynienia z tzw. bezstronnością obiektywną, zgodnie z którą instytucja ta musi zapewnić wystarczające gwarancje, aby wykluczyć wszelkie uzasadnione wątpliwości co do ewentualnych uprzedzeń (pkt 27).

szczególnych państwach członkowskich UE, inne jednostki organizacyjne uczestniczące w postępowaniach administracyjnych oraz państwa członkowskie, w przypadku gdy są uczestnikami postępowania¹⁸.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 prawo to obejmuje: „a) prawo każdego do bycia wysłuchanym, zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące negatywnie wpłynąć na jego sytuację; b) prawo każdego do dostępu do akt jego sprawy, przy poszanowaniu uprawnionych interesów poufności oraz tajemnicy zawodowej i handlowej; c) obowiązek administracji uzasadniania swoich decyzji (...)”. Dalej przepis wskazuje, że w sytuacji, gdy przy wykonywaniu funkcji przez instytucje lub ich pracowników dojdzie do wyrządzenia szkody, wówczas każdy ma prawo domagania się od Unii jej naprawienia, zgodnie z zasadami ogólnymi wspólnymi dla praw państw członkowskich. Ponadto każdy może zwrócić się pisemnie do instytucji Unii w jednym z języków traktatów i musi otrzymać odpowiedź w tym samym języku¹⁹.

Jednym z ważniejszych dokumentów, który dotyczy zasad etyki zawodowej pracowników administracji publicznej, jest Europejski kodeks dobrej praktyki administracyjnej (dalej jako EKDPA)²⁰. Prace nad tym dokumentem zostały zapoczątkowane już w 1998 r., kiedy Roy Perry – eurodeputowany do Parlamentu Europejskiego wystąpił z inicjatywą, aby przygotować dokument, w którym określone zostaną obowiązki urzędników oraz instytucji unijnych wobec obywateli. Kodeks został opracowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich Unii Europejskiej Jacoba Södermana²¹. Pierwsza wersja dokumentu została uchwalona przez Parlament Europejski 6 września 2001 r.²² Należy on do kategorii *soft law*, nie ma więc charakteru wiążącego. Zostało to potwierdzone w jednym z wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego, który stwierdził: „Europejski Kodeks Dobrej Administracji nie jest aktem wiążącym w Polsce, może być jedynie traktowany jako akt wytyczający pożądane standardy działania administracji”²³. EKDPA zawiera istotne zalecenia, które w dużej mierze dotyczą etyki oraz etosu zawodowego urzędników państwowych.

¹⁸ K. Kowalik-Bańczyk, op. cit.; A. Szczerba, M. Pierzecka, *Prawo do dobrej administracji w prawie Unii Europejskiej – między soft law a wiążącym standardem normatywnym*, „Studia Administracji i Bezpieczeństwa” 2020, nr 9, s. 63–64.

¹⁹ Szerzej na ten temat: M. Szubska, *Geneza i znaczenie dla unijnego porządku prawnego Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2018, t. 9, s. 212–213; E. Bonusiak, *Prawo do dobrej administracji jako prawo podstawowe Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego – Seria Prawnicza” 2010, z. 64, s. 17–19.

²⁰ Dokument dostępny pod adresem: <https://www.ombudsman.europa.eu/pl/publication/pl/3510> (data dostępu: 4.12.2021).

²¹ J. Rzucidło, *Wpływ orzecznictwa polskich sądów administracyjnych na stosowanie Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji*, „Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji” 2010, nr 3171, s. 179.

²² Parlament Europejski przyjął wówczas rezolucję zatwierdzającą EKDPA.

²³ Wyrok NSA z 27 maja 2008 r., sygn. akt OSK 867/07.

Przepisy EKDPA odnoszą się do działań funkcjonariuszy, organów i instytucji Unii Europejskiej w stosunkach z podmiotami zewnętrznymi, co zostało wyartykułowane w art. 2 ust. 1, zgodnie z którym „niniejszy Kodeks zawiera ogólne zasady dobrej praktyki administracyjnej znajdujące zastosowanie w stosunku do całości kontaktów instytucji i ich administracji z jednostką, chyba że kontakty te podlegają szczególnym przepisom”. EKDPA skierowany jest do pracowników instytucji unijnych, ale nie obowiązuje członków Komisji Europejskiej²⁴.

Pojęcie jednostki odnosi się zarówno do osób fizycznych, jak i prawnych i to bez względu na to, czy zamieszkują lub mają one prawne siedziby w krajach członkowskich. Przepisy EKDPA nie mają jednak zastosowania do jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej. Natomiast pojęcie „instytucje” obejmuje organy oraz instytucje ówczesnych wspólnot. Owo sformułowanie odnosi się nie tylko do organów władzy, ale również do innych podmiotów, które nie dają się zaklasyfikować jako organy władzy, realizujące jednak funkcje administracji. „Wspólnota” jest rozumiana w znaczeniu traktatu z Maastricht, który wprowadził oficjalnie nazwę Wspólnota Europejska²⁵.

Kodeks wprowadził również rozróżnienie między instytucją a urzędnikiem. Zgodnie z art. 2 ust. 4: a) pojęcie „instytucji” obejmuje instytucje lub organy Wspólnoty; b) pojęcie urzędnika obejmuje urzędników lub pozostałych funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich.

Kodeks składa się z 27 artykułów i można w nim wyodrębnić trzy grupy:

1) przepisy normujące zakres podmiotowy i przedmiotowy stosowania Kodeksu (art. 1–3),

2) przepisy regulujące postępowanie (art. 12–27),

3) przepisy wskazujące sposób rozstrzygnięcia spraw co do treści (art. 4–10)²⁶.

Istotne postanowienia znalazły się w przepisie zawartym w art. 3 ust. 1 EKDPA. Wskazuje on, że „zasady dobrej praktyki administracyjnej znajdują zastosowanie w stosunku do całości kontaktów instytucji i ich administracji z jednostką, chyba że kontakty te podlegają szczególnym przepisom”.

Zdaniem Jerzego Świątkiewicza zasady te nie są ograniczone tylko do jednej z prawnych form działania administracji unijnej, czyli decyzji administracyjnej. Kodeks w dalszej części przepisów stanowi w dużej mierze o decyzjach, jednakże z użytego sformułowania „całość kontaktów” wynika, że dokument

²⁴ Europejski Trybunał Obrachunkowy, *Ramy etyczne...*, s. 9–10.

²⁵ J. Świątkiewicz, *Europejski Kodeks Dobrej Administracji (wprowadzenie, tekst i komentarz o zastosowaniu kodeksu w warunkach polskich procedur administracyjnych)*, wyd. szóste, Warszawa 2007, s. 11. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że 1 grudnia 2009 r. wszedł w życie traktat z Lizbony (traktat z Lizbony zmieniający traktat o Unii Europejskiej i traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz. Urz. UE C 306/2007). Na jego podstawie Wspólnota Europejska została połączona z Unią Europejską. W całym tekście traktatu słowo „Wspólnota” zostało zastąpione słowem „Unia”. Unia zastąpiła Wspólnotę Europejską i jest jej następcą prawnym.

²⁶ Ibidem, s. 16–17.

ten należy stosować nie tylko w sprawach ze stosunków administracyjnoprawnych, ale również w sferze innych stosunków prawnych, w które wchodzi organy administracji publicznej²⁷.

Podstawowe zasady dobrej administracji w powyższym dokumencie wskazują na następujące wartości etyczne: praworządność, niedyskryminację, równe traktowanie, proporcjonalność, niezawodność i stabilność, profesjonalizm i uczciwość²⁸. Ponadto w przepisach EKDDPA znalazły się również bardzo ważne zasady, które dotyczą bezstronności oraz niezależności. Zgodnie z nimi urzędnik ma działać w sposób bezstronny i niezależny. Osoba wykonująca taki zawód ma powstrzymać się od wszelkich arbitralnych działań, które mogą mieć negatywny wpływ na sytuację jednostek, oraz od wszelkich form ich faworyzowania, bez względu na motywy takiego postępowania. Na postępowanie urzędników nie będzie miał wpływu w żadnym czasie interes osobisty, rodzinny lub narodowy ani też nie będzie wpływać presja polityczna. Nie będzie on uczestniczył w podejmowaniu decyzji, w której on lub bliski członek jego rodziny miałby interes finansowy²⁹.

W pracy zawodowej pracownika unijnego ważne są również inne zasady etyczne, które zostały uregulowane w EKDDPA. Jedną z tych zasad, która skonkretyzowana została w art. 9, jest obiektywność. Zgodnie z treścią powyższego przepisu, w toku podejmowania decyzji, urzędnik uwzględni wszystkie istotne czynniki i przypisze każdemu z nich należne mu znaczenie; nie uwzględni się żadnych okoliczności nienależących do sprawy. Z kolei art.12 odnosi się do uprzejmego zachowania w kontaktach z jednostką.

Kodeks jest dokumentem, który może przyczynić się do lepszego działania organów administracji oraz stanowić gwarancję skuteczniejszej ochrony praw obywateli i innych podmiotów w relacjach z organami UE i państw członkowskich. Dokument jest zbiorem zasad, które mają zastosowanie do oceny funkcjonowania administracji w UE, ale również w poszczególnych państwach członkowskich³⁰.

Etyka zawodowa członków Komisji Europejskiej

W art. 17 ust. 1 traktatu o Unii Europejskiej³¹ wskazano, że Komisja Europejska (dalej jako Komisja) wspiera ogólny interes Unii, czuwa nad stosowaniem traktatów i środków przyjmowanych przez instytucje na ich podstawie.

²⁷ Ibidem, s. 18.

²⁸ A. Walenia, *Deontologiczne zasady dobrej administracji w dokumentach UE. Uwagi o ich wdrażaniu w Polsce*, „Annales Ethics in Economic Life” 2019, vol. 22, nr 2, s. 70–72.

²⁹ Art. 8 ust. 1 i 2 EKDDPA.

³⁰ A. Walenia, op. cit., s. 70–72.

³¹ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r., s. 13–47).

Nadzoruje stosowanie prawa Unii pod kontrolą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wykonuje budżet i zarządza programami. Pełni funkcje koordynacyjne, wykonawcze i zarządzające, zgodnie z warunkami przewidzianymi w traktatach. Z wyjątkiem wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa oraz innych przypadków przewidzianych w traktatach, zapewnia reprezentację Unii na zewnątrz. Z kolei w odniesieniu do zasad regulujących postępowanie członków Komisji Europejskiej bardzo ważne postanowienia znalazły się w ust. 3 powyższego artykułu. Po pierwsze, członkowie Komisji są wybierani ze względu na swe ogólne kwalifikacje i zaangażowanie w sprawy europejskie spośród osób, których niezależność jest niekwestionowana. Po drugie, Komisja jest całkowicie niezależna w wykonywaniu swoich zadań. Ponadto bez uszczerbku dla art. 18 ust. 2 członkowie Komisji nie zwracają się o instrukcje, ani ich nie przyjmują od żadnego rządu, instytucji, organu lub jednostki organizacyjnej³². Przepis wskazuje również, że członkowie powstrzymują się od podejmowania działań niezgodnych z charakterem ich funkcji lub wykonywaniem ich zadań.

Warto podkreślić, że członkowie Komisji Europejskiej mają status funkcjonariuszy międzynarodowych (europejskich), a więc są niezależni od rządów państw, których są obywatelami³³. Zdaniem Genowefy Grabowskiej „funkcjonariusze międzynarodowi wykonują powierzone im zadania na rzecz i w imieniu organizacji międzynarodowej, a nie w interesie poszczególnych państw. Ta zasada pozwala na ustalenie istotnego dla wykonywania międzynarodowej funkcji publicznej kryterium, że funkcjonariusz międzynarodowy jest w służbie organizacji i działa w jej interesie”³⁴.

Członkowie Komisji są wybierani spośród obywateli państw członkowskich na podstawie systemu bezwzględnie równej rotacji między państwami członkowskimi. Liczba członków Komisji odpowiada dwóm trzecim liczby państw członkowskich³⁵. Jednakże Rada Europejska może podjąć decyzję o zmianie tej liczby. Taka decyzja zostaje podjęta w sposób jednomyślny³⁶. Z punktu widzenia zasad etycznego postępowania członków Komisji duże znaczenie ma

³² Art. 18 ust. 2 traktatu o Unii Europejskiej: „Wysoki przedstawiciel prowadzi wspólną politykę zagraniczną i bezpieczeństwa Unii. Przyczynia się, poprzez swoje propozycje, do opracowania tej polityki i realizuje ją działając z upoważnienia Rady. Dotyczy to także wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony”.

³³ K.M. Witkowska-Chrzczonevicz, *Pozycja prawna Komisji Europejskiej w systemie instytucjonalnym Wspólnot Europejskich*, Toruń 2008, s. 169.

³⁴ G. Grabowska, *Funkcjonariusze międzynarodowi*, Katowice 1988, s. 20. Zob. również W. Kilarski, *Funkcjonariusze międzynarodowi – zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach. Studia z Nauk Społecznych” 2009, nr 2, s. 91–100.

³⁵ W skład tej liczby wchodzi również przewodniczący i wysoki przedstawiciel Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa.

³⁶ Art. 17 ust. 5 traktatu o UE.

art. 245 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE)³⁷ i – jak słusznie wskazuje Michał Rynkowski – znajduje on swoje uszczegółowienie w Kodeksie postępowania komisarzy³⁸. Przepis ten przewiduje także możliwość wszczęcia postępowania z art. 247 TFUE o zdymisjonowanie członka Komisji oraz pozbawienia takiej osoby prawa do emerytury, jak również innych podobnych korzyści³⁹.

Zgodnie z art. 247 jeśli członek Komisji nie spełnia już warunków koniecznych do wykonywania swych funkcji lub dopuścił się poważnego uchybienia, Trybunał Sprawiedliwości może go zdymisjonować, na wniosek Rady stanowiącej zwykłą większością lub Komisji. W 2006 r. przed Trybunałem Sprawiedliwości zapadł wyrok, w którym sędziowie badali skargę wniesioną przez Komisję przeciwko byłej Komisarz Édith Cresson⁴⁰. Zdaniem Komisji naruszyła ona zobowiązania wynikające z funkcji członka Komisji, dopuszczając się nepotyzmu lub rażącego niedbalstwa⁴¹. W skardze postawiono zarzut, że É. Cresson doprowadziła do zatrudnienia swojego znajomego przez podległe jej służby. Dostał on pracę w charakterze zewnętrznego pracownika nauko-

³⁷ Zgodnie z art. 245, „członkowie Komisji powstrzymują się od wszelkich czynności niezgodnych z charakterem ich funkcji. Państwa Członkowskie szanują ich niezależność i nie dążą do wywierania na nich wpływu przy wykonywaniu przez nich zadań. Członkowie Komisji nie mogą, podczas pełnienia swych funkcji, wykonywać żadnej innej zarobkowej lub niezarobkowej działalności zawodowej. Obejmując swoje stanowiska, uroczyście zobowiązują się szanować, w trakcie pełnienia funkcji i po ich zakończeniu, zobowiązania z nich wynikające, zwłaszcza obowiązki uczciwości i roztropności przy obejmowaniu pewnych stanowisk lub przyjmowaniu pewnych korzyści po zakończeniu funkcji (...)” – traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r., s. 47–200. Zob. również: Ch. Demmke, T. Henökl, *Managing Conflicts of Interest – Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions* „EIPAScope” 2007, no. 3, s. 37. W artykule zwrócono uwagę m. in. na zasady obowiązujące członków Komisji Europejskiej po opuszczeniu stanowiska, w tym te dotyczące zachowania poufności.

³⁸ Szczegóły dotyczące kodeksów postępowania członków KE zostaną przedstawione w dalszej części artykułu.

³⁹ M. Rynkowski, *Komentarz do art. 245 TFUE*, [w:] D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 3, 2012, Lex.

⁴⁰ Wyrok Trybunału z 11 lipca 2006 r., w sprawie C-432/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Édith Cresson*. Kolejna sprawa, która trafiła do Trybunału, była związana również z kwestią zatrudnienia. Podobnie jak w przypadku wyroku w sprawie C-432/04, była ona szeroko komentowana. W niniejszej sprawie (C-290/99, skreślona z rejestru) członek Komisji M. Bangemann złożył wniosek o zakończenie pełnienia mandatu, gdyż chciał podjąć zatrudnienie w hiszpańskiej firmie telekomunikacyjnej. Jego wniosek został rozpatrzony w pozytywny sposób przez Komisję i Radę, jednakże Rada skierowała sprawę do Trybunału, aby ten zbadał, czy nie doszło do naruszenia prawa (ówczesnego art. 213 TWE). W tym okresie nie podjął on jeszcze pracy, a jedynie chciał zawiadomić o tym zamiarze obie instytucje. Bangemann poczuł się na tyle urażony postępowaniem Rady, że sam podjął kroki polegające na złożeniu swojej skargi do Trybunału. Argumentował, że Rada bezpodstawnie go piętnuje. W tym czasie doszło do uchwalenia Kodeksu postępowania komisarzy (w 1999 r.), którego przepisy skróciły okres karencji do roku. Komisarz oświadczył, że nie podejmie zatrudnienia przed lipcem 2000 r. Ostatecznie sprawa zakończyła się ugodą i sprawy usunięto z rejestru. Szczegółowo zob. *ibidem*.

⁴¹ Pkt 126 wyroku w Trybunału w sprawie C-432/04.

wego, w celu wykonywania obowiązków osobistego doradcy. W niniejszej sprawie doszło również do naruszenia zasad zatrudniania zewnętrznych pracowników naukowych⁴². Trybunał stwierdził, że É. Cresson dopuściła się „istotnej wagi naruszenia” oraz naruszyła zobowiązania wynikające z funkcji członka Komisji⁴³. Trybunał podkreślił, że naruszenie zobowiązań wynikających z funkcji członka Komisji wymaga co do zasady zastosowania sankcji, ale jednocześnie uznał, że samo stwierdzenie naruszenia zobowiązań stanowi odpowiednią karę. Trybunał zwolnił É. Cresson od sankcji w postaci pozbawienia prawa do emerytury lub innych podobnych korzyści⁴⁴.

Jak wskazuje Michelle Cini, zasady etycznego postępowania pracowników Komisji Europejskiej zaczęły pojawiać się w dwóch okresach. Pierwszy z nich obejmuje lata 1999–2004. Zdaniem autorki wprowadzenie takich zasad było niezbędne, z uwagi na zły sposób zarządzania oraz nieetyczne zachowania w Komisji Europejskiej⁴⁵. W 1999 r. został przyjęty pierwszy Kodeks postępowania komisarzy, który następnie w 2004 r. został zmodyfikowany⁴⁶.

Według Katarzyny Marii Witkowskiej-Chrzczonevicz kodeks z 2004 r. „stanowił swoiste dopełnienie nie do końca jasnych, bardzo ogólnych dotychczasowych przepisów”⁴⁷. Autorka podkreśla także, że stanowił on odpowiedź na różnego rodzaju sytuacje o charakterze praktycznym, które mają związek z zasadami etycznego zachowania komisarza w okresie pełnienia przez niego funkcji, ale również po zakończeniu jej sprawowania⁴⁸. Kolejny okres zmian nastąpił od 2005 r. do 2011 r.⁴⁹

Duże przyspieszenie w zakresie wdrażania „rozwiązań etycznych” w Komisji Europejskiej miało miejsce między rokiem 2009 a 2011. Wprowadzono wówczas m.in. witrynę internetową Komisji, która poświęcona była kwestiom etyki. Opracowane zostały praktyczne wytyczne na temat etyki, zaprezentowano również tzw. studia przypadków, przygotowano szkolenia z zakresu etyki. Dodatkowo rozpoczęto prace nad wyjaśnieniem zasad związanych z przysługami, gościna oraz przyjmowaniem prezentów⁵⁰. W dalszej kolejności przyjęto Kodeks postępowania komisarzy z dnia 20 kwietnia 2011 r. dotyczący bezstronności, uczciwości, przejrzystości, staranności, prawości, odpowie-

⁴² Pkt 133, 135 wyroku Trybunału w sprawie C-432/04.

⁴³ Pkt 146, 147 wyroku Trybunału w sprawie C-432/04.

⁴⁴ Pkt 149–151 wyroku Trybunału w sprawie C-432/04.

⁴⁵ Jak chociażby przywołana powyżej sprawa M. Bangemanna z 1999 r.

⁴⁶ Dokument został przyjęty 20 sierpnia 2004 r.

⁴⁷ K.M. Witkowska-Chrzczonevicz, op. cit., s. 165.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ M. Cini, op. cit., s. 442. Wynikało to m.in. z faktu, że zaraz po zakończeniu kadencji Komisji pod przewodnictwem J. Barosso (trwała ona od 2004 r. do 2009 r.), komisarze podejmowali pracę w podmiotach, które powiązane były z ich dotychczasową działalnością w Komisji. Zob. M. Rynkowski, op. cit. Postępowanie takie mogło prowadzić do powstania konfliktu interesów.

⁵⁰ M. Cini, op. cit., s. 449.

działności i roztropności⁵¹. Była to udoskonalona wersja dokumentu z 2004 r. W kodeksie z 2011 r. wymogi dotyczące jawności rozszerzono na partnerów komisarzy, a deklaracja podlegała przeglądowi w razie zmiany sytuacji lub co najmniej raz do roku.

Ponadto dokument ten regulował aspekty etyczne nie tylko względem niezależności i godności, ale także pozwalał na utworzenie komisji etycznej *ad hoc*. Komisja taka mogła zostać poproszona przez przewodniczącego o opiniowanie wszelkich ogólnych kwestii etycznych dotyczących interpretacji kodeksu postępowania⁵².

W kolejnych latach, w szczególności w Parlamencie Europejskim, trwały dyskusje nad zaostreniem postanowień zawartych w dokumencie z 2011 r. Parlament wydał w tym okresie kilka rezolucji oraz decyzję⁵³, które nawiązują do niniejszej problematyki. Przykładowo, w 2015 r. uchwalono rezolucję w sprawie procedur i praktyk dotyczących przesłuchań kandydatów na komisarzy w 2014 r.⁵⁴ Odnosząc się do aspektów etycznych, Parlament Europejski wskazał w niej, że należy usprawnić kontrolę oświadczeń majątkowych kandydatów na komisarzy przez Komisję Prawną. W takich oświadczeniach majątkowych miały zostać również uwzględnione interesy rodzinne⁵⁵. Natomiast we wnioskach końcowych zauważono, że „(...) obecny zakres deklaracji o braku interesów finansowych komisarzy jest zbyt ograniczony i zwraca się do Komisji o jak najszybsze wprowadzenie zmian do przepisów”⁵⁶.

Z kolei w 2016 r. przyjęto rezolucję w sprawie deklaracji komisarzy o braku konfliktu interesów⁵⁷. Wskazano w niej, że konfliktem interesów jest każda sytuacja, w której dochodzi do nałożenia się interesu publicznego na interesy prywatne, która może wpływać lub wydaje się móc wpływać na niezależne, bezstronne i obiektywne sprawowanie pełnionej funkcji. W wielu miejscach krytycznie odnoszono się do niektórych postanowień zawartych w kodeksie postępowania z 2011 r. W rezolucji podkreślono, że należy rozszerzyć i ulepszyć przepisy dotyczące konfliktów interesów (pkt 20). Dodatkowo w pkt 28 wskazano, że Komisja powinna dokonać w trybie pilnym przeglądu

⁵¹ Kodeks postępowania komisarzy z 20 kwietnia 2011 r., C (2011), 2904 (final).

⁵² M. Frischhut, „EU”: *Short for „Ethical” Union? The Role of Ethics in European Union Law*, „Heidelberg Journal of International Law” 2015, vol. 75, s. 540.

⁵³ Decyzja z dnia 28 kwietnia 2015 r. w sprawie weryfikacji deklaracji o braku konfliktu interesów finansowych kandydatów na komisarzy (wykładnia pkt 1 lit. a załącznika XVI swojego Regulaminu) (Dz. Urz. UE C 346 z 21 września 2016 r., s. 110).

⁵⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 8 września 2015 r. w sprawie procedur i praktyk dotyczących przesłuchań kandydatów na komisarzy w 2014 r. – wnioski płynące z procedury za 2014 r. (2015/2040(INI)).

⁵⁵ Pkt 4 rezolucji.

⁵⁶ Pkt 13 rezolucji.

⁵⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 1 grudnia 2016 r., w sprawie deklaracji komisarzy o braku konfliktu interesów – wytyczne (2016/2080 (INI)), s. 7. Dokument dostępny pod adresem: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0477_PL.pdf (data dostępu: 7.01.2022).

kodeksu z 2011 r. W precyzyjny sposób określono, jakie rozwiązania powinny zostać przyjęte przez Komisję w kontekście unikania sytuacji, które mogą prowadzić do konfliktu interesów. Parlament zalecił również, aby Komisja zwróciła uwagę na rozwój ogólnych norm etyki i przejrzystości, które zaczęły obowiązywać w innych instytucjach unijnych.

W jednym z komunikatów prasowych z 2016 r., ówczesny przewodniczący Komisji Europejskiej Jean-Claude Juncker stwierdził, że „(...) w świetle ostatnich doświadczeń dotyczących członków poprzedniej Komisji uważam, że kodeks postępowania należy zaostrzyć, tak aby ustanowić najwyższe możliwe standardy etyczne w ewentualnych przypadkach konfliktu interesów. Chciałbym w szczególności wydłużyć w przyszłości do trzech lat okres karencji obowiązujący byłych przewodniczących. Surowsze zasady oczywiście nie wystarczą aby zagwarantować etycznie akceptowalne zachowania we wszystkich przypadkach. Stanowią one jednak niezbędny punkt wyjścia”⁵⁸.

Kolejne zmiany nastąpiły po roku 2018. Wówczas w formie decyzji przyjęto Kodeks postępowania członków Komisji Europejskiej⁵⁹. Przepisy decyzji mają zastosowanie przede wszystkim do członków Komisji, ale również tam, gdzie zostało to wyraźnie wskazane, także do byłych członków⁶⁰, osób zaproponowanych jako kandydaci na stanowisko przewodniczącego Komisji Europejskiej oraz kandydatów na komisarzy. Obejmując stanowiska, członkowie Komisji uroczystie zobowiązują się szanować, w trakcie pełnienia funkcji i po ich zakończeniu, zobowiązania z nich wynikające, zwłaszcza obowiązki uczciwości i rozważności przy obejmowaniu pewnych stanowisk lub przyjmowaniu pewnych korzyści po zakończeniu funkcji⁶¹.

⁵⁸ Komisja Europejska – Komunikat prasowy *Przewodniczący Juncker proponuje zaostrzenie kodeksu postępowania komisarzy europejskich*, Bruksela, 23.11.2016 r. Komunikat dostępny pod adresem: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_16_3929 (data dostępu: 30.12.2021).

⁵⁹ Decyzja Komisji z dnia 31 stycznia 2018 r. w sprawie Kodeksu postępowania członków Komisji Europejskiej (Dz. Urz. UE C 65 z 21 lutego 2018 r., s. 7–20).

⁶⁰ Byli członkowie Komisji Europejskiej mogą podejmować działalność zawodową po zakończeniu swojej kadencji, jednakże obejmuje ich dwuletni okres kontrolny. W przypadku przewodniczącego Komisji ten termin wynosi trzy lata. Mechanizmy kontrolne mają za zadanie sprawdzić, czy osoby te przestrzegają określonych zasad, takich jak niezależność, uczciwość i roztropność. Komisarze zobowiązani są informować o działalności zawodowej, jaką zamierzają wykonywać w tym czasie. W sytuacji, gdy działalność taka ma związek z zakresem odpowiedzialności byłego komisarza, Komisja może ją zatwierdzić wyłącznie po konsultacji z Niezależnym Komitetem ds. Etyki. Następnie, po otrzymaniu opinii od Komitetu ds. Etyki, Komisja podejmuje w tym zakresie decyzję. Informacje dostępne na stronie: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/code-of-conduct-members-european-commission_pl#dziaalno-po-zakoczeniu-kadencji (data dostępu: 12.05.2022). Z kolei wykaz podjętych decyzji znajduje się pod adresem: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/former-european-commissioners-authorized-occupations_en.

⁶¹ Pkt 4 preambuły do decyzji z dnia 31 stycznia 2018 r. w sprawie Kodeksu postępowania członków Komisji Europejskiej.

W art. 2 zostały określone zasady obowiązujące członków Komisji Europejskiej. Zgodnie z ustępem 2 tego artykułu „członkowie wykonują swoje obowiązki i postępują z zachowaniem pełnej niezależności, uczciwości, godności, lojalności i rozwagi, zgodnie z zasadami określonymi w traktatach i wymienionymi w niniejszym Kodeksie postępowania. Przestrzegają oni najwyższych standardów etycznych”. Ponadto mają szanować godność swojego urzędu. Członkowie Komisji nie działają ani nie wyrażają opinii za pośrednictwem jakiegokolwiek środka przekazu, w sposób który wpływa negatywnie na postrzeganie ich niezależności, uczciwości lub godności ich urzędu (ust. 5).

W decyzji wiele miejsca poświęcono kwestiom dotyczącym konfliktu interesów⁶². Wartości służby publicznej, takie jak bezstronność, uczciwość, otwartość, neutralność, przejrzystość mają na celu m.in. zapobieganie sytuacjom, gdy łączy się interesy publiczne z prywatnymi. W tym kontekście przepisy dotyczące konfliktu interesów mają olbrzymie znaczenie i będą miały zastosowanie do osób zatrudnionych w sektorze publicznym⁶³. To od nich, w tym oczywiście od członków Komisji, oczekuje się wysokich standardów moralnych w odniesieniu do podejmowanych na co dzień obowiązków służbowych. Takie standardy powinny być przestrzegane również poza godzinami pracy.

Przede wszystkim członkowie Komisji mają unikać sytuacji, które mogłyby prowadzić do powstania konfliktu interesów lub które mogłyby być zasadnie postrzegane jako takie. Konflikt interesów zachodzi, kiedy prywatne interesy mogą mieć wpływ na niezależne wykonywanie ich obowiązków. Niestety, coraz częściej mamy do czynienia z sytuacją, że sektory prywatne i publiczne zaczynają się przenikać, co w konsekwencji może prowadzić do nieetycznych zachowań. W związku z tym art. 3 decyzji w całości został poświęcony tzw. deklaracji interesów. Członkowie deklarują wszelkie swoje finansowe lub inne interesy oraz aktywa, które mogłyby być źródłem konfliktu interesów przy wykonywaniu ich obowiązków lub są w inny sposób istotne dla wykonywania ich obowiązków. Deklaracje składane są 1 stycznia każdego

⁶² Zagadnienie dotyczące konfliktu interesów zostało uregulowane w wielu aktach prawa międzynarodowego publicznego, zarówno tych o charakterze wiążącym, jak i w *soft law*. Co do zasady regulacje dotyczące konfliktu interesów można zwykle odnaleźć w międzynarodowych aktach prawnych prawa antykorupcyjnego. Bardzo rzadko akty prawa międzynarodowego bezpośrednio dotyczą konfliktu interesów. Jako przykłady można wskazać m.in. rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ z dnia 27 stycznia 1997 r. dotyczącą działań przeciwko korupcji, Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 31 października 2003 r. (Dz.U z 2007 r., Nr 84, poz. 563), Prawnokarną konwencję o korupcji sporządzoną w Strasburgu w dniu 27 stycznia 1999 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 29, poz. 249), rekomendację Komitetu Rady Ministrów Rady Europy nr 2010 (10) dla państw członkowskich na temat zasad postępowania funkcjonariuszy publicznych (wart. 8 rekomendacji określone zostały ogólne zasady dotyczące konfliktu interesów).

⁶³ Ch. Demmke, T. Moilanen, *Efektywność dobrego rządzenia i etyki w administracji centralnej; ocena wyników reform w kontekście kryzysu finansowego*, badanie na 57. spotkanie Dyrektorów Generalnych Służb Publicznych państw członkowskich Unii Europejskiej, grudzień 2011, s. 69.

roku. Natomiast jeżeli w ciągu roku informacje zawarte w deklaracji ulegną zmianie, wówczas należy je jak najszybciej zweryfikować, nie później niż w terminie dwóch miesięcy od przedmiotowej zmiany. Deklaracje są podawane do publicznej wiadomości w formacie elektronicznym i umożliwiającym automatyczne przetwarzanie. Ponadto w art. 4 decyzji wskazane zostały również procedury, które mają zastosowanie w sytuacji, gdy wystąpi konflikt interesów.

W dokumencie uregulowane zostały również takie kwestie, jak lojalność, rozważa, przejrzystość, zasada uczciwości, kwestie działalności zewnętrznej⁶⁴ podczas kadencji oraz uczestnictwo w polityce krajowej oraz europejskiej podczas kadencji. W art. 6 omawianej decyzji w precyzyjny sposób uregulowana została zasada uczciwości. Przepisy wskazują, że członkowie mają zarządzać dobrami materialnymi w odpowiedzialny sposób. Określono również zasady odbywania podróży służbowych. Muszą być one zgodne z przepisami rozporządzenia finansowego, przepisami wewnętrznymi dotyczącymi wykonania budżetu ogólnego Unii Europejskiej oraz wytycznymi w zakresie podróży służbowych. Przyjęto również zasadę, że Komisja Europejska będzie co dwa miesiące publikować zestawienie kosztów podróży służbowych poszczególnych członków, obejmujące wszystkie odbyte podróże służbowe. Takie rozwiązanie ma zapewnić przejrzystość postępowania w tym obszarze. Jednakże gdyby publikacja powyższych informacji byłaby sprzeczna w kontekście ochrony interesu publicznego w zakresie bezpieczeństwa publicznego, kwestii obronnych i wojskowych, stosunków międzynarodowych, polityki finansowej, monetarnej, ekonomicznej Unii lub państwa członkowskiego, wówczas odstępuje się od tej praktyki.

Przepis uregulował również kwestię dotyczącą zasad przyjmowania prezentów oraz tzw. gościny. Członkowie Komisji nie mogą przyjmować prezentów o wartości przekraczającej 150 euro⁶⁵. Jeżeli zdarzy się, że zgodnie z przyjętymi zwyczajami dyplomatycznymi lub o charakterze kurtuazyjnym otrzymują

⁶⁴ Art. 4 ust. 1 decyzji wskazuje, że członkowie nie wykonują żadnej zarobkowej lub niezarobkowej działalności zawodowej ani funkcji publicznych o jakimkolwiek charakterze, innych niż te wynikające z wykonywania ich obowiązków. Natomiast jeżeli członek Komisji Europejskiej będzie przestrzegał zasad ujętych w art. 2 i 5, to istnieje możliwość np. wygłaszania przemówień, uczestnictwa w konferencjach, pisanie artykułów, okazjonalne nieodpłatne udzielanie kursów w interesie integracji europejskiej, pisanie książek, pod warunkiem że tantiemy z utworów opublikowanych w związku z pełnieniem funkcji członka, są przekazywane na wybrane przez niego cele charytatywne. Jednakże aby członek Komisji Europejskiej mógł podejmować dodatkową działalność, to musi on co do zasady poinformować o tym fakcie przewodniczącego. Poza tym nie może się to wiązać z osiągnięciem korzyści majątkowych. W zasadzie jedynym wyjątkiem, że członek Komisji Europejskiej nie musi uzyskać zgody przewodniczącego na inną działalność to podejmowanie przez niego działalności naukowo-badawczej (art. 4 ust. 2 lit. c decyzji). Powyższe zasady w bardzo zbliżony sposób zostały uregulowane w Kodeksie postępowania komisarzy z 2004 r. Por. K.M. Witkowska-Chrzonowicz, op. cit., s. 174–175.

⁶⁵ Kodeksy z 2004 r. i z 2011 r. przewidywały taką samą kwotę.

prezenty o wartości przekraczającej tę kwotę, wówczas przekazują je departamentowi protokolarnemu Komisji. Wprowadzono również rozwiązanie na wypadek wątpliwości co do wartości prezentu. W takiej sytuacji przeprowadza się wycenę pod kierownictwem dyrektora Urzędu Infrastruktury i Logistyki w Brukseli. Decyzja podjęta przez dyrektora w tej sprawie jest ostateczna. Natomiast Departament Protokolarny Komisji Europejskiej prowadzi publiczny rejestr prezentów przekazanych, w którym wskazuje się darczyńcę⁶⁶.

W sytuacji gdy członek KE otrzyma nagrody, odznaczenia lub tytuły, wówczas informuje o tym przewodniczącego. Jeżeli nagroda obejmuje pewną sumę pieniędzy lub kosztowności, powinna zostać przekazana na wybrane przez członka cele charytatywne; przedmioty wartościowe mogą być również przekazywane do Departamentu Protokolarnego Komisji Europejskiej.

Na mocy decyzji z 2018 r. powołany został Niezależny Komitet ds. Etyki⁶⁷, który na wniosek przewodniczącego doradza Komisji we wszystkich kwestiach etycznych. Komitet składa się z trzech członków, którzy muszą być niezależni i mieć odpowiednie doświadczenie, kompetencje oraz kwalifikacje zawodowe⁶⁸. Jego członkowie powinni wykazać się nienagannym przebiegiem kariery zawodowej, a także doświadczeniem w pełnieniu ważnych funkcji w instytucjach europejskich, krajowych lub międzynarodowych. Członkowie są mianowani przez Komisję na wniosek przewodniczącego, a ich kadencja trwa trzy lata. Prace komitetu mają charakter poufny⁶⁹.

Przepisy decyzji wprowadzają sankcje dla członków Komisji za nieprzestrzeganie zasad Kodeksu postępowania członków Komisji Europejskiej. Zgodnie z art. 13 ust. 3 Komisja może, po uwzględnieniu opinii Niezależnego Komitetu ds. Etyki i na wniosek przewodniczącego Komisji, podjąć decyzję o udzieleniu nagany i w stosownych przypadkach podaniu tej informacji do wiadomości publicznej⁷⁰. Komisja publikuje co roku sprawozdanie na temat stosowania kodeksu postępowania oraz na temat prac Niezależnego Komitetu

⁶⁶ Z wykazem otrzymanych prezentów można zapoznać się na stronie internetowej pod adresem: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/inventaire_public_mandat_von_der_leyen_2.pdf (data dostępu: 5.12.2021).

⁶⁷ Na uwagę zasługuje fakt, że już wiele lat wcześniej, bo w 2003 r., został powołany Komitet *ad hoc* ds. etyki – decyzja ustanawiająca komitet *ad hoc* ds. etyki z dnia 21 października 2003 r., C(2003) 3750 z 21 października 2003 r.

⁶⁸ Skład komitetu został podany na stronie internetowej Komisji Europejskiej. Dodatkowo zamieszczono na niej *curriculum vitae* członków Komitetu ds. Etyki. Informacje dostępne pod adresem: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/independent-ethical-committee_en (data dostępu: 12.05.2022).

⁶⁹ Zob. art. 12 decyzji z dnia 31 stycznia 2018 r., w sprawie Kodeksu postępowania członków Komisji Europejskiej.

⁷⁰ Sytuacja taka będzie miała miejsce, gdy dochodzi do naruszenia kodeksu postępowania, które nie daje podstawy do wniesienia sprawy do Trybunału Sprawiedliwości zgodnie z art. 245 lub 247 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

ds. Etyki. Sprawozdania są publikowane na stronie internetowej, na której zamieszczono także informacje na temat kodeksu postępowania⁷¹.

Zakończenie

Członkowie Komisji Europejskiej zobligowani są do przestrzegania etyki zawodowej i postępowania według określonych reguł. Istnienie odpowiednich ram etycznych jest niezbędne i pomaga eliminować niekorzystne zachowania zarówno wśród pracowników, jak i członków różnych instytucji unijnych, w tym w Komisji Europejskiej. Szczególnie niebezpieczne w kontekście ewentualnego nierespektowania norm etycznych jest ryzyko pojawienia się korupcji, konfliktu interesów oraz innych nadużyć.

Mimo regulacji dotyczących zasad etyki zawodowej członków Komisji, nadal istnieją obszary, które wymagają udoskonalenia. W 2019 r. Europejski Trybunał Obrachunkowy Unii Europejskiej wydał sprawozdanie specjalnie, w którym kontrolerzy ocenili, czy w Radzie Unii Europejskiej, Radzie Europejskiej, Parlamencie Europejskim oraz w Komisji Europejskiej ustanowione zostały odpowiednie ramy etyczne. Przeprowadzona kontrola objęła zarówno pracowników, jak i członków powyżej wskazanych instytucji. Stwierdzono w niej, że w instytucjach w dużym zakresie istnieją odpowiednie zasady postępowania zgodnie z etyką zawodową, ale istnieją także obszary, które należy poprawić. W przypadku Komisji Europejskiej zwrócono uwagę m.in. na wzmocnienie kontroli deklaracji członków przez wprowadzenie standardowej procedury pisemnej dotyczącej sprawdzenia poprawności informacji oraz zapewnienie zrozumiałej polityki dotyczącej przyjmowania prezentów oraz zaproszeń, a także poszerzenie jej zakresu⁷².

Choć Europejski Trybunał Obrachunkowy Unii Europejskiej wskazał pewne obszary, które można jeszcze udoskonalic, to zdaniem autorki niniejszego artykułu ewolucja rozwiązań i przepisów z obszaru etycznego postępowania członków Komisji Europejskiej przyniosła oczekiwany efekt. Pierwszy kodeks przyjęty w 1999 r. miał charakter opisowy, a jego zawartość nie przypominała regulacji prawnej. W kolejnej wersji dokumentu z 2004 r. uzupełniono o nie do końca jasne i jednocześnie bardzo ogólne postanowienia. Kodeks z 2011 r. wprowadził uściślenie postanowień dokumentu z 2004 r., np. w zakresie działalności politycznej, zasad unikania konfliktu interesów, deklaracji interesów czy też podejmowania aktywności zawodowej po zakończeniu funkcji w Komii-

⁷¹ Z informacji dostępnych na stronie internetowej Komisji Europejskiej wynika, że do tej pory nie zostało przyjęte sprawozdanie roczne, https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles/ethics-and-good-administration/commissioners-and-ethics/independent-ethical-committee_pl (data dostępu: 20.01.2022).

⁷² Europejski Trybunał Obrachunkowy, *Ramy etyczne...*, s. 40.

sji Europejskiej. Obecnie obowiązujący kodeks został przyjęty w formie decyzji i ponownie zreformował pewne obszary. Dla przykładu, według nowych przepisów w uzasadnionych przypadkach informacje zawarte w deklaracjach interesów mogą obejmować również współmałżonków, partnerów i ich małoletnie dzieci⁷³. Rozwinięto i udoskonalono także przepisy odnoszące się do konfliktu interesów.

Zasady i kodeksy postępowania członków Komisji Europejskiej kształtują się od kilkunastu lat. Wyznaczają one określone standardy postępowania dla członków Komisji, opisują procedury mające na celu wykrycie nieprawidłowych zachowań czy też możliwości zastosowania sankcji za postępowania nieetyczne. Analiza przepisów pokazała również, że w prawie pierwotnym Unii Europejskiej znajdują się przepisy, które można powiązać z etycznym zachowaniem członków Komisji Europejskiej. Zostało to ujęte chociażby w art. 245 TFUE, a uściślone i rozwinięte właśnie w kodeksach postępowania. Istnienie określonych przepisów w tym obszarze jest bardzo ważne, ale należy jeszcze zwrócić uwagę na wykorzystywanie różnego rodzaju rozwiązań zwiększających świadomość, takich jak podnoszenie poziomu wiedzy, promowanie kultury etycznej, szkolenia z zakresu etyki i zasad przeciwdziałania korupcji oraz konfliktowi interesów, które w konsekwencji mogą przyczynić do eliminowania nieetycznych zachowań w sferze publicznej.

Wykaz literatury

- Banaszkiewicz A., *Karta Praw Podstawowych, jako „uwieńczenie” unijnego systemu ochrony praw człowieka*, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec, *Prawa Człowieka – idea, instytucje, krytyka*, „Studia Erasmiana Wratislavensia” 2010, z. IV.
- Barankiewicz T., *Etyka urzędnicza – funkcje, zasady i postawy*, „Studia z Zakresu Prawa Osobowego i Rejestracji Stanu Cywilnego” 2014, R. IV, nr 2.
- Bonusiak E., *Prawo do dobrej administracji jako prawo podstawowe Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego – Seria Prawnicza” 2010, z. 64.
- Cini M., *Good Governance and Institutional Change: Administrative Ethics Reform in the European Commission*, „Journal of Contemporary European Research” 2016, vol. 12, issue 1.
- Demmke Ch., Moilanen T., *Efektywność dobrego rządzenia i etyki w administracji centralnej; ocena wyników reform w kontekście kryzysu finansowego*, badanie na 57. spotkaniu Dyrektorów Generalnych Służb Publicznych państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejski Instytut Administracji Publicznej, grudzień 2011.
- Demmke Ch., Henökl T., *Managing Conflicts of Interest – Ethics Rules and Standards in the Member States and the European Institutions*, „EIPAScope” 2007, no. 3.
- Dynia E., *Unia Europejska jako wspólnota wartości*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, 2018, Legalis.

⁷³ Art. 3 ust. 1 decyzji.

- Frischhut M., „EU”: Short for „Ethical” Union? *The Role of Ethics in European Union Law*, „Heidelberg Journal of International Law” 2015, vol. 75.
- Grabowska G., *Funkcjonariusze międzynarodowi*, Wyd. UŚ, Katowice 1988.
- Izdębski H., Skuczyński P., *Problem wyodrębnienia etyki urzędniczej i etyki służby publicznej*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Etyka urzędnicza i etyka służby publicznej*, seria: System Prawa Administracyjnego, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Kilarski W., *Funkcjonariusze międzynarodowi – zarys problemu*, „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki w Polkowicach. Studia z Nauk Społecznych” 2009, nr 2.
- Kowalik-Bańczyk K., *Artykuł 41*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, 2020, Legalis.
- Princ M., *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, Wyd. Nauk. UAM, Poznań 2017.
- Rynkowski M., *Komentarz do art. 245*, [w:] D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 3, 2012, Lex.
- Rzucidło J., *Wpływ orzecznictwa polskich sądów administracyjnych na stosowanie Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji*, „Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji” 2010, nr 3171.
- Szczerba A., Pierzecka M., *Prawo do dobrej administracji w prawie Unii Europejskiej – między soft law a wiążącym standardem normatywnym*, „Studia Administracji i Bezpieczeństwa” 2020, nr 9.
- Szubska M., *Geneza i znaczenie dla unijnego porządku prawnego Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne-go” 2018, t. 9.
- Świątkiewicz J., *Europejski Kodeks Dobrej Administracji (wprowadzenie, tekst i komentarz o zastosowaniu kodeksu w warunkach polskich procedur administracyjnych)*, wyd. szóste, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2007.
- Walenia A., *Deontologiczne zasady dobrej administracji w dokumentach UE. Uwagi o ich wdrażaniu w Polsce*, „Annales Ethics in Economic Life” 2019, vol. 22, nr 1.
- Witkowska-Chrzczonec K.M., *Pozycja prawna Komisji Europejskiej w systemie instytucjonalnym Wspólnot Europejskich*, TNOiK, Toruń 2008.
- Wróblewski M., *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej jako źródło prawa UE*, [w:] S. Biernat (red.), *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, seria: System prawa Unii Europejskiej, t. 1, 2020, Legalis.

Summary

Principles of professional ethics of employees of EU institutions on the example of the European Commission members

Keywords: European Union Law, Professional ethics, European Commission, good administration, conflict of interest.

The major goal and contribution of this paper are to provide an in-depth analysis of the current regulations concerning the ethics of public employees, with a particular emphasis on the members of the European Commission. The primary and secondary legislation was analyzed, together with soft law documents. Public administration employees, whether no matter if working in a domestic or European unit, must follow certain standards. Those standards should be regulated by e.g., codes of ethics which apply to employees of public or European administration. The development of legislation regarding codes of ethics for members of the European Commission lasts now for over a decade, while most changes and developments were made after 2018.

Adrianna Kimla

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-6784-1256

akimla@ur.edu.pl

Ocena prawdopodobieństwa odłączenia się Walii od Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej

Wprowadzenie

Sytuacja Wielkiej Brytanii, która przez całe stulecie była jedynym supermocarstwem światowym¹ oraz gospodarczą potęgą², znacząco pogorszyła się po 1945 r. Powojenne zniszczenia brytyjskiej gospodarki zapoczątkowały proces dezintegracji imperium kolonialnego, w rezultacie czego Wielka Brytania nieodwracalnie utraciła swą pozycję, a także wiele terytoriów. Obecnie w skład Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej wchodzi: Anglia, Walia, Szkocja i Irlandia Północna³. Istotne jest, że unifikacja Walii, Szkocji, a także Irlandii Północnej odbyła się na podstawie różnych aktów normatywnych i w odmiennych okolicznościach historycznych, politycznych i ekonomicznych. Sposób, w jaki powstało Zjednoczone Królestwo, może w pewnym sensie tłumaczyć istniejący kryzys ustrojowy i terytorialny, który wyraźnie uwypuklił się po referendum przeprowadzonym w 2016 r. w sprawie wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej⁴. „Podjęta przez społeczeństwo

¹ W 1922 r. Imperium Brytyjskie zajmowało powierzchnię 38,5 km², natomiast w 1938 r. liczba ludności wynosiła 458 mln, co daje pierwsze miejsce w porównaniu do innych światowych imperiów we wszystkich okresach i dziejach świata. Szerzej *vide*: M. Harrison, *The Economics of World War II: Six Great Powers in International Comparison*, Cambridge 1998.

² O ile tuż po wojnie brytyjska gospodarka była jedną z głównych na świecie, o tyle w latach 50. nastąpił stopniowy proces utraty jej znaczenia.

³ Po dawnym Imperium Brytyjskim pozostały brytyjskie terytoria zamorskie, które nie stanowią jej integralnej części, są to m.in. Kajmany, Gibraltar, Georgia Południowa, Wyspa Świętej Heleny, Falklandy.

⁴ 23 czerwca 2016 r. zostało zorganizowane referendum, w którym Brytyjczykom zadano pytanie: „Czy Zjednoczone Królestwo powinno pozostać członkiem Unii Europejskiej, czy ją opuścić?”. „51,9% głosujących opowiedziało się za wystąpieniem z Unii Europejskiej, natomiast 48,1%

w ramach referendum brexitowego decyzja o opuszczeniu Unii Europejskiej stworzyła możliwość zmiany ustroju terytorialnego Zjednoczonego Królestwa, w szczególności statusu poszczególnych jego części, oraz przyniosła realne zagrożenia dla jego integralności terytorialnej”⁵. Zaiistniałe zjawisko powoduje potrzebę analizy prawdopodobieństwa rozpadu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – przyszłość Wielkiej Brytanii rzutuje bowiem na kształt, pozycję i funkcjonowanie Europy na arenie międzynarodowej.

W niniejszym opracowaniu przedstawiono historyczny przebieg powstania Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (istotny w kontekście lepszego zobrazowania i zrozumienia ustroju Wielkiej Brytanii), a także proces rozwoju Walii w aspekcie politycznym, ustrojowym, prawnym i tożsamościowym. Odniesiono się do przeprowadzonych referendum dewolucyjnych w Walii w roku 1997 i 2011, które stały się przyczynkiem do kształtowania się świadomości narodowej Walijszyków⁶. Celem niniejszego artykułu jest ocena prawdopodobieństwa odłączenia się Walii od Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w oparciu o aktualne sondaże, a także wydarzenia polityczne.

Powstanie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej

Walia będąca jednym z czterech podmiotów administracyjno-ustrojowych Zjednoczonego Królestwa została inkorporowana do Anglii przez króla Henryka VIII w 1536 r.⁷ Zapoczątkowało to proces unifikacji obu narodów pod względem politycznym, gospodarczym, a także administracyjnym. Językiem

za pozostaniem w jej strukturze. Głosy rozłożyły się następująco: 53,4% Anglików (46,6% opowiedziało się za pozostaniem w strukturach unijnych) oraz 52,5% Walijszyków (47,5% zagłosowało za pozostaniem) zagłosowało przeciwko wyjściu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej, z kolei 55,8% mieszkańców Irlandii Północnej (44,2% za wyjściem) i 62% uprawnionych do głosowania Szkotów (38% za wyjściem) zagłosowało przeciw opuszczaniu europejskich struktur integracyjnych. Odsetek osób uprawnionych do głosowania, które oddały swój głos w referendum, był następujący: Anglia – 73%, Walia – 71,7%, Szkocja – 67,2%, Irlandia Północna – 62,7%”. Wyniki dostępne pod adresem internetowym: *Results and Turnout at the EU Referendum*, The Electoral Commission, <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-eu-referendum> (data dostępu: 9.01.2022).

⁵ V. Serzhanova, A. Kimla, *Potencjalny wpływ brexitu na ustrój terytorialny i integralność Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6(161), s. 121.

⁶ J. Loughlin, *The United Kingdom: From Hypercentralization to Devolution*, [w:] J. Loughlin i in. (red.), *Subnational Democracy in the European Union. Challenges and Opportunities*, Oxford 2001, s. 38.

⁷ P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Warszawa 2013, s. 30.

urzędowym w Walii stał się język angielski, a na jej terytorium zaczęło obo wiązywać angielskie prawo i struktura administracyjna⁸. Walia stanowiła dominum korony angielskiej aż do 1707 r., kiedy to została bezpośrednio przy łączona do Królestwa Anglii jako księstwo. W rezultacie utworzono Królestwo Wielkiej Brytanii, w skład którego weszła również Szkocja⁹. Całkowite zjednoczenie Wysp Brytyjskich dokonało się 1 stycznia 1801 r., wraz z wejściem w życie aktu unii z Irlandią z 1800 r.¹⁰ uchwalonego przez parlament brytyjski oraz aktu unii z 1800 r.¹¹ uchwalonego przez parlament irlandzki. W następstwie doszło do połączenia Królestwa Wielkiej Brytanii z Królestwem Irlandii i utworzenia Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii¹². Na mocy aktu o rządzie Irlandii z dnia 23 grudnia 1920 r.¹³ sześć północno-wschodnich prowincji Ulster postanowiło pozostać w obrębie Zjednoczonego Królestwa jako jego część składowa pod nazwą Irlandii Północnej i tym samym nie weszło w skład Wolnego Państwa Irlandzkiego (później Republiki Irlandii)¹⁴. Definitywna zmiana nazwy na Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej nastąpiła w 1927 r.

Historia powstania Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej ukazuje, że Walia, Szkocja i Irlandia Północna zjednoczyły się z Anglią w różnych okolicznościach. Niejednorodne oczekiwania i postulaty, które coraz częściej wysuwają Walijszczyki, Szkoci i mieszkańcy Irlandii Północnej względem brytyjskiego rządu, mogą bezpośrednio prowadzić do wzmożonych ruchów separatystycznych. Co więcej, zróżnicowanie i asymetryczność polityczna, gospodarcza i kulturowa w poszczególnych częściach składowych Zjednoczonego Królestwa pogłębiły się również w wyniku dewolucji¹⁵, tj. procesu decentralizacji, który został zapoczątkowany przez rząd Tony'ego Blaira w 1998 r.¹⁶ W literaturze naukowej coraz częściej można spotkać się ze stwier-

⁸ M. Kamler, *Wielka Brytania*, Warszawa 2002, s. 225.

⁹ Królestwo Anglii i Szkocja zostały połączone unią personalną w 1603 r., natomiast w 1707 r. podpisały Act of Union 1707, czyli akt o unii, na podstawie którego zjednoczyły się. Szerzej *vide*: V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford 1999, s. 7.

¹⁰ Union with Ireland Act, <https://jameswjbowden.files.wordpress.com/2013/06/union-with-ireland-act-1800.pdf> (data dostępu: 5.01.2022).

¹¹ Act of Union 1800, <https://www.legislation.gov.uk/aip/Geo3/40/38/part/1?view=plain> (data dostępu: 5.01.2022).

¹² Od 1541 r. do 1801 r. Irlandia była związana z Anglią unią personalną.

¹³ Government of Ireland Act 1920, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1920/67/pdfs/ukpga_19200067_en.pdf (data dostępu: 5.01.2022).

¹⁴ V. Serzhanova, A. Kimla, *op. cit.*, s. 128.

¹⁵ Dewolucja to proces polegający na przeniesieniu niektórych uprawnień, ale również kompetencji z organu centralnego na organy regionalne. Szerzej *vide*: Ch. Jeffrey, *Devolution in the UK*, [w:] M. Flinders, A. Gamble, C. Hay, M. Kenny (red.), *The Oxford Handbook of British Politics*, New York 2009, s. 385.

¹⁶ M. Kaczorowska, *Proces dewolucji w Wielkiej Brytanii – między regionalizacją a federalizmem. Przypadki: Szkocji, Walii, Anglii*, [w:] K. Trzeciński (red.), *Dylematy państwowości*, Warszawa 2006, s. 251.

dzeniem, że za sprawą otrzymanych kompetencji i uprawnień w ramach przeprowadzonej reformy dewolucyjnej, Walię, Szkocję i Irlandię Północną można zakwalifikować jako „kraje autonomiczne”¹⁷. Daje to podstawy do podjęcia analizy prawdopodobieństwa odłączenia się wyżej wymienionych części składowych od Zjednoczonego Królestwa w celu utworzenia własnego, niezależnego państwa.

Prawdopodobieństwo odłączenia się Walii od Wielkiej Brytanii

Spośród wszystkich części składowych Zjednoczonego Królestwa to właśnie Walia posiada najmniejszy zakres autonomii¹⁸. Proces decentralizacji nie był tam szczególnie inicjowany (w porównaniu chociażby do Szkocji), a społeczeństwo walijskie nie przejawiało większych tendencji separatystycznych¹⁹. To zwolennicy dewolucji (w szczególności chodzi tu o rząd brytyjski, Partię Pracy, Partię Liberalną) przekonywali Walijszczyków, że utworzenie Zgromadzenia Walijskiego zapewni więcej swobód i wolności dla obywateli Walii oraz że organ ten będzie mógł rzeczowo i skrupulatnie zająć się wszystkimi sprawami, na które nie ma czasu gabinet w Londynie. W rezultacie 18 września 1997 r. odbyło się referendum dewolucyjne²⁰, w którym to uprawnieni do głosowania Walijszczyki mieli do wyboru jedną z dwóch zaproponowanych możliwości: „Zgadzam się, że powinno istnieć Zgromadzenie Walijskie” (*I agree that there should be a Welsh Assembly*) albo „Nie zgadzam się, że powinno istnieć Zgromadzenie Walijskie” (*I do not agree that there should be a Welsh Assembly*)²¹. Za utworzeniem Zgromadzenia Walijskiego opowiedziało się 50,3%, przeciw 49,7%, natomiast frekwencja wyniosła 50,1%²². Wynik głosowania „pół na pół” oraz udział połowy populacji Walii w głosowaniu pokazał podział społeczeństwa i brak gotowości Walijszczyków do utworzenia w najbliższej przyszłości suwerennego państwa, co może wynikać również z przekonania, że unia z Anglią

¹⁷ M. Cimke, *Specyfika państwa regionalnego na przykładzie devolved regions w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 3(49), s. 63.

¹⁸ V. Serzhanova, A. Kimla, op. cit., s. 127–128.

¹⁹ B.H. Toczek, E. Kuzelewska, *Od wizji do rzeczywistości. Dziesięć lat dewolucji w Walii*, Warszawa 2010, s. 77.

²⁰ Warto dodać, że już wcześniej, bo w 1979 r., próbowano przyznać Walii większą autonomię. Wtedy też odbyło się referendum w tej sprawie, jednakże zakończyło się ono całkowitym niepowodzeniem.

²¹ V. Bogdanor, op. cit., s. 199.

²² Szerzej o szkockim referendum dewolucyjnym zob. m.in.: J. Bochel, D. Denver, A. Macartney (red.), *The Referendum Experience. Scotland 1979*, Aberdeen 1981. Wyniki referendum dostępne są na stronie internetowej: <https://www.bbc.co.uk/news/special/politics97/devolution/wales/live/index.shtml> (data dostępu: 5.01.2022).

to „udany związek”. Na mocy wyników referendum i Government of Wales Act z 1998 r.²³ powstało Walijskie Zgromadzenie Narodowe (*National Assembly for Wales*). Jednakże wszystkie podejmowane czynności tego organu wymagały każdorazowej akceptacji i zgody parlamentu brytyjskiego²⁴. Dopiero zapisami artykułów od 93 do 102²⁵ ustawy Government of Wales Act z 2006 r. wzmocniono pozycję oraz rozszerzono kompetencje legislacyjne Walijskiego Zgromadzenia Narodowego do uchwalania prawa wtórnego oraz do stanowienia prawa pierwotnego²⁶, pewnego rodzaju quasi-ustaw (*Measure of the National Assembly for Wales*)²⁷. „Wejście w życie postanowień Government of Wales Act 2006 spowodowało przekształcenie administracyjnego modelu dewolucji w strukturę zbliżoną pod względem organizacyjnym i funkcjonalnym do samorządów regionalnych w Szkocji i Irlandii Północnej, z tym że o stanowieniu prawa nadal ostatecznie decydowała zgoda władzy centralnej Zjednoczonego Królestwa”²⁸. Wprowadzone powyższym aktem zmiany przyczyniły się również do uzyskania wymogu udzielenia obligatoryjnej zgody Zgromadzenia Walijskiego na dokonywanie jakichkolwiek zmian w zakresie przyznanych kompetencji²⁹.

3 marca 2011 r. w Walii zostało przeprowadzone kolejne referendum dewolucyjne, które dotyczyło zwiększenia uprawnień ustawodawczych Walijskiego Zgromadzenia Narodowego³⁰. Pytanie, jakie wtedy zostało zadane, brzmiało następująco: „Czy chcesz, aby Zgromadzenie Narodowe posiadało uprawnienia do stanowienia prawa we wszystkich sprawach dotyczących 20 dziedzin, należących do jego kompetencji?” (*Do you want the Assembly now to be able to make laws on all matters in the 20 subject areas it has powers for?*). 63,5% uprawnionych do głosowania Walijszyków zadeklarowało, że jest za poszerzeniem kompetencji, natomiast 36,5% była przeciwna, frekwencja wyniosła 35%. Tak niska frekwencja w referendum może świadczyć o małym zainteresowaniu Walijszyków „samowystarczalnością” i swobodą do podejmo-

²³ The Government of Wales Act 1998 Schedule 2, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/38/contents> (data dostępu: 5.01.2022).

²⁴ P. Sarnecki, *System konstytucyjny Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Warszawa 2009, s. 47.

²⁵ M. Kaczorowska, *Reformy dewolucyjne w Zjednoczonym Królestwie*, [w:] F. Gołembski, P. Biskup, M. Kaczorowska (red.), *Era Blaira i Browna. Wybrane problemy polityczne rządów Partii Pracy w Zjednoczonym Królestwie 1997–2010*, Warszawa 2010, s. 96.

²⁶ Stanowienia prawa w zakresie rozwoju gospodarczego, rolnictwa, transportu i dróg publicznych, rybołówstwa, leśnictwa, zaopatrzenia w żywność i wodę, służby zdrowia, opieki socjalnej, planowania przestrzennego, mieszkalnictwa, rozwoju społecznego, nauki i edukacji, kultury, sportu i rekreacji, turystyki, zabytków i budynków historycznych, administracji publicznej.

²⁷ B.H. Toczek, E. Kuzelewska, op. cit., s. 112–115.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Referendum odbyło się na podstawie art. 103 Government of Wales Act 2006, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/32/contents> (data dostępu: 8.01.2022).

wania decyzji w sprawach własnego regionu³¹. Mimo to opowiedzenie się przez 63,5% głosujących za poszerzeniem uprawnień Zgromadzenia zainicjowało rozpoczęcie kolejnego etapu dewolucji walijskiej. Komisja do spraw dewolucji w Walii (*Silk Commission*) protegowała przekazanie Walii kolejnych kompetencji zaraz po referendum w 2011 r., jak i w kolejnych latach, czego rezultatem było wejście w życie ustawy Wales Act 2014³². Tym samym Zgromadzenie Walijskie uzyskało nowe kompetencje, m.in. prawo do zaciągania pożyczek oraz uprawnienie do wprowadzenia walijskiego podatku dochodowego.

W tym miejscu należy podkreślić, że mimo możliwości rozszerzenia uprawnień legislacyjnych Walijskiego Zgromadzenia Narodowego, nadal zgodnie z regulacją zawartą w art. 93 ust. 5 Government of Wales Act 2006 uprawnienia Parlamentu Zjednoczonego Królestwa nie zostały ograniczone. Parlament Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej może nadal unieważnić każdą ustawę Zgromadzenia Walijskiego, a Walia wciąż jest w dużej mierze zależna od władz w Londynie³³.

Kolejnym zagadnieniem, które warto poddać analizie, są badania sondażowe walijskiej opinii publicznej w zakresie dążeń niepodległościowych. Pokazują one bowiem potrzeby, żądania, a także kierunek, w jakim chce podążać społeczeństwo. Wyniki sondażu przeprowadzonego dla ITV w styczniu 2020 r. ukazują, że 21% społeczeństwa walijskiego chce niepodległości Walii, 56% jest przeciw, 12% nie jest pewna, jak zagłosowałaby w przypadku potencjonalnego referendum niepodległościowego (reszta osób odmówiła odpowiedzi na to pytanie)³⁴. Dla porównania, przeprowadzony w czerwcu 2020 r. przez YouGov dla Cardiff University i ITV Wales sondaż pokazał, że 25% ankietowanych Walijszczyków zagłosowałoby za niepodległością Walii, z kolei 54% byłoby przeciw, reszta odpowiedziała, że nie wie, jaką podjęłaby decyzję³⁵. Wzrost o 4 punkty procentowe (w stosunku do stycznia 2020 r.) był najwyższym wynikiem odnotowanym w badaniu opinii publicznej w tej sprawie. Chcąc wykrzysnąć panujące wśród walijskiego społeczeństwa nastroje, centrolewicowa partia polityczna Plaid Cymru wezwała Walijskie Zgromadzenie Narodowe do zorganizowania debaty na temat samodzielnej organizacji referendum niepodległościowego. Jednakże wniosek Plaid Cymru w sprawie organizacji

³¹ M. Parker, *Neighbours from Hell?*, Talybont 2007, s. 177.

³² L. Rajca, *Dewolucja jako szczególny proces decentralizacji w Wielkiej Brytanii*, [w:] K. Czarnecki, A. Lutrzykowski, R. Musiałkiewicz (red.), *Samorząd terytorialny w Polsce i w Europie. Aktualne problem i wyzwania*, Włocławek 2017, s. 150.

³³ B.H. Toczek, E. Kuźlewska, op. cit., s. 112.

³⁴ *How Much Support Is There for Welsh Independence?*, ITV, 4 lutego 2020 r., <https://www.itv.com/news/wales/2020-02-04/how-much-support-is-there-for-welsh-independence/> (data dostępu: 8.01.2022).

³⁵ M. Shipton, *Quarter of voters in Wales now in favour of Welsh independence*, 6 czerwca 2020 r., <https://www.walesonline.co.uk/news/politics/quarter-voters-wales-now-favour-18374028>, (data dostępu: 8.01.2022).

plebiscytu został odrzucony – uzyskał on niewielkie poparcie (lipiec 2020 r.). Po 2020 r. żadne poważniejsze działania zmierzające do zwiększenia autonomii Walii, a tym bardziej uzyskania niepodległości, nie zostały podjęte przez Plaid Cymru. Z kolejnego sondażu przeprowadzonego w styczniu 2021 r. dla ITV Wales i Cardiff University wynika, że 22% ankietowanych Walijszczyków zagłosowałoby za niepodległością Walii, 53% opowiedziało się przeciw, natomiast 25% nie wie, jaką podjęłoby decyzję (na moment przeprowadzanego sondażu)³⁶. Społeczeństwo walijskie wróciło więc do punktu wyjścia, a rezultat głosowania zbliżył się do tego sprzed roku. Zaskoczeniem mógł być sondaż przeprowadzony dwa miesiące później dla programu ITV News Tonight we współpracy z Savanta ComRes, w którym padł rekordowy wynik: 39% zagłosowało za poparciem niepodległości Walii, natomiast przeciw 61%³⁷. Dwukrotny wzrost odsetka osób deklarujących chęć odłączenia się od Wielkiej Brytanii w ankiecie z marca 2021 r. wynikał z niezadowolenia Walijszczyków z reakcji brytyjskiego rządu na pandemię, zmieniającego się nastawienia społeczeństwa walijskiego do Wielkiej Brytanii oraz wzrastającej świadomości, że są oni historycznie odrębnym narodem i poradzają sobie lepiej jeśli Walia będzie niepodległa³⁸.

Nie ulega wątpliwości, że pogłębiająca się odmienność regionów ma wpływ na obecny i przyszły kształt Zjednoczonego Królestwa. Poczucie tożsamości narodowej odgrywa niebagatelną rolę w kształtowaniu rzeczywistości oraz świadomości społecznej i politycznej. Zakłada ona świadomy często przemysłany wybór, który pozwala na odróżnienie danej „wyodrębnionej językowo, kulturowo, religijnie i politycznie grupy” od innej „wyodrębnionej” społeczności. Co istotne, może prowadzić do działań i ruchów zmierzających do separowania się od innych grup narodowych, a w najgorszym wypadku megalomanii narodowej. Coroczne badania tożsamości przeprowadzane na walijskiej populacji przez Biuro Statystyki Narodowej (dane szacunkowe pochodzące z ankiet) pokazują, że 63 % osób uważa się za Walijszczyków w stosunku do 37% osób, które uważają się za nie-Walijszczyków (identyfikują się z tożsamością: angielską, szkocką, irlandzką, brytyjską i inną) – ten stosunek procentowy kształtuje się na niezmiennym poziomie od lat³⁹. Porównując ten wynik do Szkotów, którzy w 84% deklarują, że czują się „tylko Szkotami” (16% wybrało inną

³⁶ *Welsh independence: How worried should UK ministers be?*, BBC, 2 lutego 2021 r., <https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-55890643>, (data dostępu: 9.01.2022).

³⁷ *Poll reveals highest support for Welsh independence ever recorded*, ITV, 4 marca 2021 r., <https://www.itv.com/news/wales/2021-03-04/poll-reveals-highest-support-for-welsh-independence-ever-recorded>, (data dostępu: 9.01.2022).

³⁸ W 2020 r. pandemia spowodowała zwiększenie poparcia dla walijskiej grupy niepodległościowej YesCymru. Ich liczba członków wzrosła z nieco ponad 2000 w lutym do ponad 14 000 w listopadzie tego samego roku.

³⁹ StatsWales, *National identity by year and identity*, <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Equality-and-Diversity/National-Identity/nationalidentity-by-year-identity> (data dostępu: 9.01.2022).

grupę narodową), można dojść do wniosku, że poczucie tożsamość Walijszczyków wciąż się kształtuje⁴⁰. Wynika to z wciąż silnych więzów i sentymentalnych stosunków, które występują w relacjach między Walijszczykami a Wielką Brytanią jako całością – walijska tożsamość narodowa powstała bowiem na bazie brytyjskiej.

Rozwój społeczeństwa obywatelskiego, regionalnych mediów, partii politycznych, a także instytucji finansowych i ośrodków kultury mają wpływ na podejmowane przez obywateli działania. Walia, dzieląc historię społeczno-polityczną z resztą Zjednoczonego Królestwa, zachowała swoją odrębność kulturową i jest dwujęzyczna. W porównaniu do pozostałych części składowych Wielkiej Brytanii, Walia jest najmniej suwerenna, nie posiada własnego systemu prawnego, a Walijskiemu Zgromadzeniu przyznano najmniejszy zakres uprawnień. Jeżeli chodzi o rodzime walijskie media i prasę, to są one ograniczone, co oznacza, że wyborcy nie zwracają tak dużej uwagi na zdecentralizowaną politykę.

Podsumowanie

Zjednoczone Królestwo jest państwem niejednorodnym kulturowo, językowo i politycznie. Różnorodność, jaka istnieje od początku powstania Wielkiej Brytanii, może stwarzać zagrożenie w wymiarze wewnętrznym. Walijszczycy nie wykazują chęci odłączenia się w przyszłości od Zjednoczonego Królestwa ani silnych tendencji niepodległościowych, co ma odzwierciedlenie w przeprowadzonych sondażach ukazujących poczucie tożsamości narodowej. Społeczeństwo walijskie, poddane wielowymiarowej asymilacji, pogodziło się z angielską hegemonią. Mimo że w procesie dewolucji Walia otrzymała liczne uprawnienia, wciąż jednak jest w dużym stopniu zależna od decyzji parlamentu Zjednoczonego Królestwa. Widoczny brak równorzędnej pozycji między organami centralnymi a regionalnymi nie jest jednak problemem dla Walijszczyków, ponieważ nie chcą oni zmian, a obecny stan rzeczy im odpowiada. Na uwagę zasługuje fakt, że mieszkańcy tej części Zjednoczonego Królestwa niewątpliwie „ruszyli z miejsca”. Jak napisali Bartłomiej H. Toszek i Elżbieta Kuźlewska, „w ciągu zaledwie jednej dekady społeczność walijska, określana przez swoich angielskich sąsiadów mianem małych ludzi, o małym intelekcie i małych aspiracjach, przebudziła się do życia politycznego (na płaszczyźnie regionalnej, narodowej i ponadnarodowej), jako w pełni ukształtowany naród, który posiada własną wolę i potrafi ją wyartykułować”⁴¹. Dzięki reformie dewolucyjnej i laburzy-

⁴⁰ S. Brocklehurst, *Scots 'more optimistic about future', according to BBC survey*, BBC, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44301827> (data dostępu: 9.01.2022).

⁴¹ B.H. Toczek, E. Kuźlewska, op. cit., s. 177.

stowskiej polityce (której celem było wyrównywanie szans) Walijszczyki nieznacznie zbliżyli się do poziomu Anglików. Społeczeństwo walijskie wciąż choruje na kompleks niższości względem Anglików, który co jakiś czas daje o sobie znać. Z tych, ale również innych powodów, takich jak proces cofania się walijskiego potencjału ekonomicznego, gospodarczego i demograficznego w związku z wyjściem z Unii Europejskiej, Walia jest tworem jeszcze bardziej zależnym od Anglii. Integralność Zjednoczonego Królestwa obecnie z całą pewnością nie jest zagrożona działalnością partii Plaid Cymru i pojawiającymi się ruchami niepodległościowymi w Walii.

Wykaz literatury

- Bochel J., Denver D., Macartney A., *The Referendum Experience. Scotland 1979*, Aberdeen University Press, Aberdeen 1981.
- Bogdanor V., *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Brocklehurst S., *Scots 'more optimistic about future', according to BBC survey*, BBC, 6 czerwca 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-44301827>.
- Cimke M., *Specyfika państwa regionalnego na przykładzie devolved regions w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 3(49).
- Harrison M., *The Economics of World War II: Six Great Powers in International Comparison*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.
- How Much Support Is There for Welsh Independence?*, ITV, 4 lutego 2020 r., <https://www.itv.com/news/wales/2020-02-04/how-much-support-is-there-for-welsh-independence/>.
- Jeffrey Ch., *Devolution in the UK*, [w:] M. Flinders, A. Gamble, C. Hay, M. Kenny (red.), *The Oxford Handbook of British Politics*, Oxford University Press, New York 2009.
- Kaczorowska K., *Proces dewolucji w Wielkiej Brytanii – między regionalizacją a federalizmem. Przypadki: Szkocji, Walii, Anglii*, [w:] K. Trzciniński (red.), *Dylematy państwowości*, Aspra, Warszawa 2006.
- Kaczorowska M., *Reformy dewolucyjne w Zjednoczonym Królestwie*, [w:] F. Golebski, P. Biskup, M. Kaczorowska (red.), *Era Blaira i Browna. Wybrane problemy polityczne rządów Partii Pracy w Zjednoczonym Królestwie 1997–2010*, Aspra, Warszawa 2010.
- Kamler M., *Wielka Brytania*, PWN, Warszawa 2002.
- Loughlin J., *The United Kingdom: From Hypercentralization to Devolution*, [w:] J. Loughlin i in. (red.), *Subnational Democracy in the European Union. Challenges and Opportunities*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Parker M., *Neighbours from Hell?*, Publisher Y Lolfa, Talybont 2007.
- Poll reveals highest support for Welsh independence ever recorded*, ITV, 4 marca 2021 r., <https://www.itv.com/news/wales/2021-03-04/poll-reveals-highest-support-for-welsh-independence-ever-recorded>.
- Rajca L., *Dewolucja jako szczególny proces decentralizacji w Wielkiej Brytanii*, [w:] K. Czarnecki, A. Lutrzykowski, R. Musiałkiewicz (red.), *Samorząd terytorialny*

- w Polsce i w Europie. Aktualne problem i wyzwania*, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa, Włocławek 2017.
- Results and Turnout at the EU Referendum*, The Electoral Commission, <https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-EU-referendum>.
- Sarnecki P., *System konstytucyjny Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2009.
- Sarnecki P., *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Serzhanova V., Kimla A., *Potencjalny wpływ brexitu na ustrój terytorialny i integralność Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, „Przegląd Sejmowy” 2020, nr 6(161).
- Shipton M., *Quarter of voters in Wales now in favour of Welsh independence*, 6 czerwca 2020 r., <https://www.walesonline.co.uk/news/politics/quarter-voters-wales-now-favour-18374028>.
- StatsWales, *National identity by year and identity*, <https://statswales.gov.wales/Catalogue/Equality-and-Diversity/National-Identity/nationalidentity-by-year-identity>.
- Toczek B.H., Kuzelewska E., *Od wizji do rzeczywistości. Dziesięć lat dewolucji w Walii*, Akademia Humanistyczna im. A. Gieysztor, Warszawa 2010.
- Welsh independence: How worried should UK ministers be?*, BBC, 2 lutego 2021 r., <https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-55890643>.

Summary

Assessment of the likelihood of Wales separating from the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Keywords: international law, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Wales, national liberation movements, disintegration, territorial integrity.

The article aims to analyze the possibility of the functioning of Wales as an independent state without the supervision of the government in London and independently of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and to present the results of surveys related to the formation of the national identity of the Welsh people. Wales, Scotland and Northern Ireland were granted a wide range of autonomy as a result of the devolution reform initiated in 1998. The asymmetry of devolution, thanks to which the above-mentioned components gained new competencies and powers, allows for the formulation of a conclusion that each case is different and that each case should be dealt with individually. The study discusses the case of Wales in terms of decentralization of its systemic and legal processes. The analysis of the latest polls as well as the most important political events in the history of

Wales led to the conclusion that Wales does not pose a threat to the integrity of the United Kingdom, neither now nor in the distant future. In addition, due to the departure of Great Britain from the European Union, Wales may become a creation even more dependent and dependent on England, which may start the process of regression of Welsh economic and economic potential.

Marcin Krzysztof Konieczny
Police Academy in Szczytno, Poland
ORCID: 0000-0002-1798-1509
markon7788@gmail.com

Disinformation in legal and criminalistic reality

Introduction

Disinformation is undoubtedly a social threat, in particular in the field of psychosociology of the Internet and the sphere of political and propaganda influences. This issue is discussed in the rich literature on the subject, and at the same time, it is widely discussed in the public debate, especially in the context of the so-called fake news or spreading conspiracy theories¹.

On the other hand, it is undoubtedly an element of criminal activity that mislead the state authorities established to detect crimes and prosecute their perpetrators. Certain criminal issues may undoubtedly be closely related to disinformation, as evidenced by its widespread use by terrorist organizations, the detection and combating of which undoubtedly belongs to the interests of criminalistic². For this reason alone, as a tool of criminal activity, disinformation is worth analyzing from a criminalistic point of view.

However, also in the work of law enforcement officers, there is a deeply entrenched element of lying, misleading and using false information. In Anglo-Saxon literature, this problem is considered one of the significant ethical challenges, as it risks generating false convictions by fabricating evidence or manipulating evidence³. Thus, in the context of disinformation, questions arise, what if the lie penetrates the social communication of the police and becomes a tool for fighting crime? Are there any grounds for a legal assessment of this

¹ J. Bodziony, *Funkcjonowanie teorii spiskowych w Internecie. Omówienie wybranych przyczyn i skutków zjawiska*, [in:] D. Siemieniecka, M. Szablowska-Zaremba (eds.), *Internet jako przestrzeń relacji społecznych – szanse, ograniczenia, perspektywy*, Lublin 2021, p. 141.

² N. Jankowicz, *Disinformation in terrorist content online. The George Washington University Program on Extremism*, 2019, <https://www.voxpol.eu/download/report/Disinformation-In-Terrorist-Content-Online.pdf> (accessed: 14.02.2021).

³ See: G.P. Alpert, J.J. Noble, *Lies, true lies, and conscious deception: Police officers and the truth*, "Police Quarterly" 2009, no. 12(2), pp. 237–254.

type of activity? When can they take place? Should their assessment be positive or negative?

Undoubtedly, in the case of such outlined doubts, there arises a problem worth reflection from the point of view of criminalistic tactics, in which an attempt should be made to find a contribution to the theoretical study of a given issue. At the same time, the article is not aimed at “breaking open doors”, and thus subjecting the behaviour of officers using selected methods of operational work, such as police provocation, to ethical assessments. There is already extensive literature in this area.

In this article, the author attempts to address the issue of disinformation that is used in the operation of law enforcement agencies to obtain a specific goal, which is usually to obtain evidence and select the perpetrator of the event. Taking up the above-mentioned topic requires not only defining disinformation but also answering the question of whether and why society can be manipulated by representatives of law enforcement agencies? The work is based on the analysis of the literature, as well as on the case study. It is an attempt to comprehensively address the subject matter.

Considerations about disinformation can be set in two contexts, the first of which concerns the activities of police services and formations that use disinformation usually addressed to a small group of addressees. Mainly, disinformation understood in this way is aimed at the perpetrator or perpetrators of crimes that are currently being dealt with by the services aimed at identifying them. The second sphere concerns larger categories of recipients, usually entire social groups, organizations and states. Such activities are related to large and usually large-scale disinformation (psychological) operations involving the armed forces and the intelligence and counterintelligence services of the countries concerned. Due to the complexity of the issues, the author will focus in this work only on the first sphere related to the operation of the police services.

Homo sapiens, as indicated by the species epithet describing man (rational man), is a being characterized by reason. According to the PWN dictionary, the reason is “the inherent human ability to think, explore the world, analyze and draw conclusions”⁴. The process of reasoning, which seems to result from human nature, is related to the flow of all information and data that the mind can process. Every day, a person processes hundreds of different pieces of information from the world around him, both in private and professional life. The information that a person receives, processes and analyzes at the same time has enormous causative power. After all, it influences the perception of the world, another person, the way of conduct, the hierarchy of values, and the choice of a life path, both private and professional. Unfortunately, the concept

⁴ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/rozum.html> (accessed: 25.09.2021).

of information is associated with the concept of disinformation. False information has the same causative power as true information, and its processing by the human mind is subject to the same mechanisms and laws. However, disinformation can bring about several pejorative effects in human life, which – paradoxically – result from the fact that the communicated content differs from the actual state.

For a correct understanding of the problem of the occurrence of disinformation in human life, it is, therefore, necessary to first describe what the disinformation discussed here is. The PWN dictionary states that disinformation is “misleading someone by stating that they are misleading or false information”⁵. In an intuitive sense, disinformation activities show a certain purposefulness, i.e. deliberate misleading, through the dissemination of false information. However, it seems that according to the cited definition, disinformation could be treated a bit more broadly, including also the transmission of misleading, false information that takes place unconsciously, i.e. it results from the ignorance of the disinforming person (misinformation), as well as the deliberate transmission of information that is essentially consistent with the truth but used to mislead (misinformation). It may therefore happen that the person conveying disinformation messages considers them facts, consistent with the real state, or at least relating to the empirical reality. The person may not be aware that he or she is providing false information. It seems that the intentionality of the action, in the case of providing false information, goes to the background – it is not as important as the message itself.

Polish writer and journalist Marek Świerczek systematized the multitude of definitions of what disinformation is. He points out that the concept of disinformation is ambiguous. Disinformation can be understood as a mode of action in operational work where you intend to achieve a set goal. The association of the concept of disinformation with operational activities, however, narrows this concept mainly to the work of secret services. In addition, it is emphasized that it is an activity that is concealed, secret or even overt dissemination of some partially or completely false information⁶. Disinformation can also be understood as “creating and spreading misleading or false information to distort the image of the opponent”⁷. Summarizing numerous definitions, Świerczek indicates that the essence of disinformation is not strictly a lie, but rather a provocation, a desire to obtain a specific effect through information activities. In the broader sense of the concept, disinformation should therefore be perceived as influencing the recipients’ subconsciousness so that the disinformation transmitted by the disinformator is considered true infor-

⁵ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/dezinformowa%C4%87.html> (accessed: 25.09.2021).

⁶ M. Świerczek, „System matryoszek”, czyli *deformacja doskonała. Wstęp do zagadnienia*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2018, no. 19, pp. 210–211.

⁷ *Ibidem*, p. 211.

mation and processed by the recipient as true information. Hence, all definitions of disinformation point to one basic element, which consists in “creating in the opponent a false image of reality, which is to persuade him to make wrong decisions”⁸.

Decisions made by a disinformed person are directed by a disinformor. A disinformor is the creator of a distorted image of reality, which he creates to induce influence and specific behaviours in a disinformed person. When analyzing the concept of disinformation from the legal point of view, it is worth paying attention to the derivative linguistic concepts: disinform, disinformor and disinformed. “Dezinformować” is a verb in the form of an infinitive, from which personal forms are created that denote activities undertaken to convey erroneous information, changing – by the above-mentioned considerations – the recipient’s state of consciousness to a state other than corresponding to the real state to which the information is referred to. A “disinformor” is a person who undertakes such activities and thus resorts to misinforming someone, the performer of these activities. Whereas the “disinformed” person is the recipient of the information thus conveyed. As indicated above, “disinformation” is an activity in which the sender, recipient and message are involved. Just as the word “disinformation” is a relatively young concept, the words “disinformor” and “disinformed” are also neologisms⁹.

Regardless of the perspectives shown, disinformation is by definition a planned process, which differs from a lie, which can be completely spontaneous and even pointless. Looking from the theoretical point of view, Świerczak notices that effective disinformation only exists when the disinformed person cannot verify the information provided. The possibility of verification carries the risk that any untrue information will be intercepted, recognized as inconsistent with the actual state. When analyzing disinformation from the point of view of the logical process, it is worth noting that these assumptions come from the very goals of disinformation. For if the reasoning is based on false premises, it does not have to lead to a false conclusion, although it usually leads to such a conclusion. However, in the case of disinformation as a deliberate influence on the recipient’s state of consciousness, the goal is precisely to obtain false conclusions. Thus, false premises provided by a disinformor should and, if they are skillfully provided and the reasoning of the disinformed person is correct or consistent with the prediction, must lead to false conclusions. However, if the premises are verified and articulated truthfully, the conclusion should also be true¹⁰.

⁸ Ibidem, p. 212.

⁹ See: M. Wachowicz, *Ujęcie teoretyczne pojęcia dezinformacji*, “Wiedza Obronna” 2019, no. 1–2, pp. 229–230.

¹⁰ Cit. per: M. Świerczek, op. cit., pp. 213–214.

As already indicated, the disinformation process is also seen in context propaganda, usually as a component of it. This requires defining the relation of both of these concepts. First of all, propaganda coupled with disinformation is perceived as part of the so-called "Information warfare"¹¹, which suggests the scope separateness of these concepts in the set of designates of the concept of "information warfare tools". Propaganda is defined as "the consistent, sustained effort to produce or shape events in such a way as to influence social perceptions of specific undertakings, ideas, or groups"¹². It follows from the very definition of propaganda that disinformation fits perfectly into it. In such a way, the message and the content of the message are shaped to achieve specific goals in the social dimension. It seems that the perception of disinformation as part of propaganda is perfectly justified, although disinformation does not strictly correspond to propaganda. Disinformation can be part of propaganda, but it can also occur in other forms, or a different shape or context, such as on its own, independent of the propaganda. Moreover, propaganda usually targets a wider audience, while in the case of disinformation there may be a single subject of influence, i.e. one misinformed person.

The literature indicates four basic features of information, namely: accuracy, timeliness, completeness and relevance. According to the above-mentioned features of information, the features of disinformation can be indicated as the opposite of the above-mentioned ones. Disinformation is characterized by inaccuracy, that is, it provides an unbelievable reflection of reality. Moreover, disinformation is out of date, and incomplete news. The adequacy of information is determined by its usefulness for the recipient, that is, appropriate information "is information useful for the recipient, depending on his specific needs and conditions"¹³. Then the disinformation is not useful for the recipient. The usefulness of disinformation can only be indicated by the sender of the message. Due to the opposite of the above-mentioned features, the opposite of information is created, i.e. the anti-information called disinformation. This characterization seems to be a somewhat simplified description, but it defines the basic features of disinformation as a form of communication. Particular reservations can be made about the issue of "topicality", as it would seem that this feature may refer to both information and disinformation.

Disinformation is visible in all spheres of human life, both private, professional and public. This article focuses, as already outlined, on disinformation in the legal and criminalistic reality, based on theory and practice. The legal and criminalistic reality revolves around issues related to crime and its prevention (detection, combating and prevention). As it is noted in the literature

¹¹ M. Wachowicz, op. cit., p. 232.

¹² M. Bartoszewicz, *Teorie propagandy w obliczaniu algorytmizacji*, "Kultura Współczesna" 2019, no. 1(104), p. 86.

¹³ M. Wachowicz, op. cit., p. 248.

on the subject, “crime is a negative global phenomenon”¹⁴. Crime is not a problem concerning the perpetrator and the victim, as well as the judiciary or law enforcement agencies, but it is a general problem that affects individuals, communities and entire countries, and extends beyond the borders of a given country, into the international legal sphere. Crime is also a very complex social phenomenon where information and disinformation can play a very important or even a key role. The issue of information in the legal and criminalistic reality cannot be discussed in such a short article, so it will be omitted in favour of a more complete focus on the issue of disinformation, as a much more complex problem, with particular emphasis on the goals, methods and patterns of disinformation in legal and legal reality criminalistic.

There are state authorities that use or may use disinformation. In practice, this applies to all state bodies that conduct social communication, and therefore have the tools of a spokesman or press officer, run social media, etc. It is difficult to find legal grounds for the indicated process, as there is no provision directly allowing the use of information untrue. On the other hand, not all information can be directly verified and the findings, even if they appear to be certain in the light of the evidence gathered so far in the case, or the information about the ongoing investigation may subsequently be falsified. Already at this stage, the question arises whether the assessment of the legitimacy or lawfulness of this type of action should be the subject of the entire message, or of individual pieces of information that can be attributed to the features of truth and falsehood.

Defining the group of authorities that may use disinformation requires prior determination of its purpose in the legal and criminalistic reality. It is necessary both to identify these authorities and to assess the legality of these activities.

The goals of disinformation in the legal and criminalistic reality and the legality of its use

As is clear from d Considering the considerations made so far, at first glance, it might seem that disinformation is a typically pejorative phenomenon, as it is associated with an error, a lie, the transmission of untrue information, or the induction of recognizing false circumstances as facts. Meanwhile, when analyzing this, in fact, a common phenomenon in more depth, attention is drawn to the distinction of the goals of disinformation. This is particularly relevant to the legal and criminalistic reality, in which various operational and informational interactions may occur between law enforcement agencies

¹⁴ S. Pikulski, *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Białystok 1997, p. 5.

and the circles of suspects and suspects as part of investigative and operational activities. Nowadays, the information space plays a special role. As it is emphasized, “in the era of the information society, people become susceptible to disinformation, propaganda and all forms of information manipulation”¹⁵. Meanwhile, the criminal and terrorist element, persons acting on behalf of foreign intelligence services, and in military conditions also the enemy’s subversive and reconnaissance elements, undoubtedly belong to the group of people with a greater or lesser degree of preparation and susceptibility to information influences.

Disinformation is undoubtedly part of certain legal activities of legal state bodies. At the outset, it should be pointed out that all state authorities can and should participate in social communication, in particular, communication via traditional media. The functions of press spokesmen for this communication are created unless there are more detailed regulations, based on Art. 2nd et seq. of the press law¹⁶, which states that “state bodies, by the Constitution of the Republic of Poland, create the conditions necessary for the press to perform its functions and tasks, including enabling the activities of editorial offices of newspapers and magazines, which differ in terms of the program, thematic scope and attitudes presented”. Thus, communication with the media and creating conditions for it is the duty of all state organs, and the scope and manner of this communication are subject to a special assessment, as it may seem from the literal wording of the quoted provision, from the point of view of the Polish constitution.

Thus, according to the applicable law, the obligation of informational activity should be applied to all state organs, and thus also to all organizations and institutions existing in the legal and criminalistic space.

At the same time, as it results from the content of the provision constituting the legal basis for social communication of state organs, this communication should be more strongly related than other statutory sentences with the content of constitutional norms referred to in the quoted provision. Thus, it can be concluded that the use of elements of disinformation in the social communication of law enforcement agencies and other state bodies may in no way be inconsistent with the constitution. Direct reference to constitutional norms, adopting the principle of a rational legislator, prescribes – it seems – that not only the content of the provisions of universally binding legal acts should be subject to constitutional control, which could affect social communication, but also the process of its implementation through the prism of constitutional models.

¹⁵ P. Kmieciak, *Bezpieczeństwo informacyjne Rzeczypospolitej w dobie fake news – przykłady wykorzystania mediów cyfrowych w szerezeniu dezinformacji*, Warszawa 2019, pp. 84–85.

¹⁶ Act of January 26, 1984 (LJ of 1984, No. 5, item 24, consolidated text, LJ of 2018, item 1914).

At the same time, it should be emphasized that the mere fact that the cited provision of the press law applies only to communicate with the media, and through them with the public, cannot be – as it seems – doubt that all official messages of state authorities and their representatives overlap with communication with the media. Media, as the media, publish and comment on such messages and statements, which are an indispensable element of press coverage. Thus, all forms of social communication of state organs under the current legal status may not disregard their close relationship with constitutional principles, even if it did not result directly from the Constitution of the Republic of Poland itself. However, this position is additionally supported by the principle of direct application of the provisions of the Basic Law. As has already been indicated, the goals of disinformation, by the very essence of this phenomenon, are aimed at a specific effect. And it is the effect of the message that determines the goal because undoubtedly both of these categories should be logically similar (in principle – identical), as long as the disinformant correctly defined the means aimed at achieving the goals and used them correctly.

While the purpose of presenting untrue information as facts is to influence society as recipients of disinformation messages, this society should be perceived in all its complexity against the background. The disinformant wants to develop and strengthen specific views in a mass audience or specific individuals and groups of people. In the legal and criminalistic reality, this goal may be realized in the social communication of law enforcement agencies. Considering that they are undoubtedly state organs, the question arises as to whether this is the case each activity is legally permissible.

For example, elements of disinformation are carried out through spokespersons and press officers, i.e. persons representing law enforcement agencies. These people, bypassing certain information to the mass media, make it reach the public opinion. In addition to information consistent with the actual state of affairs, disinformation messages may appear, for example, messages are broadcast stating that the police are “on the trail” of the alleged serial killer and that he will be arrested soon. This type of information, if it is not true, aims to induce certain behaviours in the person sought (by arousing fear in him, and thus psychological pressure in the reality of which he may make mistakes) or to reassure the public opinion, indirectly increasing public trust as to the effectiveness of law enforcement activities, first of all to favorably shape an operational environment in which social behaviour will facilitate, rather than obstruct, urgent and large-scale activities of law enforcement agencies. namely, pro-social activity, which is to bring several beneficial results for the common good.

In the above-outlined situational context, after a meticulous analysis of the situation, the press spokesman provides the mass media with data that can only help in the conduct of the proceedings. At this point, the question

arises, what the limits of disinformation in his message may be, so whether and to what extent the principle of *exitus Acta probat*¹⁷ may apply? The answer to the above question does not seem to be unequivocal. On the one hand, the goal is glorious, and on the other hand, *mendacium semper manet mendacium*¹⁸. At this point, therefore, an obvious ethical dilemma arises as to whether it is legitimate to provide erroneous information due to a worthy goal. There is also the question of whether society has no right to know the truth, and whether the transmission of disinformation is not a matter of manipulating public opinion. However, considering the issue from the perspective of the goal of such action, which is the goal of protecting the common good, it seems that the media transmission of disinformation related to the ongoing criminal proceedings, and thus public safety, is justified. However, the line between truth and lies then becomes blurred. And some false information affects the dissemination of further false information resulting from the former. Is then society not falling into the so-called vicious circle of lies? In this approach, disinformation is used as a tool to be used for a specific purpose. For some, such actions are a lie, while others will find that the lies are justified due to the purpose of the action. Regardless of the method of assessing this action, it should be emphasized that it is a permanent practice used by law enforcement agencies.

As far as providing a comprehensive answer to the above questions exceeds the objectives of this study, it is undoubtedly necessary to outline the legal status in this respect in general. Even this task is difficult, however, insofar as no law would allow anyone to directly use disinformation legally. In the scope in which it is applied, therefore, only activities aimed at the implementation of the statutory tasks of the institutions and formation applying it should be seen – for example, in the legal and criminalistic reality, such tasks will undoubtedly be the protection of the life and health of citizens as well as the detection and prosecution of offenders.

Thus, in such a real state, questions arise even more as to the compliance of the indicated practices with public law. It is worth noting that in dealing with disinformation, especially about important situations concerning, for example, human life, as is the case in the legal and criminalistic sphere, there are many programs or postulates to combat false information, inconsistent with the actual state. In fear of the so-called fake news, which disrupt the work of law enforcement agencies, or have a negative impact on public opinion, or rather introduce information chaos, attempts are made to counteract these phenomena. In Warsaw, in December 2020, a document on the above-mentioned phenomenon was issued by the National Broadcasting Council. It is noted that disinformation “undermines trust in institutions, traditional and digital media

¹⁷ Crowd. from English pour. the ends justify the means.

¹⁸ Crowd. from English pour. a lie will always remain a lie.

and damages democracies by preventing citizens from making informed decisions”¹⁹.

In this context, therefore, it is necessary to mention, first of all, Art. 2 of the Constitution of the Republic of Poland, “The Republic of Poland is a democratic state ruled by law, implementing the principles of social justice”. This provision implies directly and indirectly a number of constitutional standards relating to the implementation of the principle of a democratic state ruled by law and the principles of social justice by the state towards its citizens. The principles of a democratic state ruled by law include, inter alia, the principle of trust in the state and the law it enacts, including other principles, including the principle of decent legislation, the principle of protection of acquired rights, etc.²⁰ In the jurisprudence of the Tribunal it is also pointed out that Article 2 of the Constitution is of fundamental importance for the legal situation of citizens and state authorities and should be considered as the foundation of the constitutional and legal order of the Polish State²¹, nevertheless even actions going as far as restriction of constitutional rights and civil liberties by the legislator, i.e. going further than presenting untruths in public communication of prosecutions, are admissible, provided that (subject to the principle of proportionality) they are permissible in a democratic state ruled by law.

It should be emphasized that these standards are not literally specified in the Constitution of the Republic of Poland, but have been determined secondarily in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal and the jurisprudence of the Supreme Administrative Court²². Without going into the historical conditions of the indicated principles, which would go beyond the scope of this study, it seems necessary to at least indicate that these principles, since they are derived from the provisions of the Polish Constitution, remain in a functional relationship with other constitutional principles. As indicated by the Constitutional Tribunal still on the basis of the Polish People’s Republic constitution: “The principle of citizens’ trust in the state, underlying the above-mentioned provisions of the Constitution and the institutions of the system regulated by them, is – similarly to the principle of substantive rule of law – a legal and constitutional principle that gives rise to certain obligations in the sphere of state activity. In the field of the legislative activity of the state, it creates, in particular, the obligation to shape the law in such a way as not to limit the freedom of citizens, unless it is required by an important social or

¹⁹ Cit. per: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, *Fake news – dezinformacja on line. Próby przeciwdziałania tym zjawiskom z perspektywy instytucji międzynarodowych oraz wybranych państw UE, w tym Polski*, Warszawa 2020, p. 5.

²⁰ The judgment of the Constitutional Tribunal of March 21, 2001, file ref. act K. 24/00.

²¹ Ibidem.

²² R.M. Duda, *Konstytucyjna zasada zaufania obywateli do organów państwowych i próba jej realizacji w przepisach ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (LJ of 2018, item 646)*, “Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2019, no. 8(1), pp. 91–106.

individual interest, protected by the Constitution, the obligation to grant rights to citizens with the simultaneous establishment of guarantees for the implementation of these rights, the obligation to legislate consistent, clear and understandable for citizens, and finally the obligation not to retroactively apply legal provisions (...). In this way, the principle of citizens' trust in the state becomes at the same time the fundamental collective value to which they refer and protected by the norms of the constitution"²³.

Both the judgments of the Constitutional Tribunal²⁴ and the Supreme Administrative Court²⁵ indicate directly that the principles derived from Art. 2 of the Polish Constitution, for example, the principle of protection of interests in progress is not absolute.

Moreover, it should be noted that this principle is primarily related to the state's activity in the application and making of the law, primarily the predictability of this process and legal certainty, so that an individual could foresee the legal consequences of his actions and omissions²⁶. In the practice of applying the law in social communication, it is therefore not without significance that disinformation in the field of law enforcement by law enforcement agencies is aimed at strengthening its compliance and stabilizing the public-law system based largely on the standards of criminal law. One of the theoreticians raising a given topic, advocate Maciej Górny, points out that the information and disinformation coming from law enforcement authorities result from the following goals – firstly, official factors, i.e. the need to transmit information on socially important matters – as a certain obligation of the authorities prosecution (bureaucratic and reporting obligations), secondly, from social pressure, i.e. curiosity and, at the same time, the right of the public to know the facts, or for strictly criminalistic purposes, i.e. controlled leaks of information or information in conjunction with disinformation, in order to achieve specific goals in during the proceedings²⁷. It is worth noting at this point that an organizational unit for information services has been established in the Police Criminal Intelligence Department, the specific tasks of which have been determined on the basis of the Guidelines of the Police Commander in Chief of August 29, 2005²⁸.

In other words, there is a legal and functional framework in which disinformation is used, but any use of it can be considered legally questionable. On

²³ Judgment of the Constitutional Tribunal of November 30, 1988, file ref. act K 1/88.

²⁴ The judgment of the Constitutional Tribunal of February 7, 2001, file ref. act K. 27/00.

²⁵ Judgment of the Supreme Administrative Court of August 8, 2015, file ref. act I OSK 2708/13.

²⁶ J. Łętowski, *Zasada zaufania w stosunkach między obywatelem i administracją*, [in:] idem, *Państwo, prawo, obywatel*, Wrocław 1989, pp. 559–561.

²⁷ As cited in: M. Górny, *Rola procesów informacyjnych w pracy Policji*, "Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny Szkoły Policji w Pile" 2013, no. 1–2(14–15), pp. 32–33.

²⁸ Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z dnia 29 sierpnia 2005 r. w sprawie działania wydziałów wywiadu kryminalnego w Policji (OJ of the KGP 2005.14.105).

the other hand, it is difficult to show its direct contradiction with the Polish Constitution in situations where its application is justified, bearing in mind the need to protect other rights, e.g. human life and health. Therefore, it should be anticipated that this issue will be the subject of the jurisprudence of the Constitutional Tribunal in the future. Until this happened, however, the use of disinformation can be seen as a tool of the so-called “Less evil”, which serves the protection of other constitutional values, in particular the protection of human life and health.

On the other hand, it would be difficult to find a justification for its use in connection with the truth of the sphere of information flow in public space surrounding to some extent criminalistic-related tasks, for example in the face of justified or unjustified criticism of the police in the public debate. Undoubtedly, the very comfort of professional work of the management of a given institution is not a constitutional value, and therefore it cannot be used as any legal justification for violating constitutional principles by state organs. Thus, while one can perceive the legality of the use of disinformation in order to carry out tasks related to the protection of human life and health, or the prosecution of perpetrators of crimes, undoubtedly, actions consisting in falsifying the message in order to suppress press or social criticism by the police cannot be considered lawful, or any other uniformed formation.

Thus, from the circle of entities that should implement social communication, including – as has already been indicated – all state organs can be distinguished those that could be considered to perform tasks whose implementation, if it requires the use of disinformation, can justify it and thus aims to protect values that can be considered superior to the protection of citizens’ trust in the state.

This challenge is not simple, taking into account that the content of the cited provisions of the press law clearly shows that public communication of state organs should be consistent with the Polish Constitution, and thus the assessment of the state of affairs in which it violates the constitutional obligations of the state cannot be extensively extended beyond doubtless certain cases. The role of the principle of a democratic state ruled by law cannot justify the expansion of the number of such entities, which is also particularly important. It can be concluded from the previous jurisprudence of the Constitutional Tribunal that the constitutional principle of the protection of human life (also referred to in the jurisprudence also to *nasciturus*) and the principle of protection of human dignity, as the implementation of the foundation of human rights, and therefore inalienable, natural rights, are of fundamental and superior significance as constitutional principles. human dignity²⁹.

²⁹ See: The judgment of the Constitutional Tribunal of October 22, 2020, file ref. act K 1/20; Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 January 2004, file ref. act K 14/03; Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 March 2007, file ref. act K 28/05.

Thus, in the author's opinion, it is legitimate to consider that disinformation in social communication, to the extent that its application actually aims to accomplish these tasks, may be used by bodies that meet the following criteria:

- 1) are state authorities,
- 2) in the scope of acting on the basis of and within the limits of the law, undoubtedly (i.e. as it results directly from the relevant laws) their task is to protect human life and human dignity, and therefore also to combat crimes where the subject of protection of the criminal law norm is human life,
- 3) the use of disinformation in social communication clearly aims (and therefore directly and directly, and therefore against real, not potential threats) of the implementation of these tasks and the protection of constitutional values, which are human life and inalienable human dignity.

As far as the scope of this work covers only the legal and criminalistic reality, its scope would exceed legal arguments relating to the use of disinformation in the implementation of tasks not related to crime, for example, the admissibility of using disinformation for the same reasons by health authorities, etc. At this stage, it seems possible to indicate some entities of this type, i.e. those that there can be no doubt that they meet the above criteria. Such bodies, among the institutions that use the criminalistic tactic, will therefore be:

- 1) The Police, to the extent to which the Police Act obliges them to perform the tasks specified in Art. 1 clause 2, point 2 "protection of human life and health and property against unlawful attacks violating these goods" and point 4 "point 4 detection of crimes and offenses and prosecution of their perpetrators" of this Act³⁰;

- 2) Border Guard – to the extent that it can be considered that some crimes related to illegal migration (smuggling of people and trafficking in human beings)³¹, and Art. 1 clause 2, point 2a) lit. c. the Border Guard Act obliges it to combat this type of crime;

- 3) Organizational units of the public prosecutor's office – pursuant to Art. 2 law on the public prosecutor's office "The public prosecutor's office performs tasks in the area of prosecuting crimes and upholds the rule of law"³²;

- 4) Military Police in the scope of the tasks referred to in Art. 4 sec. 1 point 2 of the Act on Military Gendarmerie and military law enforcement bodies, ie "protecting the life and health of people and military property against attacks violating these goods"³³;

³⁰ Act of April 6, 1990 on the Police (LJ of 1990, No 30, item 179, consolidated text LJ of 2021, item 1882).

³¹ Act of October 12, 1990 on the Border Guard (LJ of 1990, No.78, item 462, consolidated text LJ of 2021, item 1486).

³² Act of January 28, 2016, Law on the Public Prosecutor's Office (LJ of 2016, item 177, consolidated text LJ of 2021, item 66).

³³ Act of August 24, 2001 on the Military Police and military law enforcement bodies (LJ of 2001, No. 123, item 1353, consolidated text LJ of 2021, item 1214).

5) Civil special services as part of the tasks referred to in the relevant regulations, ie: the Internal Security Agency (ABW) as part of the tasks referred to in Art. 5 sec. 1 point 2 letter a “identification, prevention and detection of crimes: espionage, terrorism, unlawful disclosure or use of classified information and other crimes threatening the security of the state” and the Intelligence Agency (AW) within the framework of lization of the tasks referred to in art. 6 sec. 1 point 2 “identifying and counteracting external threats threatening the security, defense, independence and inviolability of the territory of the Republic of Poland” and 7a “identifying, counteracting and preventing terrorist events directed against citizens or property of the Republic of Poland outside the state terrorist attacks against the personnel or property of the Armed Forces of the Republic of Poland” the Act on the Internal Security Agency and the Intelligence Agency³⁴,

6) Military special services, as part of the implementation of similar tasks within the scope of their competence, ie the tasks referred to in art. 5 sec. 1 paragraphs 1 and 7 and article 6 (1) (2) of the Act on the Military Counterintelligence Service and the Military Intelligence Service³⁵.

It should be borne in mind that it is difficult in this type of study to go beyond the relatively rudimentary legal framework due to the lack of – so far – case law and in-depth analyzes of the discussed issue in the doctrine, and above all the lack of literally expressed legal bases for disinformation activities, which could be discussed, analyzed and assessed for compliance with the Constitution of the Republic of Poland.

Further limitations of the group of entities that may legally conduct disinformation may result from the scope of activities for which it can be considered possibly permissible. This issue will be discussed in the next section. However, it should be noted at this point that operational and reconnaissance activities are reserved for the Police and the Internal Security Agency, and cannot be used by other bodies appointed, inter alia, to detect crimes and prosecute their perpetrators³⁶. Thus, the use of disinformation in connection with combating crime by authorities other than the Police and the Internal Security Agency may in any case seem unacceptable.

³⁴ The Act of May 24, 2002 on the Internal Security Agency and the Foreign Intelligence Agency (LJ of 2002, No. 74, item 676, consolidated text LJ of 2020, item 27).

³⁵ Act of June 9, 2006 on the Military Counterintelligence Service and the Military Intelligence Service (LJ of 2006, No.104, item 709, consolidated text LJ of 2019, item 687).

³⁶ B. Szyprowski, *Postępowanie sprawdzające w procesie karnym*, “Prokuratura i Prawo” 2007, no. 7–8, p. 159.

Methods of disinformation in the legal and criminalistic reality

The PWN encyclopedia defines a method as “consciously used method of conduct aimed at achieving the intended goal”³⁷. Disinformation methods are different methods of conveying disinformation messages. As already indicated, disinformation according to the dictionary definition from the same source does not have to be deliberate. Even more so if we take the point of view of the cited theoretical studies, according to which disinformation is the negation of information and has features opposite to it.

Therefore, when we talk about the use of disinformation methods in criminalistic practice, it should be noted that we are talking only about using them consciously.

In relation to the legal and criminalistic reality, methods of disinformation rely on methods of transmitting messages inconsistent with the actual state. The transmission of disinformation and information is identical, and even informing and disinforming messages are usually intertwined within one message. The transmission of disinformation usually takes place through the mass media. Among the mass media, a number of different forms of communication are mentioned, however, in the legal and criminalistic aspect, the following methods of transmitting information are in particular: radio, television, press and Internet. The basic methods of transmission are spoken and written communication – that is, using words, as well as vision, image, because, as we know, most Homo sapiens are so-called “visual learners”, i.e. they register and remember more with their eyes than with other senses. Thus, the images presented in the strong media can be remembered rather than the words themselves spoken, especially when these images concern shocking or moving scenes, which is often the case in relation to the places of events, pictures of victims or the reconstruction of committed crimes. This fulfills the informative function of the mass media consisting in collecting and disseminating information on socially important topics³⁸. It is noted that the impact of the mass media on a person is unquestionable³⁹, therefore disinformation and information conveyed by mass media to the public for the reception of public opinion, concerning the legal and criminalistic sphere, also has a strong impact, which is best illustrated by the examples provided later in this section article.

³⁷ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/metoda.html> (accessed: 28.09.2021).

³⁸ See: J. Wieczorek, *Środki masowego przekazu. Rodzaje współczesnych mediów*, 2005, <http://joannawieczorek.pl/wp-content/uploads/2015/10/%C5%9ARODKIMASOWEGO-PRZEKAZU.pdf>.

³⁹ See: D. Poleszak, D. Maciolek, *Środki masowego przekazu jako narzędzie edukacji w drodze do kształtowania postaw i konstruktywnych form zachowania wśród młodzieży*, “Kultura – Media – Teologia” 2013, no. 12, pp. 23–32.

When analyzing the methods of disinforming influences in the legal and criminalistic reality, it is also worth noting that Paweł Kmiecik from the Internet Information Department of the Operational Center of the Ministry of National Defense indicates the methods of informational activities in the legal and criminalistic reality in relation to the interactions undertaken with the use of the Internet. These methods, according to Kmiecik, are divided into two groups. The first group of methods is the creation of fake accounts on internet portals, the so-called “False identity”, while the second group of methods is false information. Among the first group of methods, the author distinguishes between “bots – programs simulating human behavior, used to direct the discussion on the Internet, sending spam or posting links (and) trolls and sockpuppets – people who use fake accounts to direct a given discussion in order to evoke specific emotions among its participants or create the impression of mass support for an idea or narrative”⁴⁰. The transmission of information or disinformation through modern media, i.e. with the use of the Internet, has become particularly popular because it reaches a very wide audience, and therefore is a good tool for achieving goals by a disinformant. Disinformation concerning the legal and criminalistic reality is more and more often disseminated via the Internet in the forms indicated above. Law enforcement agencies have separate units that handle social networking sites. The problem is too much information and disinformation that is allowed to flow freely via the Internet⁴¹.

Among the activities of law enforcement agencies that may contain elements of disinformation activity, there may certainly be activities involving such cases where disinformation will be aimed at the implementation of the entrusted tasks. The indicated issues seem to be justified on the example of the police. According to Art. 14.1 of the Police Act, within the limits of its tasks, the Police performs the following activities: operational and reconnaissance, investigative and administrative in order to:

- 1) identifying, preventing and detecting crimes, fiscal crimes and petty offenses;
- 2) searching for people hiding from law enforcement or justice authorities, hereinafter referred to as “wanted persons”;
- 3) searching for people who, as a result of an event that makes it impossible to determine their whereabouts, should be found in order to ensure the protection of their life, health or freedom, hereinafter referred to as “missing persons”.

However, the concept of operational-search activities has not been explicitly defined in any legal act. On the basis of the doctrine, however, a view has

⁴⁰ P. Kmiecik, *op. cit.*, p. 88.

⁴¹ See: B. Saramak, *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji w działalności wywiadowczej: historia, praktyka, perspektywy*, Warszawa 2015, p. 37.

emerged that these are secret activities aimed at the performance of statutory tasks, but separate in scope from the criminal trial, carried out outside of the investigation and investigation. These activities are assigned the following functions: identification (recognition of criminogenic and criminal environments and factors influencing these communities), detection (detection of prohibited acts and their perpetrators), evidence (consisting in proving guilt and other statutory features of a committed crime) and preventive (preventing specific threats, possibly eliminating them)⁴². Similarly, investigative activities should be those that are carried out as part of the ongoing criminal proceedings to achieve its goals, and administrative and administrative activities as other tasks of the police⁴³.

It seems that the use of disinformation, as it is in no way regulated by the procedural law, and it is impossible to identify any arguments for its admissibility in the case of administrative and organizational activities. In addition, with regard to investigative activities, it is assumed, both on the basis of the Code of Criminal Procedure and the principles of professional ethics of officers, that misleading a suspect is in principle perhaps admissible, although controversial, and unacceptable in situations where it is expressly prohibited by law, and in a manner inconsistent with the law (using threats or coercion), and in any case you must not mislead the suspect or other participants in the trial as to his legal situation, personal situation, health condition, etc.⁴⁴ If we assumed that disinformation is admissible in criminal proceedings, i.e. at the stage of prosecuting the perpetrator of a crime and gathering evidence of guilt, there would be a tool to bypass these bans by providing false information to the public. In this context, it seems that, taking into account the objectives of criminal proceedings, there are no grounds to consider disinformation as admissible in investigative activities and in direct connection with their conduct.

Thus, disinformation should be considered a component only of operational and reconnaissance activities, including in particular: operational control, covert surveillance, controlled purchase, activities of police agents (i.e. policemen under the so-called “cover” and personal information sources – the so-called informants and in relation to CBŚP – secret collaborators and operational contacts) and police provocation.

In terms of operational control, it seems that the use of disinformation may be important to the extent that it would serve to break the counterintelligence mechanisms used by the criminal and terrorist groups themselves. Such activities in the criminalistic literature include:

- 1) use of anonymous telephone systems,

⁴² N. Nowicki, *Normatywne ujęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych w aspekcie dowodu nielegalnego*, “Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2021, no. 24(13), pp. 333–350.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ S. Pikulski, op. cit., p. 111.

- 2) criminal slang,
- 3) cryption of correspondence,
- 4) self-control,
- 5) disinformation activities carried out by messaging groups obtus,
- 6) jamming wiretaps,
- 7) anti-surveillance examinations of the premises⁴⁵.

In the above scope, it should be noted that to the extent that disinformation in public communication could be used only in a narrow range of cases, if it would lead to the protection of such constitutional values as human life and human dignity, there is no wide range of situations in which it would be closely related with operational control. As it can be assumed, disinformation carried out by the police could be aimed at concealing the fact of applying operational control by providing false information about data obtained so far by the police.

Similarly, the possibilities of using disinformation seem to apply to the operation of police agents, as the scope of counterintelligence activities of criminal groups used to unmask it is even wider, and the methods used to implement them are even richer. In this context, it is also necessary not only to keep the surveillance secret, as in the case of operational control, but also to ensure the safety of an informant or a policeman operating “under cover”⁴⁶. In this respect, it should be borne in mind that – unlike operational control, which can be performed in a basically passive or even fully automated manner (nota bene also with the use of software that automatically breaks the security of operating systems), the use of the aspect of active, direct influence on the situational awareness of the under surveillance. The essence of such activity is based on a trick which consists in deliberately misleading criminals as to the real identity of the agents and their intentions towards them. It is only by using their misconception that an officer or secret collaborator becomes “one of them” and can accomplish the task of obtaining information, which he then discloses to law enforcement authorities⁴⁷.

Thus, the conditions for the operation of spy infiltration are consistent with the goals of disinformation in a special way, and disinformation activities – as it follows directly from the above – can be used to legend, gain and deepen trust by a personal source of information, for example by providing information that a given person is seeking, left prison or escaped from prison, etc., in re-

⁴⁵ P. Łabuz, T. Safjański, *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych ukierunkowane na ograniczenie skuteczności kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania rozmów*, “Problemy Kryminalistyki” 2017, no. 297, pp. 28–35.

⁴⁶ K. Horoszkiewicz, P. Łabuz, T. Safjański, *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych ukierunkowane na przeciwdziałanie infiltracji prowadzonej przez Policję z wykorzystaniem osób udzielających jej pomocy*, “Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2020, no. 12(22), pp. 144–166.

⁴⁷ R. Teluk, *Osobowe źródła informacji jako jedna z metod operacyjnego działania organów policyjnych*, “Zeszyty Prawnicze UMCS” 2013, no. 13(4), p. 184.

lation to activities aimed at dispelling possible doubts of criminals as to the identity of such a person, awakening respect for him in the criminal environment, etc.

It should be noted that, both in the work of special services and criminal police formations, there may be situations where obtaining a personal source of information is based on the use of compromising materials, but these materials do not always have to be incriminating from the point of view of criminal law⁴⁸. From the point of view of the purposes of disinformation, in particular when such material does not exist, a false message may be used, indicating the existence of such material, which, if disseminated in public, would reach a candidate for secret collaborator and could induce him to cooperate. On the other hand, it should be emphasized that, for the reasons already discussed, disinformation should not be used in investigative activities. On the other hand, there is no reason to assume that the general prohibition of misleading an individual's legal position did not extend to operational-search activities. Thus, it should be assumed that when constructing such a message, a candidate for a secret collaborator should not be misled as to his legal situation, for example by generating a conviction that he is threatened with criminal liability for something that he clearly did not commit.

In terms of covert observation, it should be noted that this is less complex than operational control, and sometimes it can be even demonstrative and, paradoxically, it should be noticed by the criminal. For example, the presence of a marked police vehicle in the place where a prohibited act is to be committed may be enough to prevent such an act from being committed. This type of action can be used when there are no grounds for detention or the possibility of its implementation prior to the intended commission of the act, or the identity of the perpetrator is not known, and at the same time the risk related to the act itself or the perpetrator's escape is too high to allow an attempted act by perpetrator, to catch him in the so-called "red-handed".

As regards the use of disinformation, it should be noted that undoubtedly, in the case of covert observation, there may be goals related to reducing the criminal's vigilance, persuading him to reveal by his actions the circumstances that allow the detection of the crime or prosecution as the perpetrator or, on the contrary, the objectives of deterring him by showing interest to the police.

Thus, in the scope related to the activity of observing him In the late 1980s, there are a number of possible targets for disinformation, which may or may not coincide with the goals of much further operational control.

⁴⁸ P. Herbowski, *Pozyskanie tajnego współpracownika przez służby kontrwywiadowcze na podstawie materiałów obciążających – rozważania o sensie instytucji*, "Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2019, no. 51, pp. 83–102.

Finally, in the case of a police provocation or controlled purchase, disinformation may go in a similar direction as in the case of spy infiltration, i.e. to lull criminals' vigilance or increase the likelihood of their taking actions in which they will go beyond the limits of the applicable law. In this regard, the issues of the legality of police provocation should be taken into account at the same time.

Patterns of disinformation in the legal and criminalistic reality

Patterns of disinformation in the legal and criminalistic reality concern the way information is processed and, at the same time, disinformation. When describing the above-mentioned patterns, it is noted that information is mixed with disinformation, as in the case of the methods discussed above. Law enforcement agencies collect information about events that are of interest to them, then track and associate the facts necessary to build hypotheses, and then create information about objects, people and crimes⁴⁹. In this process, there is no room for the appearance of erroneous information, inconsistent with the actual state. Disinformation then is a highly undesirable and pejorative phenomenon. Disinformation elements appear when information is transferred to the public.

The pattern of conduct in the case of transmitting disinformation in the legal and criminalistic reality is considered from the side of law enforcement agencies or from the side of the mass media. Analyzing this issue from the side of law enforcement agencies, in the course of the criminal proceedings conducted, they transmit some of the information to the press, where, along with the transmission of information, disinformation also appears very often. The transmission pattern is always one and constant, namely selected information is transferred to the mass media through the police spokesman, or when the mass media appear on the spot at the time of police intervention, the police officers participating in the intervention report on an ongoing basis. Considering the matter from the point of view of the mass media, it seems that there is no single, standardized pattern for dealing with the transmission of disinformation. A representative of the mass media tries to obtain information of interest to him at all costs, whether through cooperation with law enforcement agencies or using his own sources, e.g. the work of investigative journalists. What matters in this respect is the effect, i.e. the obtained information, and undoubtedly, to a lesser extent, the method of obtaining it, which does not

⁴⁹ See: W. Ignaczak, E. Pierzgała, *Zarządzanie informacją w Policji*, "Kultura – Media – Teologia" 2013, no. 12, p. 45.

have to be known to the recipient or subject to legal or social control. Therefore, when obtaining this type of information, real and untrue information is often mixed, which is not surprising due to the type of source from which it comes, as not all of the mentioned sources have to be reliable.

Considering the issue of investigative journalism in relation to the handling of information and disinformation in the legal and criminalistic aspect, it should be noted that this practice is gaining in importance and is becoming more and more important in the sphere of the activities discussed. Investigative journalism is undoubtedly part of the activity related to the transmission of information, and at the same time can be used to transmit disinformation in the legal and criminalistic aspect. It is difficult, however, to fit this type of journalism into one specific pattern of conduct. Rather, it points to some characteristic features that can be found in investigative journalism, namely: an attempt to show what is hidden, being guided in activities by the public good, tracking crimes, using various sources of information, own investigation conducted by the author-journalist⁵⁰. Due to the conduct of “self-inquiry” when tracking irregularities and the use of various sources of information in investigative journalism, there is a very high probability that disinformation messages will appear. These news will relate to the legal and criminalistic sphere due to the subject matter of investigative journalists, which mainly concerns the tracking of crimes.

Theory and practice

From the beginning of the existence of law enforcement agencies, information seems to be the basic element of their functioning and effectiveness. On the one hand, obtaining information influences the actions taken, but on the other hand, in a democratic society, the mass media, as the so-called “fourth authority”, have the right and, at the same time, the obligation to inform the public about the actions taken by law enforcement agencies. However, next to the information there is also the disinformation described above.

In theory, disinformation in the legal and criminalistic reality appears in the form of simulation and confusion. Such a distinction was made by Marian Mazur in his book *Qualitative Information Theory*⁵¹. The author notes that simulation disinformation occurs when content that does not reflect reality in an original way appears in a given message of information. Whereas, confusion disinformation is the transmission of information that has a reference in reality, but is modified by a disinformant, and thus elements of untruth appear

⁵⁰ As cited in: I. Móldoch-Mendoń, K. Maciąg (eds.), *Wybrane zagadnienia z zakresu kryminologii i psychologii kryminalistycznej*, Lublin 2020, p. 245.

⁵¹ See: M. Mazur, *Jakościowa teoria informacji*, Warszawa 1970, pp. 141–153.

in it. Both these types of disinformation described theoretically are reflected in practical activities in the legal and criminalistic reality. On the one hand, completely new pseudo-facts appear as disinformation, i.e. information that is given as true, but in fact is not. On the other hand, true information is combined or mixed with untrue information, and it is handled as if it were 100% true.

Later in the article, there will be specific examples of operating disinformation in the legal and criminalistic reality in the context of information exchange between law enforcement agencies, the mass media and the public.

The case of Tomasz Komenda is famous in the media, in which disinformation played a huge and pejorative role. He was sentenced to 25 years in prison for the rape of a teenager, which resulted in the victim's death, on the basis of evidence, including testimony from allegedly missed witnesses, was sentenced to 25 years in prison. The man was convicted largely based on the testimony of only one witness, i.e. his neighbor. Despite the testimony of 12 other people who, to a varying extent, testified in favor of the Command, providing mainly the so-called An alibi regarding his whereabouts at the alleged time of the incident, the man was finally found guilty in June 2004. Then, after 18 years of serving the sentence by the Command, the case was returned to the case, analyzing its circumstances, and in the course of this analysis it turned out that the woman – the main witness, did not tell the truth in the circumstances she had recalled. It can therefore be concluded that by providing false information, the witness led to the conviction of an innocent person. The disinformation that appeared at the stage of the court proceedings led to the fact that a young, probably innocent man spent more than half of his life in prison, and thus to extreme consequences from the point of view of the good and interests of the individual. The distortion of the information provided at the stage of court proceedings clearly influenced its outcome, i.e. the conviction that was handed down. This conclusion stems from the fact that Tomasz Komenda was acquitted in 2018⁵².

Referring to the practice, one should mention the famous historical judgment, issued on the basis of circumstantial evidence, in a criminal case in which the governess Rita Gorgonova was sentenced for the murder. During the investigation and in the courtroom, no concrete, material evidence was revealed that the crime was committed by the accused. Nevertheless, in the course of the proceedings, there were indications that did not constitute obvious evidence, but proved to be against it. The court of first instance sentenced the woman to the death penalty. while the appellate court ruled that he was imprisoned, upholding the sentence as far as the accused was found guilty of

⁵² See: <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,27634576,zbrodnia-miloszycka-biegli-ponownie-przeanalizowali-dowody.html> (accessed: 12.12.2021).

the alleged act. During the trial, in addition to certain information consistent with the actual state, there was a whole range of slander, circumstantial evidence, pseudo-evidence, which even seems to have occurred in more than the so-called dry facts. Moreover, had it not been for a different assessment of the proportionality of the sentence made by the court of second instance, the woman would have been sentenced to death. Facts relating to reality were confused with disinformation news and the judgment was issued on the basis of this. The distortion of the content or the over-interpretation of the facts influenced the course of the process and its result. In this situation, disinformation also had a negative impact on the course of the proceedings and the work of law enforcement agencies.

Undoubtedly, it is particularly disturbing to public opinion when the victim is a small child. Cases of this type are interesting for the mass media because they increase the demand for their services – programs, press, etc. Cases of this type also strongly involve the society in terms of psychosociology, as it usually strongly sympathizes with the victim, sympathizes with the family and stigmatizes the perpetrator. In addition, cases of this type are particularly troublesome for law enforcement agencies, as they feel pressure from society to quickly resolve the case and punish the guilty. It is particularly important to skillfully use information and disinformation in these cases, as the public opinion quickly issues a sentence on the perpetrator, stigmatizing him and demanding a sufficiently high penalty. When citing specific examples, it is impossible not to mention the 4-year-old Michalek, murdered in January 2001. The boy was picked up from kindergarten by his mother's cohabitant whom he knew and trusted. Then he was brutally murdered by him being thrown into a cold river, causing the boy to drown. After being arrested, the man testified that the murder had been ordered by the child's mother. So the charges were brought against the woman, which is not, after all, tantamount to conviction. Before the sentence was passed, the public severely assessed it as the so-called a degenerate mother and a child-killer. Despite the fact that the boy's mother until the end maintained that she was innocent, on the basis of her cohabitant's testimony, the mass audience found her guilty in the process of shaping public opinion. On the line of the trial authority media – society, such messages appeared, which made the social perception of the boy's mother even more unambiguous. This, of course, had no effect on the final result of the trial. Ultimately, Michalek's mother was acquitted. However, this example shows how strong an impact misinformation can have. The killer of the child provided false information that the boy's mother was the second to be guilty, which entailed a number of serious consequences, namely the woman was subject to criminal proceedings, but was also severely assessed by the public opinion, which issued its own judgment based on the information untrue. Public opinion can therefore be ruthless, even basing its judgment on disinforma-

tion, which can be verified by the ongoing criminal proceedings, i.e. news that has not been verified by reference to reality in a procedural manner, but will inevitably be thoroughly assessed⁵³.

The strength of the information transfer is evidenced by the famous wire-tapping scandal that broke out in 2014 as a result of the actions of non-law enforcement agencies, including investigative journalists for whom – as already indicated – an important aspect of their work is the activity of searching for information on similar cases. In the period from July 2013 to June 2014, illegal recordings of politicians' conversations were made in selected Warsaw restaurants. The recordings, although made illegally, were widely disseminated in the press. They concerned both business and private matters. Four people were detained in the above-mentioned case, against whom law enforcement instituted criminal proceedings⁵⁴. The present case shows the important role of data, information and their transmission, especially in view of the current law on the protection of personal data⁵⁵. On the other hand, the above example illustrates the power of the mass media, including the role of investigative journalism, which in practice works analogously to law enforcement agencies, of course according to more limited powers. It seems that many cases saw the light of day thanks to the work of investigative journalists. However, in their work, information is very often intertwined with disinformation, and it is the role of law enforcement agencies in this regard to examine the case in detail and separate the facts from the news, do not refer to the actual state of affairs. Sometimes an investigative journalist, in search of sensation and the desire to reach the largest possible audience, may consciously or unconsciously modify the presented reality to make his material more attractive, and then the truth may be mixed with a lie, and in this way disinformation messages are created that may affect the work of law enforcement agencies operating in parallel. Sometimes the investigative journalist deliberately misleads law enforcement agencies in order to obtain more interesting material and a larger audience. The activities of investigative journalists seem to oscillate around true and untrue information as much as possible, as the goal is to convey as much sensational material as possible. Deliberate distortion of information plays an important role in many relationships and social processes. On the one hand, investigative journalists can be helpful in the work of law enforcement agencies, because thanks to their work, cases of the type of the wiretapping scandal mentioned above come to light. However, on the other hand, in-

⁵³ See: <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,126765,10996687,zamordowali-4-letniego-mi-chalka-wrzucajac-do-lodowatej-wisly.html> (accessed: 12.12.2021).

⁵⁴ See: <https://wiadomosci.wp.pl/afera-podsluchowa-w-rzadzie-tuska-6028865210933889c> (accessed: 12.12.2021).

⁵⁵ See: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

vestigative journalists sometimes do not inform law enforcement agencies about the crime they have committed, because they want to solve the case and present the material to the public. In addition, there are also cases in which investigative journalists based on disinformation present to the public material that “slanders” someone and is not truthful. It should be borne in mind that it can be presumed that mistakes by investigative journalists, i.e. relying on disinformation, occur much more often than mistakes by law enforcement agencies, because journalists have a smaller range of legal and technical instruments at their disposal. Such mistakes can be very harmful to people who become slandered and often result in the need for an official apology, or a case for infringement of personal rights through defamation, slander, etc.

In their practice, law enforcement agencies are prepared to properly interpret each piece of information. Used the stem allows the credibility of the information to be assessed, in which the source of the information is assessed, as well as the information itself. Among others, in the Police and Border Guard, the 4x4 method is used, which aims to have the same understanding and proper interpretation of information for each recipient⁵⁶. It also allows you to determine the appropriate value of the information obtained, which allows the superiors to take appropriate decisions or operational, process or administrative actions. Each Border Guard officer is obliged to use this method⁵⁷.

Conclusions

The concept of disinformation in the legal and criminalistic reality is primarily closely related to the transfer of this information to a wider audience, i.e. to the public. This message is supported by the mass media that inform the public about important matters relating to the legal and forensic criminalistic sphere. Unfortunately, along with the transmission of information, disinformation, which can take various forms, also appears very often in the message. In the media it seems that information always occurs along with disinformation and is intertwined. However, when disinformation enters the legal and criminalistic sphere, such a false media message can do a lot of evil by creating a world, attitudes inconsistent with the real state. The public opinion passes a sentence very quickly, even based on slander, gossip, and guesswork, and can be ruthless in it.

⁵⁶ Wytyczne nr 2/2017 Dyrektora Biura Wywiadu i Informacji Kryminalnych Komendy Głównej Policji z dnia 29 czerwca 2017 r.

⁵⁷ Wytyczne nr 44 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 3 marca 2009 r. w sprawie stosowania w Straży Granicznej oceny informacji metodą 4x4 (OJ of the Chief Commandant of the Border Guard of 2009, No. 2, item 15).

Disinformation in the legal and criminalistic reality occurs in various aspects and forms. However, as a result of the above analysis, it seems that some keywords can be mentioned that relate to disinformation messages in general. The factual words include: misleading, disseminating false information, manipulating, deceptive actions, distorting the image of the world, hiding true intentions, etc. Usually, when the above concepts appear in the legal and criminalistic aspect, it would be worth considering whether disinformation is not present at the same time⁵⁸.

However, this article draws attention to another aspect of disinformation, while despite conveying untruths, it may have a positive overtone. The message on a specific case from law enforcement agencies via the mass media sometimes contains disinformation, but it is made consciously for a specific purpose. Supporters of the fact that the end justifies the means undoubtedly consider the use of disinformation to be permissible and even right.

Regardless of whether the message of disinformation is considered from the side of law enforcement agencies, the mass media, or recipients, i.e. the public, or regardless of the purpose of this erroneous message, it should be recognized that in the face of digitization and the rapid technological development of society, disinformation is certain an undeniable fact that is and will be present in every sphere of human life, including the legal and criminalistic reality.

References

- Alpert G.P., Noble J.J., *Lies, true lies, and conscious deception: Police officers and the truth*, "Police Quarterly" 2009, no. 12(2).
- Bartoszewicz M., *Teorie propagandy w obliczeniu algorytmizacji*, "Kultura Współczesna" 2019, no. 1(104).
- Bodziony J., *Funkcjonowanie teorii spiskowych w Internecie. Omówienie wybranych przyczyn i skutków zjawiska*, [in:] D. Siemieniecka, M. Szablowska-Zaremba (eds.), *Internet jako przestrzeń relacji społecznych – szanse, ograniczenia, perspektywy*, KUL, Lublin 2021.
- Duda R.M., *Konstytucyjna zasada zaufania obywateli do organów państwowych i próba jej realizacji w przepisach ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (LJ of 2018, item 646)*, "Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis" 2019, no. 8(1).
- Górny M., *Rola procesów informacyjnych w pracy Policji*, "Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny Szkoły Policji w Pile" 2013, no. 1–2(14–15).
- Herbowski P., *Pozyskanie tajnego współpracownika przez służby kontrwywiadowcze na podstawie materiałów obciążających – rozważania o sensie instytucji*, "Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2019, no. 51.
- Horoszkiewicz K., Łabuz P., Safjański T., *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych ukierunkowane na przeciwdziałanie infiltracji prowadzonej przez Policję z wykorzystaniem osób udzielających jej pomocy*, "Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego" 2020, no. 12(22).

⁵⁸ See: M. Wachowicz, op. cit., p. 249.

- <https://sjp.pwn.pl/slowniki/dezinformowa%C4%87.html>.
- <https://sjp.pwn.pl/slowniki/metoda.html>.
- <https://sjp.pwn.pl/slowniki/rozum.html>.
- <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,27634576,zbrodnia-miloszycka-biegli-ponownie-przeanalizowali-dowody.html>.
- <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,126765,10996687,zamordowali-4-letniego-michalka-wrzucajac-do-lodowatej-wisly.html>.
- <https://wiadomosci.wp.pl/afery-podsluchowa-w-rzadzie-tuska-6028865210933889c>.
- Ignaczak W., Pierzgała E., *Zarządzanie informacją w Policji*, "Kultura – Media – Teologia" 2013, no. 12.
- Jankowicz N., *Disinformation in terrorist content online. The George Washington University Program on Extremism*, 2019, <https://www.voxpol.eu/download/report/Disinformation-In-Terrorist-Content-Online.pdf>.
- Kmieciak P., *Bezpieczeństwo informacyjne Rzeczypospolitej w dobie fake news – przykłady wykorzystania mediów cyfrowych w szerezeniu dezinformacji*, Wydział Informacji Internetowej Centrum Operacyjne MON, Warszawa 2019.
- Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, *Fake news – dezinformacja on line. Próby przeciwdziałania tym zjawiskom z perspektywy instytucji międzynarodowych oraz wybranych państw UE, w tym Polski*, Warszawa 2020.
- Łabuz P., Safjański T., *Działania kontrywerywne grup przestępczych ukierunkowane na ograniczenie skuteczności kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania rozmów*, "Problemy Kryminalistyki" 2017, no. 297.
- Łętowski J., *Zasada zaufania w stosunkach między obywatelem i administracją*, [in:] idem, *Państwo, prawo, obywatel*, Ossolineum, Wrocław 1989.
- Mazur M., *Jakościowa teoria informacji*, WNT, Warszawa 1970.
- Moldoch-Mendoń I., Maciąg K. (eds.), *Wybrane zagadnienia z zakresu kryminologii i psychologii kryminalistycznej*, Tygiel, Lublin 2020.
- Nowicki N., *Normatywne ujęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych w aspekcie dowodu nielegalnego*, "Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego" 2021, no. 24(13).
- Pikulski S., *Podstawowe zagadnienia taktyki kryminalistycznej*, Temida 2, Białystok 1997.
- Poleszak D., Maciołek D., *Środki masowego przekazu jako narzędzie edukacji w drodze do kształtowania postaw i konstruktywnych form zachowania wśród młodzieży*, "Kultura – Media – Teologia" 2013, no. 12.
- Saramak B., *Wykorzystanie otwartych źródeł informacji w działalności wywiadowczej: historia, praktyka, perspektywy*, Wydział Dziennikarstwa i Nauk Politycznych UW, Warszawa 2015.
- Szyprowski B., *Postępowanie sprawdzające w procesie karnym*, "Prokuratura i Prawo" 2007, no. 7–8.
- Świerczek M., „System matryoszek”, czyli deformacja doskonała. Wstęp do zagadnienia, "Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego" 2018, no. 19.
- Teluk R., *Osobowe źródła informacji jako jedna z metod operacyjnego działania organów policyjnych*, "Zeszyty Prawnicze UMCS" 2013, no. 13(4).
- Wachowicz M., *Ujęcie teoretyczne pojęcia dezinformacji*, "Wiedza Obronna" 2019, no. 1–2.
- Wieczorek J., *Środki masowego przekazu. Rodzaje współczesnych mediów*, 2005, <http://joannawieczorek.pl/wp-content/uploads/2015/10/%C5%9ARODKIMASOWEGO-PRZEKAZU.pdf>.

Summary

Disinformation in legal and criminalistic reality

Keywords: law enforcement, information, disinformation, mass media, criminal cases, investigative journalism.

This article aims to discuss the phenomenon of disinformation, in a legal and criminalistic reality, with particular emphasis on the goals, patterns and methods of using disinformation. The aim of this research is to deepen scientific knowledge about disinformation itself and its criminalistic context. The analysis of the available literature was used as the research method. The article initially describes what disinformation is, in order to move on to the key legal issues related to it. The article in the first part is strictly theoretical, while the second part describes specific criminal cases where disinformation elements can be found. The article is intended to be a comprehensive approach to the research topic, addressing various issues regarding disinformation in relation to the legal and criminalistic reality, along with providing relevant examples. Despite the negative connotations caused by disinformation, i.e. a deliberate attempt to falsify the message, it can sometimes be considered in the context of an operational tool that is to bring a positive effect and contribute to the solution of a specific case, e.g. by breaking the stagnation in the ongoing investigation.

Streszczenie

Dezinformacja w rzeczywistości prawno-kryminalistycznej

Słowa kluczowe: prawo karne, informacja, dezinformacja, organy ścigania, mass media, sprawy karne, dziennikarstwo śledcze.

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie zjawiska dezinformacji w rzeczywistości prawno-kryminalistycznej, ze szczególnym zwróceniem uwagi na cele, wzorce i metody stosowania dezinformacji. Celem niniejszych badań jest pogłębienie wiedzy naukowej dotyczącej samej dezinformacji oraz jej kontekstu kryminalistycznego. Jako metodę badawczą wykorzystano analizę dostępnego piśmiennictwa. We wstępie artykułu scharakteryzowano czym jest dezinformacja, aby w meritum przejść do kluczowych, związanych z nią zagadnień prawnych. Artykuł w pierwszej części ma charakter stricte teoretyczny, podczas gdy w drugiej części opisane są konkretne sprawy karne, gdzie odnaleźć można elementy dezinformacyjne. Artykuł w zamierzeniu stanowi kompleksowe podejście do tematu badawczego, poruszając różne kwestie dotyczące dezinformacji.

macji w odniesieniu do rzeczywistości prawnokryminalistycznej, wraz z przytoczeniem stosownych przykładów. Mimo negatywnych konotacji, jakie wywołuje dezinformacja (czyli świadoma próba zafałszowania przekazu informacyjnego), niekiedy można ją rozważać w kontekście narzędzia operacyjnego, które ma przynieść pozytywny efekt i przyczynić się do rozwiązania konkretnej sprawy, np. umożliwiając przełamanie stagnacji w prowadzonym dochodzeniu.

Agnieszka Kowalska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-5174-4913

agnieszkakowalska250@gmail.com

Prawa pacjenta w czasie pandemii – wybrane zagadnienia

Wprowadzenie

W Polsce podstawowym aktem prawnym regulującym prawa pacjenta jest ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹. Zawiera ona katalog praw pacjenta, który obejmuje:

- 1) prawo doświadczeń zdrowotnych,
- 2) prawo do informacji,
- 3) prawo do zgłaszania działań niepożądanych produktów leczniczych,
- 4) prawo do tajemnicy informacji związanych z pacjentem,
- 5) prawo do wyrażania zgody na udzielanie świadczeń zdrowotnych,
- 6) prawo do poszanowania intymności i godności,
- 7) prawo do dokumentacji medycznej,
- 8) prawo do zgłoszenia sprzeciwu wobec opinii albo orzeczenia lekarza,
- 9) prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego,
- 10) prawo do opieki duszpasterskiej,
- 11) prawo do przechowywania rzeczy wartościowych w depozycie.

Katalog praw pacjenta nie ma jednak charakteru zamkniętego. U.p.p. reguluje podstawowe, a zarazem najważniejsze prawa pacjenta. Jednakże inne ustawy również, w mniejszym stopniu, odwołują się do powyższej problematyki. Przykładem może być ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej² (w zakresie m.in. prawa do świadczeń zdrowotnych lub listy oczekujących) czy ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego³. Pod-

¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 849), dalej jako u.p.p.

² Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 711).

³ Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 685).

kreślenia wymaga, że podstawowym aktem prawnym, z którego wynikają prawa pacjenta, jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej⁴.

Kluczową rolę odgrywa jednak u.p.p., której uchwalenie spowodowało uporządkowanie zagadnień dotyczących praw pacjenta i skumulowanie najważniejszych praw w jednym miejscu⁵. Zgodnie z art. 2 u.p.p. podmiotami zobligowanymi do przestrzegania praw pacjenta są: organy władzy publicznej właściwe w zakresie ochrony zdrowia, Narodowy Fundusz Zdrowia, podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, osoby wykonujące zawód medyczny oraz inne osoby uczestniczące w udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Należy zwrócić uwagę, że w praktyce prawa pacjenta mogą zostać naruszone także przez osoby trzecie, które nie mieszczą się w katalogu podmiotów wymienionych w cytowanym przepisie. Możliwa jest bowiem sytuacja, kiedy naruszenia prawa pacjenta dopuszcza się inny pacjent lub osoba go odwiedzająca. W relacjach z tymi osobami pacjent nie występuje jednak w roli „pacjenta”. Z uwagi na to należy uznać, że „w każdym przypadku naruszenia dobra osobistego człowieka, z istoty bezwzględneho charakteru praw osobistych chroniących te dobra wynika, że każdy kto je naruszy albo im bezprawnie zagrozi może ponieść odpowiedzialność cywilną na podstawie art. 24 KC, a jeżeli naruszenie było zawinione także na podstawie przepisów prawa deliktowego”⁶.

Istotną kwestią z perspektywy omawianego tematu jest fakt, że zgodnie z art. 5 u.p.p. kierownik podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub upoważniony przez niego lekarz może ograniczyć korzystanie praw pacjenta w przypadku wystąpienia zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów, a w przypadku prawa do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z innymi osobami także ze względu na możliwości organizacyjne podmiotu. Przyjęcie przez ustawodawcę wskazanego rozwiązania ma na celu realizację interesu publicznego, który w tym przypadku będzie realizowany przez ograniczenie korzystania z praw pacjenta określonych w u.p.p. oraz przepisach odrębnych. Kluczowe dla podjętych rozważań jest wystąpienie zagrożenia epidemicznego, które zostało zdefiniowane w ustawie o zapobieganiu chorobom oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi⁷. Zgodnie z art. 2 pkt 31 powołanej ustawy zagrożenie epidemiczne oznacza zaistnienie na danym obszarze warunków lub prze-

⁴ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r., poz. 78 z późn. zm.).

⁵ Weześniej, przed uchwaleniem u.p.p., prawa pacjenta rozmieszczone były w licznych ustawach. Aby ułatwić pacjentom korzystanie z przysługujących praw, opracowywano Kartę praw pacjenta. Nie miała ona jednak charakteru aktu prawnego. Była postrzegana jako poradnik, który w jednym miejscu skupiał prawa pacjenta rozsiane w różnych ustawach.

⁶ L. Bosek (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 22.

⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1845 z późn. zm.).

słanek wskazujących na ryzyko wystąpienia epidemii. Jednocześnie w pkt 22 zdefiniowano stan epidemii (wprowadzony 20 marca 2020 r.) jako sytuację prawną wprowadzoną na danym obszarze w związku z wystąpieniem epidemii w celu podjęcia określonych w ustawie działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych dla zminimalizowania skutków epidemii. Tym samym ogłoszenie przez WHO pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 oraz stanu epidemii na terenie Polski⁸ w pełni wyczerpuje wskazaną przesłankę, która stanowi przyczynę do ograniczenia praw pacjenta. Należy wskazać, że art. 5 u.p.p. jednoznacznie nie precyzuje, iż ograniczenie przez kierownika podmiotu leczniczego lub upoważnionego przez niego lekarza korzystania z praw pacjenta jest ciężącym na nich obowiązkiem, a nie uprawnieniem wskazanych osób. Podkreślenia wymaga jednak, że w doktrynie wskazuje się, iż powołany art. 5 u.p.p. nakłada obowiązek, a nie uprawnienie wprowadzenia ograniczeń w celu realizacji bezpieczeństwa publicznego. „Przepis ten jest zatem uznawany za klauzulę limitacyjną, która konkretyzuje na poziomie ustawy normę wynikającą art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”⁹. Celem takiego rozwiązania jest przeciwdziałanie zagrożeniom bezpieczeństwa zdrowotnego, które obecnie wynika z szerzącej się choroby zakaźnej COVID-19¹⁰. Oczywiście w każdej sytuacji należy rozważyć racje wszystkich stron, których wprowadzone ograniczenia będą dotyczyły. Z jednej bowiem strony kierownik podmiotu leczniczego ma obowiązek zapewnić bezpieczeństwo wszystkim pacjentom, z drugiej strony każdy z tych pacjentów może domagać się realizacji swoich praw. Do tego dochodzą jeszcze osoby trzecie, np. członkowie rodziny, które w sposób pośredni biorą udział w realizowaniu praw pacjenta, przykładowo odwiedzając swoich bliskich. Nie można również pominąć innych pacjentów, którym przysługują analogiczne prawa, co powoduje, że należy szukać takich rozwiązań, aby realizacja praw pacjenta względem jednej osoby nie naruszała analogicznych praw przysługujących innym pacjentom. Każdorazowo należy zatem dokonać oceny sytuacji stosownie do aktualnej sytuacji epidemiologicznej. „Ocena czy dane ograniczenie może być uznane za uzasadnione, jest dokonywana z perspektywy zasady proporcjonalności (...). Kontrola tego, czy w danym przypadku pierwszeństwo miały środki wystarczające dla osiągnięcia celów, a jednocześnie jak najmniej dolegliwe dla interesów jednostki, jest przeprowadzana za pomocą tzw. testu proporcjonalności, przeprowadzanego według trzech kryteriów: przydatności (zdatności) zastosowanego środka, jego konieczności (niezbędności) oraz proporcjonalności sensu stricto, czyli zbadania, czy zosta-

⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r., poz. 491).

⁹ B. Janiszewska, *Prawa pacjenta w dobie pandemii*, XXII Konferencja Wydziałowa „Prawo w czasie pandemii Covid-19”, Warszawa 2021, s. 37, <https://www.wpia.uw.edu.pl/uploads/media/6049dd9a81ac4/broszura-prawo-w-czasie-pandemii-covid-19.pdf?v1> (data dostępu: 18.10.2021).

¹⁰ L. Bosek, op. cit., s. 112.

ła zachowana proporcja między pozytywnym efektem zastosowanego środka a ciężarem dla dotkniętej nim jednostki¹¹. W orzecznictwie wskazuje się, że powołana zasada proporcjonalności¹² wymaga „ograniczania w najmniejszym możliwym stopniu sfery prawnej drugiej strony stosunku prawnego przy wykonywaniu przysługującego komuś prawa albo uprawnienia”¹³. W praktyce jest to sytuacja często bardzo trudna, tym bardziej że wszelkie ograniczenia związane z pandemią koronawirusa SARS-CoV-2 przez część społeczeństwa są odbierane jako naruszenie zasad konstytucyjnych. Zgodnie z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia. Z punktu widzenia omawianej problematyki szczególną rolę odgrywa ust. 4 powołanego artykułu, w myśl którego władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych. Tym samym art. 5 u.p.p., mający na celu ochronę zdrowia publicznego, stanowi wykonanie obowiązków konstytucyjnych. Istotne jest, że Konstytucja RP nie określa, w jaki sposób zwalczane mają być choroby epidemiczne. Ponadto nie rozstrzyga również, czy stosowane środki powinny być stosowane na zasadzie dobrowolności, czy też przymusowo. Nie ma jednak wątpliwości co do tego, że powołany art. 68 ust. 4 Konstytucji RP zobowiązuje ustawodawcę do określenia podstaw normatywnych i organizacyjnych zwalczania chorób epidemicznych i zakaźnych. Wykonaniem tego zobowiązania jest m.in. art. 5 u.p.p.¹⁴ Część doktryny podejmuje jednak rozważania dotyczące zgodności art. 5 u.p.p. z Konstytucją RP¹⁵. Niezależnie od powyższego, w obecnym stanie prawnym prawa pacjenta są ograniczane przez kierowników podmiotów leczniczych. Należy jednak zwrócić uwagę, że w oparciu o powołany przepis kierownik podmiotu leczniczego lub wskazany przez niego lekarz nie może ograniczyć wszystkich praw pacjenta. Wynika to z tego, że „w katalogu praw pacjenta zostały skodyfikowane różne prawa, z których część pozostaje w silnej korelacji z prawami i wolnościami konstytucyjnymi oraz prawami człowieka, stanowiąc element ich gwarancji w systemie ochrony zdrowia. Tytułem przykładu można wskazać prawo do świadczeń zdrowotnych, prawo do wyrażenia zgody, prawo do informacji czy prawo do poszanowania intymności i godności, które mają swoje źródło w konstytucyjnym poszanowaniu godności ludzkiej, prawie do ochrony życia i zdrowia oraz prawie do ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz decydowania o życiu osobistym. Prawa te mają charakter praw bezwzględnych (*ius cogens*), skutecznych *erga omnes*, ich

¹¹ B. Janiszewska, op. cit., s. 37.

¹² Szerzej zob. T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020, nr 6, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/6-2020/artukul/ograniczenia-praw-i-wolnosci-konstytucyjnych-oraz-praw-pacjenta-w-zwiazku-z-wystapieniem-zagrozenia-epidemicznego> (data dostępu: 18.10.2021).

¹³ Wyrok SN z 17 września 2014 r., sygn. akt I CSK 439/13.

¹⁴ Szerzej: L. Bosek, op. cit., s. 113

¹⁵ Zob. ibidem; T. Sroka, op. cit.

ograniczenie zaś jest dopuszczalne jedynie w sytuacjach i na zasadach ściśle określonych w przepisach rangi ustawowej¹⁶.

Z uwagi na powyższe przedmiotem opracowania jest wskazanie ograniczeń praw pacjenta w oparciu o art. 5 u.p.p. i analiza wpływu tych ograniczeń na realizację innych praw pacjenta, które nie są bezpośrednio ograniczane decyzją kierownika podmiotu leczniczego lub wskazanego przez niego lekarza.

Niniejsze opracowanie obejmuje stan prawny na dzień 18 października 2021 r.

Prawa pacjenta ograniczane w czasie pandemii przez kierowników podmiotów leczniczych

Możliwość ograniczeń w korzystaniu z praw pacjenta nie przesądza o tym, że wszystkie prawa w równym zakresie podlegają ograniczeniom. Obecna sytuacja jednoznacznie wskazuje, że ograniczenia są bardzo zróżnicowane i jednocześnie wywołują skutki o różnym natężeniu. Niektóre są praktycznie niezauważalne, inne natomiast są bardzo dotkliwe dla pacjentów i innych osób pośrednio zainteresowanych. Poniższe opracowanie dotyczy jedynie ograniczeń wynikających z omówionego art. 5 u.p.p. Tym samym pominięte zostaną zagadnienia dotyczące m.in. teleporad i wszelkich ograniczeń związanych z dostępnością do świadczeń zdrowotnych. W tym zakresie bowiem decyzje podejmowane były przez ustawodawcę, a nie kierowników podmiotów leczniczych¹⁷.

Ograniczenia wynikające natomiast z art. 5 u.p.p. dotyczą przede wszystkim prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz prawa do opieki duszpasterskiej. Wprowadzane w oparciu o art. 5 u.p.p. zakazy odwiedzin pośrednio mają wpływ również na realizację prawa do informacji, prawa do dokumentacji medycznej oraz wynikającego z prawa do poszanowania intymności i godności umierania w spokoju i godności, a także obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych oraz sprawowania dodatkowej opieki pielęgnacyjnej.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 u.p.p. pacjent ma prawo do informacji o swoim stanie zdrowia. W katalogu podmiotów uprawnionych do informacji – obok pacjenta – należy wskazać również przedstawiciela ustawowego i osobę upoważnioną, którzy realizują prawo przysługujące pacjentowi. Przedstawicielem ustawowym jest osoba umocowana do działania w imieniu i na rzecz pacjenta na podstawie przepisów ustawy. W przypadku dziecka jego przedstawicielami ustawowymi są rodzice, a w przypadku ich braku bądź ograniczenia lub po-

¹⁶ T. Sroka, op. cit., s. 90.

¹⁷ Przykładem mogą być teleporady, których zasady udzielania zostały określone w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 12 sierpnia 2020 r. w sprawie standardu organizacyjnego teleporady w ramach podstawowej opieki zdrowotnej (Dz.U. z 2020 r., poz. 1395 z późn. zm.).

zbawienia ich praw opiekuna wskazuje sąd opiekuńczy. Natomiast w przypadku osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, która nie pozostaje pod władzą rodzicielską, opiekun jest wyznaczony przez sąd opiekuńczy (art. 14 § 2 k.c.). Przedstawicielem pełnoletniej osoby ubezwłasnowolnionej częściowo jest kurator (art. 16 § 2 k.c.)¹⁸.

Prawo do informacji nie podlega bezpośrednio ograniczeniom przez kierownika podmiotu leczniczego, a jedynie w określonych sytuacjach, w związku z ograniczeniem dostępu do personelu medycznego, na skutek zakazu odwiedzin ulega zmianie sposób przekazywania informacji. Ta sytuacja rzadziej dotyczy samych pacjentów, w większości przypadków dotyczy natomiast przedstawicieli ustawowych i osób upoważnionych. To właśnie ci ostatni, z uwagi często na brak bezpośredniego dostępu do personelu medycznego, są również pozbawieni możliwości bezpośredniego realizowania prawa do informacji przysługującego pacjentowi. W tym kontekście pojawia się problem dotyczący udzielania informacji na odległość osobom upoważnionym i przedstawicielom ustawowym. Podkreślenia wymaga, że u.p.p. również przed pandemią nie zabraniała udzielania informacji np. telefonicznie. Nie ulega jednak wątpliwości, że personel medyczny, nie mając konkretnej regulacji ustawowej w tym zakresie, unikał telefonicznego udzielania informacji na temat np. stanu zdrowia hospitalizowanych pacjentów. Rzeczywistość jednak zweryfikowała dotychczasową praktykę i tak naprawdę zmusiła personel medyczny do podejścia w tym zakresie. „W czasie pandemii liczba informacji udzielanych zdalnie, podobnie jak teleporad, gwałtownie wzrosła. Co prawda normy prawne określają osoby uprawnione oraz sytuacje w jakich mogą one uzyskać dostęp do informacji o stanie zdrowia pacjenta, ale dotychczas stosowano je zwykle w kontakcie bezpośrednim”¹⁹. Z uwagi na liczne wątpliwości natury praktycznej wydane zostały *Wytyczne w sprawie realizacji przez osoby uprawnione prawa do informacji o stanie zdrowia pacjenta na odległość*²⁰. Powołane wytyczne, firmowane przez Rzecznika Praw Pacjenta i Urząd Ochrony Danych Osobowych, zawierają rekomendowane rozwiązania, które pozwolą na realizację prawa osoby upoważnionej do informacji o stanie zdrowia pacjenta z uwzględnieniem zasad wynikających z regulacji ochrony danych osobowych w podmiotach udzielających świadczeń zdrowotnych. W przedmiotowym dokumencie podkreślono, że kontakt na odległość (rozmowa telefoniczna, wideorozmowa) stanowi formę przekazywania informacji między zainteresowanymi.

¹⁸ J. Zajdel-Całkowska, *Prawo medyczne*, Warszawa 2019, s. 391.

¹⁹ J. Ojczyk, *Są wytyczne o zdalnym udzielaniu informacji o stanie pacjentów*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/jak-przez-telefon-i-zdalnie-informowac-o-stanie-zdrowia-pacjenta,504910.html?fbclid=IwAR1VzLPje28DBXQKXALhAIIfAcG34laSV2FOlaBtI01lhincQSesV7RLyNw> (data dostępu: 18.10.2021).

²⁰ *Wytyczne w sprawie realizacji przez osoby uprawnione prawa do informacji o stanie zdrowia pacjenta na odległość*, <https://www.gov.pl>, RzPP-DSD.42074.2020 (data dostępu: 18.10.2021), dalej jako wytyczne.

Podkreślenia wymaga, że obowiązujące w tym zakresie przepisy w czasie pandemii nie zostały zmienione, a to jednoznacznie przemawia za wcześniej powołanym stwierdzeniem, iż żaden z przepisów u.p.p. nie zakazuje komunikacji na odległość, która powinna się odbywać z poszanowaniem zasad prawa, doświadczenia zawodowego i zdrowego rozsądku. Kontakt na odległość powinien odbywać się z wykorzystaniem odpowiedniego sprzętu. Wskazuje się, że nie powinno się w tym celu używać prywatnych telefonów personelu medycznego. Kluczową kwestią w przypadku wykorzystania środków porozumiewania na odległość powinno być potwierdzenie tożsamości rozmówcy. Należy dołożyć wszelkich starań, aby upewnić się, czy informacje są przekazywane osobie uprawnionej. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że osobą dzwoniącą może być osoba upoważniona przez pacjenta lub przedstawiciel ustawowy, bądź osoba bliska²¹, która nie jest upoważniona przez pacjenta. Niewykluczone, że dzwoniącym może być również dowolna inna osoba. Po odebraniu połączenia z żądaniem informacji o stanie zdrowia pacjenta kluczową kwestią jest zwerifikowanie, czy dzwoniący jest osobą uprawnioną do otrzymania informacji. W tym celu należy sprawdzić, czy dzwoniący został upoważniony przez pacjenta do informacji. Takie upoważnienie mogło być złożone np. przy przyjęciu pacjenta do szpitala lub za pośrednictwem internetowego konta pacjenta (dalej jako IKP). Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania²² oświadczenie pacjenta o wyrażeniu zgody na udzielenie informacji, złożone w inny sposób niż za pośrednictwem IKP, zamieszcza się w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej. Niewykluczone jest jednak, że stosowne upoważnienie pacjent złożył w innym podmiocie i zainteresowany przedstawi kopię takiego upoważnienia. „Personel podmiotu leczniczego powinien poinformować zainteresowaną osobę o możliwości przedstawienia upoważnienia, które zawiera oświadczenie pacjenta o wyrażeniu zgody na udzielenie informacji o stanie zdrowia, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej, które zostało złożone przez pacjenta w innej placówce medycznej i nieodwołane w żaden sposób (wyraźny lub dorozumiany). Złożone oświadczenie przez pacjenta zachowuje swoją moc również w innych placówkach medycznych. Takie oświadczenie można okazać w czasie wideorozmowy lub przesłać na adres e-mail wskazany przez podmiot leczniczy z zachowaniem stosownych zabezpieczeń”²³. W przypadku osób bliskich nieupoważnionych podkreślenia wymaga, że osoby te, zgodnie z art. 31 ust. 6

²¹ Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 osobą bliską jest małżonek, krewny do drugiego stopnia lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta.

²² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. z 2020 r., poz. 666 z późn. zm.), dalej jako rozp. dok. med.

²³ *Wytyczne w sprawie realizacji...*, s. 9.

ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry²⁴, mają prawo do informacji o stanie zdrowia pacjenta w przypadku pacjenta, który nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji.

Z uwagi na powyższe, w przypadku kontaktu na odległość w celu uzyskania informacji o stanie zdrowia pacjenta, kluczowe z punktu widzenia personelu medycznego jest sprawdzenie, czy osoba dzwoniąca ma do tego prawo i czy jest przedstawicielem ustawowym pacjenta, osobą upoważnioną, czy w określonych wyżej przypadkach osobą bliską. Upoważnienie do informacji, podobnie jak upoważnienie do dokumentacji medycznej, może przybrać różną postać i nie wymaga żadnej formy szczególnej. Jeżeli pacjent nie złożył stosownego upoważnienia za pośrednictwem IKP, istotne jest, zwłaszcza w dobie pandemii, aby przy przyjęciu do szpitala lub w czasie pierwszej wizyty w poradni odebrać stosowne informacje. Zgodnie z wytycznymi przy przyjęciu pacjenta należy poprosić o wskazanie osób (wraz z danymi umożliwiającymi kontakt, np. numer telefonu, adres e-mail), które upoważnia do uzyskania informacji o jego stanie zdrowia. W wytycznych zaleca się również, w celu ułatwienia późniejszej weryfikacji osoby dzwoniącej, ustalenie systemu hasłowego (np. numer książki głównej lub kodu/hasła) i zaleca się przekazanie ustalonych kodów kontaktu do osób upoważnionych²⁵. W wytycznych podkreśla się również, że pacjenta należy poinformować o możliwości upoważnienia więcej niż jednej osoby²⁶. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 9 ust. 3 pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy mają prawo do wyrażenia zgody na udzielenie informacji innym osobom. Ustawodawca nie precyzuje jednak, ile osób może zostać upoważnionych przez pacjenta i jednocześnie nie ogranicza tego upoważnienia w stosunku do jednej osoby. W praktyce podmiotów leczniczych często zwraca się uwagę na ograniczenie miejsca niezbędnego do wpisania w dokumentacji medycznej osób upoważnionych. Należy zwrócić uwagę na możliwość późniejszego upoważnienia wskazanej osoby do informacji. Pacjent może to zrobić np. ustnie już w czasie hospitalizacji. W takiej sytuacji obowiązkiem personelu medycznego jest odnotowanie powyższego w dokumentacji medycznej. Taka adnotacja ma tę samą moc jak oświadczenie podpisane przez pacjenta.

Rzecznik Praw Pacjenta w opracowanych wytycznych wskazuje, że udzielenie informacji telefonicznie może mieć miejsce za pośrednictwem telefonów służbowych (wyłączone jest korzystanie z prywatnych telefonów personelu medycznego) lub z wykorzystaniem telefonu samego pacjenta w jego obecności,

²⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 790).

²⁵ W praktyce często jednak, z uwagi na wiek pacjenta, jego stan czy liczbę pacjentów na izbie przyjęć lub w szpitalnym oddziale ratunkowym, ustalanie kodów i hasel jest niemożliwe lub bardzo utrudnione.

²⁶ W przypadku upoważnienia więcej niż jednej osoby, zgodnie z wytycznymi, udzielenie informacji jednej z osób z kręgu osób uprawnionych nie zwalnia z udzielenia takich informacji innym osobom upoważnionym.

np. poprzez zestaw głośnomówiący lub zestaw słuchawek dostarczony przez podmiot leczniczy. Biorąc pod uwagę realia polskich szpitali, zapewne trudno jest zrealizować rozmowę przy użyciu telefonu pacjenta i słuchawek podmiotu leczniczego. Odnosząc się natomiast do korzystania z zestawu głośnomówiącego w telefonie pacjenta, w wytycznych podkreślone zostało, że powinno się to odbywać przy zapewnieniu poufności rozmowy, co w salach wieloosobowych raczej jest niemożliwe. Z uwagi na powyższe, w praktyce polskich szpitali telefoniczne udzielanie informacji najczęściej odbywa się w gabinecie lekarskim.

Wracając do kluczowej kwestii weryfikacji rozmówcy, jest ona uzależniona od konkretnej sytuacji. W przypadku pacjenta przytomnego można go poprosić o potwierdzenie tożsamości osoby dzwoniącej. W przypadku wideorozmowy można poprosić osobę dzwoniącą o okazanie dokumentu potwierdzającego tożsamość. W sytuacjach kiedy przy przyjęciu do podmiotu leczniczego ustalone zostały kody lub hasła, mogą one posłużyć do weryfikacji rozmówcy. Problem pojawia się, gdy potwierdzenie tożsamości osoby dzwoniącej w powyższy sposób jest niemożliwe. Dotyczy to zarówno osób upoważnionych, jak i innych osób bliskich, które w określonych sytuacjach, o czym była już mowa, realizują prawo pacjenta do informacji. W takich sytuacjach Rzecznik Praw Pacjenta sugeruje zadanie pytań kontrolnych. W wytycznych wskazane zostały przykładowe pytania kontrolne:

- 1) Jaki jest stopień pokrewieństwa z pacjentem?;
- 2) Proszę podać numer PESEL pacjenta;
- 3) Proszę podać miejsce urodzenia pacjenta;
- 4) Proszę podać drugie imię pacjenta;
- 5) Proszę wskazać czy pacjent posiada znaki szczególne (np. tatuaż w widocznym miejscu) lub opisać dokładny wygląd pacjenta;
- 6) Proszę podać numer telefonu pacjenta;
- 7) Proszę opisać, w co był ubrany pacjent (w przypadku gdy osoba dzwoniąca na co dzień przebywa z pacjentem i pacjent trafił do podmiotu leczniczego w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego);
- 8) Proszę okazać dokument uprawdopodobniający wspólną relację (np. akt stanu cywilnego) – w przypadku wideorozmowy.

Autorka niniejszego artykułu uważa, że powyższe pytania należy traktować jedynie jako pomocnicze i każdy podmiot leczniczy we własnym zakresie, w oparciu o procedury wewnętrzne i dotychczasowe doświadczenie, wypracowuje najdogodniejszy sposób weryfikacji rozmówcy w czasie połączenia telefonicznego. Często zdarza się, że po pierwszej rozmowie z osobą uprawnioną do informacji lekarz ustala indywidualnie sposób i czas kontaktu. Aby uniknąć problemów z nawiązaniem połączenia, często personel ustala z rodziną pacjenta, że to lekarz o określonej godzinie sam będzie się kontaktował z zainteresowanym. W takiej sytuacji kwestia weryfikacji rozmówcy jest drugoplanowa.

W wytycznych podkreślone zostało, że w ramach weryfikacji osoby dzwoniącej nie należy dokonywać nadmiernego pozyskiwania danych, jak również należy uwzględnić, iż sposób weryfikacji tożsamości nie może wpłynąć na udzielanie informacji bez zbędnej zwłoki. Zalecenie, aby nie stosować nadmiernie skomplikowanego sposobu weryfikacji tożsamości dzwoniącego, jednak nie zawsze idzie w parze z pytaniami, które zostały zaproponowane w wytycznych. Jako przykład można podać okazanie aktu stanu cywilnego w czasie wideorozmowy czy opisanie szczegółowego wyglądu lub ubrania pacjenta.

Z powyższych rozważań wynika, że prawo do informacji nie zostało ograniczone w zakresie przedmiotowym dotyczącym elementów, które składają się na zakres informacji. Nie ma też ograniczeń podmiotowych; katalog podmiotów uprawnionych do informacji jest analogiczny jak przed pandemią. Ograniczenia w realizacji prawa do informacji uwidoczniły się natomiast głównie w sposobie przekazywania informacji osobom uprawnionym. Z uwagi na okoliczności i dynamiczną sytuację epidemiologiczną informacja udzielana innym osobom niż pacjent może być z reguły udzielana zdalnie, najczęściej w czasie rozmowy telefonicznej.

Kolejne prawo do poszanowania intymności i godności nie może być ograniczane w oparciu o art. 5 u.p.p. ponieważ wynika ono z niepodlegającej ograniczeniom zasady poszanowania godności ludzkiej, która ma swoje podstawy w Konstytucji RP. Zgodnie z art. 20 u.p.p. pacjent ma prawo do poszanowania intymności i godności, w szczególności w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych. Zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu prawo do poszanowania godności obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności. Istotny, z uwagi na sytuację epidemiologiczną, jest art. 21 ust. 1 u.p.p., w myśl którego na życzenie pacjenta przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych może być obecna osoba bliska. Przy czym osoba wykonująca zawód medyczny udzielająca pacjentowi świadczeń zdrowotnych może odmówić obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, m.in. w przypadku wystąpienia zagrożenia epidemicznego²⁷. Biorąc pod uwagę powyższe, pewnego rodzaju ograniczenia mają charakter pośredni i dotyczą głównie obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Podobnie jak w przypadku prawa do informacji, jest powiązane z zakazem odwiedzin. W wielu placówkach medycznych wprowadzony został ogólnie zakaz obecności osoby bliskiej przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Jednocześnie, w większości przypadków, wprowadzony zakaz nie ma charakteru absolutnego²⁸. Dopuszcza się m.in. obecność osoby bliskiej, w przypadku kiedy pacjent, z uwagi na stan zdrowia, wymaga

²⁷ Zob. R. Horbaczewski, *W pandemii prawo do godnego umierania też obowiązuje*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/prawa-pacjenta-ograniczone-w-czasie-pandemii,506227.html> (data dostępu: 18.10.2021).

²⁸ Zob. K. Nowosielska, *Wizyty w szpitalu nie powinny być jednoznacznie zakazane*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-odwiedzin-w-szpitalu,502702.html> (data dostępu: 18.10.2021).

pomocy innej osoby. Należy podkreślić, że przypadek każdego pacjenta powinien być rozważany indywidualnie. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, kiedy pacjent, który w normalnych warunkach funkcjonuje samodzielnie, np. z uwagi na emocje związane z nieprzychylną diagnozą, może potrzebować wsparcia i pomocy osoby bliskiej. Z drugiej strony trzeba zauważyć, że obecność osób bliskich wpływa na przepełnienie korytarzy w przychodniach, co w niektórych przypadkach może powodować brak możliwości zachowania zalecanego dystansu i tym samym wpływać na nierespektowanie praw innych pacjentów.

Prawo do umierania w spokoju i godności, zagwarantowane przez u.p.p., wiąże się również z obecnością osoby bliskiej przy odchodzącym pacjentem lub co najmniej możliwością pożegnania z umierającym pacjentem. W czasie pandemii, kiedy powszechne są zakazy odwiedzin, również w tym aspekcie dochodzi do wielu kontrowersji. Z jednej strony należy wziąć pod uwagę przede wszystkim dobro umierającego pacjenta, dla którego lęk przed śmiercią w samotności często odgrywa bardzo istotną rolę. Z drugiej strony nie sposób pominąć sytuacji osób bliskich pacjenta. Mimo że omawiane prawo przysługuje pacjentowi, to osoby bliskie również bardzo dotkliwie odczuwają konsekwencje odejścia pacjenta, który został pozostawiony sam sobie, bez kontaktu z najbliższymi, z którymi dzielił niejednokrotnie całe swoje życie. Media obieły bardzo poruszające informacje dotyczące umieszczania wokół dłoni chorego związanych ze sobą rękawiczek wypełnionych ciepłą wodą, które miały imitować ludzki dotyk²⁹. Tego typu sytuacje pozwalają uzmysłowić sobie, z jakimi dramatami zmagają się pacjenci, ich rodziny i personel w czasie pandemii.

Kluczowym prawem, które doznaje najdalej idących ograniczeń w czasie pandemii koronawirusa, jest prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. W ramach przysługującego prawa, zgodnie z art. 33 ust. 1 u.p.p., pacjent podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej ma prawo do kontaktu osobistego, telefonicznego lub korespondencyjnego z innymi osobami. Podkreślenia wymaga, że prawa pacjenta, w oparciu o art. 5 u.p.p., można ograniczyć, a nie wyłączyć³⁰. Zdaniem autorki ograniczenie kontaktu osobistego, w sytuacji kiedy pozostaje kontakt telefoniczny i korespondencyjny, nie stanowi wyłączenia stosowania prawa pacjenta. Aby móc realizować prawo do kontaktu z osobami bliskimi w sposób alternatywny, wiele szpitali przystąpiło do ogólnopolskiej akcji organizowanej przez Towarzystwo Opieki Duchowej w Medycynie, które zainteresowanym szpitalom przekazuje po dwa smartfony z półrocznym pakietem darmowych

²⁹ <https://tvn24.pl/swiat/koronawirus-rekawiczki-wypelnione-ciepła-woda-imitują-dotyk-dłoni-pomysł-pielegniarki-5065629> (data dostępu: 18.10.2021).

³⁰ Zob. A. Naworska, *Jakiego prawa nie możesz ograniczyć w czasie pandemii*, „Dokumentacja Medyczna w Praktyce” 2020, nr 7(56), <https://dokmed24.pl/obsługa-pacjenta/jakiego-prawa-pacjenta-nie-możesz-ograniczyć-w-czasie-pandemii-4512.html> (data dostępu: 18.10.2021).

rozmów i danych. Z takiej możliwości skorzystały szpitale różnego szczebla, począwszy od placówek powiatowych³¹. Zgodnie z tym, co zostało wielokrotnie podkreślone, kompetencje w zakresie ograniczenia stosowania praw pacjenta leżą po stronie kierownika podmiotu leczniczego. Jednakże w tym zakresie wydawane są różne wytyczne. Przykładem mogą być zalecenia Głównego Inspektora Sanitarnego dotyczące odwiedzin osób bliskich i wizyt przedstawicieli handlowych oraz medycznych w szpitalach w związku z przypadkami zakażeń koronawirusem w Polsce, wydane 11 marca 2020 r.³² W powołanym dokumencie Główny Inspektor Sanitarny rekomendował wstrzymanie lub znaczne ograniczenie odwiedzin w szpitalach. Na przełomie kolejnych miesięcy zalecenia w powyższym zakresie bardzo ewaluowały. W czasie cyklicznych spotkań pełnomocników ds. praw pacjenta z Rzecznikiem Praw Pacjenta w pierwszej połowie 2021 r. wskazywano, że nie powinno się wprowadzać całkowitego zakazu odwiedzin i w ograniczonym zakresie, w reżimie sanitarnym dopuścić również odwiedziny w oddziałach covidowych. Oczywiście jest to kwestia bardzo trudna i złożona – z jednej strony kierownik podmiotu leczniczego musi przestrzegać praw pacjenta, z drugiej natomiast, co odgrywa kluczową rolę, zapewnić bezpieczeństwo wszystkich pacjentów, personelu medycznego oraz ewentualnych osób odwiedzających. Odwiedziny w dobie pandemii nastrożają również wiele problemów natury organizacyjnej, dotyczących chociażby tego, w jaki sposób postępować z odzieżą ochronną. Personel medyczny przechodził liczne szkolenia dotyczące tejże kwestii. W tym aspekcie pojawia się kolejny aspekt dotyczący tego, kto miałby ponosić odpowiedzialność za ubranie i rozebranie osób odwiedzających. Trudno jest sobie wyobrazić, aby był to obowiązek personelu medycznego, który zwłaszcza w dobie pandemii boryka się z problemami kadrowymi. Ponadto kolejna kwestia dotyczy finansowania odzieży ochronnej. Podkreślenia wymaga, że w krytycznych momentach, zwłaszcza na samym początku pandemii, podmioty lecznicze borykały się z problemami w zakresie zapewnienia odzieży ochronnej nawet personelowi. Analizując problematykę odwiedzin, należy uwzględnić także innych pacjentów. Jest to duży problem, zwłaszcza na salach wieloosobowych, gdzie inni pacjenci mogliby odczuwać duży dyskomfort czy wręcz lęk towarzyszący odwiedzinom osób wchodzących z zewnątrz. Ewentualne świetlice nie zawsze by się sprawdziły, gdyż w krytycznych momentach przemieszczanie się samych pacjentów w obrębie szpitala czy nawet oddziału było bardzo ograniczone. W przedstawionych sytuacjach kierownik podmiotu leczniczego zawsze musi stanąć przed trudnym wyborem i zdecydować, co traktować jako priorytet: zapewnienie bezpieczeństwa czy realizację prawa pacjenta do poszanowania

³¹ Zob. R. Horbaczewski, op. cit.

³² <https://www.gov.pl/web/gis/zalecenia-glownego-inspektora-sanitarnego-dot-odwiedzin-osob-bliskich-i-wizyt-przedstawicieli-handlowych-oraz-medycznych-w-szpitalach> (data dostępu: 18.10.2021).

życia prywatnego i rodzinnego. Wraz ze stabilizacją sytuacji epidemiologicznej i spadkiem liczby zachorowań oraz postępującą akcją szczepień powszechnych coraz częściej zwracano uwagę na konieczność pilnego wypracowania wytycznych dotyczących odwiedzin hospitalizowanych pacjentów, co miałyby ograniczyć uznaniową i zróżnicowaną w różnych podmiotach sytuację w zakresie realizacji tak ważnego z punktu widzenia pacjenta prawa³³. Odpowiedzią na powyższe są rekomendacje Ministerstwa Zdrowia i Głównego Inspektoratu Sanitarnego dotyczące organizacji odwiedzin pacjentów przebywających na oddziałach szpitalnych w okresie epidemii COVID-19 w związku z postępowaniem realizacji Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19 z dnia 6 września 2021 r.³⁴

Analizując przedmiotowe prawo, warto wspomnieć również o prawie pacjenta do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej (art. 34 ust. 1 u.p.p.), która jest rozumiana jako opieka niepolegająca na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w tym także opieka sprawowana nad pacjentem małoletnim albo posiadającym orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności oraz nad pacjentką w warunkach ciąży, porodu i pokoju. Ponadto przez dodatkową opiekę pielęgnacyjną nad pacjentem małoletnim lub posiadającym orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności rozumie się również prawo do pobytu wraz z nim przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego. Podkreślenia wymaga, że „prawo do dodatkowej opieki pielęgnacyjnej jest szersze i nie wyczerpuje się poprzez sam kontakt osobisty z pacjentem”³⁵. Zgodnie z wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 19 kwietnia 2006 r. nie powinno podlegać również ograniczeniom czasowym zawartym w regulaminie podmiotu leczniczego³⁶. Może natomiast zostać ograniczone decyzją kierownika podmiotu leczniczego na podstawie art. 5 u.p.p. Takie ograniczenie jest w sposób nieodzowny połączone z zakazem odwiedzin, gdyż w obu przypadkach jest realizowany ten sam cel, tj. wyeliminowanie potencjalnej transmisji koronawirusa na terenie szpitali wskutek kontaktu z osobami z zewnątrz. W stanowisku Rzecznika Praw Pacjenta w sprawie ograniczenia możliwości przebywania rodziców w szpitalach z dnia 26 marca 2020 r. podkreślono, że jakkolwiek kontakt pacjentów z osobami z zewnątrz, także pośredni, może być dla nich bardzo poważnym zagrożeniem. Ograniczenie tego ryzyka do minimum musi być priorytetem³⁷.

³³ Zob. <https://tvn24.pl/polska/naukowcy-apeluja-do-ministra-zdrowia-adam-niedzielskiego-ws-odwiedzin-pacjentow-niecovidowych-5140975> (data dostępu: 18.10.2021).

³⁴ <https://www.gov.pl/web/zdrowie/rekomendacje-ministerstwa-zdrowia-i-glownego-inspektoratu-sanitarnego-dotyczace-odwiedzin-w-szpitalach-w-zwiazku-z-postepem-realizacji-narodowego-programu-szczepien> (data dostępu: 18.10.2021).

³⁵ L. Bosek, op. cit., s. 556.

³⁶ Wyrok SOKiK z 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt XVII Ama 126/04, Legalis.

³⁷ Stanowisko Rzecznika Praw Pacjenta w sprawie ograniczenia możliwości przebywania rodziców w szpitalach, <https://www.gov.pl/web/rpp/stanowisko-rzecznika-praw-pacjenta-w-sprawie-ograniczenia-mozliwosci-przebywania-rodzicow-w-szpitalach> (data dostępu: 18.10.2021).

Od samego początku pandemii media poświęcały wiele miejsca powyższej kwestii. Wskazywano przede wszystkim na konsekwencje braku dodatkowej opieki pielęgnacyjnej, która w normalnych warunkach była realizowana przez rodziców, gdy pacjentem było dziecko. Problem dotyczy dzieci w różnym wieku, począwszy od noworodków, które z powodów zdrowotnych muszą dłużej pozostać w szpitalu. Psychologowie wskazują, że dzieci, których przez wiele tygodni nie mogą odwiedzać rodzice, będą ponosiły długotrwałe konsekwencje. Wskazuje się, że noworodki pozbawione kontaktu z matką przeżywają jedną z największych traum swojego życia³⁸. Z uwagi na powyższe przez długie miesiące rodzice we współpracy z różnymi stowarzyszeniami podejmowali walkę, licząc na zmianę tej niekorzystnej sytuacji³⁹. Sytuacja w kolejnych miesiącach, wraz z realizacją powszechnego programu szczepień, znacznie ewaluowała i zaszczepieni rodzice mogli przebywać na oddziale z wcześniakami.

Z zakazem odwiedzin początkowo łączyły się również ograniczenia prawa do opieki duszpasterskiej. W pierwszej fazie pandemii w wielu szpitalach także duchowni nie mogli wchodzić na oddziały szpitalne. Wraz z upływem czasu również pod tym względem sytuacja ulegała zmianie. Duchowni, którzy często są pracownikami szpitala, traktowani byli na równi z personelem. W krytycznych momentach byli regularnie testowani i szkoleni analogicznie jak personel medyczny. Kapłani mieli bezpośredni dostęp również do pacjentów covidowych, z zachowaniem wszelkich wymaganych form zabezpieczeń. Takie rozwiązania są bardzo różnie odbierane przez samych pacjentów. Niektórzy w trudnych momentach, w czasie pobytu w szpitalu, kiedy przyszłość jest niepewna, w sposób szczególny potrzebowali wsparcia ze strony kapłana i traktowali to jednocześnie jako namiastkę normalności. Są również wśród pacjentów osoby, które negatywnie odnoszą się do możliwości wejścia na oddział szpitalny kapłana, który jest postrzegany jako osoba z zewnątrz. Wśród tej grupy dominuje pogląd, że lepszym rozwiązaniem jest umożliwienie kontaktu z osobami bliskimi, a nie z duchownym. Często pojawia się pytanie, skoro ksiądz może wejść na oddział szpitalny, to dlaczego takiej możliwości nie mają członkowie rodziny pacjenta. Oczywiście powyższa kwestia nie jest tematem rozważań niniejszego opracowania i została jedynie zasygnalizowana.

Prawo do dokumentacji medycznej samo w sobie doznaje ograniczeń w czasie pandemii. Pojawiają się jedynie ograniczenia w sposobie dostępu do dokumentacji. Zgodnie art. 23 u.p.p. pacjent ma prawo do dokumentacji medycznej dotyczącej jego stanu zdrowia oraz udzielonych mu świadczeń zdro-

³⁸ Szerzej K. Nowosielska, *Noworodek wymagający leczenia w czasie pandemii bez kontaktu z rodzicami*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/odwiedziny-w-szpitalu-w-czasie-epidemii,502512.html> (data dostępu: 18.10.2021).

³⁹ Zob. eadem, *Rodzice noworodków wciąż walczą o prawo do odwiedzin w szpitalu*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zasady-odwiedziny-noworodkow-w-szpitalu-w-czasie-epidemii,503732.html> (data dostępu: 18.10.2021).

wotnych. Prawo do dokumentacji medycznej jest traktowane jako kontynuacja oraz uzupełnienie i sprecyzowanie prawa do informacji⁴⁰. W doktrynie wskazuje się, że dokumentacja medyczna to określony chronologicznie uporządkowany zbiór dokumentów dotyczących stanu zdrowia i choroby pacjenta oraz udzielonych mu świadczeń zdrowotnych⁴¹.

Podmiotem uprawnionym do dokumentacji medycznej jest przede wszystkim sam pacjent. Obok pacjenta, analogicznie jak w przypadku prawa do informacji, w kręgu podmiotów uprawnionych ustawodawca wskazuje również w art. 26 ust. 1 u.p.p. przedstawiciela ustawowego pacjenta oraz osobę upoważnioną przez pacjenta. Podkreślenia wymaga, że osoba upoważniona jest traktowana na równi z pacjentem lub przedstawicielem ustawowym. Nie zmienia to jednak faktu, że w sytuacji, kiedy o dokumentację medyczną występuje osoba upoważniona, realizuje ona prawo przysługujące pacjentowi. Upoważnienie do dokumentacji medycznej jest prawem, a nie obowiązkiem pacjenta lub analogicznie przedstawiciela ustawowego. Nie można zatem nikogo zmusić do upoważnienia kogokolwiek do dokumentacji medycznej⁴². Nie ma również ustawowych ograniczeń jeśli chodzi o liczbę osób upoważnionych ani krąg podmiotów, które mogą zostać upoważnione. W związku z tym pacjent może upoważnić każdą dowolną osobę, a nie tylko członka rodziny⁴³. W sytuacji, kiedy pacjent upoważnił więcej niż jedną osobę, każda z tych osób realizuje swoje uprawnienie niezależnie od pozostałych.

Oświadczenie pacjenta (odpowiednio przedstawiciela ustawowego) o upoważnieniu do dokumentacji, tak jak w przypadku upoważnienia do informacji, zgodnie z § 8 ust. 1 rozp. dok. med., złożone w inny sposób niż za pośrednictwem IKP zamieszcza się w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej. Powyższe wskazuje, że pacjent może złożyć oświadczenie pisemne lub ustne⁴⁴. Należy zwrócić uwagę, iż „wyraźny charakter normy *iuris cogentis* wynikającej z art. 26 u.p.p. (jeśli nie semiimperatywnej – na korzyść pacjenta), przemawia również za dowolnością formy dla omawianej czynności prawnej”⁴⁵. Znajduje to również odzwierciedlenie w orzecznictwie⁴⁶. Z punktu widzenia pacjenta istotną kwestią jest to, że upoważnienie złożone w jednym podmiocie zachowuje moc w innym podmiocie, chyba że coś innego wynika z treści upoważ-

⁴⁰ Zob. M. Jackowski, *Ochrona danych medycznych. RODO w ochronie zdrowia*, Warszawa 2018, s. 264.

⁴¹ M. Śliwka, M. Urbaniak, *Prowadzenie dokumentacji medycznej. Aspekty prawne oraz zarządce*, Warszawa 2018, s. 102.

⁴² J. Zajdel-Calkowska, op. cit., s. 391.

⁴³ Zob. M. Śliwka, M. Urbaniak, op. cit., s. 117.

⁴⁴ Zob. M. Nesterowicz, *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1, s. 5.

⁴⁵ G. Ladrowska, *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1, s. 24.

⁴⁶ Wyrok NSA, sygn. akt II OSK 1134/16.

nienia⁴⁷. Jest to szczególnie ważne z punktu widzenia praktycznego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, kiedy osoba upoważniona zgłosi się do podmiotu leczniczego z kopią upoważnienia złożonego w innym podmiocie. Należy przyjąć, że takie upoważnienie powinno zostać uwzględnione⁴⁸.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 u.p.p. dokumentacja medyczna jest udostępniana:

1) do wglądu, w tym także do baz danych w zakresie ochrony zdrowia, w miejscu udzielania świadczeń zdrowotnych, z wyłączeniem medycznych czynności ratunkowych, albo w siedzibie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, z zapewnieniem pacjentowi lub innym uprawnionym organom lub podmiotom możliwości sporządzenia notatek lub zdjęć,

2) przez sporządzenie jej wyciągu, odpisu, kopii lub wydruku⁴⁹,

3) przez wydanie oryginału za potwierdzeniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu, na żądanie organów władzy publicznej albo sądów powszechnych, a także w przypadku gdy zwłoka w wydaniu dokumentacji mogłaby spowodować zagrożenie życia lub zdrowia pacjenta,

4) za pośrednictwem komunikacji elektronicznej,

5) na informatycznym nośniku danych.

Zdjęcia rentgenowskie wykonane na kliszy, przechowywane przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, są udostępniane za potwierdzeniem odbioru i z zastrzeżeniem zwrotu po wykorzystaniu (art. 27 ust. 2 u.p.p.), natomiast dokumentacja medyczna prowadzona w postaci papierowej może być udostępniona przez sporządzenie kopii w formie odwzorowania cyfrowego (skanu) i przekazanie za pośrednictwem komunikacji elektronicznej lub na informatycznym nośniku danych na żądanie pacjenta lub innych uprawnionych organów lub podmiotów, jeżeli przewiduje to regulamin organizacyjny podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych (art. 27 ust. 3 u.p.p.).

Ogólnie decyzja co do wyboru sposobu udostępnienia dokumentacji należy do podmiotu uprawnionego⁵⁰. Jednakże w czasie pandemii to w tym właśnie zakresie dochodzi do ograniczeń realizacji prawa do dokumentacji medycznej. Z uwagi bowiem na ograniczony dostęp w budynkach podmiotów leczniczych, kierownik jest uprawniony na podstawie art. 5 u.p.p. ograniczyć formy udostępniania dokumentacji medycznej. W praktyce obecnie najczęściej dokumen-

⁴⁷ Wyrok WSA w Krakowie z 29 października 2014 r., sygn. akt III SAB/Kr 42/14, Lex nr 1602627.

⁴⁸ Zob. A Kowalska, *Udostępnianie dokumentacji medycznej w aspekcie obowiązku podmiotu leczniczego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, s. 207–228.

⁴⁹ Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.p.p. wyciąg to skrótowy dokument zawierający wybrane informacje lub dane z całości dokumentacji medycznej, odpis to dokument wytworzony przez przepisanie tekstu z oryginału dokumentacji medycznej z wiernym zachowaniem zgodności co do treści z oryginałem, kopia to dokument wytworzony przez odwzorowanie oryginału dokumentacji medycznej, w formie kserokopii albo odwzorowania cyfrowego (skanu).

⁵⁰ <https://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/305279990-Udostepnianie-dokumentacji-medycznej.html> (data dostępu: 18.10.2021).

tacja jest przesyłana pocztą lub elektronicznie. Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych wskazuje na możliwość przesyłania dokumentacji medycznej za pośrednictwem profilu ePUAP⁵¹. Takie sposoby udostępniania są oczywiście zgodne z obowiązującymi przepisami. Należy jednak zwrócić uwagę na konieczność weryfikacji osoby uprawnionej do dokumentacji medycznej⁵². Oczywiście proces weryfikacji jest dużo prostszy w przypadku osobistego odbioru dokumentacji. Wówczas również nie ma wątpliwości, że dokumentacja trafia do rąk osoby uprawnionej. W przypadku przesyłania dokumentacji zweryfikowanie adresata jest trudniejsze, ale – jak pokazuje praktyka podmiotów leczniczych – możliwe. Z reguły podmioty lecznicze w procedurach wewnętrznych opracowują szczegółowy tryb weryfikacji. Zazwyczaj szczególną uwagę poświęca się przypadkom, kiedy dokumentacja jest przesyłana na inny adres e-mail niż podany w dokumentacji medycznej (np. adres osoby upoważnionej). Wtedy najczęściej uruchamia się dodatkowe kanały kontaktu, aby zweryfikować osobę, do której będzie wysłana dokumentacja. Dokumentacja przesyłana mailowo jest szyfrowana, a kod do niej jest przesyłany oddzielnie (najlepiej żeby do przesłania kodu korzystać z innej niż e-mail formy kontaktu, np. przesłać kod SMS-em).

Podsumowanie

Ostatnie miesiące pokazały, jak bardzo zmieniło się nasze życie. W obliczu pandemii doświadczamy wielu ograniczeń w różnych obszarach, których konsekwencje będą długo odczuwane. Szczególnie dotkliwie dotknięty został system ochrony zdrowia, zarówno w kwestii podstawowej, jaką jest dostępność do świadczeń zdrowotnych, ale również w zakresie przestrzegania praw pacjenta. Jak zostało wskazane w niniejszym opracowaniu, prawa pacjenta aktualnie podlegają licznym ograniczeniom. Tak naprawdę aktualna sytuacja pokazała w pełnym zakresie doniosłość art. 5 u.p.p., który pozwolił na dostosowanie obowiązujących przepisów do zmieniającej się rzeczywistości. Wcześniej przepis ten był stosowany stosunkowo rzadko, teraz stał się bardzo aktualny i wykorzystywany przez kierowników podmiotów leczniczych. Dzięki niemu nie ma konieczności zmiany obowiązujących przepisów, a sami kierownicy podmiotów leczniczych mogą reagować na zmieniającą się sytuację i dostosowywać procedury obowiązujące w swoich placówkach do dynamicznej sytuacji epidemiologicznej. Zgodnie z tym, co zostało wcześniej podkreślone, kierownik

⁵¹ <https://uodo.gov.pl/pl/138/1517>.

⁵² Zob. M. Bogusiak, *Czy możesz odmówić pacjentowi dostępu do dokumentacji medycznej za pomocą e-maila*, „Dokumentacja Medyczna w Praktyce” 2021, nr 2(64), <https://dokmed24.pl/obsługa-pacjenta/czy-mozesz-odmowic-pacjentowi-dostepu-do-dokumentacji-medycznej-za-pomoca-emaila-4745.html> (data dostępu: 18.10.2021).

podmiotu leczniczego ma obowiązek, a nie uprawnienie wprowadzenia stosownych ograniczeń w związku z sytuacją epidemiologiczną. Istotne jest, żewołany przepis pozostawia kierownikowi w ograniczonym zakresie luz decyzyjny, jeśli chodzi o zakres wprowadzanych ograniczeń. To z kolei sprawia, że w różnych podmiotach ograniczenia poszczególnych praw pacjenta są zróżnicowane i przyjęte rozwiązania są odmienne. Na tym etapie trudno jest jednoznacznie ocenić wprowadzane zmiany. Nie ma bowiem opracowań, które zawierałyby kompleksowe ujęcie omawianej problematyki, a wszelkie zalecenia i wytyczne zmieniają się wraz z upływem czasu. Przykładem może być chociażby początkowo rekomendowany zakaz odwiedzin, w przypadku którego aktualnie Rzecznik Praw Pacjenta wskazuje, że nie powinno się wprowadzać całkowitego zakazu. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż kierownik podmiotu leczniczego odpowiada za bezpieczeństwo wszystkich pacjentów, pracowników i innych osób przebywających na terenie placówki, w większości szpitali nadal utrzymany jest zakaz odwiedzin. Zazwyczaj dopuszcza się jednak możliwość krótkiego kontaktu z pacjentem, zwłaszcza gdy przemawia za tym stan jego zdrowia. W ostatnim czasie niektóre placówki zdecydowały się na przywrócenie odwiedzin tylko dla osób zaszczepionych. Takie rozwiązanie nie znalazło ostatecznie akceptacji ze strony Ministerstwa Zdrowia i Rzecznika Praw Pacjenta. Jednocześnie Minister Zdrowia zainteresował się problemem i zadeklarował wydanie wytycznych w tym zakresie.

Omówione prawa pacjenta jednoznacznie wskazują, że praktycznie wszystkie przypadki wprowadzanych ograniczeń mają bezpośredni związek z zakazem odwiedzin i maksymalnym zminimalizowaniem liczby osób przebywających na terenie podmiotu leczniczego. Podyktowane jest to przede wszystkim ograniczeniem transmisji koronawirusa i zapewnieniem bezpieczeństwa pacjentom. Podkreślenia wymaga, że zakaz odwiedzin w wielu przypadkach wpływa bezpośrednio na ograniczanie innych praw lub pośrednio na sposób ich realizacji.

Konsekwencje wprowadzanych ograniczeń poznane zostaną w najbliższym czasie. Nie ma jednak wątpliwości, że wielokrotnie powoływany art. 5 u.p.p. nakłada na kierownika podmiotu leczniczego obowiązek ingerencji w prawa pacjenta. W przypadkach, kiedy ta ingerencja okaże się nieuzasadniona, każdy poszkodowany pacjent będzie mógł się domagać zadośćuczynienia na podstawie art. 4 u.p.p. Co istotne, analogiczna odpowiedzialność może mieć miejsce również w przypadku nieograniczenia praw pacjenta w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa zdrowotnego⁵³. Podjęta analiza wskazuje jednak, że kierownikowi podmiotu leczniczego nie pozostawiono niczym nieograniczonego luzu decyzyjnego. Uprawnienie w zakresie ograniczania praw pacjenta dotyczy bowiem tylko niektórych z nich. Natomiast prawa pacjenta, mające swe podłoże w konstytucyjnych prawach i wolnościach, muszą być, niezależnie od art. 5 u.p.p., ograniczane zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 31 ust. 3 Kon-

⁵³ L. Bosek, op. cit., s. 115.

stytucji, który wymaga, aby źródłem ograniczeń była ustawa, a nie decyzja uprawnionego podmiotu.

Wykaz literatury

- Bogusiak M., *Czy możesz odmówić pacjentowi dostępu do dokumentacji medycznej za pomocą e-maila*, „Dokumentacja Medyczna w Praktyce” 2021, nr 2(64), <https://dok-med24.pl/obsługa-pacjenta/czy-mozesz-odmowic-pacjentowi-dostepu-do-dokumentacji-medycznej-za-pomoca-emaila-4745.html>.
- Bosek L. (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Horbaczewski R., *W pandemii prawo do godnego umierania też obowiązuje*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/prawa-pacjenta-ograniczone-w-czasie-pandemii,506227.html>.
- Jackowski M., *Ochrona danych medycznych. RODO w ochronie zdrowia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Janiszewska B., *Prawa pacjenta w dobie pandemii*, XXII Konferencja Wydziałowa „Prawo w czasie pandemii Covid-19”, Warszawa 2021, <https://www.wpia.uw.edu.pl/uploads/media/6049dd9a81ac4/broszura-prawo-w-czasie-pandemii-covid-19.pdf?v1>.
- Kowalska A., *Udostępnianie dokumentacji medycznej w aspekcie obowiązku podmiotu leczniczego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50.
- Ladrowska G., *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1.
- Naworska A., *Jakiego prawa nie możesz ograniczyć w czasie pandemii*, „Dokumentacja Medyczna w Praktyce” 2020, nr 7(56), <https://dokmed24.pl/obsługa-pacjenta/jakiego-prawa-pacjenta-nie-mozesz-ograniczyc-w-czasie-pandemii-4512.html>.
- Nesterowicz M., *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1.
- Nowosielska K., *Noworodek wymagający leczenia w czasie pandemii bez kontaktu z rodzicami*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/odwiedziny-w-szpitalu-w-czasie-epidemii,502512.html>.
- Nowosielska K., *Rodzice noworodków wciąż walczą o prawo do odwiedzin w szpitalu*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zasady-odwiedziny-noworodkow-w-szpitalu-w-czasie-epidemii,503732.html>.
- Nowosielska K., *Wizyty w szpitalu nie powinny być jednoznacznie zakazane*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/zakaz-odwiedziny-w-szpitalu,502702.html>.
- Ojczyk J., *Są wytyczne o zdalnym udzielaniu informacji o stanie pacjentów*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/jak-przez-telefon-i-zdalnie-informowac-o-stanie-zdrowia-pacjenta,504910.html?fbclid=IwAR1VzLPje28DBXQKXALhAIIIfAcG34laSV2FO-laBtI01lhincQsesV7RLyNw>.
- Rekomendacje Ministerstwa Zdrowia i Głównego Inspektoratu Sanitarnego dotyczące organizacji odwiedzin pacjentów przebywających na oddziałach szpitalnych w okresie epidemii COVID-19 w związku z postępowaniem realizacji Narodowego Programu Szczepień przeciw COVID-19, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/rekomendacje-ministerstwa-zdrowia-i-glownego-inspektoratu-sanitarnego-dotyczace-odwiedziny-w-szpitalach-w-zwiazku-z-postepem-realizacji-narodowego-programu-szczepien>.
- Sroka T., *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020, nr 6, <https://palestra.pl>

pl/czasopismo/wydanie/6-2020/arttykul/ograniczenia-praw-i-wolnosci-konstytucyjnych-oraz-praw-pacjenta-w-zwiazku-z-wystapieniem-zagrozenia-epidemicznego. Stanowisko Rzecznika Praw Pacjenta w sprawie ograniczenia możliwości przebywania rodziców w szpitalach, <https://www.gov.pl/web/rpp/stanowisko-rzecznika-praw-pacjenta-w-sprawie-ograniczenia-mozliwosci-przebywania-rodzicow-w-szpitalach>. Śliwka M., Urbaniak M., *Prowadzenie dokumentacji medycznej. Aspekty prawne oraz zarządcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018. Wytuczne w sprawie realizacji przez osoby uprawnione prawa do informacji o stanie zdrowia pacjenta na odległość, <https://www.gov.pl>, RzPP-DSD.42074.2020. Zajdel-Całkowska J., *Prawo medyczne*, PZWL, Warszawa 2019.

Summary

Patient rights during a pandemic – selected issues

Keywords: law, pandemic, patient's rights, limitations, transmission, health protection.

On March 11, 2020, the World Health Organization (WHO) announced a pandemic of the new SARS-CoV-2 coronavirus responsible for the COVID-19 disease. In Poland, the first case of the coronavirus was detected on March 4, 2020, and on March 20, 2020, an epidemic was announced in connection with SARS-CoV-2 virus infections. Since then, the daily life of people around the world has changed dramatically. To this day, we feel the consequences of the new and unpredictable epidemiological situation. Particularly severe effects of the pandemic are observed in the health care system. This applies to all countries, both those where the provision of health services is at a high level, as well as underdeveloped countries that have previously struggled with problems in this area.

The epidemiological situation also influenced the realization of patients' rights. According to Art. 5 of the Act on Patient Rights and the Patient's Rights Ombudsman, the head of the entity providing health services, or a doctor authorized by him may limit the exercise of patient rights in the event of an epidemic threat or due to the health safety of patients, and in the case of the right to personal, telephone or correspondence contact with other persons also due to the organizational possibilities of the entity.

This work analyzes the issues related to the limitation of patients' rights based on the referred Article 5. However, the subject of consideration will not be the issues related to, inter alia, with limitation of the right to health services, which were caused by changes in applicable regulations, and not by the decision of the head of the medical entity. In these cases, medical entities were obliged to comply with the applicable regulations and managers of entities providing health services were not able to make different decisions. The aim of this paper is to indicate the limitations of patients' rights under the mentioned Article and their consequences.

Michał Krzykowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-1150-0142

michal.krzykowski@uwm.edu.pl

Usługi użyteczności publicznej w sektorze ciepłowniczym

Wstęp

W odróżnieniu od rynku energii elektrycznej czy gazu ziemnego cechą charakterystyczną sektora ciepłowniczego jest jego lokalny charakter. Transport ciepła rurociągami bowiem generuje straty ciepła i w związku z tym obszar działania poszczególnych systemów ciepłowniczych determinowany jest względami technicznymi i ekonomicznymi.

Tradycyjnie świadczenie usług o charakterze użyteczności publicznej przypisuje się usługom związanym z dostarczaniem energii elektrycznej. Tym niemniej, ze względu na rolę jaką pełni energia cieplna w zaspokajaniu potrzeb gospodarstw domowych, również ten sektor gospodarki należy traktować jako taki, w którym świadczone są tego rodzaju usługi.

Celem niniejszego opracowania jest analiza i ocena obowiązujących regulacji prawnych przez pryzmat obowiązków użyteczności publicznej nałożonych przez krajowego ustawodawcę na przedsiębiorstwa ciepłownicze. Szczególna uwaga poświęcona zostanie przy tym rozwiązaniom prawnym wynikającym z ustawy Prawo energetyczne¹ (dalej jako Pr. en.).

Pojęcie usług użyteczności publicznej na tle prawa Unii Europejskiej

Jako takie prawo unijne nie definiuje *explicite* pojęcia „usługi użyteczności publicznej”. Tym niemniej, z uwagi na ich charakter, będą one zbliżone do pojęcia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. W świetle

¹ Dz.U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625 ze zm.

art. 14 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej² usługi te zajmują szczególne miejsce wśród wspólnych wartości UE oraz mają znaczenie dla wspierania spójności społeczno-gospodarczej: „(...) Unia Europejska i państwa członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania traktatu, zapewniają, aby usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, które pozwolą im te zadania wypełniać (...)”.

W załączniku 1 do komunikatu Komisji Europejskiej z 2004 r.³ przez usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym rozumie się te usługi, „(...) które według państw członkowskich lub Wspólnoty podlegają określonym obowiązkom z tytułu świadczenia usług publicznych ze względu na kryterium użyteczności publicznej. Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym obejmuje zwłaszcza pewne rodzaje usług dostarczane przez przemysł sieciowy, np. transport, usługi pocztowe, sektor energetyczny i komunikacyjny. Jednak termin ten rozciąga się także na każdy inny rodzaj działalności gospodarczej, który podlega obowiązkowi z tytułu świadczenia usług publicznych”.

Biorąc po uwagę powyższe, termin „usługi użyteczności publicznej” należy interpretować szerzej niż „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym”. Pojęcie to obejmować będzie bowiem usługi rynkowe i nierynkowe, które władze kwalifikują jako usługi użytku publicznego i które podlegają określonym zobowiązaniom z tytułu świadczenia usług publicznych. Ich istotą jest konieczność świadczenia nawet wówczas, gdy na rynku nie ma dostatecznej koniunktury (w zakresie świadczenia takich usług). Dzięki temu mieszkańcy uzyskują dostęp do usług, które mają kluczowe znaczenie z perspektywy funkcjonowania współczesnego gospodarstwa domowego. Dodatkowo, jeśli państwo uzna, że świadczenie tego rodzaju usług leży w interesie ogólnym, a przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku nie mogą zapewnić ich świadczenia w sposób zadowalający, może celem zadośćuczynienia potrzebom społeczeństwa ustanowić szereg obowiązków użyteczności publicznej. Z wykonywaniem przedmiotowych obowiązków będzie niekiedy wiązać się przyznanie określonych praw szczególnych lub wyłącznych określonym podmiotom, np. na podstawie art. 106 ust. 2 TfUE, w zakresie rekompensat z tytułu realizacji omawianych obowiązków⁴. Tym niemniej trzeba nadmienić, że twierdzenie to nie ma charakteru bezwzględного.

Kwestie doprecyzowania pojęcia usług użyteczności pozostawiono zgodnie z zasadą subsydiarności samym państwom członkowskim⁵. W przeważającej

² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej opublikowany 9 maja 2008 r., C 115/47, <https://www.eur-lex.europa.eu> (data dostępu: 21.03.2018), dalej jako TfUE.

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, Biała Księga nt. usług użyteczności publicznej, COM (2004) 374 final.

⁴ Orzeczenie ETS z 24 lipca 2003 r. w sprawie *Altmark Trans* C-280/00, ECR [2003] s. I-7747.

⁵ Zob. pkt 22 komunikatu Komisji – Usługi użyteczności publicznej w Europie (Dz. Urz. WE C 17 z 19 stycznia 2001 r.).

mierze jednak będą się one kierować czynnikami społeczno-ekonomicznymi, uwarunkowanymi poziomem gospodarczym danego państwa, w tym np. postępem technologicznym. Tradycyjnie, z uwagi na kryterium użyteczności publicznej zadania, w tym obszarze obejmują takie dziedziny, jak: zaopatrzenie ludności w wodę, energię elektryczną i ciepłą, gaz ziemny utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej czy realizacji różnego rodzaju potrzeb kulturalnych.

Krajowe uregulowanie w zakresie użyteczności publicznej

Jak już wspomniano, pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest pojęciem autonomicznym prawa Unii Europejskiej⁶. W prawodawstwie polskim natomiast najbliższa omawianym usługom jest kategoria użyteczności publicznej, którą usługodawca posługuje się w ustawie z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁷, ustawie o przedsiębiorstwach państwowych⁸ oraz ustawie o gospodarce komunalnej⁹. Elementem wspólnym składającym się na pojęcie użyteczności publicznej, występującym we wszystkich z powyższych aktów prawnych, jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. W takim też duchu wykładni dokonał Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r.¹⁰, który wskazał, że zadania użyteczności publicznej opierają się właśnie na tych zadaniach, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Równocześnie w ocenie Trybunału zadania te należy rozumieć możliwie jak najszerszej i wydaje się, że winny one być utożsamiane z zadaniami publicznymi¹¹, których

⁶ E. Kosiński, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a reguły ochrony konkurencji w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, R. LXVII, z. 4, s. 141; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 134–135.

⁷ Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.

⁸ Dz.U. z 2002 r., Nr 112, poz. 981 ze zm.

⁹ Dz.U. z 1997 r., Nr 9, poz. 43 ze zm.

¹⁰ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96.

¹¹ W tym sensie, że priorytetowym celem działalności w sferze użyteczności publicznej powinna być prawidłowa realizacja zadania publicznego, a nie realizacja zysku. Samo pojęcie zadania publicznego natomiast związane jest z normatywnie określonym obowiązkiem będącym również uprawnieniem państwa do zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka, realizowanym przez kompetentny organ administrujący z pomocą prawnych form działania, zob. J. Gola, *Wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej przez jednostki samorządu terytorialnego a działalność gospodarcza*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, nr 3555, s. 32 oraz A. Szadok-Bratuń, *Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, e-Monogra-

realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej. Ponadto Trybunał podkreślił, że „jednostki organizacyjne realizujące zadania tego typu wykonują je niezależnie od tego, czy są w stanie pokryć związane z tym wydatki z własnych dochodów. W związku z tym ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i najczęściej jest dofinansowywana ze środków publicznych”.

Użyteczność publiczna oznacza także kwalifikację prawną przy wytyczeniu granic działalności gospodarczej możliwej do podjęcia przez gminę. W związku z powyższym można dokonać podziału działalności gospodarczej gminy na działalność:

- niekomercyjną, nieukierunkowaną na zysk, a zatem mieszczącą się w zadaniach o charakterze użyteczności publicznej oraz
- komercyjną (zarobkowo-gospodarczą), czyli nastawioną na osiągnięcie zysków, wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej¹².

Pierwszy rodzaj działalności gminy służy bezpośrednio realizacji zaspokajaniu zbiorowych potrzeb jej mieszkańców. Drugi natomiast jedynie w sposób pośredni wspiera zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej poprzez zdobywanie środków finansowych potrzebnych na ich realizację¹³.

W świetle stanowiska Janusza Wierzbickiego za podstawę odróżnienia działalności o charakterze użyteczności publicznej od działalności komercyjnej należy przyjąć kryterium odbiorcy tej działalności. Autor podkreśla, że adresem zadań związanych z użytecznością publiczną jest tylko pewna grupa „określonych odbiorców”, przy czym działalność ta nie podlega regulacji rynkowej¹⁴. Działalność komercyjna natomiast jest prowadzona na rzecz odbiorców, będących anonimowymi nabywcami oferowanych im usług i podlega regulacji rynkowej.

Kazimierz Strzyckowski podnosi natomiast, że pojęcie użyteczności publicznej należy interpretować poprzez wyróżnienie ich trzech podstawowych cech: ciągłość (tj. bieżący i nieprzerwany charakter), zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności oraz powszechna dostępność świadczonych usług. Pierwsza z cech oznacza, że organizowanie i dostarczanie musi być bieżące i nieprzerwane bez względu na wyniki ekonomiczne osiągnięte przez podmioty świadczące usługi użyteczności publicznej. Drugą należy rozumieć jako zaspokajanie potrzeb osób trzecich, a nie własnych potrzeb pomiotów świadczących usługi użyteczności publicznej. Ostatnia natomiast oznacza, że dostęp do tego

fie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 16, Wrocław 2012, s. 2007.

¹² A. Wojtkowiak, *Użyteczność publiczna w gospodarce komunalnej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie, Seria: Gubernaculum et Administratio” 2006, z. IV, s. 170.

¹³ Ibidem.

¹⁴ J. Wierzbicki, *Ekonomiczne aspekty reaktywowania samorządu terytorialnego w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, z. 2, s. 151.

rodzaju nie może być utrudniony bądź wykluczony w stosunku do określonych podmiotów indywidualnych¹⁵.

Ze względu na lokalny wymiar sieci ciepłowniczych, dla celów niniejszej analizy najistotniejsze znaczenie będą miały regulacje prawne wynikające z ustawy o gospodarce komunalnej (dalej jako u.g.k.). Na podstawie art. 1 ust. 2 u.g.k. „gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych”. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2003 r., sygn. akt SA/Gd 1968/02 organ ten, wskazując na cechy gospodarki komunalnej (tj. brak celu zarobkowego, gdyż celem obligatoryjnym pozostaje wykonywanie zadań własnych gminy, w tym zadań użyteczności publicznej w postaci zaspokajania potrzeb zbiorowych ludności), podkreślił, że gmina, wykonując zadania własne, przejmuje działalności społecznie niezbędne, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane podjęciem działalności. Zgodnie z art. 7 ustawy o samorządzie gminnym głównym zadaniem gminy jest zaspokajanie potrzeb wspólnoty. Przepis ten wymienia wśród pozostałych zaopatrzenie w energię ciepłą jako jedno z podstawowych zadań¹⁶. Potwierdzeniem tego jest również art. 18 ustawy Pr. en., który stanowi, że do zadań własnych gminy należy planowanie i organizacja zaopatrzenia w ciepło na obszarze gminy¹⁷ oraz ocena potencjału wytwarzania energii elektrycznej w wysokosprawnej kogeneracji oraz efektywnych energetycznie systemów ciepłowniczych lub chłodniczych na obszarze gminy. W tym celu wójt (burmistrz czy prezydenta miasta) opracowuje projekt założeń do planu zaopatrzenia

¹⁵ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 333–334.

¹⁶ Na podstawie art. 2 u.g.k. gospodarka komunalna może być prowadzona w szczególności poprzez własne jednostki organizacyjne (w formie zakładu budżetowego), jak również spółki prawa handlowego – spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółkę akcyjną, lub poprzez przystępowanie do takich spółek. Jednocześnie jednostki samorządu terytorialnego nie są zobligowane do realizacji zadań o charakterze użyteczności publicznej samodzielnie, tzn. przez własne jednostki organizacyjne. Należy bowiem zaznaczyć, że zadania z zakresu gospodarki komunalnej mogą być zlecane podmiotom zewnętrznym. Podstawę prawną w tym przypadku stanowi art. 3 u.g.k., zgodnie z którym zadania te mogą być powierzane osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem przepisów o finansach publicznych, zamówieniach publicznych czy działalności pożytku publicznego.

¹⁷ W świetle art. 3 pkt 8 Pr. en. przez zaopatrzenie w ciepło rozumie się „procesy związane z dostarczaniem ciepła, energii elektrycznej, paliw gazowych do odbiorców”. Kluczowy w przedmiotowej definicji jest element procesu związanego z dostarczaniem. Wskazuje on bowiem na związek z rozdziałem 2 Pr. en. „Dostarczanie paliw i energii”. Wobec tego proces ten będzie odbywał się zgodnie z art. 5 ust. 1 Pr. en., po uprzednim przyłączeniu do sieci, o którym mowa w art. 7 Pr. en., na podstawie umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji energii cieplnej lub umowy kompleksowej. Poza technicznymi czynnościami na zaopatrzenie będą składały się również wszystkie czynności formalnoprawne, takie jak zawarcie stosownych umów oraz ich wykonanie, tj. realizacja zobowiązań wynikająca z tych umów – dostawa oraz rozliczenie z tego tytułu.

w ciepło dla obszaru gminy na okres co najmniej 15 lat (art. 19 Pr. en.)¹⁸, który następnie podlega uchwaleniu przez radę gminy.

Obowiązki użyteczności publicznej w sektorze ciepłowniczym

Niewątpliwie dostarczanie ciepła stanowi usługę publiczną. Jest to podyktowane przede wszystkim faktem, że ustawa nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne szczególne obowiązki, których istota odpowiada zobowiązaniom właściwym dla usług publicznych¹⁹.

W przeciwieństwie do unijnych dyrektyw liberalizujących rynek energii elektrycznej, w sektorze ciepłowniczym brak jest tożsamyh unormowań²⁰. Nie oznacza to bynajmniej, że polski ustawodawca kwestię tę pomija. W istocie, mimo braku równoległych przepisów w prawodawstwie UE, krajowy legislator zdecydował się rozszerzyć zakres regulacji także na sektor ciepłowniczy (na poziomie zbliżonym do rozwiązań prawnych funkcjonujących na rynku energii elektrycznej).

Na wstępie niniejszych rozważań należy nadmienić, że pojęcie ciepła zawarte w słowniczku do Pr. en. (art. 3 pkt 1) jest stosowane zamiennie z regulacjami odnoszącymi się ogólnie do pojęcia energii, która swą dyspozycją obejmuje zarówno ciepło, jak i energię elektryczną²¹. Wobec powyższego zasadniczo na przedsiębiorstwa energetyczne²² w sektorze ciepłowniczym

¹⁸ Projekt założeń powinien określać: 1) ocenę stanu aktualnego i przewidywanych zmian zapotrzebowania na ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe; 2) przedsięwzięcia racjonalizujące użytkowanie ciepła, energii elektrycznej i paliw gazowych; 3) możliwości wykorzystania istniejących nadwyżek i lokalnych zasobów paliw i energii, z uwzględnieniem energii elektrycznej i ciepła wytwarzanych w instalacjach odnawialnego źródła energii, energii elektrycznej i ciepła użytkowego wytwarzanych w kogeneracji oraz zagospodarowania ciepła odpadowego z instalacji przemysłowych; 3a) możliwości stosowania środków poprawy efektywności energetycznej w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej; 4) zakres współpracy z innymi gminami – art. 19 ust. 3 Pr. en.

¹⁹ M. Szydło, op. cit., s. 148.

²⁰ Przyczyn takiego stanu należy upatrywać przede wszystkim w lokalnym charakterze rynku ciepła, który inaczej niż ma to miejsce w przypadku energii elektrycznej czy gazu ziemnego ma ponadnarodowy charakter. Z tego też względu wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi jest z reguły ograniczony, co stanowiło o braku potrzeby harmonizacji – F. Elżanowski, M. Czuba, *Prawne i techniczne uwarunkowania rynku ciepła dostarczanego za pośrednictwem sieci i jego odrębność od elektroenergetyki*, [w:] F. Elżanowski, M. Sokołowski (red.), *Systemowe uwarunkowania sektorów strategicznych. Wnioski dla energetyki*, Toruń 2011, s. 90.

²¹ Zgodnie z art. 3 pkt 1 Pr. en. energia oznacza „energię przetworzoną w dowolnej postaci”. Ciepło stanowi przy tym jedną postaci energii przetworzonej. Równocześnie wyłączona z zakresu powyższej regulacji jest wszelkiego rodzaju energia pierwotna.

²² Pojęcie przedsiębiorstwa ciepłowniczego zdefiniowane zostało w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 15 stycznia 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemów ciepłowniczych (Dz.U. z 2007 r., Nr 16, poz. 92). Jest to „przedsiębiorstwo energetyczne

nałożone zostały obowiązki o charakterze publicznoprawnym podobne do tych odnoszących się do pomiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku energii elektrycznej²³.

Wśród najważniejszych trzeba zwłaszcza wymienić te dotyczące przyłączenia do sieci, świadczenia usług przesyłania lub dystrybucji ciepła oraz kluczowe z punktu widzenia niniejszego opracowania zawarcia umowy kompleksowej z odbiorcą końcowym przyłączonym do sieci ciepłowniczej.

W świetle art. 7 ust. 1 Pr. en. „przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybuując ciepła jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania i przyłączania, jeśli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci, a żądający zawarcia spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru (...)”.

Fizyczne przyłączenie do sieci ciepłowniczej stanowi przesłankę niezbędną dla skutecznego dostarczania ciepła do danego odbiorcy. Taki stan podyktowany jest bowiem brakiem technicznych możliwości transportu energii cieplnej w inny sposób.

Jak już wskazano, komentowany obowiązek należy do sfery publicznoprawnych obligacji. Wyrazem tego jest powinność podejmowania przez wyznaczone podmioty działań w sferze, w której nie pojęłyby lub podjęłyby w innym zakresie, gdyby kierowały się wyłącznie własnymi interesami gospodarczymi²⁴. Ponadto obowiązek ten został zabezpieczony sankcją w postaci kary pieniężnej nakładanej przez prezesa Urzędu Regulacji Energetyki w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo energetyczne w sposób nieuzasadniony odmówi zawarcia umowy o przyłączenie do sieci ciepłowniczej.

Z treści art. 7 ust. 1 Pr. en. wynika, że na przedsiębiorstwie energetycznym ciąży obowiązek o charakterze względnym. Obligacja ta bowiem powstaje pod warunkiem kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w omawianym przepisie, tj. istnienia technicznych i ekonomicznych warunków przyłączenia do sieci, spełnienie przez żądającego zawarcia umowy o przyłączenie warunków przyłączenia do sieci i odbioru oraz posiadanie przez ubiegającego się o przyłączenie tytułu prawnego do korzystania z nieruchomości, obiektu lub lokalu, do którego energia ma być dostarczana.

zajmujące się wytwarzaniem ciepła w eksploatowanych przez to przedsiębiorstwo źródłach ciepła, przesyłaniem i dystrybucją oraz sprzedażą ciepła wytworzonego w tych źródłach lub zakupionego od innego przedsiębiorstwa energetycznego”.

²³ Z tym zastrzeżeniem, że zaopatrzenie w ciepło zostało transferowane na samorządy lokalne, zob. P. Jeżowski, *Problemy polskiego ciepłownictwa – stan obecny i kierunki zmian*, [w:] A. Chochołowski, F. Krawiec (red.), *Zarządzanie w energetyce. Koncepcje, zasoby, strategie, struktury, procesy i technologie energetyki odnawialnej*, Warszawa 2008, s. 195–217.

²⁴ Zob. szerzej M. Krzykowski, *Rozstrzygnięcie sporów pomiędzy deweloperem a przedsiębiorstwem energetycznym na tle umów przyłączeniowych*, [w:] M. Królikowska-Olczak, A. Bieranowski, J. Zięty (red.), *Działalność deweloperska w praktyce gospodarczej*, Warszawa 2014, s. 332–333.

Z przytoczonym obowiązkiem immanentnie związany jest przepis art. 4 ust. 2 Pr. en. wprowadzający dostęp stron trzecich do sieci ciepłowniczych (ang. *Third Party Access*). Warto ponownie podkreślić, że w przeciwieństwie do rynku energii elektrycznej czy gazu ziemnego prawo unijne nie przewiduje tożsamyh rozwiązań prawnych dla sektora ciepłowniczego. Toteż objęcie obowiązkiem dostępu do infrastruktury ciepłowniczey przez krajowego legislatora może budzić pewne wątpliwości. W literaturze podnosi się, że zastosowanie przedmiotowej zasady może okazać się niewspółmierne do korzyści, jakie z niej wynikają²⁵. Ma to związek zwłaszcza z lokalnym wymiarem sieci ciepłowniczych²⁶ oraz ich charakterystyką techniczną, która skutkuje potrzebą poniesienia wysokich kosztów wprowadzenia rozwiązań niezbędnych dla realizacji zasady TPA (zbudowanych w układzie pierścieniowym), brakiem uzasadnienia ekonomicznego dla wprowadzenia tych rozwiązań oraz brakiem technicznych możliwości świadczenia usług przesyłowych na zasadzie TPA promieniową siecią ciepłowniczą. Tym niemniej autor podziela pogląd, wedle którego powyższe wątpliwości są jedynie częściowo uzasadnione²⁷. Trzeba przecież pamiętać, że porównywalne trudności występowały z chwilą wprowadzania przepisów dotyczących dostępu stron trzecich na rynku energii elektrycznej i gazu. Toteż wdrożenie zasady TPA, przynajmniej teoretycznie, możliwe jest również na rynku ciepła (choć ze względów technicznych jedynie w dla sieci pracujących w układzie pierścieniowym lub kratownicowym niż promienistym). Równocześnie warto zwrócić uwagę, że sektor ciepłowniczy należy do grupy sektorów sieciowych (energetyka, telekomunikacja, transport kolejowy itd.) które mimo silnie zintegrowanej pionowo struktury zostały zliberalizowane na poziomie zapewniającym względną konkurencję. Wprawdzie lokalny zasięg sieci sprawia, że potencjał konkurowania jest ograniczony, to jednak z perspektywy prawa antymonopolowego podstawowe mechanizmy pozostają te same²⁸. Dlatego też samo wdrożenie do krajowego systemu prawnego zasady TPA w obszarze ciepłownictwa, choć na pozór wydaje się jedynie teoretyczne, to

²⁵ A. Łukasiewicz, W. Rękas, *Dotychczasowa praktyka realizacji zasady TPA*, [w:] M. Okólski (red.), *Jaki model rynku energii?*, Warszawa 2001, s. 184 oraz W. Cherubin, *Zasada TPA – ogólne przesłanki realizacji*, [w:] M. Okólski (red.), op. cit., s. 192.

²⁶ Odmienne niż w wypadku energii elektrycznej czy gazu ziemnego, które mogą być przesyłane na znaczne odległości, transport ciepła jest ograniczony (w gorącej wodzie do 10 km). W następstwie tego istnie wiele indywidualnych lokalnych rynków ciepła. Zazwyczaj obejmują one obszar miasta lub aglomeracji, na których działa jedno lub kilka przedsiębiorstw ciepłowniczych dostarczających ciepło w ramach własnej sieci. Ze względu na ograniczoną konkurencję (w wielu sytuacjach mamy w praktyce do czynienia z monopolem naturalnym, ewent. duopolem lub oligopolem) zatem sektor ten podlega pełnej regulacji taryfowej – J. Kamiński, A. Malik, *Analiza krajowego sektora ciepłowniczego – stan obecny i kluczowe determinanty rozwoju*, „Zeszyty Naukowe IGSMiE” 2016, nr 92, s. 308.

²⁷ M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, t. 1, wyd. drugie, 2016, Lex.

²⁸ Zob. szerzej M. Kraśniewski, *Dylematy sektora ciepła systemowego, czyli kilka słów o konkurencji i monopolu w ciepłownictwie*, „Internetowy Kwartalnik Prawa Antymonopolowego” 2020, nr 6(9), s. 15–18.

może być swoistym impulsem do opracowania takich rozwiązań technicznych, które przyczynią się do obniżenia kosztów związanych z dostępem do sieci.

Wreszcie przepisem wpisującym się w ramy użyteczności publicznej jest art. 5a ust. 3 Pr. en. normujący obowiązek zawarcia przez przedsiębiorstwo energetyczne umowy kompleksowej na podstawie, której dostarczane jest ciepło.

W pierwszej kolejności trzeba nadmienić, że zakres podmiotowy art. 5a ust. 3 Pr. en. różni się od pozostałych regulacji wynikających z wymienionego przepisu. W przeciwieństwie bowiem do energii elektrycznej i paliw gazowych adresatem przedmiotowej obligacji są przedsiębiorstwa sieciowe (tj. zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją ciepła), a nie tzw. sprzedawcy z urzędu (tj. przedsiębiorstwa energetyczne posiadające koncesję na obrót paliwami gazowymi lub energią elektryczną) świadczące usługi kompleksowe odbiorcom paliw gazowych lub energii elektrycznej w gospodarstwie domowym, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy (art. 3 pkt 29 Pr. en.). Jak się wydaje, *ratio legis* takiego podejścia wynika ze struktury przedsiębiorstw ciepłowniczych, które charakteryzują się zazwyczaj zintegrowaną pionowo budową. Brak jest przy tym rozwiązań prawnych nakazujących prawne wydzielenie z ich struktury podmiotów odpowiedzialnych za fizyczny transport ciepła – analogicznych do tych, które występują na rynku energii elektrycznej i paliw gazowych (art. 9d Pr. en.). Wynika to z faktu, że ekonomiczny koszt unbundlingu oraz ograniczona efektywność takiego rozwiązania mogłaby okazać się na obecnym etapie niewspółmierna do potencjalnych korzyści. Ponadto jego wprowadzenie do systemu prawnego budziłoby wątpliwości z punktu widzenia proporcjonalności ingerencji państwa w sferę wolności gospodarczej. Trudno przecież zaakceptować, że środek ten byłby niezbędny do osiągnięcia celu w postaci konkurencyjnego rynku, skoro w obecnej fazie, którą należy uznać za początkową z punktu widzenia konkurencji, można zastosować mniej restrykcyjne regulacje, np. rozdział księgowy czy organizacyjny. Tym samym, mimo że przepis art. 5a ust. 3 Pr. en. odnosi się do przedsiębiorstw zajmujących się przesyłem lub dystrybucją ciepła, to w praktyce będzie on obejmował również te podmioty, które prowadzą w ramach swej działalności sprzedaż energii cieplnej.

Zakres podmiotowy cytowanego przepisu wskazuje, że uprawnionym do roszczenia o zawarcie umowy kompleksowej jest nie tylko odbiorca w gospodarstwie domowym²⁹, ale każdy odbiorca przyłączony do sieci ciepłowniczej. *Ergo* ustawodawca rozszerzył krąg beneficjentów, którym przysługuje ochrona z tytułu świadczenia usług użyteczności publicznej. W istocie przepis ten wychodzi poza ogólnie przyjęte ramy świadczenia tych usług, które zasadniczo koncentrują się na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności (gospodarstw domowych) na rzecz wszystkich odbiorców przyłączonych do sieci ciepłowniczej.

²⁹ Przez odbiorcę paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła w gospodarstwie domowym rozumie się „odbiorcę końcowego dokonującego zakupu paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła wyłącznie w celu ich zużycia w gospodarstwie domowym” (art. 3 pkt 13b Pr. en.).

W ocenie autora takie podejście wynika m.in. z silnie skoncentrowanej struktury rynku, która w wielu wypadkach przyjmuje postać monopolu naturalnego, względnie duopolu lub oligopolu³⁰. Przyznając zatem roszczenie o zawarcie umowy kompleksowej także innym grupom odbiorców niż gospodarstwa domowe, ustawodawca zabezpiecza ich interes przed potencjalnym wykorzystaniem przez przedsiębiorstwa ciepłownicze swojej pozycji na rynku. Dzieje się tak, mimo że krąg podmiotów uprawnionych wykracza poza ogólnie przyjęty zakres usługi użyteczności publicznej.

Zakres przedmiotowy art. 5a ust. 3 Pr. en. obejmuje obowiązek zawarcia umowy kompleksowej³¹. W świetle art. 5 ust. 3 Pr. en. przez umowę kompleksową dostarczania ciepła rozumie się umowę zawierającą jednocześnie postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji ciepła (umowa ta powinna także określać także warunki stosowania cen i stawek opłat obowiązujących w tych przedsiębiorstwach). W konsekwencji powstania stosunku obligacyjnego między odbiorcą a przedsiębiorstwem energetycznym to ostatnie jest zobowiązane wobec odbiorcy nie tylko do zapewnienia usługi przesyłania lub dystrybucji ciepła do miejsca odbioru z sieci, ale również do sprzedaży energii cieplnej. Tym samym przedsiębiorstwo sieciowe staje się dłużnikiem odbiorcy, także w zakresie sprzedaży energii cieplnej, mimo że w sensie formalnym może nie prowadzić działalności gospodarczej w tym obszarze. Cywilnoprawną podstawę tej odpowiedzialności stanowi art. 474 Kodeksu cywilnego, na podstawie którego „dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza (...)”³². Podobnie jak w dwóch poprzednich wypadkach komentowany obowiązek został zabezpieczony sankcją w postaci kary pieniężnej nakładanej przez prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (art. 56 ust. 1 pkt 17 Pr. en.). Zgodnie z art. 56 ust. 3 Pr. en. „wysokość kary pieniężnej (...) nie może przekroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym, a jeżeli kara pieniężna związana jest z działalnością prowadzoną na podstawie koncesji, wysokość kary nie może prze-

³⁰ Okoliczność ta natomiast sprawia, że lokalne rynki ciepła są podatne na występowanie na występowanie praktyk ograniczających konkurencję – I. Szwedziak-Bork, *Nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa ciepłownicze na lokalnych rynkach ciepła*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 4(5), s. 40. W zakresie potencjalnych działań antykonkurencyjnych zob. także decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 3 grudnia 2020 r. DOK-5/2020.

³¹ W praktyce przedmiotowy przepis ma na celu realizację świadczenia usługi powszechnej w sektorze ciepłowniczym.

³² Zob. K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2002, s. 1130 i nast.; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 238; R. Szczepaniak, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez spółki wykonujące zadania publiczne*, „Prawo Spółek” 1988, nr 11, s. 12 i nast.; A. Szpunar, *Glosa do orz. SN z 15.10.1997 r.*, III CKN 211/97, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 1998, Nr 3, poz. 63.

kroczyć 15% przychodu ukaranego przedsiębiorcy, wynikającego z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym”. Zasadniczo w świetle art. 32 ust. 3 Pr. en. przedsiębiorstwa zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją ciepła zobowiązane są do uzyskania koncesji z wyłączeniem przesyłania lub dystrybucji ciepła, jeżeli łączna moc zamówiona przez odbiorców nie przekracza 5 MW. Toteż potencjalna kara pieniężna wymierzana jest zazwyczaj w oparciu o przychód osiągnięty z działalności koncesjonowanej.

Podsumowanie

Niewątpliwie obowiązek świadczenia usług użyteczności publicznej stanowi przejaw ingerencji państwa w sferę wolności gospodarczej przedsiębiorstwa energetycznego. Z uwagi jednak na rolę tego rodzaju usług w zaspokajaniu zbiorowych potrzeb ludności oraz monopolistyczny charakter rynku ciepła, nałożenie przedmiotowych obowiązków wydaje się zasadne. Słusznie przy tym podnoszą Filip Elżanowski i Magdalena Czuba, że ze względu na brak możliwości zbudowania ogólnokrajowego systemu przesyłu ciepła „nie istnieje konieczność poddania ciepłownictwa tak ścisłej regulacji, jaka istnieje w stosunku do rynku energii elektrycznej”³³. Z drugiej strony, choć można odnieść wrażenie, że znaczenie sektora ciepłowniczego w Polsce w ostatnich latach spada, to trudno wyobrazić sobie, aby pozostawał on całkowicie poza regulacją o charakterze publicznoprawnym (jak ma to miejsce np. w Niemczech)³⁴. Nadal bowiem stanowi on ważne źródło energii gospodarstw domowych, co w zestawieniu z monopolistyczną strukturą rynku mogłoby narazić tych ostatnich na zachowania pozostające w sprzeczności z ich interesami.

Wykaz literatury

- Cherubin W., *Zasada TPA – ogólne przesłanki realizacji*, [w:] M. Okólski (red.), *Jaki model rynku energii?*, URE, Warszawa 2001.
- Elżanowski F., Czuba M., *Prawne i techniczne uwarunkowania rynku ciepła dostarczanego za pośrednictwem sieci i jego odrębność od elektroenergetyki*, [w:] F. Elżanowski, M. Sokołowski (red.), *Systemowe uwarunkowania sektorów strategicznych. Wnioski dla energetyki*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2011.
- Jeżowski P., *Problemy polskiego ciepłownictwa – stan obecny i kierunki zmian*, [w:] A. Chochołowski, F. Krawiec (red.), *Zarządzanie w energetyce. Koncepcje, zasoby*,

³³ F. Elżanowski, M. Czuba, op. cit., s. 92.

³⁴ Warto równocześnie zaznaczyć, że z uwagi na brak harmonizacji sektora ciepłowniczego na poziomie UE państwa członkowskie mogą zdecydować o wyjęciu go spod regulacji o charakterze publicznoprawnym i poddać go regulacji o charakterze cywilnoprawnym, jak np. Niemcy. Zob. szerzej W. Lisiewicz, *Podobieństwa i różnice w regulacji działalności ciepłowniczego w Polsce i w Niemczech. Czy ciepłownictwo to monopol naturalny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 7.

- strategie, struktury, procesy i technologie energetyki odnawialnej*, Difin, Warszawa 2008.
- Gola J., *Wykonywanie zadań o charakterze użyteczności publicznej przez jednostki samorządu terytorialnego a działalność gospodarcza*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, nr 3555.
- Kamiński J., Malik A., *Analiza krajowego sektora ciepłowniczego – stan obecny i kluczowe determinanty rozwoju*, „Zeszyty Naukowe IGSMiE” 2016, nr 92.
- Kosiński E., *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a reguły ochrony konkurencji w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, R. LXVII, z. 4.
- Kraśniewski M., *Dylematy sektora ciepła systemowego, czyli kilka słów o konkurencji i monopolu w ciepłownictwie*, „Internetowy Kwartalnik Prawa Antymonopolowego” 2020, nr 6(9).
- Krzykowski M., *Rozstrzyganie sporów pomiędzy deweloperem a przedsiębiorstwem energetycznym na tle umów przyłączeniowych*, [w:] M. Królikowska-Olczak, A. Bieranowski, J. Zięty (red.), *Działalność deweloperska w praktyce gospodarczego*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Łukasiewicz A., Rękas W., *Dotychczasowa praktyka realizacji zasady TPA*, [w:] M. Okólski (red.), *Jaki model rynku energii?*, URE, Warszawa 2001.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, C.H. Beck, Warszawa 2002.
- Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, PWN, Warszawa 1982.
- Szadok-Bratuń A., *Instytucja zawarcia małżeństwa „konkordatowego” przykładem nietypowej prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] J. Blicharz (red.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, seria: e-Monografie Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 16, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2012.
- Szczepaniak R., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez spółki wykonujące zadania publiczne*, „Prawo Spółek” 1988, nr 11.
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Swora M., Muras Z. (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, t. 1, wyd. drugie, 2016, Lex.
- Szpunar A., *Glosa do orz. SN z 15.10.1997 r., III CKN 211/97*, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 1998, nr 3.
- Szwedziak-Bork I., *Nadużywanie pozycji dominującej przez przedsiębiorstwa ciepłownicze na lokalnych rynkach ciepła*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016, nr 4(5).
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Wyd. Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Wierzbicki J., *Ekonomiczne aspekty reaktywowania samorządu terytorialnego w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, z. 2.
- Wojtkowiak A., *Użyteczność publiczna w gospodarce komunalnej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie, Seria: *Gubernaculum et Administratio*” 2006, z. IV.

Summary

Public utility services in the heating sector

Keywords: energy law, competition law, heating sector, public utility services, services of general interest.

Unlike the electricity or natural gas market, a characteristic feature of the heating sector is its local character. This is because the transport of heat for a long distance generates losses. Therefore, managing the areas of individual heating systems is determined by technical and economic conditions. Traditionally, public utility services are related to the supply of electricity or gas. Nevertheless, due to the role of heating in the Polish economy, also this sector should be treated as one in which such services are provided.

The study aims to analyze and evaluate the current legal regulations through the prism of public utility services in the Polish heating sector.

Marian Masternak

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-2671-9158

master@ukw.edu.pl

Administracyjnoprawny status zakładu karnego

Wprowadzenie

Zakłady karne są jednostkami organizacyjnymi, w których osoby skazane wyrokiem sądu odbywają karę pozbawienia wolności. Stanowią one jedną z podstawowych instytucji zapewniających wykonanie wyroków karnych, dlatego nie dziwi fakt, że pozostają w kręgu ciągłego zainteresowania nauki prawa karnego wykonawczego. Należy jednak zauważyć, że przedstawiciele tej nauki badają problematykę zakładów karnych głównie z punktu widzenia ich roli w wykonywaniu kary pozbawienia wolności, natomiast w mniejszym zakresie zajmują się statusem tych jednostek jako podmiotów przynależących do szeroko rozumianego aparatu administracji publicznej. W publikacjach z zakresu prawa karnego wykonawczego rzadko sięga się do piśmiennictwa z zakresu prawa administracyjnego¹, w którym zakłady karne traktowane są jako rodzaj zakładów publicznych (administracyjnych)², wykonujących tzw. administrację świadczącą. Celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby wykorzystania teorii zakładu publicznego do analizy problematyki zakładów karnych. Wydaje się, że uwzględnienie w badaniach nad tymi podmiotami aspektów administracyjnoprawnych stanowi istotne dopełnienie badań karnoprawnych, kryminologicznych czy socjologicznych i pozwala na pełniejsze ukazanie ich roli, zadań, organizacji oraz zasad funkcjonowania.

¹ Wyjątek w tym zakresie stanowi komentarz do Kodeksu karnego wykonawczego autorstwa Z. Hołdy i K. Postulskiego, w którym autorzy, charakteryzując status prawny zakładu karnego, nawiązali do teorii zakładu publicznego, wypracowanej w nauce prawa administracyjnego. Zob. Z. Holda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2008, Lex, komentarz do art. 68.

² E. Ochendowski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Toruń 2013, s. 263.

Zakład karny jako podmiot wykonujący administrację świadcząca

Punktem wyjścia do charakterystyki administracyjnoprawnego statusu zakładów karnych powinno być wskazanie ich usytuowania w systemie podmiotów wykonujących administrację publiczną. W niemieckiej nauce prawa administracyjnego prezentowany jest pogląd, według którego pierwotnym podmiotem administracji publicznej jest państwo³ i właśnie do niego należy wykonywanie zadań publicznych. Posiada ono pierwotną władzę zwierzchnią, gdyż swojego istnienia ani kompetencji nie wywodzi od żadnego innego podmiotu⁴. Państwo realizuje należące do niego zadania administracyjne częściowo w sposób bezpośredni przez swoje organy, a częściowo przez inne podmioty, do których należą zarówno osoby prawa publicznego, jak i prawa prywatnego. Osobami prawa publicznego są – oprócz państwa – jednostki administracyjne posiadające mniejszą lub większą samodzielność względem państwa. Wykonują one administrację publiczną na własną odpowiedzialność, jednak są związane z państwem. Ich istnienie zależy bowiem od woli państwa, działają na podstawie ustaw stanowiących przez organy państwa, a ponadto podlegają kontroli sprawowanej przez państwo⁵. Do tego rodzaju podmiotów w nauce prawa administracyjnego tradycyjnie zalicza się korporacje, zakłady i fundacje⁶. Wszystkie są traktowane jako pochodne podmioty administracji zdecentralizowanej⁷, określane także mianem pochodnych podmiotów administracyjnych⁸ albo podmiotów administracji pośredniej⁹. Wśród nich znajdują się zakłady publiczne, do których należą zakłady karne, będące przedmiotem tego opracowania.

Zakłady publiczne, nazywane też administracyjnymi¹⁰, stanowią swoiste podmioty administracji publicznej, które co do zasady nie są powoływane do pełnienia tradycyjnej funkcji władczej (porządkowo-reglamentacyjnej), lecz przede wszystkim do wykonywania tzw. administracji świadczącej. Polega ona na działaniach służących zapewnieniu obywatelom odpowiednich warunków życiowych oraz ich polepszeniu¹¹. Administracja świadcząca jest realizowana w takich dziedzinach, jak: infrastruktura techniczna (wodociągi, kanalizacja, obiekty sportowe itp.), oświata, wychowanie, szkolnictwo wyższe, opieka zdro-

³ Ibidem, s. 241.

⁴ Zob. H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeine Verwaltungsrecht*, tłum. K. Nowacki, Wrocław 2003, s. 230.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, s. 230–231.

⁷ E. Ochendowski, op. cit., s. 241.

⁸ Zob. H. Maurer, op. cit., s. 231.

⁹ E. Ochendowski, op. cit., s. 241.

¹⁰ Ibidem, s. 261.

¹¹ H. Maurer, op. cit., s. 84.

wotna, pomoc społeczna, kultura, bezpieczeństwo publiczne itd. Jak wskazuje się w literaturze, pojęcie administracji świadczącej pojawiło się już w latach 30. XX w. wraz z odejściem od koncepcji państwa jako „stróża nocnego”¹². Współcześnie administracja świadcząca jest mocno rozwinięta głównie w krajach realizujących koncepcję państwa socjalnego¹³.

Działania administracji publicznej, służące zaspokojeniu potrzeb obywateli, mogą być realizowane w sposób bezpośredni przez kierowanie do nich określonego wsparcia (np. wypłata zasiłków, stypendiów, zapomóg) albo w sposób pośredni przez oddanie do dyspozycji obywateli urządzeń komunalnych i rzeczy publicznych (np. parki, drogi, sieci wodociągowe, kąpieliska)¹⁴ lub przygotowanie odpowiednich urządzeń i instytucji publicznych służących zaspokajaniu potrzeb obywateli¹⁵. Jedną z takich instytucji powoływanych do realizacji administracji świadczącej są zakłady publiczne.

Gdy chodzi o pojęcie zakładu publicznego, to – jak podaje Eugeniusz Ochendowski, autor monografii poświęconej problematyce tej instytucji prawnej – pojawiło się ono w nauce prawa administracyjnego już w XIX w.¹⁶ Współcześnie przez zakład publiczny rozumie się względnie samodzielną jednostkę organizacyjną wyposażoną w zespół środków osobowych i rzeczowych, niebędącą organem państwowym ani samorządowym, która została powołana do wykonywania zadań publicznych i jest uprawniona do korzystania z władztwa zakładowego¹⁷. Do tak rozumianych zakładów publicznych należą m.in. zakłady lecznicze, szkoły, przedszkola, biblioteki publiczne, muzea, domy kultury, domy pomocy społecznej, zakłady weterynaryjne, izby wytrzeźwień, zakłady poprawcze, jak również zakłady karne, będące przedmiotem niniejszego opracowania.

¹² E. Ura, E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 42.

¹³ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 35.

¹⁴ E. Ochendowski, op. cit., s. 32.

¹⁵ H. Maurer, op. cit., s. 25 oraz J. Zimmermann, op. cit., s. 35.

¹⁶ E. Ochendowski, *Zakład administracyjny jako podmiot administracji państwowej*, Poznań 1969, s. 58; idem, *Organy administracji niezspolonej i zakłady administracyjne*, [w:] J. Jendrośka (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 2, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977, s. 308 i nast.

¹⁷ Zob. A. Wiktorowska, *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 99 oraz E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 262. Autor ten w monografii wskazanej w poprzednim przypisie zdefiniował pojęcie zakładu administracyjnego w znaczeniu formalnym i materialnym, jednak takie rozumienie tego pojęcia straciło aktualność po zmianach ustrojowych zapoczątkowanych w Polsce w 1989 r., stąd też w nowszych pracach autor dokonał odpowiedniej modyfikacji tej definicji.

Charakterystyka zakładów karnych jako zakładów publicznych

O zaliczeniu zakładów karnych do podmiotów mających status zakładu publicznego przesądzają następujące ich cechy:

1) są jednostkami organizacyjnymi niebędącymi organami państwowymi ani samorządowymi,

2) dysponują odpowiednim zasobem środków osobowych (funkcjonariusze więziennictwa i inni pracownicy) i rzeczowych (teren, budynki, wyposażenie itd.),

3) zostały powołane do wykonywania zadań publicznych (z zakresu resocjalizacji, bezpieczeństwa publicznego),

4) są uprawnione do korzystania z władztwa zakładowego.

O tym, że zakłady karne nie są organami (ani państwowymi, ani samorządowymi) przesądza głównie fakt, że chociaż są one powołane do wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, to jednak nie realizują ich na zewnątrz swojej struktury organizacyjnej, tak jak to czynią organy administracji, lecz w obrębie swojej organizacji, wobec pewnego z góry określonego kręgu osób poddanych trwale lub przejściowo władztwu zakładowemu¹⁸. Inną różnicą między zakładem publicznym i organem administracji jest to, że te ostatnie swoje podstawowe zadania realizują przy użyciu władczych form działania, głównie przez stanowienie aktów prawnych, natomiast zakład jest jednostką organizacyjną wykonującą usługi o szczególnym znaczeniu społecznym¹⁹, m.in. w dziedzinie infrastruktury technicznej, oświaty, wychowania, pomocy społecznej, ochrony zdrowia, porządku i bezpieczeństwa publicznego, kultury itp.²⁰ Różnica między organem i zakładem publicznym polega też na tym, że te pierwsze „organizują” realizację zadań publicznych, natomiast zakłady publiczne nie administrują, lecz bezpośrednio świadczą usługi na rzecz swoich użytkowników²¹. Zakład publiczny, w tym zakład karny, różni od organu administracji również i to, że wprawdzie jest jednostką organizacyjną powołaną do realizacji zadań z zakresu administracji publicznej, jednak – w przeciwieństwie do organu – nie dysponuje kompetencjami²². W teorii prawa administracyjnego utrwalony jest pogląd, że posiadanie kompetencji jest

¹⁸ W. Dawidowicz, *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, Warszawa 1974, s. 39; idem, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej*, Warszawa 1970, s. 98; J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, t. 1, z. 2, Kraków 1948, s. 354 i 357–358; E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 263.

¹⁹ A. Wiktorowska, op. cit., s. 99

²⁰ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 263.

²¹ J. Starościk, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 176.

²² Przez pojęcie kompetencji rozumie się „zespół uprawnień dotyczących określonego zakresu spraw, w których organ ma prawo, a z reguły obowiązek działania” – zob. E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 253.

niezbędnym elementem definicji pojęcia organu, obok wyodrębnienia organizacyjnego, działania w imieniu podmiotu publicznoprawnego (państwa lub jednostki samorządu terytorialnego) oraz możliwości korzystania z władztwa państwowego²³. Kompetencje posiadają organy zakładu publicznego, a nie zakład jako jednostka organizacyjna. Taką też koncepcję przyjęto w przepisach ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy²⁴ (dalej jako k.k.w.), w których zakładów karnych nie zaliczono do organów postępowania wykonawczego. Z treści art. 2 pkt 5 tego kodeksu jednoznacznie wynika, że organem takim jest dyrektor zakładu karnego, a nie zakład.

Zakłady karne, podobnie jak inne zakłady publiczne, są jednostkami organizacyjnymi wyodrębnionymi z aparatu administracyjnego, mającymi względną samodzielność. Funkcjonują one w ramach działu sprawiedliwość w rozumieniu ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej²⁵, którym kieruje Minister Sprawiedliwości. Przepis art. 68 k.k.w. *expressis verbis* przesądza o podległości zakładów karnych temu ministrowi. W myśl art. 72 § 1 k.k.w. zakładem karnym kieruje dyrektor, a wyodrębnionym oddziałem może kierować podlegający dyrektorowi kierownik. Dyrektor zakładu karnego, w ramach realizacji swoich zadań, może wydawać zarządzenia, instrukcje lub wytyczne²⁶. Pełni on podwójną funkcję – jest organem postępowania wykonawczego w rozumieniu przepisów k.k.w. oraz organem zakładu publicznego, jakim jest zakład karny. Działalność dyrektora zakładu karnego podlega nadzorowi sprawowanemu przez Dyrektora Generalnego Służby Więziennej oraz dyrektora okręgowego Służby Więziennej. Organy te mają prawo wkraczać w działalność dyrektora zakładu karnego w przypadkach określonych przepisami prawa. Według art. 78 § 2 k.k.w. mogą wydawać dyrektorom zakładów karnych polecenia niezbędne dla prawidłowego i praworządnego wykonywania kary pozbawienia wolności oraz realizowania kierunków pracy resocjalizacyjnej, a także uchylać wydane przez nich decyzje sprzeczne z prawem.

Na podstawie uregulowań prawnych dotyczących organizacji i zasad funkcjonowania zakładów karnych można stwierdzić, że spełniają one również drugie ze wskazanych wyżej kryteriów, przesądzających o zaliczeniu ich do kategorii zakładów publicznych. Są one bowiem – jak ujmowano to w nauce prawa administracyjnego już w okresie międzywojennym – zespołem środków osobowych i rzeczowych, zorganizowanych przez administrację publiczną i trwale z nią związanych, wydzielonych w jedną techniczną całość, przeznaczonych do indywidualnego użytkowania przez inne osoby uprawnione lub

²³ Ibidem, s. 244–245.

²⁴ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 53 ze zm.

²⁵ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1893 ze zm.

²⁶ Stanowi o tym art. 13 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1064), dalej jako u.s.w.

zobowiązane²⁷. W zakładach karnych ów zespół środków osobowych stanowią funkcjonariusze Służby Więziennej oraz inne osoby zatrudnione w tych jednostkach, które w myśl art. 78 § 1 k.k.w. są w zakładzie karnym podmiotami wykonującymi karę pozbawienia wolności²⁸, a na substrat rzeczowy składają się: określony teren, obiekty budowlane wraz z wyposażeniem technicznym i urządzeniami, oddane do dyspozycji tych jednostek²⁹. Istnienie odpowiednio zorganizowanego zespołu środków osobowych i rzeczowych jest niezbędnym warunkiem realizacji przez zakład karny nałożonych na ten podmiot zadań.

O zaliczeniu zakładów karnych do kategorii zakładów publicznych przesądza również to, że są one jednostkami organizacyjnymi powołanymi do wykonywania administracji świadczącej. W nauce prawa administracyjnego zakłady karne zwykle zalicza się do podmiotów powołanych do realizacji zadań z zakresu szeroko rozumianego bezpieczeństwa publicznego. Zapewniają one bowiem społeczeństwu ochronę przed sprawcami przestępstw oraz przestępstw skarbowych. Jednak, oprócz pełnienia funkcji ochronnej, zakłady karne, jako zakłady publiczne, prowadzą na rzecz osób odbywających karę pozbawienia wolności działalność polegającą na zapewnieniu im humanitarnych warunków bytowych, przestrzegania ich praw, poszanowania godności, opieki zdrowotnej i religijnej, a także realizowaniu celu kary pozbawienia wolności, jakim jest resocjalizacja skazanych³⁰ oraz przygotowanie ich do życia na wolności i ich readaptacja społeczna³¹. Następuje to przede wszystkim przez organizowanie pracy umożliwiającej zdobywanie kwalifikacji zawodowych, nauczania, zajęć kulturalno-oświatowych, zajęć z zakresu kultury fizycznej i sportu, podtrzymywanie kontaktów z rodziną i światem zewnętrznym oraz specjalistyczne oddziaływania terapeutyczne (art. 67 § 3 k.k.w.).

Zakładom karnym można przypisać też kolejną istotną cechę zakładu administracyjnego, jaką jest wykonywanie tzw. władztwa zakładowego. Przez to pojęcie rozumie się ogół uprawnień administracyjnych przysługujących or-

²⁷ T. Bigo, *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 178–179; W. Klonowiecki, *Zakład publiczny w polskim prawie*, Lublin 1933, s. 121.

²⁸ Jak podkreśla się w literaturze, karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym wykonują przede wszystkim funkcjonariusze Służby Więziennej, co wynika z faktu, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie określenia stanowisk w Służbie Więziennej, na których służbę mogą pełnić wyłącznie funkcjonariusze (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1946), tylko oni mogą pracować na niektórych stanowiskach związanych z wykonywaniem tej kary – J. Lachowski, *Komentarz do art. 78 k.k.w.*, [w:] J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2021, Legalis.

²⁹ Jak trafnie wskazuje się w literaturze, w przeciwieństwie do korporacji, dla której istnienia wystarczy substrat osobowy, dla istnienia zakładu publicznego niezbędny jest jeszcze zespół środków rzeczowych – I. Lipowicz, *Ustrój administracji publicznej*, [w:] M. Kallas, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, G. Szpor, *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, Warszawa 2002, s. 238–239.

³⁰ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2020, Lex, komentarz do art. 68.

³¹ Na ten aspekt celów kary pozbawienia wolności zwracają uwagę D. Gajdus, B. Gronowska, *Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami pozbawionymi wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1992, nr 2–3, s. 102.

ganom zakładu publicznego wobec jego użytkowników³². W doktrynie prawa administracyjnego charakter władztwa zakładowego jest różnie rozumiany. Niektórzy jej przedstawiciele uznają władztwo zakładowe za władztwo samostanne wynikające z samej istoty zakładu publicznego. Jak pisze Aleksandra Wiktorowska, za takim stanowiskiem przemawia fakt, że władztwo zakładowe w zakładzie państwowym jest takie samo, jak w zakładzie prywatnym³³. Według drugiego poglądu władztwo zakładowe należy traktować jako część władztwa państwowego. Tak rozumiane władztwo polega na upoważnieniu organów zakładu do stanowienia ogólnych oraz konkretnych aktów prawnych jednostronnie kształtujących stosunki prawne z użytkownikami zakładu oraz osobami, które znalazły się na terenie zakładu (takimi jak np. rodzice dziecka przebywający w szkole, osoby odwiedzające pacjentów w szpitalu czy w zakładzie karnym)³⁴ oraz na obowiązku poddania się przez użytkowników zakładu dyspozycjom jego organów³⁵. Nie ulega wątpliwości, że władztwo administracyjne rozumiane jako część władztwa państwowego jest stosunkowo intensywnie realizowane przez organy zakładu karnego. Odbywanie przez skazanych kary pozbawienia wolności w zakładach karnych opiera się na zasadach ściśle określonych w ustawie. Ich realizacja niewątpliwie wymaga stosowania jednostronnych i władczych form oddziaływania na użytkowników zakładów karnych. Znalazło to wyraz w treści art. 73 § 1 k.k.w., który nakazuje utrzymywanie w zakładzie karnym dyscypliny i porządku w celu zapewnienia bezpieczeństwa i realizacji zadań kary pozbawienia wolności, w tym ochrony społeczeństwa przed przestępczością. Realizacji tego zadania służy wyposażenie dyrektora zakładu karnego w kompetencje do ustalania porządku wewnętrznego zakładu (art. 73 § 2 k.k.w.), jak również ustanowienie funkcjonariuszy Służby Więziennej i pracowników zakładu karnego, w którym skazany przebywa, a także osób kierujących jego pracą lub innymi zajęciami, w zakresie wykonywanych przez nich czynności służbowych, przełożonymi skazanego (art. 72 § 2 k.k.w.). Pełnienie funkcji przełożonego oznacza prawo do wydawania poleceń jednostronnie wiążących skazanego. Funkcjonariuszom Służby Więziennej przyznano ponadto prawo do stosowania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej. Nie ulega zatem wątpliwości, że stosunki łączące zakład karny z jego użytkownikiem (skazanym) mają charakter administracyjnoprawny, co stanowi jedną z głównych cech przypisywanych w nauce prawa administracyjnego zakładom publicznym³⁶. Władztwo zakładowe realizowane przez dyrektora zakładu karnego i funkcjonariuszy Służby Więziennej rozciąga się również na osoby niebędące użytkownikami zakładu, lecz znajdującymi

³² E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 262.

³³ A. Wiktorowska, op. cit., s. 100.

³⁴ E. Ochendowski, *Prawo administracyjne...*, s. 262–263.

³⁵ J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2000, s. 158.

³⁶ A. Wiktorowska, op. cit., s. 99.

się na jego terenie. Władztwo takie określane jest w literaturze mianem władztwa porządkowego lub policją zakładową³⁷. Przykładowo osoby odwiedzające skazanych w zakładzie karnym mają obowiązek przestrzegać szczegółowych warunków i zasad odbywania widzeń, które na podstawie upoważnienia zawartego w art. 105a § 8 k.k.w. ustala dyrektor zakładu karnego. Warto zauważyć, że władztwo zakładowe realizowane jest nie tylko wobec osób, które odwiedzają skazanych, lecz również wobec wszystkich podmiotów ubiegających się o wstęp na teren zakładu lub opuszczających zakład, a nawet w pewnych sytuacjach wobec osób znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie zakładu karnego³⁸. Uprawnienia władcze przysługujące funkcjonariuszom Służby Więziennej wobec tych podmiotów szczegółowo regulują przepisy art. 18 u.s.w.

Cechą władztwa zakładowego jest to, że za naruszenie aktów stanowionych przez organy zakładu użytkownik zakładu publicznego może zostać ukarany karą dyscyplinarną. Takie też reguły obowiązują w zakładzie karnym. Według art. 142 § 1 k.k.w. skazany podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za zawinione naruszenie nakazów lub zakazów wynikających z ustawy, regulaminu lub innych przepisów wydanych na jej podstawie albo ustalonego w zakładzie karnym lub miejscu pracy porządku. Odpowiedzialność obejmuje również przekroczenia zawierające znamiona wykroczenia, chyba że wykroczenie popełnione zostało w czasie pobytu poza obrębem zakładu karnego. System kar dyscyplinarnych stosowanych wobec skazanych oraz zasady ich wymierzania i wykonywania szczegółowo określają przepisy Kodeksu karnego wykonawczego zawarte w oddziale 9 pt. „Kary dyscyplinarne”. Z uwagi na fakt, że korzystanie z usług zakładu karnego przez osoby skazane na karę pozbawienia wolności jest obowiązkowe, wśród tych kar nie ma usunięcia z zakładu karnego, co w typowych zakładach publicznych zwykle stanowi najsurowszą karę dyscyplinarną.

Charakteryzując administracyjnoprawny status zakładu karnego, należy zwrócić uwagę na sposób nawiązywania stosunku prawnego między użytkownikiem a tym zakładem. Z uwagi na ten sposób w nauce prawa administracyjnego wyróżnia się trzy kategorie zakładów:

- 1) ogólnodostępne (otwarte), w których użytkownikiem może być każdy, kto zastosuje się do regulaminu zakładu (np. biblioteki publiczne, muzea itp.),
- 2) o ograniczonym kręgu użytkowników, które dostępne są tylko dla osób spełniających określone wymogi (np. szkoły wyższe, zakłady lecznicze itp.),
- 3) zakłady, z których korzystanie przez określone kategorie osób jest obowiązkowe (np. szkoły podstawowe, izby wytrzeźwień, zakłady poprawcze,

³⁷ Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 83.

³⁸ Według art. 18 ust. pkt 4 u.s.w. funkcjonariusze Służby Więziennej wykonując czynności służbowe mają prawo do wzywania osób zakłócających spokój i porządek w bezpośrednim sąsiedztwie lub na terenie jednostki organizacyjnej, nawiązujących niedozwolone kontakty z osobami pozbawionymi wolności lub usiłujących bez zezwolenia funkcjonariuszy dostarczyć jakiegokolwiek przedmioty na teren jednostki organizacyjnej, do zaniechania takich zachowań.

zakłady odwykowe itp.)³⁹. Zakłady karne należą oczywiście do ostatniej kategorii zakładów publicznych.

Cechą szczególną, odróżniającą zakład karny od innych zakładów publicznych, jest podstawa prawna nawiązywania oraz rozwiązywania stosunku zakładowego, tj. stosunku prawnego między zakładem i jego użytkownikiem. W zakładach ogólnodostępnych stosunek taki zawiązuje się z momentem przystąpienia przez określoną osobę do korzystania z usług świadczonych przez zakład. Jednak wygaśnięcie stosunku zakładowego może nastąpić nie tylko na skutek zaprzestania korzystania z takich usług, lecz również na podstawie aktu indywidualnego pozbawiającego daną osobę prawa do korzystania z tych usług (np. w przypadku naruszenia obowiązującego w zakładzie regulaminu). W zakładach publicznych o ograniczonym kręgu użytkowników najczęściej stosunek zakładowy zawiązuje się na podstawie aktu jednostronnego wydanego przez organ zakładu na wniosek osoby ubiegającej się o przyjęcie w poczet użytkowników zakładu (np. przyjęcie kandydata na studia, pacjenta do szpitala itp.), chociaż podstawę dopuszczenia do korzystania z usług zakładowych może stanowić również umowa (np. w przypadku prowadzenia szkół, przedszkoli, zakładów leczniczych itp. przez podmioty prywatne). Rozwiązanie stosunku zakładowego następuje w takich przypadkach w tym samym trybie, jak jego zawiązanie. Natomiast w przypadku zakładów publicznych, z których korzystanie jest obowiązkowe, podstawę nawiązania stosunku zakładowego mogą stanowić różne akty, np. może to być zapisanie dziecka do szkoły podstawowej przez rodziców, decyzja dyrektora izby wytrzeźwień lub kierownika placówki bądź komendanta jednostki Policji albo upoważnionego pracownika izby wytrzeźwień o zatrzymaniu osoby w tej izbie, decyzja o zatrzymaniu lub tymczasowym aresztowaniu osoby. Z wyjątkiem pierwszego przykładu, w przypadku omawianej tutaj kategorii zakładów podstawą zawiązania stosunku zakładowego są akty jednostronne wydane przez właściwe organy niezależnie od woli użytkownika zakładu. Dotyczy to również zakładu karnego, przy czym szczególnym rozwiązaniem jest to, że podstawę odbywania kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym stanowi wyrok sądu, a przyjęcie do zakładu karnego odbywa się w ten sposób, że najpierw sąd wzywa skazanego do stawienia się w wyznaczonym terminie w areszcie śledczym, położonym najbliższej miejsca jego stałego pobytu, albo zarządza doprowadzenie skazanego bez wezwania, natomiast przeniesienie skazanego z aresztu śledczego do właściwego zakładu karnego następuje po decyzji klasyfikacyjnej komisji penitencjarnej (art. 79 k.k.w.).

Kolejną cechą zakładów karnych jest to, że mają one status podmiotów państwowych. W przeciwieństwie do innych zakładów publicznych, które mogą być zarówno jednostkami państwowymi, jak i niepaństwowymi (samorządo-

³⁹ E. Ochendowski, *Organy administracji...*, s. 329.

wymi lub prywatnymi, np. szkoły, przedszkola zakłady lecznicze, domy pomocy społecznej itp.), zakłady karne mają w Polsce status podmiotów wyłącznie państwowych⁴⁰. Są one tworzone i zarządzane przez organy państwa oraz finansowane ze środków budżetowych. W myśl przepisów Kodeksu karnego wykonawczego zakłady karne tworzy i znosi w drodze zarządzenia Minister Sprawiedliwości, natomiast ich przeznaczenie określa Dyrektor Generalny Służby Więziennej. Z kolei tworzenie i znoszenie zakładów karnych dla odbywających karę aresztu wojskowego następuje w drodze zarządzenia Ministra Sprawiedliwości wydanego w porozumieniu z Ministrem Obrony Narodowej (art. 72 § 5 k.k.w.).

Charakteryzując status zakładu karnego, warto zwrócić uwagę, że są one zarządzane przez centralne organy państwowe. Nie występuje w Polsce kategoria zakładów karnych funkcjonujących jako zakłady terenowe, jak ma to miejsce w przypadku wielu innych zakładów publicznych (np. szkół podstawowych i ponadpodstawowych, przedszkoli, żłobków, zakładów leczniczych, domów opieki społecznej itp.) zarządzanych przez organy terenowe⁴¹. Jak już wcześniej zaznaczono, zakłady karne podlegają Ministrowi Sprawiedliwości, któremu przysługują kompetencje w zakresie tworzenia i znoszenia tych jednostek, sprawowania funkcji zwierzchnich wobec Dyrektora Generalnego Służby Więziennej, a także wydawania rozporządzeń i zarządzeń na podstawie upoważnień zawartych w Kodeksie karnym skarbowym⁴². Ministrowi Sprawiedliwości podlega również Służba Więzienna, będąca umundurowaną i uzbrojoną formacją powołaną do realizacji wskazanych w ustawie o Służbie Więziennej zadań w zakresie wykonywania tymczasowego aresztowania oraz kar pozbawienia wolności i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności (art. 2 u.s.w). Istotną rolę w zarządzaniu zakładami karnymi odgrywa Dyrektor Generalny Służby Więziennej, będący organem centralnym podległym Ministrowi Sprawiedliwości. Kieruje on Centralnym Zarządem Służby Więziennej oraz wszystkimi jednostkami organizacyjnymi Służby Więziennej⁴³,

⁴⁰ Na marginesie warto zauważyć, że w niektórych krajach (w najszerszym zakresie w Australii i w USA) funkcjonują więzienia prywatne, natomiast w Polsce toczy się dyskusja dotycząca zasadności budowy i prowadzenia zakładów penitencjarnych przez podmioty prywatne bądź przez administrację publiczną w oparciu o partnerstwo publiczno-prywatne. Kwestie te były przedmiotem interpelacji poselskich – zob. Interpelacja z dnia 7 grudnia 2009 r. nr 13509 do Ministra Sprawiedliwości w sprawie możliwości zmiany obowiązujących regulacji prawnych w takim kierunku, aby umożliwić powstawanie zakładów penitencjarnych prowadzonych przez podmioty prywatne, Sejm VI kadencji, <https://sejm.gov.pl> (data dostępu: 14.01.2022) oraz Interpelacja nr 1430 do Ministra Sprawiedliwości w sprawie budowy więzień w ramach partnerstwa prywatno-publicznego, Sejm V kadencji, <https://sejm.gov.pl> (data dostępu: 14.01.2022).

⁴¹ W nauce prawa administracyjnego wyróżnia się zakłady publiczne zarządzane centralnie oraz zakłady terenowe – zob. E. Ochendowski, *Organy administracji...*, s. 326–327.

⁴² S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2020, Legalis, komentarz do art. 68,

⁴³ W myśl art. 8 ust. 1 u.s.w. są nimi: 1) Centralny Zarząd Służby Więziennej, 2) okręgowe inspektoraty Służby Więziennej, 3) zakłady karne i areszty śledcze, 4) uczelnia Służby Więziennej,

w tym zakładami karnymi, oraz pełni funkcję przełożonego wszystkich funkcjonariuszy Służby Więziennej.

Zakład karny, tak samo jak inne zakłady publiczne, ma swoje organy. Obowiązują w tym zakresie rozwiązania prawne typowe dla zakładów publicznych. Kierownictwo zakładem karnym należy do organu monokratycznego, jakim jest jego dyrektor. Ponadto w jednostkach tych funkcjonują organy kolegialne w postaci komisji penitencjarnych, w skład których wchodzi funkcjonariusze Służby Więziennej i pracownicy tego zakładu powołani przed dyrektora zakładu. Do zadań tego organu należy podejmowanie rozstrzygnięć oraz wyrażanie opinii w sprawach odbywania kary pozbawienia wolności wskazanych w art. 76 ust. 1 k.k.w. Dyrektor zakładu karnego może powoływać także inne organy kolegialne, również z udziałem osób spoza zakładu. Zadaniem takich organów jest podejmowanie działań związanych z oddziaływaniem na skazanych, w szczególności z organizacją ich zatrudnienia i przygotowywaniem do zwolnienia oraz ze współpracą z instytucjami, organizacjami, stowarzyszeniami i fundacjami, świadczącymi pomoc skazanym i ich rodzinom.

Nawiązując do znanego w nauce prawa administracyjnego podziału zakładów publicznych na samoistne (posiadające osobowość prawną) oraz niesamoistne (niemające osobowości prawnej)⁴⁴, można stwierdzić, że zakłady karne należą do drugiej z wymienionych kategorii zakładów. W przeciwieństwie do zakładów publicznych samoistnych (autonomicznych), będących osobami prawnymi (są nimi np. uczelnie⁴⁵ czy też samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej⁴⁶), zakłady karne nie mają osobowości prawnej, lecz są jednostkami budżetowymi. Nie mogą zatem występować we własnym imieniu w obrocie cywilnoprawnym. Mają jednak podmiotowość w sferze stosunków administracyjnoprawnych.

Podsumowanie

Zakłady karne są podmiotami administracji publicznej powoływanymi do wykonywania administracji świadczącej z zakresu szeroko rozumianego bezpieczeństwa publicznego. Przedstawiona w artykule analiza administracyjnoprawnego statusu zakładów karnych pozwala na stwierdzenie, że należą one do podmiotów administrujących mających wszystkie typowe cechy zakładów

5) Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej oraz ośrodki szkolenia Służby Więziennej i ośrodki doskonalenia kadr Służby Więziennej.

⁴⁴ E. Ochendowski, *Organy administracji...*, s. 327.

⁴⁵ Przepis art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 574 ze zm.) *expressis verbis* stanowi, że uczelnia posiada osobowość prawną.

⁴⁶ Według art. 50a ust. 2 zd. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2001 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 633 ze zm.) z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej uzyskuje osobowość prawną.

publicznych (administracyjnych), a jednocześnie można im przypisać pewne cechy swoiste, odróżniające je od innych tego rodzaju jednostek organizacyjnych administracji publicznej. Podobnie jak wszystkie zakłady publiczne, zakłady karne są podmiotami niebędącymi organami państwowymi ani samorządowymi, dysponującymi odpowiednim zasobem środków osobowych i rzeczowych, wyposażonymi w prawo do korzystania z władztwa zakładowego, wykonującymi zadania z zakresu administracji świadczącej. W przypadku zakładów karnych są to zadania z zakresu bezpieczeństwa publicznego, polegające na zapewnieniu społeczeństwu ochrony przed sprawcami przestępstw i przestępstw skarbowych oraz na resocjalizacji skazanych. Przedmiot i charakter tych zadań stanowi jedną z podstawowych cech zakładów karnych odróżniających te podmioty od innych zakładów publicznych. Specyfika zakładów karnych polega również na tym, że są one zakładami administracyjnymi o ograniczonym kręgu użytkowników, a ponadto korzystanie z nich ma charakter przymusowy. Swoistą cechą tych podmiotów jest także i to, że stosunek zakładowy między zakładem a ich użytkownikami nawiązuje się na podstawie orzeczenia sądu. Od innych rodzajów zakładów publicznych zakłady karne różnią się ponadto tym, że organom zakładu i funkcjonariuszom Służby Więziennej przysługuje władztwo zakładowe, obejmujące prawo stosowania wobec skazanych środków umożliwiających bardziej intensywne niż w innych zakładach publicznych oddziaływanie na zachowania się użytkowników, co jest uzasadnione koniecznością utrzymywania w zakładzie karnym dyscypliny i porządku. Wśród cech charakterystycznych zakładów karnych należy wymienić również to, że podmioty są jednostkami państwowymi, zarządzanymi centralnie przez organy administracji rządowej. Wydaje się, że analiza wskazanych cech zakładów karnych, przeprowadzona przy wykorzystaniu teorii zakładu publicznego (administracyjnego), stanowi istotne dopełnienie badań karnoprawnych, kryminologicznych czy socjologicznych prowadzonych nad tymi podmiotami.

Wykaz literatury

- Bigo T., *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Wyd. Kasy im. Mianowskiego, Warszawa 1928.
- Boć J. (red.), *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.
- Dawidowicz W., *Wstęp do nauk prawno-administracyjnych*, PWN, Warszawa 1974.
- Dawidowicz W., *Zagadnienia ustroju administracji państwowej*, PWN, Warszawa 1970.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2020, Lex, komentarz do art. 68.
- Gajdus D., Gronowska B., *Międzynarodowe standardy postępowania z cudzoziemcami pozbawionymi wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1992, nr 2–3.
- Maurer H., *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeine Verwaltungsrecht*, tłum. K. Nowacki, Kolonia Limited, Wrocław 2003.
- Holda Z., Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2008, Lex.

- Interpelacja nr 1430 do Ministra Sprawiedliwości w sprawie budowy więzień w ramach partnerstwa prywatno-publicznego, Sejm V kadencji, <https://sejm.gov.pl>.
- Interpelacja z dnia 7 grudnia 2009 r. nr 13509 do ministra sprawiedliwości w sprawie możliwości zmiany obowiązujących regulacji prawnych w takim kierunku, aby umożliwić powstawanie zakładów penitencjarnych prowadzonych przez podmioty prywatne, Sejm VI kadencji, <https://sejm.gov.pl>.
- Klonowiecki W., *Zakład publiczny w polskim prawie*, Biblioteka KUL, Lublin 1933.
- Lachowski J. (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2021, Legalis.
- Langrod J.S., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, t. 1, z. 2, Księgarnia S. Kamińskiego, Kraków 1948.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, 2020, Legalis, komentarz do art. 68.
- Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, PWN, Warszawa 2004.
- Lipowicz I., *Ustrój administracji publicznej*, [w:] M. Kallas, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, G. Szpor, *Prawo administracyjne. Część ustrojowa*, PWN, Warszawa 2002.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, TNOiK, Toruń 2013.
- Ochendowski E., *Zakład administracyjny jako podmiot administracji państwowej*, Wyd. Nauk. UAM, Poznań 1969.
- Ochendowski E., *Organy administracji niezespolonej i zakłady administracyjne*, [w:] J. Jendrośka (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 2, Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1977.
- Starościak J., *Prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1978.
- Ura E., Ura E., *Prawo administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Wiktorowska A., *Podstawowe pojęcia teoretyczne w nauce prawa administracyjnego*, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

Summary

The administrative and legal status of a prisons

Keywords: administrative entities, administrative establishments, penal establishment, system of prison organization.

The aim of the article is to analyze the legal position of prisons as entities established to perform administration providing services in the field of public security. The considerations contained in the work confirm the thesis that these entities have all the features of public (administrative) establishments, therefore, to fully present their role, tasks, organization, and principles of operation, it is worth referring to the achievements of the theory of an administrative establishment. Considering administrative and legal aspects in research on the issues of prisons is a significant complement to criminal law, criminological and sociological research.

Olga Sitarz

Uniwersytet Śląski w Katowicach

ORCID: 0000-0002-2075-3507

olga.sitarz@us.edu.pl

Postulowany model podejmowania decyzji kryminalizacyjnej odnoszącej się do zachowań naruszających dobro małoletniego

„(...) Każde dziecko jest unikalną i wartościową istotą ludzką, której przysługuje w związku z tym prawo do poszanowania i ochrony jej godności osobistej, szczególnych potrzeb, interesów i prywatności”¹.

W doktrynie prawa karnego często stawiana jest teza, że tam, gdzie wchodzi w grę ochrona dobra o charakterze fundamentalnym ani zasada subsydiarności prawa karnego, ani kryterium kosztów kryminalizacji nie stanowi dostatecznej racji dla rezygnacji z ochrony prawnokarnej², a społeczna potrzeba odpłaty nie pozwala na rezygnację z represji karnej³. Pytanie, na które w niniejszej publikacji autorka poszukuje odpowiedzi, brzmi: czy do takich dóbr o charakterze fundamentalnym, uzasadniającym rezygnację z kryterium kosztów, należy dobro dziecka?⁴ Zarówno bowiem w mediach, jak i piśmiennictwie „dobrem dziecka” uzasadnianych jest wiele postulatów kryminalizacyjnych; po taki argument sięgają też politycy⁵ i wreszcie sam ustawodawca

¹ Wytoczne Narodów Zjednoczonych dotyczące wymiaru sprawiedliwości w sprawach, w których ofiarami lub świadkami przestępstw są dzieci (ECOSOC Res 2005/20, 22 lipca 2005 r.), ust. III.8.a i I.6.

² M. Gałązka, *Glosa do uchwały SN z dnia 26 października 2006 r., IKZP 18/06*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 2, s. 98–109.

³ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 137.

⁴ Szerzej o problemie terminologii odnoszącej się do najmłodszych ofiar: O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, *The Concept of Child and its Legal Synonyms in Polish Criminal Law*, „International and Comparative Law Review” 2021, vol. 21, issue 1, s. 211–226.

⁵ Por. przykładowo wypowiedź Ministra Sprawiedliwości Prokuratora Generalnego Zbigniewa Ziobry, który przekonywał: „Chodzi o sprawców gwałtów zbiorowych czy pedofili, dlatego jednym z głównych założeń reformy kodeksu karnego jest podniesienie najniższych wymiarów kary. Ci, którzy krzywdzą najbardziej bezbronnych, niewinnych, muszą się liczyć z surowymi wyrokami” –

(a wcześniej projektodawca⁶). Historia zaś myśli karnistycznej dowodzi, że można mówić o tendencji poszerzania kryminalizacji zachowań, podejmowanych przeciwko dzieciom⁷.

W powszechnym odczuciu taka postawa jest właściwa⁸, tym bardziej że niemal automatycznie myśli się o ogromnych krzywdach, np. zgwałceniu lub zabójstwie dziecka. Krzywda małoletniego to jednak nie tylko naruszenie dobra w postaci życia lub integralności cielesnej (seksualnej). Krzywdą może stać się zachowanie pozornie błahe, ale też naruszające dobro dziecka. Czy każde takie zachowanie powinno być objęte karalnością? Jakie powinny być kryteria podejmowania decyzji w tym zakresie?

Równocześnie nie można tracić z pola widzenia zagadnienia pozytywnych obowiązków państwa w zakresie ochrony dóbr prawnych. W opinii Trybunału Europejskiego podstawową cechą pozytywnych obowiązków jest to, że w praktyce wymagają one od władz krajowych podjęcia niezbędnych środków w celu ochrony prawa, a dokładniej – przyjęcia rozsądnych i odpowiednich środków w celu ochrony praw jednostki. Takie pozytywne obowiązki odnoszą się do ochrony życia, prywatności i życia rodzinnego, pluralizmu światopoglądowego oraz praw ekonomicznych, socjalnych i kulturowych⁹. Jednak i na tej płaszczyźnie formułowane są słuszne zarzuty, że polityka kryminalna Unii Europejskiej jest punitywne, nie zawsze zgodna z zakładanymi w kraju funkcjami prawa karnego¹⁰.

Zmiany w Kodeksie karnym. Ziobro: Zaostrzamy kary dla najgroźniejszych przestępców, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8352387,kodeks-karny-zmiany-ziobro-zaostrzeniekar.html> (data dostępu: 29.05.2022).

⁶ „Zdaniem Prezydenta RP ochrona dóbr dziecka, polegająca na walce z przestępczością w nie wymierzona, w szczególności ochrona przed grożącą im przestępczością seksualną, powinna mieć najwyższy priorytet, a proponowana nowelizacja przyczyni się do zwiększenia karnoprawnej ochrony małoletnich ofiar przestępstw” – *Prezydencki projekt zwiększający ochronę dzieci*, <https://www.prezydent.pl/prawo/wniesione-do-sejmu/prezydencki-projekt-zwiekszajacy-ochrone-dzieci,25614> (data dostępu: 29.05.2022).

⁷ O. Sitarz, *Ewolucja karnoprawnych przepisów kryminalizujących zachowania przeciwko dzieciom w polskich kodeksach karnych XX wieku*, [w:] A. Lityński, A. Matan, M. Mikołaczyk, D. Nawrot, G. Nanca (red.), *Verus amicus rara avis est. Studia poświęcone pamięci Wojciecha Organisciaka*, Katowice 2020, s. 713–727, https://wydawnictwo.us.edu.pl/sites/wydawnictwo.us.edu.pl/files/wus_2019_verus_amicus_rara_avis_est.pdf.

⁸ Przykładowo 77% badanych przez TNS OBOP zgadza się ze zdaniem: „Prawo w Polsce słabo chroni dzieci, które są ofiarami przemocy w rodzinie”. Z tą tezą zgadza się cztery piąte (80%) pedagogów szkolnych i pracowników socjalnych, prawie trzy czwarte (72%) pracowników służby zdrowia, siedem dziesiątych (70%) kuratorów oraz 69% policjantów – *Krzywdzenie dzieci w Polsce. Raport*, Warszawa 2008, s. 6 i 43.

⁹ J.-F. Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Handbooks, Council of Europe” 2007, no. 7, s. 7, <https://rm.coe.int/168007ff4d> (data dostępu: 29.05.2022).

¹⁰ J. Długosz, *W sprawie europeizacji prawa karnego*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, s. 104.

Takie postawy niosą niebezpieczeństwo nadużywania argumentu dobra dziecka dla wzmocnienia represyjności prawa karnego¹¹. To m.in. „łatwy” argument polityczny, który wykorzystywany jest w populizmie penalnym. Jak również wskazuje Ewa Bieńkowska, wielu badaczy upatruje niebezpieczeństwa w domaganiu się przez ich przedstawicieli zaostrzenia polityki karnej w imię czystego odwetu za uczynione zło. I rzeczywiście, tendencja taka bardzo wyraźnie dawała i nadal daje o sobie znać. Szczególnym jej przejawem są amerykańskie akty prawne o tytułach zawierających imię albo imię i nazwisko ofiary, z reguły małoletniej, której tragiczny los stał się impulsem do ich przyjęcia¹².

Powyższe konstatacje każą zatem przyjrzeć się procesowi podejmowania decyzji kryminalizacyjnej odnośnie do zachowań naruszających dobro dziecka.

Oczywiście w polskiej literaturze przedmiotu mamy już dwa monumentalne dzieła dotyczące procesu kryminalizacji. Lech Gardocki¹³ i Jan Kulesza¹⁴ wytyczyli szlak naukowych rozważań, budując bazę do analiz szczegółowych. Przypomnieć tylko należy, że w ujęciu L. Gardockiego cele racjonalnej kryminalizacji to ochrona dobra prawnego, utwierdzenie postaw moralnych, rozładowywanie napięć społecznych, kryminalizacja symboliczna, kryminalizacja uproszczona, kryminalizacja doktrynalna, kryminalizacja dyscyplinująca¹⁵. Zaś racjonalna decyzja kryminalizacyjna, według tego autora, powinna być oparta o specyficzny, szczegółowy algorytm, który uwzględni przesłanki bezwzględne i względne¹⁶. Natomiast zdaniem J. Kuleszy podejmowanie wspomnianej decyzji powinno obejmować pięć etapów: stwierdzenie w rzeczywistości społecznej zachowania odbieranego przez społeczeństwo jako niebezpieczne dla dóbr prawnych, czyli naruszającego je bądź narażającego w stopniu przekraczającym akceptowane granice, rozważenie kwestii konieczności reakcji prawnokarnej, ocena przydatności ustanowienia normy sankcjonującej, ocena proporcjonalności reakcji prawnokarnej, możliwość ujęcia zakazu w sposób uwzględniający zasady prawa karnego, z zasadą *nullum crimen sine lege* na czele¹⁷. Ciekawą koncepcję formułuje Elżbieta Hryniewicz, wyróżniając pięć aspektów spójności ochrony dóbr prawnych przez prawo karne, które należy recypować na grunt teorii kryminalizacji dla oceny projektowanej normy sank-

¹¹ Ponownie wypowiedź Ministra Sprawiedliwości Prokuratora Generalnego Z. Ziobry: „(...) W Polsce w zakładach karnych są osoby, które ponownie dopuściły się jednego z najcięższych przestępstw, czyli zabójstwa. Jeśli damy takim osobom szansę, to one z dużym prawdopodobieństwem znów kogoś zabiją, a są przypadki, że mordowane są dzieci” – *Zmiany w Kodeksie karnym...*

¹² E. Bieńkowska, *Wiktymologia*, Warszawa 2018, s. 235.

¹³ L. Gardocki, op. cit.

¹⁴ Szerzej: J. Kulesza, *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Łódź 2017.

¹⁵ L. Gardocki, op. cit., s. 78–83.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ J. Kulesza, *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12, passim.

cjonowanej. Jest to spójność systemowa, wymagająca ciągłości ochrony dóbr, przy uwzględnieniu założeń aksjologicznych całego systemu prawa. Mianowicie, spójność jako konsekwentność ochrony, wymagająca rozszerzenia kryminalizacji na nowe zachowania naruszające bądź narazające dobro prawne w stopniu porównywalnym do zachowań skryminalizowanych. Dalej, spójność na gruncie międzynarodowym, nakazująca przenoszenie zakresu ochrony dobra przyjętego jako standard na gruncie międzynarodowym do krajowego prawa karnego. Wreszcie, spójność w zakresie kar grożących za zamachy zbliżonego rodzaju na określone dobra prawne¹⁸.

Mając na uwadze inne wypowiedzi przedstawicieli doktryny, do tak opisanego procesu decyzyjnego należy dopowiedzieć kilka dodatkowych założeń ogólnych.

Obecnie nie budzi już wątpliwości, że zobowiązania międzynarodowe nie zwalniają z badania zasadności kryminalizacji, tym bardziej że one są albo ogólnikowe, albo odwołują się do osiągnięcia określonego skutku (a nie zakresu kryminalizacji), a czasem nawet nie wyznaczają reżimu odpowiedzialności¹⁹.

Wydaje się także, że powszechnie uznawane kryterium konstytucyjne, na czele z zasadą proporcjonalności, nie jest przesądzającą przesłanką kryminalizującą. Test proporcjonalności pozwala ocenić podjętą decyzję kryminalizacyjną na płaszczyźnie ważenia dóbr przy zastosowaniu ściśle określonych (art. 31 ust 3 Konstytucji) kryteriów. Wadliwe zatem regulacje lub założenia ustawy zasadniczej mogą spowodować powielanie błędu. Wspomniany test nie wykaże także braku niezbędnej kryminalizacji.

Trudno się też zgodzić z tezą prezentowaną przez Kazimierza Buchałę i Andrzeja Zolla, że „potrzeba wprowadzenia karalności zachowania dotychczas niepodlegającego odpowiedzialności karnej wymaga innego uzasadnienia od uzasadnienia utrzymywania nadal karalności jakiegoś zachowania. W pierwszym przypadku to uzasadnienie musi być mocniejsze”²⁰. Utrzymanie istniejącego zakazu wymaga równie silnej argumentacji, jak jego wprowadzenie. Wynika to chociażby z faktu, że rozwój nauki, zmiany społeczno-kulturowe mogą dezaktualizować „stary” zakaz/nakaz.

Mając zaś na uwadze, że o tworzeniu przepisów karnych i ich zasadności wypowiadają się politycy, dziennikarze, działacze społeczni, dodać należy, iż brak zakazu/nakazu określonego zachowania to również decyzja kryminalizacyjna, która powinna mieć równie silne uzasadnienie w przypadku stwierdzenia, że określone zachowanie wyrządza szkodę w dobrach prawnych.

¹⁸ E. Hryniewicz, *Spójność ochrony dóbr prawnych w dobie nowelizacji*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011, s. 62.

¹⁹ J. Hanc, *O znaczeniu prawa unijnego dla stanowienia i wykładni wewnętrznego prawa karnego materialnego*, [w:] I. Topa, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Międzynarodowe i europejskie prawo karne: osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, Katowice 2015, s. 193–211.

²⁰ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 15.

Wskazane ogólne założenia podejmowania decyzji kryminalizacyjnej muszą być zestawione z miejscem dziecka w systemie prawa. Dzisiaj już nikt nie kwestionuje jego podmiotowości, warto jednak wskazać przyczyny szczególnego spojrzenia na dziecko jako na odrębny podmiot prawa. Szczególne regulacje dotyczące osób małoletnich, na płaszczyźnie praktycznie wszystkich gałęzi prawa, wynikają z trzech zasadniczych cech dzieciństwa:

- niedojrzałości fizycznej, intelektualnej, emocjonalnej i społecznej dziecka,
- jego niepełnej samodzielności w tych obszarach,
- zależności od osób dorosłych (przez bardzo długi czas)²¹.

Już te cechy pozwalają na postawienie tezy, że również w obszarze prawa karnego materialnego dzieciństwo, jako okres w życiu człowieka, wymaga szczególnego traktowania, a proces kryminalizacji zachowań naruszających dobro dziecka – szczególnej uwagi.

Punktem wyjścia dalszych rozważań dotyczących decyzji kryminalizacyjnych jest zasada bilansowania zysków i strat wynikających z kryminalizacji, bowiem to w tym miejscu teoria kryminalizacji powinna zostać uzupełniona o zagadnienie karnoprawnej ochrony małoletniego. L. Gardocki pozytywny rachunek kosztów i strat związanych z kryminalizacją umieszcza wśród bezwzględnych przesłanek kryminalizacji, jego brak – zdaniem autora – uniemożliwia podjęcie decyzji o kryminalizacji²². Natomiast A. Zoll zaznacza, że „w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej kryminalizację lub ją znoszącą powinien być przedstawiony bardzo dokładny obraz konfliktu wartości lub dóbr oraz bilansu zysków i strat związanych z wprowadzeniem ustawy w życie”²³. Odnośnie tego zagadnienia najczęściej wskazywane są, z jednej strony, dobra prawne ulegające uszczerbkowi oraz stopień jego zagrożenia bądź naruszenia, zaś z drugiej – koszty kryminalizacji, do których zaliczana jest ingerencja w prawa i wolności (potencjalnego) sprawcy²⁴. Jednak kryminologia, a zwłaszcza wiktymologia nakazuje na koszty (i cały wspomniany bilans) spojrzeć dużo szerzej.

Zdecydowanie należy podkreślić, że bilans zysków i strat w przypadku kryminalizowania zachowań naruszających lub narażających dobro dziecka²⁵ składa się z trzech elementów, przy czym pozycja „straty” to dwa odrębne zagadnienia. Bilans musi zatem uwzględniać: 1) zyski w postaci zapobieżeniu dalszej lub innej wiktymizacji oraz 2) straty ponoszone przez (potencjalnego) sprawcę w postaci naruszenia jego wolności, a także 3) straty ponoszone przez

²¹ Por. E.R. Hilgard, *Wprowadzenie do psychologii*, Warszawa 1972, s. 101.

²² L. Gardocki, op. cit., s. 203–206.

²³ A. Zoll, [w:] Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego*, seria: System Prawa Karnego, t. 2, Warszawa 2011, s. 236. Szerzej por. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 10.

²⁴ J. Kulesza, *Zarys teorii...*, s. 95 i 106 oraz W. Wolter, *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 2, s. 235.

²⁵ Oczywiście taka konstrukcja odnosi się nie tylko do dzieci.

dziecko jako efekt zastosowania reakcji prawnokarnej wobec sprawcy (wikty-mizacja wtórna i „relacyjna”).

Nie ma wątpliwości, że w powyższym bilansie pozycja „zyski” umacnia postawę kryminalizacyjną, dostarczając argumentacji za wprowadzeniem lub zaostrzeniem zakazu karnego. W przypadku ofiary dziecięcej możemy mówić nie tylko o wikty-mizacji pierwotnej²⁶, ale wręcz dziecięcej²⁷. I to właśnie wymienione wcześniej cechy dzieciństwa powodują, że dziecko jest szczególnie podatne na krzywdę – zaliczane jest do kategorii *vulnerable persons*.

Wikty-mizacja dziecięca, w przekonaniu autorki niniejszego artykułu, charakteryzuje się następującymi cechami:

- krzywdę wyrządzić może zachowanie, które dorosłej osobie szkody nie wyrządza (np. podawanie alkoholu²⁸),
- krzywdą jest samo zaniedbanie dziecka – niezaspokajanie potrzeb przez osoby zobowiązane²⁹, ponieważ zaniedbanie potrzeb może blokować dalszy rozwój³⁰,
- krzywda dziecka ma większe i szersze rozmiary, a przy tym trwa dłużej (niż w przypadku osoby dorosłej), czasem przez całe życie³¹,

²⁶ Złożony pourazowy zespół stresu (złożony syndrom pourazowy – *Post Traumatic Stress Disorders* – PTSD) opisany został m.in. przez J. Lewis Herman, *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, Gdańsk 1998, s. 130–133. Por. także: Ch.R. Figley, *Victimization, Trauma, and Traumatic Stress*, „The Counseling Psychologist” 1988, vol. 16, issue 4, s. 635–641, <https://doi.org/10.1177/0011000088164005> oraz I.L. McCann, D.K. Sakheim, D.J. Abrahamson, *Trauma and Victimization: A Model of Psychological Adaptatio*, „The Counseling Psychologist” 1988, vol. 16, issue 4, s. 531–594, <https://doi.org/10.1177/0011000088164002>.

²⁷ W latach 60. XX w. zwrócono uwagę na specyfikę i niezwykle drastyczne skutki wikty-mizacji wymierzonej w dzieci ujawniające się w postaci tzw. syndromu bitego dziecka (ang. *Battered-Child Syndrome*). Występuje on w przypadku poważnego nadużycia fizycznego dziecka lub jego zaniedbania przez opiekujące się nim osoby, jak również w razie zwłoki w poszukiwaniu czy wezwaniu pomocy medycznej – E. Bieńkowska, op. cit., s. 71; C.H. Kempe, F.N. Silverman, B.F. Steele, W. Droegenmueller, A.K. Silver, *Battered-Child Syndrome*, „Journal of American Medical Association” 1962, no. 187, s. 17.

²⁸ F. Foltran, D. Gregori, L. Franchin, E. Verduci, M. Giovannini, *Effect of alcohol consumption in prenatal life, childhood, and adolescence on child development*, „Nutrition Reviews” 2011, vol. 69, issue 11, s. 642–659, <https://doi.org/10.1111/j.1753-4887.2011.00417.x>.

²⁹ W piśmiennictwie zaniedbanie dzieli się na następujące rodzaje: zaniedbanie prenatalne (np. palenie i picie w czasie ciąży), zaniedbanie fizyczne (np. niedostateczne żywienie, niezapewnienie właściwego ubrania, brak troski o higienę i zdrowie), zaniedbanie psychiczne (które często bywa wymieniane także jako rodzaj przemocy psychicznej, np. obojętność, brak reakcji na sygnały ze strony dziecka, brak rozmów z dzieckiem), zaniedbanie edukacyjne (brak troski o naukę szkolną dziecka), zaniedbanie cywilnoprawne (np. niezarejestrowanie narodzin) – S. Wójcik, *Przemoc w rodzinie, zaniedbanie, wikty-mizacja pośrednia. Wyniki Ogólnopolskiej diagnozy problemu przemocy wobec dzieci*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2013, vol. 12, nr 3, s. 51.

³⁰ Szerzej: I. Sikorska, *Dziecięca trauma – psychologiczne konsekwencje dla dalszego rozwoju*, „Sztuka Leczenia” 2014, nr 3–4, s. 55–70; A. Murphy, A. Moriarty, *Vulnerability, coping, and growth from infancy to adolescence*, New Haven 1976.

³¹ Przykładowo odnośnie do przemocy fizycznej: „Skutki stosowania przemocy fizycznej są bardzo poważne. Można podzielić je na dwie generalne kategorie. Po pierwsze, przemoc ta może mieć bezpośrednie skutki dla zdrowia. Najpoważniejsze występują w przypadku najmłodszych dzieci (do 3 roku życia), ale także w przypadku starszych dzieci, zależnie od rodzaju przemocy,

- konsekwencje wiktyimizacji dziecięcej to często także zachowania autodestrukcyjne – samookaleczenia i samobójstwa³²,
- konsekwencją wiktyimizacji dziecięcej może być także demoralizacja – badania Wojciecha Pomykały wskazują, że deformacja w życiu rodzinnym są główną przyczyną wchodzenia dzieci i innych niepełnoletnich na drogę przestępczą³³,
- dziecko jest zasadniczo zawsze ofiarą dostępną, przy czym im bliższe relacje i im bliższy stopień pokrewieństwa z ofiarą, tym większe poczucie zdrady zaufania i nasilenie negatywnych konsekwencji³⁴,
- dziecko często staje się ofiarą permanentną danego sprawcy – badania wskazują, że niemal regułą jest dalsza wiktyimizacja ofiar przestępstw charakteryzujących się bliskim związkiem lub zależnością od sprawcy³⁵.

mogą wystąpić różnorodne obrażenia. W literaturze medycznej w tym kontekście jest mowa krwiakach, stłuczeniach, złamaniach, ranach powstałych w wyniku użycia różnych przedmiotów do bicia (...). Oprócz powyżej wymienionych obrażeń ogólnych, przykładowo bicie w twarz może skutkować u dzieci wybitciem zębów, złamaniem nosa, uszkodzeniem oczu lub uszu. Powszechniejsze i w pewnym sensie bardziej długotrwałe mogą być psychiczne skutki fizycznego krzywdzenia. Analizując wyniki 124 empirycznych badań, Norman i in. (...) stwierdzili, że istnieją silne dowody naukowe na powiązanie doświadczania fizycznej przemocy przez dzieci z występowaniem u nich depresji, leków, zaburzeń żywienia, a także problemów z zachowaniem, próbami samobójczymi, używaniem narkotyków i ryzykownymi zachowaniami seksualnymi” – S. Wójcik, op. cit., s. 43. Również np.: J.L. Richards, *Protecting the Child Witness in Abuse Cases*, „Family Law Quarterly” 2000, vol. 34, nr 3, s. 393–420; M. Dąbkowska, *Wpływ traumatycznych doświadczeń na zdrowie psychiczne dzieci i młodzieży*, „Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej” 2006, nr 4, s. 161–164. Traumatyczne doświadczenia w dzieciństwie mają związek ze wzrostem medycznych dolegliwości na przestrzeni życia jednostek. Badanie negatywnych doświadczeń w dzieciństwie (The Adverse Childhood Experiences) jest badaniem longitudinalnym, badającym długotrwały wpływ dziecięcej traumy na dorosłość. Badanie to objęło ponad 17 000 uczestników w wieku od 19 do 90 lat. Badacze zgromadzili historie chorób na przestrzeni czasu, a także zebrali dane o ekspozycji badanych na nadużycia, przemoc i ograniczających opiekunów. Wyniki wskazały, że niemal 64% uczestników badania doświadczyły przynajmniej jednorazowej ekspozycji, a wśród nich 69% badanych zgłosiło dwa lub więcej wydarzenia dziecięcej traumy. Wyniki dowiodły związku między ekspozycją na dziecięcą traumę a zachowaniami wysoko-ryzykownymi, przewlekłymi chorobami oraz przedwczesną śmiercią – *Complex trauma – effects*, <https://www.nctsn.org/what-is-child-trauma/trauma-types/complex-trauma/effects>.

³² J. Włodarczyk, K. Makaruk, P. Michalski, M. Sajkowska, *Ogólnopolska diagnoza skali i uwarunkowań krzywdzenia dzieci. Raport z badań*, Warszawa 2018, s. 45.

³³ W. Pomykały, *Dziecko*, [w:] W. Pomykały (red.), *Encyklopedia pedagogiczna*, Warszawa 1997, s. 155–156. Por. także: J.D. Ford, J. Chapman, J.M. Mack, G. Pearson, *Pathways from Traumatic Child Victimization to Delinquency: Implications for Juvenile and Permanency Court Proceedings and Decisions*, „Juvenile and Family Court Journal” 2006, vol. 57, issue 1, s. 13–26; Å.K. Cater, A.-K. Andershed, H. Andershed, *Youth victimization in Sweden: Prevalence, characteristics and relation to mental health and behavioral problems in young adulthood*, „Child Abuse & Neglect” 2014, vol. 38, issue 8, s. 1290–1302.

³⁴ M. Zielona-Jenek, *Wykorzystanie seksualne – trauma nadużycia czy trauma ujawnienia?*, [w:] A. Brzezińska, S. Jabłoński, M. Marchow (red.), *Ukryte piętno. Zagrożenia rozwoju w okresie dzieciństwa*, Poznań 2003, s. 223–243.

³⁵ E. Bieńkowska, *Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiary w zakresie ochrony*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 5, s. 7. Por. też: pkt 56 preambuły dyrektywy 2012/29/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2012 r., ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r.). Odnośnie do przestępstwa kazirodztwa –

Z tego względu mówi się nawet o wiktymologii rozwojowej (*developmental victimology*), która charakteryzuje się holistycznym podejściem do problemu krzywdzenia dzieci³⁶, chociaż termin ten wydaje się nie oddawać całej złożoności problemu.

Argumenty mogące osłabiać postawę kryminalizacyjną wskazują na koszty decyzji kryminalizacyjnej. W niniejszej publikacji skoncentrowano się na kosztach ponoszonych przez dziecko – ofiarę przestępstwa.

Najczęściej poruszonym problemem w tym kontekście jest tzw. wiktymizacja wtórna, która obejmuje koszty uczestnictwa dziecka w procesie karnym³⁷, czy też szerzej – koszty, które wynikają „z powodu reakcji instytucji lub indywidualnych osób w stosunku do ofiary”³⁸.

Dodatkowym czynnikiem, który musi być uwzględniany przy podejmowaniu decyzji kryminalizacyjnej, jest proces, nazwany na potrzeby niniejszego artykułu „(wtórna) wiktymizacją relacyjną”. Konsekwencje skazania sprawcy uderzają, niszczą, zaburzają bowiem relacje, w których dziecko funkcjonuje, czasem prowadząc do kolejnych traum (niezależnie od tego, że popełnienie samego przestępstwa takie relacje mogą zniszczyć lub zaburzyć). Przykładem tego rodzaju następstw, odczuwanych przez małoletnią ofiarę, może być m.in.:

– poczucie winy dziecka za „skazanie” sprawcy – im sprawca jest bliższy emocjonalnie, tym poczucie winy silniejsze³⁹ (a relacja ze sprawcą jest częstą przyczyną ciemnej liczby przestępstw wewnątrzrodzinnych⁴⁰),

M. Beisert, *Zjawisko kazirodztwa w rodzinie (Próba rekonstrukcji modelu)*, [w:] D. Kubacka-Jasiecka, A. Lipowska-Teutsch (red.), *Wobec przemocy*, Kraków 1997, s. 103–119.

³⁶ E. Bieńkowska, *Wiktymologia...*, s. 71, D. Finkelhor, *The Victimization of Children. A Developmental, Perspective*, „American Journal of Orthopsychiatry” 1995, vol. 65, issue 2, s. 177–193.

³⁷ Przykładowo: M. Avery, *The Child Abuse Witness: Potential for Secondary Victimization*, „Criminal Justice Journal” 1983, vol. 7, issue 1; A. Paluch, *Uwarunkowania i konsekwencje doświadczania wtórnej wiktymizacji przez osoby pokrzywdzone w postępowaniu karnym*, „Problems of Forensic Sciences” 2021, nr 91, s. 208–215.

³⁸ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy Rec (2006) 8. Por. np. M. Szymańska-Pytlińska, A. Chodecka, *Zagrożenia wtórną wiktymizacją dziecka – ofiary wykorzystywania seksualnego związane z badaniami sądowymi*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2014, vol. 13, nr 1, s. 72–93.

³⁹ Przy czym nie chodzi o mechanizm nazywany *blaming the victim*, opisany m.in. przez D. Woźniakowską-Fajst, *Obwinianie ofiary – poznać zjawisko, zrozumieć mechanizm*, [w:] M. Nielacna, P. Ostaszewski, A. Rzepliński (red.), *Zmierzyć i zrozumieć przestępczość. Tom jubileuszowy ofiarowany Profesor Beacie Gruszczyńskiej*, Warszawa 2020, s. 194–206. Por. także: R. Janoffbulman, *Cognitive biases in blaming the victima*, „Journal of Experimental Social Psychology” 1985, nr 21(2), s. 161–177, [https://doi.org/10.1016/0022-1031\(85\)90013-7](https://doi.org/10.1016/0022-1031(85)90013-7); J. Maes, *Blaming the victim: Belief in control or belief in justice?*, „Social Justice Research” 1994, no. 7, s. 69–90, <https://doi.org/10.1007/BF02333823>; K.D. McCaul, L.G. Veltum, V. Boyechko, J.J. Crawford, *Understanding Attributions of Victim Blame for Rape: Sex, Violence, and Foreseeability*, „Journal of Applied Social Psychology” 1990, no. 20, s. 1–26, <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1990.tb00375.x>.

⁴⁰ Por. przykładowo: A. Kiełtyka, A. Ważny, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, 2015, Lex; J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 226; O. Sitarz,

– tęsknota za sprawcą, gdy zastosowano wobec niego środki izolacyjne⁴¹,
– dezintegracja rodziny⁴² lub grupy, gdy dziecko i sprawca do tej samej grupy należą,

– ingerencja w prawa rodziny, co może łączyć się z pojawieniem się elementu obcego – kontrolującego w relacjach rodzinnych (Policja, kurator, sąd).

Jak wskazuje Alicja Grześkowiak, nierozważna ingerencja prawa karnego w życie rodziny, zwłaszcza w proces wychowania dziecka, może przynieść większe szkody społeczne od dość wątpliwej satysfakcji z ukarania rodziców⁴³. Trudno też nie zgodzić się z tezą, że wyrok sądowy jest nie tylko karą dla osadzonego, ale również karą dla jego rodziny, która staje się nieumyślną ofiarą procesu sądowego i dla której sytuacja uwięzienia jednego z jej członków jest ciężka do udźwignięcia. Wiele badań potwierdza, że sytuacja izolacji sprzyja okresowej lub trwałej dezorganizacji życia rodzinnego, rozpadowi małżeństwa, zmianie w funkcjonowaniu rodziny po powrocie partnera z zakładu karnego, zatracaniu roli skazanego jako osoby dominującej czy zajmującej wysoką pozycję w grupie rodzinnej, podważaniu roli rodzica, roli małżonka, zmianie dotychczasowych ról w rodzinie, nieprawidłowej realizacji procesu wychowania dzieci, zubożeniu emocjonalnym, wytworzeniu się konfliktów utajonych, które prowadzą do dysfunkcji określonych obszarów kontaktów małżeńskich i realizowanych obowiązków rodzinnych. Ponadto prowadzi do niezaspokojenia potrzeby poczucia bezpieczeństwa, czułości i wytworzenia się poczucia osamotnienia⁴⁴. Pewnym

A. Jaworska-Wieloch, *Wiktymologiczne i prawnokarne aspekty przemocy wobec osoby starszej*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2, s. 216–217, <https://doi.org/10.7420/AK2019Q>.

⁴¹ Pewną analogią mogą być sytuacje pozbawienia praw rodzicielskich, w przypadku których sąd może zakazać styczności z dzieckiem tylko w sytuacji, gdy ewentualny kontakt zagraża życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu lub wpływa demoralizująco na dziecko, gdyż całkowite oderwanie dziecka od swojego dotychczasowego otoczenia, rodziny mogłoby negatywnie wpłynąć na jego dalszy rozwój – por. np. A. Kilińska-Pękacz, *Ograniczenie, zawieszenie i pozbawienie władzy rodzicielskiej jako instytucje prawa rodzinnego służące ochronie dzieci*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW” 2013, t. IV, s. 265.

⁴² O rozbijaniu rodziny jako efekcie stosowania środków prawnokarnych zob. W. Michalski, K. Krzekotowska, *Prawna ochrona rodziny (próba ujęcia systemowego)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, R. XLII, z. 1, s. 143. O wpływie skazania na relacje rodzinne przekonująco pisze E. Hryniewicz-Lach, *Współmierność reakcji karnej z perspektywy osób trzecich – wprowadzenie do zagadnienia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, R. LXXXI, z. 1, s. 73–74.

⁴³ A. Grześkowiak, *Prawna odpowiedzialność rodziców za zaniedbania wychowawcze (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, R. XLVII, z. 1, s. 115. Por. także: S. Godwin, *Against Parental Rights*, „Columbia Human Rights Law Review” 2015, nr 47(1), <https://corteidh.or.cr/tablas/r34784.pdf> (data dostępu: 29.05.2022).

⁴⁴ E. Pindel, *Podtrzymywanie więzi rodzinnych w warunkach izolacji*, „Probacja” 2011, nr 1, s. 98–99 i przywołana tam literatura. Zob. także: C. Hairston, *Prisoners and their families: Parenting issues during incarceration*, [w:] J. Travis, M. Waul (red.), *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*, Washington 2003; J. Murray, D.P. Farrington, *Evidence-based programs for children of prisoners*, „Criminology & Public Policy” 2006, no. 5.

potwierdzeniem tych konstatacji jest stanowisko projektodawcy obowiązującego Kodeksu karnego, który – proponując rezygnację z kary dodatkowej (środka karnego) w postaci pozbawienia praw rodzicielskich i opiekuńczych – nie tyle zakwestionował ich zasadność, co brak kompetencji w ich orzekaniu sądów karnych⁴⁵.

Literatura, rzecz jasna, nie wspomina o „(wtórnej) wiktyimizacji relacyjnej”. Ważne jednak asocjacje znaleźć można na tle tzw. wiktyimizacji pośredniej – gdy dziecko jest świadkiem przemocy, np. między rodzicami. Wspomina się w tym kontekście, że oprócz tego, iż sam fakt obserwacji scen przemocy wywołuje w dzieciach strach i niepokój i może być doświadczeniem traumatyzującym, w omawianych przypadkach sprawcą przemocy jest jedno z rodziców lub opiekunów, a więc jego najbliżsi, co wywołuje u dziecka dysonans i wpływa destrukcyjnie zarówno na jego wyobrażenia o istocie miłości, bliskości i rodzicielstwa, jaki i w konsekwencji na jego relacje rodzinne⁴⁶. Warto więc podkreślić, że ofiara przemocy domowej pozostaje w trudnej i bardzo skomplikowanej sieci relacji ze sprawcą, bliskimi i osobami będącymi z nią w kontakcie z racji sąsiedztwa czy pracy. Odgrywając poszczególne role przy należnej pozycji zajmowanej w grupie, niejednokrotnie gubi się między realizacją oczekiwań i powinności a własną trudną sytuacją, na którą składa się nie tylko stres, ale także ciągle życie w poczuciu zagrożenia i bycia „nie dość dobrym”⁴⁷.

Ostatnią kwestią związaną z bilansowaniem zysków i strat, jako elementu podejmowania decyzji kryminalizacyjnej, jest konstatacja, że zarówno pierwotna, jak i wtórna oraz relacyjna wiktyimizacja jest w przypadku dziecka dużo silniejsza niż w przypadku dorosłych, a im młodszy jest wiek dziecka w momencie zaistnienia traumy, tym bardziej niekorzystne skutki dla jego zdrowia psychicznego⁴⁸. Nie ma bowiem wątpliwości, że „(...) im dziecko jest młodsze, tym większa jest jego plastyczność układu nerwowego, a tym samym możliwość przeobrażeń dokonujących się w jego układzie nerwowym pod względem środowiska”⁴⁹.

⁴⁵ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 143.

⁴⁶ Zob. S. Wójcik, op. cit., s. 53 i przywołane badania: J. Wolak, D. Finkelhor, *Children Exposed to Partner Violence*, [w:] J.L., Jasinski, L.M., Williamis (red.), *Partner Violence: A Comprehensive Review of 20 Years of Research*, Thousand Oaks 1998, s. 73–112.

⁴⁷ J. Mazur, *Ochrona prawna rodziny a proces wiktyimizacji ofiary przemocy domowej*, „Roczniki Wydziału Nauk Prawnych i Ekonomicznych KUL” 2005, t. I, z. 1, s. 231.

⁴⁸ N. Ogińska-Bulik, *Objawy stresu pourazowego a potraumatyczny wzrost u młodzieży – ofiar wypadków drogowych*, „Psychiatria” 2014, t. XI, nr 1, s. 50; E. Alisic, T. Van der Schoot, J. Van Ginkel, R. Kleber, *Looking beyond posttraumatic stress disorder in children: posttraumatic stress reactions, posttraumatic growth and quality of life in general population*, „Journal of Clinical Psychiatry” 2008, no. 69, s. 1455–1461.

⁴⁹ H. von Schoenebeck, *Z drugiej strony wychowania*, [w:] K. Blusz (red.), *Edukacja i wyzwolenie*, Kraków 1992, s. 21.

Nie może zatem budzić zastrzeżeń teza, że oceną, diagnozowaniem, prognozowaniem skutków każdej postaci wiktyimizacji powinni zająć się wyłącznie specjaliści – pedagodzy, psychologzy, pediatrzy, psychiatrzy⁵⁰.

Wnioski końcowe i zgłaszane postulaty muszą być poprzedzone dwoma założeniami wyjściowymi. Kryminalizacja jest pewnym – preferowanym przez państwo – rozwiązaniem konfliktów przy kolizji dóbr i wartości, gdy korzystanie z nich wkracza w sferę dóbr i wartości innej osoby lub naruszane są dobra ogólnospołeczne⁵¹. Równocześnie jednak nie można tracić z pola widzenia, że sama kryminalizacja dodatkowo narusza pewne wartości zarówno sprawcy, jak i ofiary.

Reasumując zaś całe rozważania i powracając do propozycji L. Gardockiego i J. Kuleszy, w przypadku kryminalizacji zachowań naruszających lub narażających dobro dziecka należy uwzględnić, że:

1) uzasadnienie kryminalizacji zachowań przeciwko dziecku wymaga jeszcze większej (a nie mniejszej) staranności,

2) koszty zysków i strat wyliczone muszą być przez ekspertów, a nie przez prawników czy polityków,

3) decyzja kryminalizacyjna rozważana musi być odnośnie do pewnej klasy zachowań, a nie naruszeń dóbr dziecka *in genere*,

4) decyzja kryminalizacyjna musi uwzględniać wzrastającą dojrzałość dziecka w wymienionych czterech obszarach – wiktyimizacje mają inny wymiar i wielkość na różnych etapach życia dziecka w zależności od obszaru, które wiktyimizacją jest dotknięte, zatem konieczna jest czasem temporalizacja zachowań kryminalizowanych stosownie do wieku ofiary. Przy czym, jak słusznie zaznacza Grażyna Rdzanek-Piowar, wiek sam w sobie wydaje się tylko miarą życia wyrażoną w jednostkach czasu chronologicznego. Nie jest jednak tylko terminem chronologicznym i fizjologicznym, ale również psychologicznym, a szczególnie socjologicznym. Stosunki każdej jednostki ze społeczeństwem charakteryzuje się obowiązkowym lub możliwym przekroczeniem pewnych etapów, które umiejscawiają się w określonych momentach życia i podkreślają zmianę statusu społecznego⁵²,

5) z perspektywy uwzględniania indywidualnej sytuacji ofiary-dziecka istotne jest, aby stosunkowo rzadko w regulacjach prawno-karnych pojawiały się środki obligatoryjne na rzecz środków fakultatywnych, których zastosowanie podlega ocenie sądu przy wsparciu ekspertów⁵³,

⁵⁰ Tytułem ilustracji wskazać można monografię R. Krajewskiego, *Karcenie dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2010, s. 25–31, gdzie autor szeroko opisuje poglądy pedagogów na kwestię karcenia dzieci w procesie wychowawczym.

⁵¹ T. Kaczmarek, [w:] R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, seria: System Prawa Karnego, t. 3, Warszawa 2017, s. 287; M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 115.

⁵² G. Rdzanek-Piowar, *Nieletniość i jej granice*, Warszawa 1993, s. 133.

⁵³ Trudno zatem zgodzić się ze stanowiskiem A. Kilińskiej-Pękacz, która – co prawda odnosząc się do środków przewidzianych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym – pisze: „Wydaje się,

6) kryminalizacja zachowań na przedpolu naruszenia dobra prawnego nabiera szczególnego znaczenia ze względu na cechy wiktyimizacji dziecięcej,

7) nie ma miejsca na inne uzasadnienie kryminalizacji zachowań naruszających dobro dziecka, jak tylko ochrona dobra prawnego – ani tradycja (A. Zoll), ani kulturowo-polityczne lub symboliczne względy (L. Gardocki) nie mogą przesądzić o kryminalizacji. Nie można podzielić zdania A. Zolla, że „akceptowane przez nas normy moralne, ukształtowana w procesie cywilizacyjnym nasza kultura nakazuje ocenić pewne zachowania jako złe same w sobie (*mala per se*) i podtrzymywać w stosunku do takich kategorii zachowań zakaz ich popełniania pod groźbą kary” – zwłaszcza w przypadku przestępczości wobec dzieci. A sięgając po tezę J. Kuleszy, „że pewna kategoria zachowań zostaje wyjęta spod oceny w kategoriach konieczności kryminalizacji”, dodać należy, iż z pewnością tą kategorią nie są zachowania naruszające/narazające dobro dziecka.

Oczywiście poza procesem kryminalizacji jest ustanawianie zasad wymiaru kary, chociaż świadomość ich obowiązującego kształtu powinna towarzyszyć każdorazowej decyzji kryminalizacyjnej. Warto więc podkreślić, że to zasady i dyrektywy wymiaru instrumentów reakcji karnej, a nie wymóg działania w zgodzie z dobrem (najlepszym interesem) dziecka stanowią kryterium oceny zasadności stosowania tych instrumentów. Słuszny jest więc postulat Elżbiety Hryniewicz-Lach, aby przepis art. 53 § 1 Kodeksu karnego otrzymał brzmienie: „Sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Ocena dolegliwości kary powinna uwzględniać prawne i faktyczne następstwa skazania zarówno dla samego sprawcy, jaki dla innych osób”⁵⁴. Ostatni fragment proponowanego przepisu odczytać można jako szczególnie istotny na płaszczyźnie stosowania środków karnych, którym przypisuje się nie tyle funkcje sprawiedliwościowe, co prewencyjne. W tym właśnie zakresie dobro małoletniego pokrzywdzonego w konkretnej sprawie powinno uwzględnione na pierwszym miejscu.

Na zakończenie należy stwierdzić, że naczelną zasadą m.in. kryminalizacji powinno być zawsze dobro dziecka. W perspektywie wymiaru sprawiedliwości, ale też kryminalizacji świetnie oddaje to zapatrywanie stanowisko Komitetu Ministrów Rady Europy, który w uzasadnieniu do *Wytycznych Ko-*

że w przypadku, gdy rodzic dokonuje przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece lub przeciwko życiu i zdrowiu na gruncie kodeksu karnego to obligatoryjne powinno być pozbawienie lub ograniczenie jego władzy rodzicielskiej” – A. Kilińska-Pękacz, *Ograniczenie, zawieszenie i pozbawienie władzy rodzicielskiej jako instytucje prawa rodzinnego służące ochronie dzieci*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW” 2013, t. IV, s. 268.

⁵⁴ E. Hryniewicz-Lach, op. cit., s. 73 i 85.

mitetu Ministrów Rady Europy dotyczących wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom⁵⁵ stwierdził: „We wszystkich sprawach dotyczących dzieci należy mieć na względzie przede wszystkim dobro dziecka. Konieczne jest przeprowadzenie dokładnej oceny sytuacji. Niniejsze wytyczne wspierają rozwój multidyscyplinarnych metod oceny dobra dziecka, przyznając jednocześnie, że jest to złożony proces. Taka ocena jest dodatkowo utrudniona w przypadku, gdy zachodzi konieczność przeciwstawienia interesów dziecka interesom innych zaangażowanych stron, takich jak inne dzieci, rodzice, ofiary itp. Tego rodzaju działania powinny być prowadzone w profesjonalny sposób, w każdym przypadku indywidualnie”. Decyzja o kryminalizacji winna więc uwzględniać wspomniane wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy⁵⁶, a zwłaszcza postulat, że „dzieci powinny być traktowane sprawiedliwie, z troską, wrażliwością i szacunkiem podczas każdego postępowania lub każdej sprawy, przy czym szczególną uwagę należy zwrócić na ich sytuację osobistą, dobre samopoczucie i specjalne potrzeby, przy pełnym poszanowaniu ich integralności fizycznej i psychicznej (...)” (pkt C.1).

Odpowiadając zatem na pytanie zadane we wstępie, czy powinno się kryminalizować wszelkie naruszenia dóbr dziecka, stwierdzić należy, że nie wszystkie, a decyzja kryminalizacyjna (pozytywna lub negatywna) powinna być racjonalna, uwzględniająca specyfikę przestępczości przeciwko dzieciom na wszystkich jego płaszczyznach.

Wykaz literatury

- Akandji-Kombe J.-F., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Handbooks Council of Europe” 2007, no. 7, <https://rm.coe.int/168007ff4d>.
- Alisic E., Van der Schoot T., Van Ginkel J., Kleber R., *Looking beyond posttraumatic stress disorder in children: posttraumatic stress reactions, posttraumatic growth and quality of life in general population*, „Journal of Clinical Psychiatry” 2008, no. 69.
- Avery M., *The Child Abuse Witness: Potential for Secondary Victimization*, „Criminal Justice Journal” 1983, vol. 7, issue 1.
- Bieńkowska E., *Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiary w zakresie ochrony*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 5.
- Bieńkowska E., *Wiktymologia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Beisert M., *Zjawisko kazirodztwa w rodzinie (Próba rekonstrukcji modelu)*, [w:] D. Kubacka-Jasiecka, A. Lipowska-Teutsch (red.), *Wobec przemocy*, Wyd. ALL, Kraków 1997.

⁵⁵ Wytyczne Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczące wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 17 listopada 2010 r. wraz z uzasadnieniem, 2012, https://fdcs.pl/_Resources/Persistent/4/f/c/e/4fce07bc79f3ae6a1c0d3eb93b579f8f45a2fcf0/Wytyczne-Komitetu-Ministro%CC%81w-Rady-Europy-dot.-wymiaru-sprawiedliwos%CC%81ci-przyjaznego-dla-dzieci.pdf (data dostępu: 29.05.2022).

⁵⁶ Ibidem.

- Blachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Wyd. Arche, Gdańsk 2004.
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1995.
- McCann I.L., Sakheim D.K., Abrahamson D.J., *Trauma and Victimization: A Model of Psychological Adaptation*, „The Counseling Psychologist” 1988, vol. 16, issue 4.
- Cater Å.K., Andershed A.-K., Andershed H., *Youth victimization in Sweden: Prevalence, characteristics and relation to mental health and behavioral problems in young adulthood*, „Child Abuse & Neglect” 2014, vol. 38, issue 8.
- McCaul K.D., Veltum L.G., Boyechko V., Crawford J.J., *Understanding Attributions of Victim Blame for Rape: Sex, Violence, and Foreseeability*, „Journal of Applied Social Psychology” 1990, no. 20, <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.1990.tb00375.x>.
- Dąbkowska M., *Wpływ traumatycznych doświadczeń na zdrowie psychiczne dzieci i młodzieży*, „Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej” 2006, nr 4.
- Długosz J., *W sprawie europeizacji prawa karnego*, [w:] S. Waltoś (red.), *Księga dedykowana dr Ewie Weigend*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011.
- Figley Ch.R., *Victimization, Trauma, and Traumatic Stress*, „The Counseling Psychologist” 1988, vol. 16, issue 4, <https://doi.org/10.1177/0011000088164005>.
- Finkelhor D., *The Victimization of Children. A Developmental Perspective*, „American Journal of Orthopsychiatry” 1995, vol. 65, issue 2.
- Foltran F., Gregori D., Franchin L., Verduci E., Giovannini M., *Effect of alcohol consumption in prenatal life, childhood, and adolescence on child development*, „Nutrition Reviews” 2011, vol. 69, issue 11, <https://doi.org/10.1111/j.1753-4887.2011.00417.x>.
- Ford J. D., Chapman J., Mack J. M., Pearson G., *Pathways from Traumatic Child Victimization to Delinquency: Implications for Juvenile and Permanency Court Proceedings and Decisions*, „Juvenile and Family Court Journal” 2006, vol. 57.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, PWN, Warszawa 1990.
- Gałązka M., *Glosa do uchwały SN z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06*, „Przebieg Sądowy” 2008, nr 2.
- Krzywdzenie dzieci w Polsce. Raport*, Warszawa 2008.
- Godwin S., *Against Parental Rights*, „Columbia Human Rights Law Review” 2015, nr 47(1), <https://corteidh.or.cr/tablas/r34784.pdf>.
- Grześkowiak A., *Prawna odpowiedzialność rodziców za zaniedbania wychowawcze (zagadnienia wybrane)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, R. XLVII, z. 1.
- Hairston C., *Prisoners and their families: Parenting issues during incarceration*, [w:] J. Travis, M. Waul (red.), *Prisoners once removed: The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*, DC: Urban Institute, Washington 2003.
- Hanc J., *O znaczeniu prawa unijnego dla stanowienia i wykładni wewnętrznego prawa karnego materialnego*, [w:] I. Topa, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Międzynarodowe i europejskie prawo karne: osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, UŚ, Katowice 2015.
- Hilgard E.R., *Wprowadzenie do psychologii*, WSiP, Warszawa 1972.
- Hryniewicz E., *Spójność ochrony dóbr prawnych w dobie nowelizacji*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, ElSet, Olsztyn 2011.
- Hryniewicz-Lach E., *Współmierność reakcji karnej z perspektywy osób trzecich – wprowadzenie do zagadnienia*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019, R. LXXXI, z. 1.

- Janoffbulman R., *Cognitive biases in blaming the victima*, „Journal of Experimental Social Psychology” 1985, nr 21(2), s. 161–177, [https://doi.org/10.1016/0022-1031\(85\)90013-7](https://doi.org/10.1016/0022-1031(85)90013-7).
- Kaczmarek T., [w:] R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, seria: System Prawa Karnego, t. 3, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kempe C.H., Silverman F.N., Steele B.F., Droegenmueller W., Silver A.K., *Battered-Child Syndrome*, „Journal of American Medical Association” 1962, no. 187.
- Kieltyka A., Ważny A., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, 2015, Lex.
- Kilińska-Pękacz A., *Ograniczenie, zawieszenie i pozbawienie władzy rodzicielskiej jako instytucje prawa rodzinnego służące ochronie dzieci*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW” 2013, t. IV.
- Krajewski R., *Karcenie dzieci. Perspektywa prawna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Kulesza J., *Problemy teorii kryminalizacji. Studium z zakresu prawa karnego i konstytucyjnego*, Wyd. UŁ, Łódź 2017.
- Kulesza J., *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12.
- Lewis Herman J., *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, Gdańskie Wyd. Psychologiczne, Gdańsk 1998.
- Maes J., *Blaming the victim: Belief in control or belief in justice?*, „Social Justice Research” 1994, no. 7, <https://doi.org/10.1007/BF02333823>.
- Mazur J., *Ochrona prawna rodziny a proces wiktyimizacji ofiary przemocy domowej*, „Roczniki Wydziału Nauk Prawnych i Ekonomicznych KUL” 2005, t. 1, z. 1.
- Michalski W., Krzekotowska K., *Prawna ochrona rodziny (próba ujęcia systemowego)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, R. XLII, z. 1.
- Murphy A., Moriarty A., *Vulnerability, coping, and growth from infancy to adolescence*, Yale University Press, New Haven 1976.
- Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
- Murray J., Farrington D.P., *Evidence-based programs for children of prisoners*, „Criminology & Public Policy” 2006, no. 5.
- Ogińska-Bulik N., *Objawy stresu pourazowego a potraumatyczny wzrost u młodzieży – ofiar wypadków drogowych*, „Psychiatria” 2014, t. XI, nr 1.
- Paluch A., *Uwarunkowania i konsekwencje doświadczania wtórnej wiktyimizacji przez osoby pokrzywdzone w postępowaniu karnym*, „Problems of Forensic Sciences” 2021, nr 91.
- Pindel E., *Podtrzymywanie więzi rodzinnych w warunkach izolacji*, „Probacja” 2011, nr 1.
- Pomykało W., *Dziecko*, [w:] W. Pomykało (red.), *Encyklopedia pedagogiczna*, Fundacja „Innowacja”, Warszawa 1997.
- Rdzanek-Piwowar G., *Nieletniość i jej granice*, APS, Warszawa 1993.
- Richards J.L., *Protecting the Child Witness in Abuse Cases*, „Family Law Quarterly” 2000, vol. 34, no. 3.
- Sikorska I., *Dziecięca trauma – psychologiczne konsekwencje dla dalszego rozwoju*, „Sztuka Leczenia” 2014, nr 3–4.
- von Schoenebeck H., *Z drugiej strony wychowania*, [w:] K. Blusz (red.), *Edukacja i wyzwolenie*, Impuls, Kraków 1992.
- Sitarz O., Jaworska-Wieloch A., *Wiktymologiczne i prawnokarne aspekty przemocy wobec osoby starszej*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2, <https://doi.org/10.7420/AK2019Q>.
- Sitarz O., Jaworska-Wieloch A., *The Concept of Child and its Legal Synonyms in Polish Criminal Law*, „International and Comparative Law Review” 2021, vol. 21, issue 1.

- Sitarz O., *Ewolucja karnoprawnych przepisów kryminalizujących zachowania przeciwko dzieciom w polskich kodeksach karnych XX wieku*, [w:] A. Lityński, A. Matan, M. Mikołaczyk, D. Nawrot, G. Nanca (red.), *Verus amicus rara avis est. Studia poświęcone pamięci Wojciecha Organiściaka*, Wyd. UŚ, Katowice 2020.
- Szymańska-Pytlińska M., Chodecka A., *Zagrożenia wtórną wiktyimizacją dziecka – ofiary wykorzystywania seksualnego związane z badaniami sądowymi*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2014, vol. 13, nr 1.
- Włodarczyk J., Makaruk K., Michalski P., Sajkowska M., *Ogólnopolska diagnoza skali i uwarunkowań krzywdzenia dzieci. Raport z badań*, Fundacja „Dajemy Dzieciom Siłę”, Warszawa 2018.
- Wolter W., *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 2.
- Woźniakowska-Fajst D., *Obwinianie ofiary – poznać zjawisko, zrozumieć mechanizm*, [w:] M. Niełacznna, P. Ostaszewski, A. Rzepliński (red.), *Zmierzyć i zrozumieć przestępczość. Tom jubileuszowy ofiarowany Profesor Beacie Gruszczyńskiej*, Wyd. UW, Warszawa 2020.
- Wójcik S., *Przemoc w rodzinie, zaniedbanie, wiktyimizacja pośrednia. Wyniki Ogólnopolskiej diagnozy problemu przemocy wobec dzieci*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria – Badania – Praktyka” 2013, vol. 12, nr 3.
- Zielona-Jenek M., *Wykorzystanie seksualne – trauma nadużycia czy trauma ujawnienia?*, [w:] A. Brzezińska, S. Jabłoński, M. Marchow (red.), *Ukryte piętno. Zagrożenia rozwoju w okresie dzieciństwa*, Fundacja „Humaniora”, Poznań 2003.
- A. Zoll, [w:] T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego*, seria: System Prawa Karnego, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2011.

Summary

The postulated model of making a criminalization decision relating to behaviour violating the minor's welfare

Keywords: criminal law, victimization, criminalization, minors, secondary victimization, child victimization, developmental victimization.

The theories of criminalization, developed by Polish researchers, indicating the premises (stages) of the decision-making process regarding criminalization, do not directly refer to the specificity of crime against children. The purpose of this article is to confront contemporary criminalization assumptions with a particular situation when it comes to infringing or endangering the child's welfare. This is because child victimization differs significantly from adult victimization on many levels. The consequences of criminalization itself are also more severe for the child victim. As a result of such an analysis, additional premises were developed, which should always be considered when considering the introduction of criminalization, maintaining criminalization, or decriminalizing harmful behaviour for a child.

Edyta Sokalska

University of Warmia and Mazury in Olsztyn

ORCID: 0000-0003-0903-7726

edyta.sokalska@uwm.edu.pl

Searching for the best legal interpretation and the ideal formula of a state – Otto von Gierke and corporatism as the basis for a new federal state

Introductory remarks

The German Confederation (*Deutscher Bund*) established by the Congress of Vienna in 1815 was the successor of the Holy Roman Empire (dissolved in 1806, and temporarily replaced with the Confederation of the Rhine 1806–1813). The liberal ideas of the French Revolution gained public support in Germany, and the result of such perception was the Spring of Nations of 1848. The unification of Germany into the German Empire (*Deutsches Reich*) was proclaimed in 1871. On the one hand, due to the lack of the national German codification and the significance of Roman law, in the most part of the 19th century, German legal scholarship concentrated on the medieval Roman law. On the other hand, the introduction of the Napoleonic Code in France created in Germany a similar desire for a civil code, which would systematize and unify various and heterogeneous laws. In the 1870s, several committees were formed in order to draft a bill that was to become a civil law codification for the entire country. It is significant that the German code *Bürgerliches Gesetzbuch* of 1896, unlike the French codes, was developed during the period of social stability and gradual political consolidation.

The purpose of the article is to present the German historical school of law and the contribution of Otto von Gierke (one of its leaders) to the discourse on the legal method and interpretation of legal acts, and his idea of corporatism as the basis for the development of a federal state. The main questions the present study strives to answer are: What were the main scientific positions on the method of interpretation of law which appeared in German jurisprudence

in the 19th and the first half of the 20th century? What was the attitude of Otto von Gierke towards the sources of patterns for legislation? What was his perception of the formula of a state? Unfortunately, since the modest scope of this article does not allow for an exhaustive treatment of the subject, the present work is contributory in nature. In this particular study the historic-descriptive method of theoretical analysis and legal methods (including formal legal method) were applied to address the research questions and to reach the conclusions.

The work consists of two parts. At first, there is a short exposition of the main representatives of the German historical school and the other currents, and methodological quest in the German legal science developed in the 19th and the first half of the 20th century. The views strayed from the mainstream considerations as well as the internal ideological disputes have been omitted. The scientific output of Otto von Gierke is taken into closer consideration in the second part of the article. To include a comparative aspect in the present studies, some chosen positions regarding the method of interpretation of law that have appeared in the contemporary French legal thought are presented.

German jurisprudence in the 19th and the first half of the 20th century – methodological quest and the attitude towards codification

The “natural law” movement during the Age of Enlightenment provoked scientific discourse on the method of interpretation of law in the European legal thought. The 19th century might be perceived as a new era of national codes in the civil law countries. German and French legal scholarship developed different methodological approaches referring to some social, historical, and multidimensional foundations and aspects of law. German historical school reached its peak in the 19th century. The theories that emphasized the significance of tradition, its timeless wisdom, and the approaches oriented towards the law set in a social context constituted its main profile. After some time, two factions in this direction might have been observed. The first one – Romanistic current – concentrated on the research on the sources of Roman law. The pandectist approach and its methodological foundations were formed by the Romanistic section of historical school. Scholars gathered around that direction, relying on the sources of Roman law, developed a number of theoretical and practical structures, which became important to the civil law. They were guided by the assumptions of rationalism, legal naturalism, and liberalism¹.

¹ It is interesting to consider that the school was inspired by the ideas of Romanticism. It turned negatively toward the Romanticist concept of natural law. The origins of the movement

The representatives of the second faction of the historical school – Germanistic – referred to the German tribal law and the medieval *Volksrecht*².

The treatise *Of the Vocation of Our Age for legislation and Jurisprudence* of Friedrich Karl von Savigny published in 1814 might be perceived the cornerstone of the historical school³. The intellectual foundations of this work were disputes present in the German legal discourse, in which the possibilities and legitimacy of the codification of the applicable law were considered. Savigny attacked the views of Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840), who as a supporter of the Enlightenment rational concepts of law was in favor of issuing a uniform civil code for Germany⁴. Arguing against this solution, Savigny referred to revolutionary France⁵. He also exposed the imperfections of legal norms created ad hoc, without referring to the achievements of previous generations. In his opinion, any legislator is authorized to impose the law by arbitrary decisions.

In the perception of Savigny, law develops parallel with a nation, and the nation's consciousness is the fountainhead of law. Therefore, the legislator does not create law but he discovers it as a special historical fact, and then he grants

were linked with the activities of Gustav von Hugo (1764–1844). In his address published in the beginning of the 19th century, he expressed the key message of the historical school concerning the custom based lawmaking process. Cf. A. Zięba, *Profesor Józefat Zielonacki (1818–1884) na tle XIX-wiecznej pandektystyki*, "Zeszyty Prawnicze UKSW" 2007, vol. 7(1), pp. 77–78. For more see: P. Becchi, *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence"*, [in:] E. Pattaro et al. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer Netherlands 2009, pp. 186–188.

² Karl Friedrich Eichhorn (1781–1854) was one of the most influential representatives of the school. Cf. K. Sójka-Zielińska, *W sprawie oceny romanistycznego i germanistycznego kierunku szkoły historycznej w niemieckiej nauce praw I połowy XIX wieku*, "Czasopismo Prawno-Historyczne" 1959, vol. 11(2), p. 131. About the development of the German historical school, see more in, e.g. N. Levine, *The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism*, "Journal of the History of Ideas" 1987, vol. 38, no. 3, pp. 431–451, <https://doi.org/10.2307/2709761>; N. Foster, S. Sule, *German Legal Systems and Laws*, New York 2010, pp. 27–28. About the later perception of the historical current, see M. Stolleis, *A History of Public Law in Germany 1914–1945*, trans. T. Dunlap, Oxford 2004, pp. 3–4. See also subject related Polish literature, e.g. G. Jędrejek, *Teoria prawa niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w świetle piśmiennictwa polskiego z XIX wieku*, "Czasy Nowożytne" 2000, vol. 8(9), pp. 175–194; idem, *Kilka uwag dotyczących oceny niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w polskiej nauce prawa*, "Czasy Nowożytne" 2001, vol. 11(12), pp. 59–74; A. Ogurek, B. Olszewski, *Dzieje niemieckiej myśli prawa cywilnego do końca XIX w.*, [in:] M. Sadowski, P. Szymaniec (eds.), *Acta Erasmiiana II. Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*, Wrocław 2012, pp. 93–106; A. Tabak, *Nauka prawa w ujęciu niemieckiej szkoły historycznej*, "Biuletyn SAWP KUL" 2018, vol. 13(15/2), pp. 291–300.

³ For more about Savigny, see K. Opalek, *Wstęp. Savigny i szkoła historyczna w prawoznawstwie*, [in:] F.K. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, trans. K. Opalek, Warszawa 1964, p. 44.

⁴ F.C. Savigny, *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, trans. A. Hayward, New York 2002, pp. 176–181; M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1995, p. 414.

⁵ F.C. Savigny, op. cit., pp. 71, 73.

the shape of a legal norm to it⁶. Savigny recognizes that all values that are essential and necessary for the operation of law were shaped by the past and inevitably determined the present, but in his approach there is some space for theoretical and systematic considerations. An indication of the fact that Savigny was not only confined in historicism it was his research on the “pure” Roman law, disregarding its historical process of changes during its reception. The scholar indicated some universal and perfect forms of the legal technique in Roman law, timeless and legal wisdom in the Roman jurisprudence⁷. Therefore, we can recognize here the attempt to combine the historical and philosophical perspectives. They both constitute the proper context of considerations regarding the freedom of a private person in connection with the requirements of social life. Civil law is the reflection of the specificity of these relationships, and in order to avoid randomness and arbitrariness, this law should be of a deliberate and systemic structure. It should be based on the principles appropriate to a given social organization⁸.

Savigny wished to create the system of Roman law adjusted to the contemporary time relaying on historical foundations. The title of his most mature work was *System des heutigen römischen Rechts* (1840). Therefore, Savigny’s intent was to rid the Roman law of the influences of the *ius commune* (which was applied by the *Reichskammergericht*), and the *usus modernus pandectarum* applied later. Why did Roman law become the reference point for Savigny and his followers? Since the end of the 15th century, the *Reichskammergericht* treated Roman law (as *ius commune*) as a subsidiary basis for adjudication⁹. On the one hand, Savigny wanted to get rid of the *ius com-*

⁶ On the ontological level, the law is an organic integrity, which, on the one hand, manifests itself in the consciousness of the nation, and, on the other hand, it functions as a science practiced by lawyers. The relationship between the law and the life of a nation Savigny calls the political element of law. At the same time, specialized and scientific development of law appears as a technical element. The law is created at first by the customs and beliefs of the nation, and then by jurisprudence, not by arbitrary acts of the legislator. See more in *ibidem*, pp. 61–68.

⁷ Cf. K. Sójka-Zielińska, *op. cit.*, p. 135. In the legal methods applied by Roman jurists Savigny identified almost geometrical model that excluded arbitrariness and ensured stability – H. Harata, *An interim report on Savigny’s methodology and his founding of a modern historical jurisprudence*, 2013, p. 130, [www.sllr.j.u-tokyo.ac.jp/08/papers/v08part08\(harata\).pdf](http://www.sllr.j.u-tokyo.ac.jp/08/papers/v08part08(harata).pdf) (accessed: 15.03.2022). For more about Savigny’s methodology, see F.C. Savigny, *op. cit.*, pp. 43–52; J. Rückert, *Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law*, “*Juridica International*” 2006, vol. 11, pp. 56–67.

⁸ Savigny analyzes the unique nature of international private law. Its main sources are treaties that should take into account the pluralistic structure of a global society that is made up of many independent legal orders. The individual freedom should be also taken here into consideration. In this area, Savigny recognizes the benefits of intellectual solidarity among legal researchers, who in their inquiries go beyond national systems and consider historical jurisprudence – H. Harata, *op. cit.*, pp. 126, 142; F.C. Savigny, *op. cit.*, pp. 53–60.

⁹ Christoph-Eric Mecke is of the opinion that we may observe such significance of Roman law in Germany due to the fact that German judges (trained in Roman law) were often unaware of the local law, and contrary to the rule of *iura novit curia*, they did not need to know that law if the

mune elements, but on the other hand, the long presence of Roman law in the jurisprudence of German courts made it possible to claim that it was essentially in line with the spirit of the nation. Moreover, he considered Roman law to be a modern law. He was of the opinion that only such law, which is examined by the means of historical method, may lay the foundations for the modern legislation adjusted to the needs of the 19th century¹⁰. Savigny did not act against the idea of codification as such, in the matter of fact, he argued that it was 'too early' to create the national German code. In his opinion, lawyers need a historical consciousness, going beyond the simple compilation of facts, and striving for a deeper, comprehensive understanding of the normative foundations of a given era. Methodical consciousness is also necessary because it allows to organize the concepts and rules, and organic relationships between them within a structural integrity.

The views of Savigny influenced the Romanistic faction of the historical school, which concentrated on systematics and quest for some inspirations in Roman law in order to create some modern civil law structures¹¹. In the research of Savigny, historicism based on formal and dogmatic methods was more flexible and open¹². This direction was developed by Georg Friedrich Puchta (1798–1846). He systematized the theoretical achievements of the school, and worked out the division of law from the perspective of its creation. He proposed the division of law: common/custom (developed directly in the consciousness of the nation, and manifesting itself in its habits); statutory (developed as a result of the legally announced will of the legislative authority); and legal (resulting from the study of law)¹³. Unlike the Roman jurisprudence, he adopted the axiomatic-deductive method, according to which the logical deduction is able to lead out a coherent and complete scientific system from the

existence of such law was not proven by a party during the course of a trial. See: idem, *Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej” (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech*, "Forum Prawnicze" 2018, vol. 3(47), p. 25.

¹⁰ H. Coing, *German "Pandektistik" in its Relationship to the Former "Ius Comune"*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 13–14.

¹¹ This approach differed from the traditional Roman jurisprudence because the systematics did not arouse its interest. Cf. K. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, p. 76; W. Wołodkiewicz, *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Kraków 2003, p. 392.

¹² For more about Savigny, see, e.g. K.A. Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 81–93; M. Reimann, *The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 95–119; S. Riesenfeld, *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 1–7, <https://doi.org/10.2307/840437>; J.E. Toews, *The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of Christian German State*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 139–169; J. Rückert, *The Unrecognized Legacy; Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37, pp. 121–137.

¹³ H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i praunych*, Warszawa 1982, p. 242.

first sentences, axioms, and basic concepts by means of logical deduction¹⁴. Concepts become here the foundation of which each detailed case can be resolved using the logical rules. This method initiated the *Begriffsjurisprudenz*¹⁵, and although this trend was treated as the *bête noire* of jurisprudence, it triggered the evolution of the 19th century legal thought from the autonomous construction of laws and legal institutions to the analysis of social reality; from the logical existence of law to direct it towards the pursuit of individual and social interests; from the freedom of human will to the natural laws of causally determined reality; from the a priori approaches to law to the fact based explanations; from the ideal of justice to social eudaemonism; from conceptual jurisprudence to sociological approaches to the aims of law¹⁶.

It should be taken into consideration that the discourse of the German pandectists was not purely theoretical. Their dispute over the legal method strove to find the reliable (not arbitrary) interpretation of law, which would defend the autonomy of the judiciary against the influence of clergy, representatives of any social interest groups, or monarchs. The scholars transformed the unstructured and ambiguous sources of Roman law. They tried to find their application to the economic conditions of the time. Therefore, under the influence of such research, the 19th century jurisprudence laid the important foundations for the modern civil law. In fact, it formulated some new, characteristic for capitalism, concepts and legal institutions (capital partnership, securities transactions, conveyance, *culpa in contrahendo*, or new forms of credit operations)¹⁷.

The growing significance of the empirical method and development of historical and comparative research led to the evolution of the concepts where

¹⁴ Roman jurisprudence applied the casuistic-inductive method striving to discursive quest for the best solution for the actual state or case. Cf. K. Kupiszewski, op. cit., pp. 75–76, 78.

¹⁵ The term was applied in 1884 r. by Rudolf von Ihering to indicate the way of reasoning connected with contemporary pandectism, towards which Ihering took a negative standpoint. In his perception, pandectism was detached from reality, and it overestimated the dogmatic method. He also criticized its logical and epistemological puerility. It is indicated in the subject related literature that the complete definition of the term of *Begriffsjurisprudenz* has not been worked out yet. It is opinion that *Begriffsjurisprudenz* is a German term, which describes speculative orientation in adjudication which relays on three promises: a particular law is able to create a logically organized system of notions (a pyramid of notions); there are no loopholes in law; new legal notions may be deduced from the superior terms, which are created inductively by the method of inversion. Cf. H. Hofmann, *From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social theories of Law to the Renewal of Legal Idealism*, [in:] E. Pattaro et al. (eds.), op. cit., p. 301; H.P. Haferkamp, *Begriffsjurisprudenz / Jurisprudence of Concepts. Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, 2011, p. 1, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts.pdf> (accessed: 1.02.2022). Georg Friedricha Puchta indicated above, Bernard Windscheid (1817–1892) – one of the creators of the German BGB Code and the proponent of a legal formal-dogmatic method, and also Karl Bergbohm (1849–1927) might be mentioned here as scholars associated with the German *Begriffsjurisprudenz*. Cf. A. Zięba, op. cit., p. 91.

¹⁶ H. Hofmann, op. cit., p. 301.

¹⁷ H.P. Haferkamp, op. cit., pp. 6–7.

the law was deeply set in a sociological context. Although, the proponents of the free research on law (*Freirechtsschule*) have appeared, the current was not so influential like other contemporary positions¹⁸. The representatives of the school were, e.g. Eugen Ehrlich (1862–1922), Herman Kantorowicz (1877–1940), and Ernst Fuchs (1859–1929). In opposition to the predominant formalism and positivism in jurisprudence and legislation, the representatives of the free law school argued that the stiffness of the formal-dogmatic approach ought to be complemented with the more free assessment of judges. Therefore, they formed a dynamic and reformative movement.

At the same time, French scholars abandoned the vision of the perfect legislation. François Gény (1861–1959) postulated the constant quest for the new solutions in jurisprudence (*libre recherche scientifique*). Raymond Saleilles (1855–1912) postulated the need for the evolutionary perspective in legal science¹⁹. The approach of a German scientist – Rudolf Stammler (1856–1938) – was in some respects similar to the approaches of the mentioned French legal scholars. From their perspective, law appears as the manifestation of a complex and dynamic social life, in which some universal criteria are needed in order to legitimate the law.

Rudolf von Ihering (1818–1892) developed the research on the purpose of a legal rule²⁰. Ihering argued that passive and trustful waiting for the effect of the national cognition of law is a mistake. Although, the law always reflects the hierarchy of dominant values in a society, this hierarchy is prone to changes, which consequently lead to the friction between various reasons and interests that the law should mitigate. In this perspective, it should be assumed that the purpose of law is peace, and by struggle this goal might be achieved²¹. The struggle is carried on at the national, governmental, state, and individual levels.

¹⁸ J.E. Herget, S. Wallace, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, “Virginia Law Review” 1987, vol. 73(2), pp. 401–406. See also A.S. Foulkes, *On the German Free Law School (Freirechtsschule)*, “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie” 1969, vol. 55(3), pp. 367–417.

¹⁹ For more about contemporary French discourse over the legal method, see E. Sokalska, M. Augustyniak, *Legal Interpretation from the Perspective of French Jurisprudence: From Positivist Exegesis to Free Scientific Research*, “Review of European and Comparative Law” 2022, vol. 48, nr 1, pp. 175–189, <https://doi.org/10.31743/recl.12394>; E. Sokalska, M. Augustyniak, *French Jurisprudence and the Dispute over the Method: From Positivist Exegesis to Free Scientific Research*, “Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2021, vol. 64(6), pp. 223–235, <https://doi.org/10.15804/ppk.2021.06.18>

²⁰ It is significant that Rudolf von Ihering developed some basis for what will be later called *jurisprudence of interests*. In fact, Philip Heck (1858–1943) was the person who created the *Intressenjurisprudenz*. See more in C.E. Mecke, *Rudolf von Ihering’s struggle for law – the rejection of alternative forms of dispute resolution?*, “Transformacja Prawa Prywatnego” 2017, vol. 4, pp. 37–47.

²¹ R. Ihering, *The Struggle for Law*, trans. J.J. Lalor, Chicago 1915, p. 12. The original *Der Kampf ums Recht* was published in Vienna in 1872.

Legal interpretation, corporatism, and a federal state from the perspective of Otto von Gierke

Otto Friedrich von Gierke is an almost forgotten scholar whose juristic and political writing seems to be important in the context of history of legal systematism. He was born in Szczecin (Poland, then set in Prussia). He worked and lived in Berlin from 1887 to 1921²². The scholar was a representative of the Germanistic section of the historical school of jurisprudence strongly referring to some historical national elements in the German law. In 1889, Gierke presented his public lectures *The soziale Aufgabe des Privatrechts*²³. Then, he was perceived a leading critique of the codification of private law in the German Civil Code. He was the author of a three-volume commentary on German private law and a four-volume treatise *Genossenschaftsrecht*, which was in fact a history of the German law of associations and corporations, in which Geirke “sought to re-narrate the social life of law, back to the day when Tacitus recorded the habits of German tribes”²⁴. It is significant that “this project led him to reject a reimposition of supposed ‘Roman law’ stricture by codification”²⁵. The research work of Gierke focuses on legal dogma. The social role of civil law influenced his perception of a legal method²⁶. Gierke argues that law should be unified and animated by social groups, and it should pursue a common goal. Therefore, the Roman abstractions of legal institutions, e.g., property, contract, etc., are not needed²⁷.

It is interesting to consider that the research of Otto von Gierke is valuable in the context of the 20th century perception of corporatism. Presently, corporatism advocates the organization of society by corporate groups of people (e.g. military, agricultural, scientific, labour) on the basis of their common interests. Corporatist ideas have been expressed in ancient societies and later, also in the 20th century. In 1850s, corporatism was the response to the rise of classical liberalism and Marxism. Instead of class conflict, it advocated closer cooperation between the classes. In the interwar period, corporatism as an

²² For more about his biography and literary oeuvre, see K. Dąbrowski, *Otto von Gierke i teoria spółdzielczości*, [in:] M. Safiański (ed.), *Wybrane historyczne i współczesne aspekty rozwoju banków spółdzielczych w Polsce*, Włocławek 2012, pp. 11–13.

²³ English version: O. von Gierke, *The Social Role of Private Law (1889)*, trans. E. McGaughey, “German Law Journal” 2016, vol. 19(4) (orig. pub. in German 1889), pp. 1017–1116.

²⁴ E. McGaughey, *Introduction*, [in:] *The Social Role of Private Law (1889)*. O. von Gierke, trans. E. McGaughey, “German Law Journal” 2016, vol. 19(4), p. 1018.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ About Gierke’s methodology, see J. Javier, L. Jacoiste, *La Responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2010, p. 358.

²⁷ O. von Gierke, *op. cit.*, pp. 2018–2019.

idea of self-governance based on trade unions (workers and employers) enjoyed considerable popularity in response to the Great Depression²⁸.

In the opinion of Jakub Zapala, the writing of Georg Hegel became the foundations of the works of Gierke. The Hegelian triad way of reasoning concept of society, the idea of a state, and the concept of civil society were crucial. Hegel saw the difference between the civil society and the state. For him, families, as natural associations, formed some opposition to the central state power, and individuality should be devoted to the common good. Gierke applied “the Hegelian triad, finding the endless cycle of synthesis and change in history of societies”²⁹.

It should be taken into account that Otto von Gierke might have been also inspired by the works of Johannes Althusius (1557–1638), a German Calvinist, who emerged out of the reformist tradition, and built a political philosophy based on the covenant theology³⁰. It is argued that the concept of federalism that grew out of a particular view of the polity of Althusius had pervasive direct and indirect impact on European and American political orders. The influence of his political thought was gradually diminishing by the end of the 17th century, but during the 20th century, it regained its renaissance. The Germanistic faction of the historical school criticized the law of nature, and argued that the source of law was consciousness that developed parallel with a nation, its culture, and language. The current treated law as a historic phenomenon, which should be examined with particular reference to the nation’s life. Gierke revealed the political thought of Althusius, and pointed out its importance to the Western political theory³¹.

In Germany, the debate on the nature of legal personality of groups gathered momentum and focus after 1868, “with the criticism mounted by Gierke on Savigny’s theory of corporate personality and with the intensifying controversies over the drafting of the German Civil Code”³². For Gierke, legal entity

²⁸ Cf. J. Zapala, *Otto von Gierke and His Early Corporatism*, “Przegląd Humanistyczny” 2020, vol. 3, p. 8, <https://doi.org/10.31338/2657-599X.ph.2020-3.1>.

²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰ O. von Gierke, *The Development of Political Theory* (reprint 1939), Routledge 2018, *passim*. The influence of Althusius on Otto von Gierke in Polish subject related literature is emphasized by Karol Dąbrowski. Cf. *idem*, *op. cit.*, p. 14.

³¹ O. von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Breslau 1880, *passim*. For more about the political ideas of Alshusius and his influence on the modern theories of federalism, see T.O. Hueglin, *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Toronto 1999, pp. 2–3; T.O. Hueglin, *Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?*, “Publius: The Journal of Federalism” 1979, vol. 9(4), pp. 9–41; E. Sokalska, *Legal and Political Dimensions of American Federalism: Development and Interpretations*, Olsztyn 2018, pp. 78–88.

³² R. Harris, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, “Washington and Lee Law Review” 2006, vol. 63, p. 1422. About the scientific discourse concerning *BGB*

is not a fictitious creation or the effect of a pure agreement that depends on legal rules³³. It is a real social entity. From his perspective, legal entity is shaped like a biological organism, with its own will and legal personality. Legal personality of a state (and any other legal entity) has much in common with community³⁴.

Gierke saw the nature of citizenship in community. In this context, a state was also a kind of community. An association used to be a natural state of humanity. The highest form of associations is a corporation. Associations and central government are in a continuous conflict, and their domination depends on the areas. The development of a state is strongly connected with fluctuation in this conflict. In this context, the 20th century will be the age of associations, and corporations will be fundamental in order to build a federal state³⁵. Therefore, federalism is seen by Gierke from the perspective of a corporate body or entity³⁶. It is interesting to consider that the political thought of Otto von Gierke is sometimes associated with the articulation of the modern-states system. The scholar is perceived the originator of the influential way of organizing international society³⁷.

It is interesting to consider that progressive American scholars were interested in Gierke's ideas, despite the fact that "Gierke himself was a conservative and a nationalist. He believed in Germanness, the *Reich*, and after its ruin, the *Deutschnationale Volkspartei*"³⁸. In the words of Ron Harris, "the German-Gierkian real entity theory of the corporation journeyed through several contexts and discourses in Britain and the United States"³⁹. Gierke's perception of the state was taken up enthusiastically by some American scholars who emphasized the role of the professional lawyer over the legislature in developing the law⁴⁰.

In 1900, Frederic W. Maitland (the University of Cambridge) published a partial translation of Gierke's work (*Political theories of the Middle Ages*). The work was read by Oliver Wendell Holmes, Jr., an eminent American jurist

between Germanists and Romanists, see M. Kopczyński, *Otto von Gierke o sporze między nurtami germańskim i romańskim w niemieckiej historycznej szkole prawa*, "Studia Prawno-Ekonomiczne" 2018, vol. 107, p. 57, <https://doi.org/10.26485/SPE/2018/107/3>.

³³ M. Kopczyński, *Reforma ustroju miast pruskich barona vom und zum Steina z 19 listopada 1808 roku w organicystycznej interpretacji Ottona von Gierke*, "Studia Prawno-Ekonomiczne" 2015, vol. 96, p. 103.

³⁴ Cf. K. Dąbrowski, op. cit., p. 14.

³⁵ O. von Gierke, *The Development of Political...*, pp. 108–121.

³⁶ Cf. J. Zapala, op. cit., p. 7.

³⁷ B. Holland, *Natural Law and the Theory of International Society: Otto von Gierke and the Three Traditions of International Society*, "Journal of International Political Theory" April 2012, vol. 8, p. 48, <https://doi.org/10.3366/jipt.2012.0025>.

³⁸ E. McGaughey, op. cit., p. 1018.

³⁹ R. Harris, op. cit., p. 1422.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 1423.

and legal scholar, the associate justice of the U.S. Supreme Court (1902–1932), widely cited, and one of the most influential common law judges in American history. Ewan Mc Gaughey argues that Holmes shared an *organic relation* theory that he owed it to Gierke, because in one of his dissenting opinions he argued that “a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*. It is made for people of fundamentally differing views”⁴¹. Therefore, it can be observed that to some extent Gierke’s political and legal writing influenced the Supreme Court of the United States rulings. In 1909, he was awarded a doctorate at Harvard.

Concluding remarks

In the 19th and the first half of the 20th century, the evolution of scientific positions on the method of interpretation of law in German jurisprudence might be observed. At the beginning of the 19th century, due to the lack of the national German codification and the significance of Roman law, German legal scholarship still concentrated on the Medieval Roman law. German Roman law studies have served as an essential conduit for the development of a coherent approach to the reform and codification of civil law. Pandectists, a new school of Roman law, dominated German legal science in the field of private law. Friedrich Carl von Savigny put forward the idea of a multidimensional approach to legal research. In the 1850s, the *Begriffsjurisprudenz* has dominated the German legal science. It was the German version of positivism. In the last decades of the 19th century, several new tendencies have been initiated. From the perspective of Rudolf Stammler, law appears as the manifestation of a complex and dynamic social life. Rudolf von Ihering developed the approach based on the research on the purpose of a legal rule. Nevertheless, the traditional Roman law scholarship in Germany was very influential up to the turn of the 19th century.

The intense juristic studies of both Roman and native German law aimed at the complete statement of law – rules, principles, concepts. The civil code *Bürgerliches Gesetzbuch* of 1896 was the outcome of German Roman law studies. The application of civil the code of Germany *BGB* unveiled some its flaws. Therefore, the legal theorists have noticed some opportunities in the judges’ interpretations of legal acts, e.g. the application of some general clauses (good faith, morality, etc.) in order to complement the specific rules of the legal act.

Active at the turn of the 19th and 20th centuries, Otto von Gierke argues that law should be unified and animated by social groups, and it should pur-

⁴¹ E. McGaughey, op. cit., p. 1021.

sue a common goal. In this context, the Roman abstract legal institutions are not useful. He presents an elaborate concept of corporatism based on legal, historical, and social studies. According to the scholar, corporations will be crucial to the development of a modern federal state. Gierke's ideas enjoyed considerable popularity with American progressivists.

References

- Becchi P., *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence"*, [in:] E. Pattaro et al. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer Netherlands 2009.
- Coing H., *German "Pandektistik" in its Relationship to the Former "Ius Comune"*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37.
- Dąbrowski K., *Otto von Gierke i teoria spółdzielczości*, [in:] M. Safiański (ed.), *Wybrane historyczne i współczesne aspekty rozwoju banków spółdzielczych w Polsce*, Wyższa Szkoła Ekonomiczno-Humanistyczna, Włocławek 2012.
- Foster N., Sule S., *German Legal Systems and Laws*, Oxford University Press, New York 2010.
- Foulkes A.S., *On the German Free Law School (Freirechtsschule)*, "Archiv für Rechts und Sozialphilosophie" 1969, vol. 55(3).
- Gierke von O., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik*, Verlag von Wilhelm Koebner, Breslau 1880.
- Gierke von O., *The Development of Political Theory* (reprint 1939), Routledge 2018.
- Gierke von O., *The Social Role of Private Law (1889)*, trans. E. McGaughey, "German Law Journal" 2016, vol. 19(4) (orig. pub. in German 1889).
- Haferkamp H.P., *Begriffsjurisprudenz I Jurisprudence of Concepts. Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/105-jurisprudence-of-concepts.pdf>.
- Harata H., *An interim report on Savigny's methodology and his founding of a modern historical jurisprudence*, 2013, [www.sllr.j.u-tokyo.ac.jp/08/papers/v08part08\(harata\).pdf](http://www.sllr.j.u-tokyo.ac.jp/08/papers/v08part08(harata).pdf).
- Harris R., *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, "Washington and Lee Law Review" 2006, vol. 63.
- Herget J. E., Wallace S., *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, "Virginia Law Review" 1987, vol. 73(2).
- Hofmann H., *From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social theories of Law to the Renewal of Legal Idealism*, [in:] E. Pattaro et al. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer Netherlands 2009.
- Holland B., *Natural Law and the Theory of International Society: Otto von Gierke and the Three Traditions of International Society*, "Journal of International Political

- Theory” April 2012, vol. 8, <https://doi.org/10.3366/jipt.2012.0025>.
- Hueglin T.O., *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Wilfrid Laurier University Press, Toronto 1999.
- Hueglin T.O., *Johannes Althusius: Medieval Constitutionalist or Modern Federalist?*, “Publius: The Journal of Federalism” 1979, vol. 9(4).
- Ihering R., *The Struggle for Law*, trans. J.J. Lalor, Callaghan and Company, Chicago 1915.
- Javier J., Jacoiste L., *La Responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2010.
- Jędrejek G., *Kilka uwag dotyczących oceny niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w polskiej nauce prawa*, “Czasy Nowożytne” 2001, vol. 11(12).
- Jędrejek G., *Teoria prawa niemieckiej szkoły historyczno-prawnej w świetle piśmiennictwa polskiego z XIX wieku*, “Czasy Nowożytne” 2000, vol. 8(9).
- Kopczyński M., *Otto von Gierke o sporze między nurtami germańskim i romańskim w niemieckiej historycznej szkole prawa*, “Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, vol. 107, <https://doi.org/10.26485/SPE/2018/107/3>.
- Kopczyński M., *Reforma ustroju miast pruskich barona vom und zum Steina z 19 listopada 1808 roku w organicystycznej interpretacji Ottona von Gierke*, “Studia Prawno-Ekonomiczne” 2015, vol. 96.
- Kupiszewski K., *Prawo rzymskie a współczesność*, PWN, Warszawa 1988.
- Levine N., *The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism*, “Journal of the History of Ideas” 1987, vol. 38, no. 3, <https://doi.org/10.2307/2709761>.
- McGaughey E., *Introduction*, [in:] *The Social Role of Private Law (1889). O. von Gierke*, trans. E. McGaughey, “German Law Journal” 2016, vol. 19(4).
- Mecke C.E., *Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej” (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech*, “Forum Prawnicze” 2018, vol. 3(47).
- Mecke C.E., *Rudolf von Jhering’s struggle for law – the rejection of alternative forms of dispute resolution?*, “Transformacja Prawa Prywatnego” 2017, vol. 4.
- Mollnau K.A., *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, “The American Journal of Comparative Law” 1989, vol. 37.
- Ogurek A., Olszewski B., *Dzieje niemieckiej myśli prawa cywilnego do końca XIX w.*, [in:] M. Sadowski, P. Szymaniec (eds.), *Acta Erasmiiana II. Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UW, Wrocław 2012.
- Olszewski H., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, PWN, Warszawa 1982.
- Opalek K., *Wstęp. Savigny i szkoła historyczna w prawoznawstwie*, [in:] F.K. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, trans. K. Opalek, PWN, Warszawa 1964.
- Reimann M., *The Historical School against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, “The American Journal of Comparative Law” 1989, vol. 37.
- Riesenfeld S., *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, “The American Journal of Comparative Law” 1989, vol. 37, <https://doi.org/10.2307/840437>.
- Rückert J., *Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law*, “Juridica International” 2006, vol. 11,

- Rückert J., *The Unrecognized Legacy; Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37.
- Savigny F.C., *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, trans. A. Hayward, The Lawbook Exchange Ltd., New York 2011.
- Szczaniecki M., *Powszechna historia państwa i prawa*, PWN, Warszawa 1995.
- Sójka-Zielińska K., *W sprawie oceny romanistycznego i germanistycznego kierunku szkoły historycznej w niemieckiej nauce praw I połowy XIX wieku*, "Czasopismo Prawno-Historyczne" 1959, vol. 11(2).
- Sokalska E., Augustyniak M., *French Jurisprudence and the Dispute over the Method: From Positivist Exegesis to Free Scientific Research*, "Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2021, vol. 64(6), <https://doi.org/10.15804/ppk.2021.06.18>.
- Sokalska E., Augustyniak M., *Legal Interpretation from the Perspective of French Jurisprudence: From Positivist Exegesis to Free Scientific Research*, "Review of European and Comparative Law" 2022, vol. 48, nr 1, <https://doi.org/10.31743/recl.12394>.
- Sokalska E., *Legal and Political Dimensions of American Federalism: Development and Interpretations*, Wyd. UWM, Olsztyn 2018.
- Stolleis M., *A History of Public Law in Germany 1914–1945*, trans. T. Dunlap, Oxford University Press, Oxford 2004.
- Tabak A., *Nauka prawa w ujęciu niemieckiej szkoły historycznej*, "Biuletyn SAWP KUL" 2018, vol. 13(15/2).
- Toews J.E., *The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of Christian German State*, "The American Journal of Comparative Law" 1989, vol. 37.
- Wołodkiewicz W., *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Zapała J., *Otto von Gierke and His Early Corporatism*, "Przegląd Humanistyczny" 2020, vol. 3, <https://doi.org/10.31338/2657-599X.ph.2020-3.1>.
- Zięba A., *Profesor Józefat Zielonacki (1818–1884) na tle XIX-wiecznej pandektystyki*, "Zeszyty Prawnicze UKSW" 2007, vol. 7(1), <https://doi.org/10.21697/zp.2007.7.1.04>.

Summary

Searching for the best legal interpretation and the ideal formula of a state – Otto von Gierke and corporatism as the basis for a new federal state

Keywords: legal theory, legal method, German jurisprudence, codification, federalism.

The introduction of the Napoleonic Code in France created in Germany a similar desire for a civil code, which would systematize and unify the various and heterogeneous laws. The German code *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896) was developed during the period of social stability and gradual political consolidation. The purpose of the article is to present the main scientific positions on the method of interpretation of law which appeared in German jurisprudence in the 19th and the first half of the 20th century, particularly the historical

school of law and the contribution of Otto von Gierke (one of its leaders) to the discourse on the legal method and interpretation of legal acts, and his idea of corporatism. In Germany, it was approved that some patterns for legislation might be drawn from the experience of previous generations, from history, particularly (in the perception of Friedrich Carl von Savigny) from the Roman law. Active at the turn of the 19th and 20th centuries, Otto von Gierke presented an elaborate concept of corporatism based on legal, historical, and social studies. According to the scholar, corporations will be crucial to the development of a modern federal state. Gierke's ideas enjoyed considerable popularity with American progressivists.

Streszczenie

W poszukiwaniu najlepszej interpretacji prawnej i idealnej formuły państwa – Otto von Gierke i korporacjonizm jako podstawa nowego państwa federalnego

Słowa kluczowe: teoria prawa, metoda prawnicza, jurysprudencja niemiecka, kodyfikacja, federalizm.

Wprowadzenie we Francji kodeksu Napoleona spowodowało chęć skodyfikowania prawa cywilnego również na terenie Rzeszy. Kodyfikacja taka usystematyzowałaby i ujednoliciła różnorodny system prawny. Niemiecki kodeks *Bürgerliches Gesetzbuch* (1896) powstał w okresie stabilizacji społecznej i stopniowej konsolidacji politycznej. Celem niniejszego artykułu jest przegląd głównych stanowisk naukowych dotyczących metody wykładni prawa, jakie pojawiły się w niemieckiej doktrynie w XIX i pierwszej połowie XX w., zwłaszcza w tzw. szkole historycznej. Otto von Gierke (jeden z jej liderów) i jego wkład do dyskursu dotyczącego metody prawnej i interpretacji aktów prawnych oraz idea korporacjonizmu stanowią przedmiot szerszych badań. W Niemczech uznano, że pewne wzorce ustawodawstwa można czerpać z doświadczeń poprzednich pokoleń, z historii, a w szczególności (w recepcji Friedricha Carla von Savigny) z prawa rzymskiego. Aktywny na przełomie XIX i XX w. Otto von Gierke przedstawił rozbudowaną koncepcję korporacjonizmu opartą na studiach prawnych, historycznych i społecznych. Zdaniem uczonego, korporacje będą kluczowe dla rozwoju nowoczesnego państwa federalnego. Prezentowane przez von Gierke poglądy zyskały popularność wśród amerykańskich progresywiwistów.

Krystyna Szczechowicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7251-4962

krystyna.szczechowicz@uwm.edu.pl

Postępowanie w przedmiocie przedłużenia stosowania, uchylenia lub zmiany środka zabezpieczającego – wybrane zagadnienia procesowe

Wstęp

Środki zabezpieczające, jako instrument polityki kryminalnej, wywodzą się z rozwijającej się w drugiej połowie XIX w. szkoły pozytywnej prawa karnego. Przedstawiciele tejże szkoły sformułowali koncepcję rezygnacji z kar jako formy odwetu na rzecz środków zabezpieczających, celem których miała być wyłącznie ochrona społeczeństwa przed sprawcami szczególnie niebezpiecznymi¹. Środki te miały stanowić nie tyle odpowiedź na czyn sprawcy oraz nie miały nieść za sobą sankcji będącej konsekwencją popełnienia czynu zabronionego, ale miały być reakcją prewencyjną wobec możliwości popełnienia przez sprawcę kolejnego czynu zabronionego z uwagi na szczególne właściwości sprawcy, wskazujące na jego społeczne niebezpieczeństwo².

Wynikiem sporu między klasyczną a pozytywną szkołą prawa karnego o wyższości kar albo środków zabezpieczających było sformułowanie przez szkołę socjologiczną postulatów stosowania wobec sprawców przestępstw i czynów zabronionych przez prawo karne zarówno kar (środków karnych), jak i środków zabezpieczających³. Konsekwencją tego było powstanie w pierwszej

¹ A. Marek, *Prawo karne*, wyd. dziesiąte, Warszawa 2011, s. 131; A. Wąsek, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–116*, Gdańsk 2005, s. 33 i nast.; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 118.

² L.K. Paprzycki (red.), *Środki zabezpieczające*, seria: System Prawa Karnego, t. 7, wyd. drugie, Warszawa 2015, s. 3–4.

³ J.K. Gierkowski, L.K. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 5.

połowie XX w. tzw. kodeksów dwutorowych, przewidujących możliwość stosowania z jednej strony kar, a z drugiej środków zabezpieczających⁴. Należy do nich zaliczyć dotychczasowe polskie kodyfikacje karne z 1932 r., 1969 r. i 1997 r.⁵

Środki zabezpieczające, ze względu na ich związek z karą, można podzielić na: środki zabezpieczające stosowane zamiast kary, środki zabezpieczające stosowane obok kary i środki zabezpieczające stosowane po odbyciu kary (postpenalne)⁶.

Istotna zmiana w zakresie stosowania środków zabezpieczających w polskim prawie nastąpiła na skutek nowelizacji Kodeksu karnego z 1997 r. ustawą z dnia 20 lutego 2015 r.⁷ Wprowadzony został nowy katalog środków zabezpieczających, nowe zasady ich orzekania oraz środki o charakterze leczniczym uzyskały inny kształt. W efekcie uchylone zostały obowiązujące dotychczas uregulowania art. 93–98 k.k., a w ich miejsce pojawiły się nowe regulacje w dodanych art. 93a–93 g⁸.

Konsekwencją zmian przewidujących możliwość orzeczenia środków zabezpieczających na etapie postępowania wykonawczego z wyłączeniem pobytu w zakładzie psychiatrycznym była nowelizacja wskazana ustawą przepisów rozdziału XIII Kodeksu karnego wykonawczego.

Kodeks karny po nowelizacji ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. przewiduje następujące środki zabezpieczające:

- 1) elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, realizowaną w systemie dozoru elektronicznego (art. 93a § 1 pkt 1 k.k.) – sprawca ma w tym przypadku obowiązek poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika (art. 93e);
- 2) terapię (art. 93a § 1 pkt 2 k.k.) – sprawca przebywający na wolności ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psy-

⁴ Zob. A. Marek, op. cit., s. 25 i nast.; K. Krajewski, *Środki zabezpieczające*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), op. cit., s. 3 i nast.; K. Zgryzek, *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Katowice 1989, s. 14 i nast.; A. Kwieciński, *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonania*, Wrocław 2009, s. 15 i nast.

⁵ K. Szczechowicz, *Postępowanie w przedmiocie umorzenia postępowania i orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym*, [w:] B. Hołyst, J. Duży, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, D. Wąsik (red.), *Doprawdy łitość to zbrodnia*, Łódź 2018, s. 433.

⁶ J. Długosz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz*, wyd. trzecie, Warszawa 2015, s. 554–555.

⁷ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396), dalej jako k.k.

⁸ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 671.

choterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie (z art. 93f § 1 k.k.);

3) terapię uzależnień (art. 93a § 1 pkt 3 k.k.) – w tym przypadku sprawca przebywający na wolności, wobec którego orzeczono terapię uzależnień, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego w terminach wyznaczonych przez lekarza i poddania się leczeniu uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka (zgodnie z art. 93f § 2 k.k.);

4) pobyt w zakładzie psychiatrycznym (art. 93a § 1 pkt 4 k.k.). Jest to jedyny środek zabezpieczający o charakterze izolacyjnym. Wykonywany jest w podmiocie leczniczym udzielającym świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie opieki psychiatrycznej, dysponującym warunkami podstawowego, wzmocnionego lub maksymalnego zabezpieczenia (art. 200 § 1 i 2 k.k.w.);

5) jeśli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec także: zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, zakaz wstępu na imprezę masową, zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, zakaz prowadzenia pojazdów (art. 93a § 2 k.k.). Wobec tego samego sprawcy można orzec więcej niż jeden środek zabezpieczający (art. 93b § 4 k.k.).

W obecnym stanie prawnym większość środków zabezpieczających wskazanych w art. 93a § 1 k.k. ma charakter leczniczy (terapia, terapia uzależnień, pobyt w zakładzie psychiatrycznym⁹). Nieleczniczy charakter ma jedynie środek zabezpieczający w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu, realizowany w systemie dozoru elektronicznego¹⁰.

Nieleczniczy charakter mają również szczególne środki zabezpieczające o charakterze tzw. administracyjnym¹¹. W istocie są to bowiem środki karne z art. 39 pkt 2–3 k.k., orzekane tytułem środka zabezpieczającego.

⁹ W przypadku środka zabezpieczającego pobytu w zakładzie psychiatrycznym łączy on element leczniczy – terapeutyczny z zabezpieczającym (izolacja sprawcy niebezpiecznego od społeczeństwa). Zgodnie z art. 202 k.k.w. sprawcę, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym, „obejmuje się odpowiednim postępowaniem leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym, którego celem jest poprawa stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia porządku prawnego, a w wypadku sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym – również dalsze leczenie w warunkach poza tym zakładem”.

¹⁰ Zob. A. Barczak-Oplustil, op. cit., s. 673.

¹¹ Ibidem.

Postępowanie w przedmiocie przedłużenia stosowania, uchylenia lub zmiany środka zabezpieczającego

Czasu stosowania środków zabezpieczających nie określa się z góry (art. 93d § 1 k.k.). Takie rozwiązanie wynika z ich istoty. Nie jest możliwe określenie z góry, jak będzie przebiegać np. terapia i w którym momencie sprawca przestanie stwarzać zagrożenie¹². Rozwiązanie to wymusza po stronie ustawodawcy wprowadzenie regulacji zapewniających ochronę praw jednostki, wobec której środek zabezpieczający został orzeczony.

Ustrojowym gwarantem ochrony wolności osobistej jednostek, co wynika z art. 45 ust. 1 Konstytucji, są sądy. Podstawowe zatem zabezpieczenie praw jednostki stanowi sądowa kontrola istnienia potrzeby dalszego stosowania środka zabezpieczającego. Niezawisły sąd ma obowiązek uchylić środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne (art. 93b § 2 k.k.), a zatem gdy ustaną przesłanki jego orzeczenia. Ponadto sąd może zmienić orzeczony wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli poprzednio orzeczony środek stał się nieodpowiedni lub jego wykonywanie nie jest możliwe (art. 93b § 3 zd. 2 k.k.).

Najbardziej newralgiczny jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Ogranicza on jedno z podstawowych praw człowieka – prawo do wolności osobistej¹³. Prawa osób, wobec których orzeczono taki środek, powinny zostać precyzyjnie określone w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie z nim ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw 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. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Ingerencja w prawo do wolności wymaga określonych ram i gwarancji procesowych. Ich zasadniczy trzon ukształtowany został w Konwencji o ochro-

¹² Do czasowej niedookreśloności jako cechy środków zabezpieczających odniósł się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 listopada 2016 r., sygn. akt K 6/14, wskazując, że „rafio legis orzekania środków zabezpieczających bez wskazywania terminu końcowego jest niemożność uprzedniego określenia momentu czy to skutecznego zakończenia terapii, czy to ustania w inny sposób zagrożenia pochodzącego ze strony sprawcy. Teoretycznie środek zabezpieczający może być stosowany nawet do końca życia sprawcy. Należy jednak podkreślić, że czas wykonywania środka jest limitowany ogólnymi i szczegółowymi przesłankami jego stosowania, w tym zasadami konieczności, subsydiarności i proporcjonalności. Sąd ma jednak obowiązek uchylić środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego” – <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Szukaj?cid=3> (data dostępu: 10.01.2022).

¹³ Umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym jest ze swej istoty pozbawieniem wolności, dlatego stosowanie tego środka zabezpieczającego wymaga ścisłego określenia kryteriów i ograniczeń. Zob. J.K. Gierowski, A. Szymusik, *Deontologia w psychiatrii i psychologii sądowej*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996, s. 197.

nie praw człowieka i Podstawowych Wolności¹⁴, której Rzeczpospolita Polska jest stroną od roku 1993. Chodzi tu przede wszystkim o prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 EKPCz), prawo do obrony swoich interesów.

Strony konwencji powinny kształtować krajowy porządek prawny zgodnie z celem art. 5 EKPCz, czyli w taki sposób, by chronił jednostkę przed arbitralnością, co wymaga istnienia „rzetelnych i odpowiednich procedur”¹⁵. Przyjmuje się, że pozbawienie wolności nie może zostać uznane za „zgodne z prawem” w rozumieniu art. 5 ust. 1 EKPCz, jeżeli tryb krajowy nie zapewnia wystarczających gwarancji przeciwko arbitralności.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz) osoba nie może zostać pozbawiona wolności ze względu na chorobę umysłową, jeżeli trzy następujące warunki minimalne nie zostaną spełnione: należy wiarygodnie wykazać, że osoba ta jest chora umysłowo (czyli należy wykazać istnienie autentycznych zaburzeń psychicznych przed właściwym organem na podstawie obiektywnego badania lekarskiego), zaburzenia psychiczne muszą być takiego rodzaju lub o takim natężeniu, że uzasadniają przymusowe odosobnienie, a ważność przedłużenia odosobnienia musi zależeć od utrzymania się takich zaburzeń¹⁶.

Podstawy materialnoprawne przedłużania stosowania, uchylecia lub zmiany środka zabezpieczającego zawarte są w Kodeksie karnym¹⁷, natomiast tryb postępowania określają przepisy Kodeksu karnego wykonawczego¹⁸.

Tryb orzekania o dalszym stosowaniu pobytu w zakładzie psychiatrycznym został uregulowany w art. 204 k.k.w. W myśl art. 204 § 1 k.k.w., jeżeli wobec sprawcy orzeczono środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, sąd z urzędu zobligowany jest nie rzadziej niż co 6 miesięcy orzekać w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, a w wypadku uzyskania opinii, że dalsze pozostawanie sprawcy w zakładzie psychiatrycznym nie jest konieczne, ma uczynić to bezzwłocznie. Powyższa regulacja – zgodnie z art. 204 § 4 k.k.w. – ma odpowiednie zastosowanie do sprawców, wobec których orzeczono inny niż pobyt w zakładzie psychiatrycznym środek zabezpieczający, z tym że wówczas sąd orzeka w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego nie rzadziej niż co 12 miesięcy.

¹⁴ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako EKPCz.

¹⁵ Por. decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 22 października 1997 r. w sprawie *Kielczewski przeciwko Polsce*, skarga nr 25429/94; uzasadnienia wyroków ETPCz: z 30 listopada 2010 r. w sprawie *Jończyk przeciwko Polsce*, skarga nr 19789/08; z 2 maja 2013 r. w sprawie *Petukhova przeciwko Rosji*, skarga nr 28796/07; z 28 maja 2013 r. w sprawie *Baran przeciwko Polsce*, skarga nr 53315/09; z 29 listopada 2011 r. w sprawie *Beiere przeciwko Lotwie*, skarga nr 30954/05 – <http://www.echr.coe.int> (data dostępu: 21.01.2022).

¹⁶ Zob. decyzja ETPCz z 17 maja 2016 r., *Wyźga przeciwko Polsce*, skarga nr 72193/10 – <http://www.echr.coe.int> (data dostępu: 23.01.2022).

¹⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 2345).

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 534), dalej jako k.k.w.

Istotne znaczenie dla zagwarantowania ochrony praw sprawców, wobec których stosowany jest środek zabezpieczający pobytu w zakładzie psychiatrycznym, ma także regulacja art. 203 k.k.w. Przepis art. 203 § 1 k.k.w. nakłada na kierownika zakładu psychiatrycznego, w którym wykonuje się środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, by nie rzadziej niż co 6 miesięcy przysyłał do sądu opinię o stanie zdrowia sprawcy umieszczonego w tym zakładzie oraz o postępach w leczeniu lub terapii. Przy czym opinię taką jest obowiązany przesłać bezzwłocznie, jeżeli w związku ze zmianą stanu zdrowia sprawcy uzna, że jego dalsze pozostawianie w zakładzie nie jest konieczne. Niezależnie od tego, sąd może w każdym czasie żądać opinii o stanie zdrowia i stosowanym leczeniu lub terapii oraz ich wyników wobec sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym (art. 203 § 2 k.k.w.).

Elementy gwarancyjne w procedurze orzekania o przedłużeniu stosowania, uchyleniu bądź zmianie środka zabezpieczającego mają ogromne znaczenie. W toku postępowania kontrolnego kluczowe znaczenie powinny mieć takie rozwiązania proceduralne, które zagwarantują efektywną kontrolę nad stosowaniem środka ingerującego w sferę wolności i prawa jednostki – z pierwszeństwem przed szybkością tego postępowania¹⁹. Podstawowym warunkiem rzetelnej i sprawiedliwej oceny jest w tym wypadku możliwość dokonania przez sąd ustaleń faktycznych w sposób wszechstronny i wyczerpujący. Do rozwiązań proceduralnych, służących osiągnięciu takiego celu, należy m.in. prawo do inicjowania postępowania, prawo strony do osobistego udziału w posiedzeniu oraz prawo do bycia wysłuchanym, prawo do wniesienia środka odwoławczego.

Inicjowanie postępowania w przedmiocie uchylenia bądź zmiany środka zabezpieczającego nie następuje tylko z urzędu. Wniosek może złożyć na zasadach ogólnych prokurator, skazany lub jego obrońca (zob. art. 19 § 1 k.k.w.), ale również w oparciu o regulację szczególną: dyrektor zakładu karnego, kierownik zakładu psychiatrycznego lub kierownik podmiotu leczniczego, w którym sprawca odbywa terapię lub terapię uzależnień (art. 199b § 1 k.k.w.). Rozwiązanie przyznające sprawcy i jego obrońcy uprawnienie do inicjowania postępowania należy uznać za spełniające wymogi należytej ochrony praw jednostki. Znaczne rozszerzenie zakresu podmiotów uprawnionych do inicjowania postępowania tylko wzmacnia tę ochronę.

Słusznie w piśmiennictwie zwraca się jednak uwagę na brak kuratora sądowego wśród wnioskodawców wymienionych w art. 199b § 1 k.k.w. z uwagi na jego rolę i pozycję przy wykonywaniu środków zabezpieczających²⁰.

¹⁹ Zob. uzasadnienie wyroku TK z 22 marca 2017 r., sygn. akt SK 13/14, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=SK%2013/14> (data dostępu: 12.01.2022).

²⁰ Zob. T. Kalisz, A. Kwieciński, *Projektowane zmiany w zakresie stosowania i wykonywania leczniczych środków zabezpieczających: (uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w wersji z 17 kwietnia 2014 r.)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2014, nr 83, s. 37.

Regulacje dotyczące postępowania w przedmiocie uchylecia lub zmiany środka zabezpieczającego znajdują zastosowanie nie tylko w sytuacji, gdy sprawca rozpoczął wykonywanie środka, ale też w sytuacji, gdy mimo uprawnienia się orzeczenia nie doszło jeszcze do faktycznego rozpoczęcia jego wykonania²¹.

Ustawodawca wprowadził możliwość ograniczenia merytorycznego rozpoznawania wniosku o zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego. Sąd może pozostawić bez rozpoznania wniosek o zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego, jeżeli od wydania poprzedniego orzeczenia w tym przedmiocie upłynęło mniej niż 6 miesięcy, a wnioskodawca nie wskazał nowych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia (art. 199b § 4 k.k.w.). Warunkiem pozostawienia wniosku bez rozpoznania jest zatem nie tylko stwierdzenie, że upłynął już sześciomiesięczny okres karencyjny od dnia rozpoznania poprzedniego wniosku, ale nadto stwierdzenie, iż wnioskodawca nie wskazał nowych okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia. Użycie słów „wnioskodawca nie wskazał nowych okoliczności” przesądza – przy zastosowaniu metody wykładni językowej – że odnosi się to do co najmniej drugiego wniosku złożonego w tym przedmiocie przez tego samego wnioskodawcę. Regulacja ta stanowi mechanizm zapobiegający nieuzasadnionemu inicjowaniu postępowania sądowego. Pierwsza zaś negatywna decyzja sądu po rozpoznaniu wniosku o zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego mogła być skutecznie zaskarżona.

Jak wcześniej wskazano, kolejnym niezmiernie ważnym elementem w procedurze orzekania w przedmiocie środka zabezpieczającego w postępowaniu wykonawczym jest zagwarantowanie prawa strony do osobistego udziału w posiedzeniu oraz prawa do bycia wysłuchanym. Regulacja art. 204 § 1 i 2 k.k.w., dotycząca dalszego stosowania środka zabezpieczającego umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym, nie spełniała wymogów konstytucyjnych do dnia 25 kwietnia 2019 r. Powyższe stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 marca 2017 r., sygn. SK 13/14, orzekając, że „art. 204 § 1 i 2 w związku z art. 22 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 90, poz. 557 ze zm.) w zakresie, w jakim nie przewiduje prawa do osobistego udziału sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający polegający na umieszczeniu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, w posiedzeniu sądu w sprawie dalszego stosowania tego środka zabezpieczającego, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 41 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”²².

²¹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 25 lutego 2009 r., sygn. akt I KZP 34/08, OSNKW 2009, Nr 5, poz. 35.

²² Dz.U. z 2017 r., poz. 666.

Niezrozumiałe było przyjęte w art. 204 k.k.w. rozwiązanie w konfrontacji z regulacją art. 199b § 3 k.k.w.²³, która w odniesieniu do posiedzenia w przedmiocie orzeczenia, zmiany bądź uchylenia środka zabezpieczającego na etapie wykonawczym przyznawała sprawcy lub jego obrońcy prawo do udziału w posiedzeniu. Choć nie można uznać, że konstrukcja przepisu art. 199b § 3 k.k.w. jest fortunna. Alternatywne ujęcie prawa do udziału w posiedzeniu w odniesieniu do sprawcy i jego obrońcy nie jest trafne. Prawo do uczestniczenia w posiedzeniu sądu pozostaje w bezpośrednim związku z obowiązkiem zawiadomienia uczestnika postępowania o terminie czynności procesowej. Oznacza to, że w zasadzie wystarczy w świetle przyjętego uregulowania zawiadomić o terminie posiedzenia sprawcę lub obrońcę, by uczynić zadość temu obowiązkowi. Oczywiście alternatywne ujęcie nie oznacza, że sąd nie zawiadomi łącznie sprawcy i jego obrońcy. Kierując się gwarancyjnym charakterem regulacji, należy przyjąć, że zawiadomiony winien być tak sprawca jak i jego obrońca. Rzecz jednak w tym, że to powinno wypływać wprost z regulacji ustawowej. Należy mieć na uwadze, że prawo do obrony (zarówno to wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji, jak i mające swe źródło w art. 6 k.p.k., które ma pełne zastosowanie w postępowaniu wykonawczym – art. 1 § 2 k.k.w.) przewiduje uprawnienie oskarżonego do osobistego wykonywania obrony, niezależnie od tego, czy posiada on obrońcę i czy obrońca ten jest obecny w czasie czynności, w trakcie której sprawca czynu zabronionego chciałby osobiście działać.

Jak ważne jest prawo jednostki do wysłuchania przez sąd, zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 czerwca 2002 r., sygn. akt SK 5/02, wskazując, że „w każdym wypadku ustawodawca powinien zapewnić jednostce prawo do wysłuchania. Jednostka musi uzyskać w szczególności możliwość przedstawienia swoich racji oraz zgłaszania wniosków dowodowych. Istotny element sprawiedliwej procedury sądowej stanowi prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych. Ustawodawca może ograniczyć udział stron w określonych czynnościach procesowych, ograniczenia takie powinny jednak zawsze posiadać odpowiednie uzasadnienie. Ocena konkretnych rozwiązań ustawowych z punktu widzenia wymogów sprawiedliwości proceduralnej powinna uwzględniać charakter spraw rozpoznawanych w danym postępowaniu”²⁴.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 marca 2017 r., sygn. SK 13/14 i sformułowane w uzasadnieniu wyroku wskazania co do kształtu rozwiązań prawnych, które powinny zostać wprowadzone przez ustawodawcę w celu wła-

²³ Art. 199b § 3 k.k.w.: „W posiedzeniu ma prawo wziąć udział prokurator, sprawca lub jego obrońca oraz wnioskodawca określony w § 1”. Wnioskodawcami wskazanymi w § 1 są: dyrektor zakładu karnego, kierownik zakładu psychiatrycznego lub kierownik podmiotu leczniczego, w którym sprawca odbywa terapię lub terapię uzależnień.

²⁴ Dz.U. z 2002 r., Nr 84, poz. 763.

ściwego wypełnienia standardów konstytucyjnych, skutkowałą nowelizacją art. 204 k.k.w. ustawą z dnia 21 lutego 2019 r.²⁵ Dodano do art. 204 k.k.w. § 2a, w którym przyznano sprawcy prawo udziału w posiedzeniu sądu w przedmiocie dalszego stosowania internacji psychiatrycznej.

Trybunał Konstytucyjny wskazał jednocześnie, że „konstytucyjna dyrektywa rozpoznania sprawy przez sąd bez nieuzasadnionej zwłoki mogłąby uzasadniać przeprowadzenie postępowania, o którym mowa w art. 204 § 1 k.k.w., bez udziału osoby poddanej internacji psychiatrycznej, jeżeli stan zdrowia wskazywałby na to, że uczestnictwo tej osoby w posiedzeniu byłoby nieuzasadnione z perspektywy obowiązku ustalenia przez sąd wszelkich okoliczności sprawy lub szkodliwe ze względu na ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia osoby poddanej terapii, wywołane podjęciem wobec niej czynności o stresogennym charakterze, albo jeżeli osoba ta odmawiałaby lub uchylała się od udziału w posiedzeniu”.

Uwzględniając powyższe uwagi, ustawodawca wprowadził w § 2a art. 204 k.k.w. zastrzeżenie, że sprawca nie bierze udziału w posiedzeniu, jeżeli z opinii biegłych wynika, iż byłoby to niewskazane, chyba że mimo wszystko sąd uzna, że jego udział jest konieczny dla wydania prawidłowego rozstrzygnięcia.

Powyższe zastrzeżenie należy uznać za w pełni uzasadnione. Niekiedy stan zdrowia sprawcy jest tego rodzaju, że nie tylko nie jest on w stanie nawiązać kontaktu z innymi osobami, ale zabieranie go ze szpitala i konwojowanie do sądu mogłoby tylko wpłynąć niekorzystnie na jego stan zdrowia. Ochrona jego praw wymaga jednak w takim wypadku udziału obrońcy w posiedzeniu sądu (art. 204 § 2 pkt 2 k.k.w.), chyba że sąd orzeka na korzyść lub zgodnie z wnioskiem skazanego. Uznać bowiem należy, że zachodzi wówczas tzw. obrona obligatoryjna (art. 8 § 2 pkt 2 k.k.w.). Obowiązkowy udział obrońcy sprawcy w posiedzeniu pozwala na reprezentowanie jego praw i interesów, nawet wówczas, gdy sam sprawca nie bierze w posiedzeniu udziału.

Obowiązek ustawodawcy do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności, wymaga zapewnienia jednostce prawa do uczestniczenia w posiedzeniu i bycia wysłuchanym, ale nie może prowadzić do naruszenia jej prawa do samostanowienia i ochrony zdrowia. Dodatkowo ustawodawca winien uwzględnić dyrektywę sprawności i efektywności postępowania, a także racjonalnego wykorzystania zasobów kadrowych i materialnych aparatu wymiaru sprawiedliwości w szerokim znaczeniu²⁶.

²⁵ Ustawa z dnia 21 lutego 2019 roku o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 679). Ustawa weszła w życie z dniem 26 kwietnia 2019 r.

²⁶ Zob. uzasadnienie wyroku TK z 22 marca 2017 r., sygn. akt SK 13/14, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=SK%2013/14> (data dostępu: 5.01.2022).

Opinia co do zdolności sprawcy do wzięcia udziału w posiedzeniu w sprawie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, zgodnie z nowelizacją ustawą z dnia 21 lutego 2019 r., ma stanowić obligatoryjny element opinii zarówno przesyłanej sądowi cyklicznie w ramach wykonania przez kierownika zakładu psychiatrycznego dyspozycji art. 203 § 1 k.k.w., jak i opinii wydawanej na żądanie sądu stosownie do art. 203 § 2 k.k.w. Sąd niezależnie od tego ma możliwość poczynienia z własnej inicjatywy ustaleń i weryfikacji nadesłanej mu opinii poprzez zasięgnięcie opinii innych biegłych.

Prawo do uczestniczenia w posiedzeniu sądu rodzi obowiązek zawiadomienia uczestnika postępowania o terminie czynności procesowej oraz w przypadku osoby pozostającej w internacji psychiatrycznej danie jej możliwości wypowiedzenia się, co do tego czy chce skorzystać z prawa uczestniczenia w posiedzeniu sądu. W dodanym do art. 204 k.k.w. wskazaną nowelizacją § 2 b przyjęto, że doręczając sprawcy zawiadomienie o terminie posiedzenia w przedmiocie dalszego stosowania pobytu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, należy go pouczyć o prawie do złożenia wniosku o doprowadzenie go na to posiedzenie. Mając na względzie zapobieżenie przewlekłości postępowania, określono w § 2c sprawcy terminu 7 dni od daty doręczenia zawiadomienia o posiedzeniu sądu, przed upływem którego powinien zgłosić wniosek o doprowadzenie go na posiedzenie. Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie możliwości złożenia przez sprawcę wniosku o doprowadzenie go na posiedzenie na ręce kierownika zakładu psychiatrycznego, który obowiązany jest przekazać go niezwłocznie do właściwego sądu (art. 204 § 2d k.k.w.). Rozwiązanie to, wzięwszy pod uwagę sytuację osób poddanych detencji psychiatrycznej, ułatwi im wyrażenie woli wzięcia udziału w posiedzeniu, z jednej strony, a z drugiej pozytywnie wpłynie na szybkość postępowania. Uzyskanie odpowiednio wcześniej informacji co do tego, czy sprawca umieszczony w zakładzie psychiatrycznym chce skorzystać z prawa do udziału w posiedzeniu sądu, ułatwi jego przygotowanie (wydanie nakazów doprowadzenia, zapewnienie konwoju itd.). W przypadku, gdy oświadczenie uprawnionego zostanie złożone z opóźnieniem, ale dotrze do sądu w takim czasie, że będzie możliwe bez odraczania posiedzenia, doprowadzenie sprawcy, to należy go doprowadzić i umożliwić mu osobisty udział. Przedstawianie swoich racji i zgłaszania wniosków dowodowych to nie tylko realizacja przysługujących sprawcy gwarancji procesowych, ale możliwość dokonania przez sąd ustaleń faktycznych w sposób wszechstronny i wyczerpujący.

Poczynieniu przez sąd ustaleń faktycznych w sposób wszechstronny i wyczerpujący służyć ma także obowiązek wysłuchania przed wydaniem orzeczenia: 1) psychologa, 2) w sprawach osób niepoczytalnych, o ograniczonej poczytalności lub z zaburzeniami osobowości albo gdy sąd uzna to za wskazane – ponadto lekarza psychiatrę, 3) w sprawach osób z zaburzeniami preferencji seksualnych – biegłych wskazanych w punktach 1 i 2 oraz lekarza sek-

suologa lub psychologa seksuologa. Nadto w sprawach osób uzależnionych można również wysłuchać biegłego w przedmiocie uzależnienia (art. 199b § 2 k.k.w.).

Zgodnie z art. 199b § 2 k.k.w. na sędzie zawsze ciąży – przed zmianą lub uchYLENIEM ŚRODKA ZABEZPIECZAJĄCEGO – obowiązek wysłuchania psychologa. Przedstawiciele doktryny wskazują, że współczesna ocena konstrukcji niepo-czytalności psychiatryczno-psychologiczna powoduje, iż opinia sądowo-psychologiczna nie jest tylko pomocnicza dla opinii psychiatrycznej, ale jest nieodzowna, jako dająca pełną psychologiczną diagnozę kliniczną²⁷. Tenden-cję do coraz szerszego i powszechniejszego korzystania z wiedzy psychologicznej w rozstrzyganiu kwestii związanych ze stanem zdrowia psychicznego sprawców czynów zabronionych, w tym także aspektów, które dotyczą zasad-ności stosowania środków izolacyjno-leczniczych, należy ocenić pozytywnie²⁸.

Na etapie wykonawczym wprowadzono obowiązek wysłuchania jednego lekarza psychiatry, a nie dwóch, jak to ma miejsce przy orzekaniu na etapie postępowania jurysdykcyjnego (art. 354a k.p.k.). Powyższe, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, tłumaczone jest faktem, że w większości wypadków będzie to już kolejna opinia psychiatryczna w sprawie. Ponadto na tym etapie nie jest już możliwe orzeczenie izolacyjnych środków zabezpieczających, nie jest więc konieczne rozszerzenie gwarancji dla sprawcy²⁹.

„Wysłuchanie”, jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, należy rozu-mieć w ten sposób, że sąd jest obowiązany wysłuchać co najmniej ustnej opinii³⁰ biegłego psychologa czy też w pozostałych sytuacjach określonych w art. 199b § 2 k.k.w. innych jeszcze specjalności. Nie jest przy tym wystarczające złożenie opinii przez biegłych wyłącznie na piśmie³¹.

Podzielić należy pogląd Małgorzaty Pyrcak-Górowskiej, że „wysłuchanie biegłych przed »orzeczeniem, zmianą i uchYLENIEM ŚRODKA ZABEZPIECZAJĄCEGO« należy rozumieć jako wysłuchanie biegłych na każdym posiedzeniu, które może zakończyć się wydaniem postanowienia o orzeczeniu, zmianie lub uchy-

²⁷ A. Pietrzyk, *Psychologiczne kryteria niepo-czytalności i po-czytalności zmniejszonej – reflek-sje biegłego psychologa dla prawników*, „Palestra”, nr 12, s. 90; M. Tarnawski, *Niepo-czytalność i po-czytalność zmniejszona – de lege lata i de lege ferenda*, [w:] R. Rutkowski, Z. Majchrzyk (red.), *Teoria i praktyka oceny po-czytalności*, Warszawa 1988, s. 35; J.K. Gierowski, *Kompleksowe, psy-chiatryczno-psychologiczne opiniowanie o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronio-nego*, [w:] G. Chojnacka-Szawłowska, B. Pastwa-Wojciechowska (red.), *Kliniczne i sądowo-peni-tencyjne aspekty funkcjonowania człowieka*, Kraków 2007, s. 219–220.

²⁸ L. Osiński, *Komentarz do art. 199b Kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. czwarte, 2021, Legalis; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. czwarte, 2017, Lex.

²⁹ S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. siódme, 2020, Legalis.

³⁰ Przepisy Kodeksu postępowania karnego mające odpowiednie zastosowanie w postępowaniu wykonawczym (art. 1 § 1 k.k.w.), które *expressis verbis* przewidują formę ustną i pisemną opinii biegłego.

³¹ L. Osiński, op. cit.; wyrok SN z 27 lutego 2008 r., IV KK 20/08, Lex nr 354825.

leniu środka zabezpieczającego, a zatem również na każdym posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w trybie art. 204 § 1 i 4 k.k.w.”³².

Na wszystkie postanowienia w przedmiocie środków zabezpieczających, wydawane w postępowaniu wykonawczym, przysługuje zażalenie, co wynika *expressis verbis* z art. 199a § 3 k.k.w.

Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia jest ograniczony do sprawcy, jego obrońcy i prokuratora. Nie przysługuje to uprawnienie innym osobom uczestniczącym w postępowaniu. Ustawodawca wprost przyznał prawo do wnoszenia zażaleń skazanemu (art. 6 § 1 k.k.w.) i prokuratorowi (art. 21 k.k.w.). Ustawodawca tam, gdzie rozszerza krąg podmiotów uprawnionych do składania zażaleń na postanowienia, statuuje to wprost w przepisach, np. w art. 163 § 3 k.k.w., art. 197 § 2 k.k.w.

Należy uznać, że regulacja ta jest słuszna i interesy sprawcy są wystarczająco chronione przed niezasadną odmową uchylenia lub zmiany środka zabezpieczającego poprzez uprawnienia do zaskarżenia postanowienia w tym przedmiocie przysługujące nie tylko jemu, jego obrońcy, ale również prokuratorowi, który może wnosić zażalenie – także na korzyść sprawcy.

Reasumując, niezmiernie ważnym elementem w procedurze orzekania w przedmiocie środka zabezpieczającego w postępowaniu wykonawczym jest zagwarantowanie prawa strony do osobistego udziału w posiedzeniu oraz prawa do bycia wysłuchanym. Regulacja art. 204 § 1 i 2 k.k.w. nie spełniała wymogów konstytucyjnych do dnia 25 kwietnia 2019 r. Nowelizacja art. 204 k.k.w. ustawą z dnia 21 lutego 2019 r. dostosowała przepisy do standardów konstytucyjnych zapewniając sprawcy ochronę jego praw poprzez wprowadzenie niezbędnych gwarancji procesowych.

Należałoby jednak postulować *de lege ferenda* zmianę art. 199b § 3 k.k.w. poprzez eliminację alternatywnego ujęcia prawa do udziału w posiedzeniu w odniesieniu do sprawcy i jego obrońcy. Prawo do uczestniczenia w posiedzeniu sądu pozostaje w bezpośrednim związku z obowiązkiem zawiadomienia uczestnika postępowania o terminie czynności procesowej. Jak wcześniej wskazano, oznacza to, że w zasadzie wystarczy w świetle przyjętego uregulowania zawiadomić o terminie posiedzenia sprawcę lub obrońcę, by uczynić zadość temu obowiązkowi. Kierując się gwarancyjnym charakterem regulacji, należy przyjąć, że zawiadomiony winien być sprawca oraz jego obrońca i powinno wypływać to wprost z regulacji ustawowej. Jak wskazuje w swym orzecznictwie ETPCz, krajowy porządek prawny winien być kształtowany w taki sposób, by chronił jednostkę przed arbitralnością, co wymaga istnienia „rzetelnych

³² Zob. M. Prycak-Górowska, *Wysłuchanie biegłego na posiedzeniu w przedmiocie orzeczenia, zmiany lub uchylenia środka zabezpieczającego – problemy interpretacyjne związane z art. 199b § 2 k.k.w.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 4, s. 7–8 i zawartą tam argumentację.

i odpowiednich procedur”³³. Nadto w art. 199b § 1 k.k.w. katalog podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o orzeczenie, zmianę lub uchylenie środka zabezpieczającego powinien zostać poszerzony o kuratora sądowego z uwagi na jego rolę i pozycję przy wykonywaniu środków zabezpieczających.

Wykaz literatury

- Barczak-Oplustil A., *Środki zabezpieczające*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Krakowski Inst. Prawa Karnego, Kraków 2015.
- Długosz J., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2: *Komentarz*, wyd. trzecie, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Gierkowski J.K., Paprzycki L.K., *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Gierowski J.K., *Kompleksowe, psychiatryczno-psychologiczne opiniowanie o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego*, [w:] G. Chojnacka-Szawłowska, B. Pastwa-Wojciechowska (red.), *Kliniczne i sądowo-penitencjarne aspekty funkcjonowania człowieka*, Impuls, Kraków 2007.
- Gierowski J.K., Szymusik A., *Deontologia w psychiatrii i psychologii sądowej*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Collegium Medicum UJ, Kraków 1996.
- Kalisz T., Kwieciński A., *Projektowane zmiany w zakresie stosowania i wykonywania leczniczych środków zabezpieczających: (uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw w wersji z 17 kwietnia 2014 r.)*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2014, nr 83.
- Krajewski K., *Środki zabezpieczające*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Środki zabezpieczające*, seria: System Prawa Karnego, t. 7, wyd. drugie, Warszawa 2015.
- Kwieciński A., *Lecznicze środki zabezpieczające w polskim prawie karnym i praktyka ich wykonania*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. siódme, 2020, Legalis.
- Marek A., *Prawo karne*, wyd. dziesiąte, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Osiński L., *Komentarz do art. 199b Kodeksu karnego wykonawczego*, [w:] J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. czwarte, 2021, Legalis.
- Paprzycki L.K. (red.), *Środki zabezpieczające*, seria: System Prawa Karnego, t. 7, wyd. drugie, Warszawa 2015.
- Pietrzyk A., *Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej – refleksje biegłego psychologa dla prawników*, „Palestra” 1993, nr 1.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. czwarte, 2017, Lex.
- Prycak-Górowska M., *Wysłuchanie biegłego na posiedzeniu w przedmiocie orzeczenia, zmiany lub uchylenia środka zabezpieczającego – problemy interpretacyjne związane z art. 199b § 2 k.k.w.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 4.

³³ Por. uzasadnienie wyroków ETPCz: z 30 listopada 2010 r. w sprawie *Jończyk przeciwko Polsce*, skarga nr 19789/08; z 28 maja 2013 r. w sprawie *Baran przeciwko Polsce*, skarga nr 53315/09; z 29 listopada 2011 r. w sprawie *Beiere przeciwko Lotwie*, skarga nr 30954/05, <http://www.echr.coe.int> (data dostępu: 21.01.2022).

- Szczechowicz K., *Postępowanie w przedmiocie umorzenia postępowania i orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym*, [w:] B. Hołyst, J. Duży, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, D. Wąsik (red.), *Doprawdy litość to zbrodnia*, Wyd. UŁ, Łódź 2018.
- Tarnawski M., *Niepoczytalność i poczytalność zmniejszona – de lege lata i de lege ferenda*, [w:] R. Rutkowski, Z. Majchrzyk (red.), *Teoria i praktyka oceny poczytalności*, PZWL, Warszawa 1988.
- Wąsek A., [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–116*, Arche, Gdańsk 2005.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, PWN, Warszawa 1973.
- Zgryzek K., *Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym*, Wyd. UŚ, Katowice 1989.

Summary

Legal proceedings to extend the application, suppress or change a preventive measure – selected procedural issues

Keywords: executive criminal law, preventive measures, stay in a psychiatric institution, therapy, addiction therapy, suppress a preventive measure, enforcement proceedings.

The time of application of preventive measures is not predetermined which is due to their nature. Therefore, the guarantee elements in adjudicating on the extension of the application, suppressing or modifying a preventive measure are of great importance. Procedural solutions that guarantee effective control over the application of the measure should be of key importance during the proceedings. The aim of the article is to analyse the solutions adopted in this area in Polish law and their assessment in terms of protecting the rights of persons against whom preventive measures are applied. An extremely important element in the procedure of adjudicating on a preventive measure in enforcement proceedings is the determination of entities entitled to initiate proceedings in this respect and to appeal against decisions. It is no less important to guarantee the party's right to attend the meeting in person and to be heard. In the light of the assessment of Polish legislation, *de lege ferenda* conclusions were formulated. It was proposed to amend Article 199b Clause 3 of the Penal Enforcement Code by eliminating the alternative approach to the right to participate in the meeting concerning the perpetrator and his defender. Moreover, in Article 199b Clause 1 of the Penal Enforcement Code, it was proposed that the catalogue of entities authorized to submit an application for a ruling, changing or suppressing of a preventing measure should be extended to include a probation officer due to his role and position in the implementation of preventive measures.

Radosław Zych

University of Szczecin

ORCID: 0000-0002-1221-9136

radoslaw.zych@usz.edu.pl

Criminal law regulations in electoral law ensure the protection of the secrecy of voting in elections to the office of the President of the Republic of Poland in 2020

Introduction

In this paper, I will analyse selected legal regulations related to the organization of elections for the office of the President of the Republic of Poland in 2020 in the situation of the COVID-19 pandemic caused by the Sars-CoV-2 virus. In my opinion, the issue of the law enacted in 2020 in the field of criminal law protection of voting deserves a study, also in the context of the massive threat of spreading a virus causing a previously unknown disease.

This study aims to analyse the problem of the protection of electoral rights in Poland during the time of the COVID-19 pandemic. It has become a priority to characterize the episodic Act of 6 April 2020 in the field of criminal law protection of the correctness of the conduct of correspondence voting, resulting from the pandemic threat, and to verify the adopted institutions with the postulates previously reported by the doctrine of law and court jurisprudence about the elements that construct them. In the course of the research, the following hypotheses were formulated:

1. The state is responsible for ensuring that the correctness of the voting process is protected by criminal law.

2. The criminal law regulation contained in the Act of 6 April 2020 on the right to criminal law protection of the correctness of voting has not been adjusted to the conditions of the pandemic, and as a result, there may be doubts as to its precision, which may hinder its application.

In the case of this study, the answer to the following questions can be indicated as a research problem: does the Act of 6 April 2020 adequately meet the needs of criminal law protection of voting in a pandemic?

The issue of criminal-law protection of voting in elections during a pandemic

The provisions governing the responsibility of voters are specified in Article 18 of the Act of 6 April 2020 on Special Rules for Holding General Elections of the President of the Republic of Poland were ordered in 2020¹. Under Article 2, the Act envisaged holding the elections for the presidential office ordered in 2020 (and possibly the second round of voting) only by post. The legislator enacted two types of prohibited acts, the subject of which was a voting card or a declaration form used in the procedure of postal voting.

Theft of a voting card or declaration form

Under Article 18 (1) of the Act, “whoever steals the voting card or the declaration form referred to in Article 3 (3) (5) shall be punishable by imprisonment of up to 3 years”. The declaration of personal and secret voting on the ballot paper is one of the elements of the electoral package. The wording “whoever” indicated that the perpetrator of a prohibited act could be anyone capable of incurring criminal liability. The definition of the causative act contained in this legal norm raised doubts regarding its interpretation. According to the Polish Penal Code², theft is defined by seizure, which should be understood as taking a thing out of a person’s control (owner, possessor, holder) and transferring it into one’s possession. It is about having actual control of the thing, which as a result of the seizure is violated against the will of the owner. In effect, however, such a seizure violates the right of ownership, because the perpetrator acts to appropriate the item seized, i.e., to include it in his possession or to unlawfully dispose of it for the benefit of another person³. As emphasized by the Supreme Court, the seizure (which is the essence of theft) occurs unlawfully, without any reason for it and without the consent of the owner or the person whose thing is taken⁴. The stolen object cannot be anyone’s property⁵. Therefore, it is reasonable to ask who in the situation described in Article 18 (1) of the Act would own the electoral package? On the face of it,

¹ Journal of Laws of 2020, item 827.

² Pursuant to Article 278 (1) of the Act of 6 June 1997 – Penal Code (consolidated text in Journal of Laws of 2020, items 1444 and 1517), “whoever takes away someone else’s movable property for the purpose of appropriation is subject to imprisonment from 3 months to 5 years”.

³ A. Marek, *Komentarz do artykułu 278 k.k.*, [in:] A. Marek (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, pp. 506–507.

⁴ Judgment of the Supreme Court of 18 December 1998, IV KKN 98/98, “Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Sądów Apelacyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego” (supplement to “Prokuratura i Prawo”) 1999, no. 7–8.

⁵ A. Marek, *op. cit.*, p. 507.

from the perspective of civil law, the “robbed person” would not be the voter, but the post box owner.

The statutory act of causing the “stealing” of a voting card or a declaration form might take place not only on the voting day. It should be noted that by Article 3 (1) of the Act, “the designated operator within the meaning of the Act of 23 November 2012 – Postal Law⁶, ensures that in the case of voting in Poland, within the period from 7 days to the day preceding the day of voting, delivery of the electoral package directly to the voter’s letterbox or to the address of the voter indicated in part A of the electoral roll referred to in Article 26 (6) (1) of EC⁷.

Placing a modified or forged ballot paper or declaration form in the postbox

The legislator, in the same act, in Article 18 (2) penalized the second prohibited act, stating that “the same penalty shall be imposed on anyone who places in the post box referred to in Article 5 (2) a modified or forged ballot paper or the declaration referred to in Article 3 (3) (5)”.

Article 5 (2) of the Act defined the voting procedure as follows: “After filling out the voting card, the voter puts it in an envelope for the ballot paper which he seals and then puts the envelope in the return envelope together with the signed declaration form referred to in Article 3 (3) (5), and places it, alone or through another person, not earlier than 6:00 a.m. and not later than 8:00 p.m. on the voting day, in a post box specially prepared for this purpose of the operator designated in the commune where he is listed in the electoral roll. The requirements concerning the post box of the designated operator, designed to hold a return envelope shall be determined by a regulation of the minister competent for state assets, to appropriately protect post boxes, in particular, to guarantee the secrecy of voting”.

Therefore, the statutory permission to place a voting card and a signed declaration form through another person by 8 p.m. on the voting day in a post box specially prepared for this purpose, owned by the designated operator, allowed a broad interpretation of the causative act, consisting in “forging” or “modifying” – both in personal and temporal terms. A situation could be envisaged where the perpetrator of a prohibited act is, for example, an adult son of the entitled person, his colleague, neighbour, or any other person capable of incurring criminal liability, who commits the act not only on the voting day

⁶ Act of 23 November 2012 – Postal Law (Journal of Laws of 2020, item 1041) abbreviated here as PL.

⁷ Act of 5 June 2011 – Electoral Code (consolidated text in Journal of Laws of 2020, item 1319), abbreviated here as EC.

but from the moment when the voting package is delivered to the letterbox of the entitled person.

The legal regulation so shaped led to the conclusion that the voter would cast a vote against his will, that is, an invalid one. It should be recalled that the Constitutional Tribunal⁸ concluded that voting takes place not when the voter fills in the ballot paper, but when it is thrown into the ballot box. This principle applies to both voters voting at a polling station and those voting by post. In the latter case, the act of filling in the ballot paper precedes the act of throwing it into the ballot box. However, the act which takes place on the election day constitutes the casting of a vote. Thus, the provision of Article 18 (2) of the Act penalized the causative act of “forging” or “modifying” the card is slightly more specific temporal terms than in paragraph 1.

Under Article 5 (7) of the Act of 6 April 2020, “electoral packages and return envelopes are unregistered letters within the meaning of PL”. It should be noted that – pursuant Article 15 (2) of PL includes a statutory delegation which was implemented by the Ordinance of the Minister of Administration and Digitization of 14 March 2014 on postal boxes⁹. In line with § 3 (1), “the design of the letterbox and the material from which it is made ensure the protection of the letter correspondence placed inside it, in particular against theft and regarding confidentiality, fire and weather protection”. And according to paragraph 2, “the box has a locking device, the design of which provides access to the contents of the box for the removal of letter correspondence only by an authorized postal operator”.

Under PL, electoral packages used in postal voting in general elections cannot be classified as universal services, as they do not represent courier mail, including registered mail. And as such, under Article 3 point 23 of PL, a postal item accepted by receipt and delivered by receipt should be considered. As a consequence, it should be assumed that the legislator provided for sending the completed ballot paper as part of the electoral package by regular post. Therefore, the voter would assume the risk of not being able to effectively prove the actual date of posting electoral papers¹⁰. Therefore, if the voter threw the electoral package with the completed documents into a post box, having no receipt for their posting, the date of sending would not be even the date displayed by the postmark or an annotation on the envelope made by the interested person, stating the exact moment of posting the parcel to a post box¹¹. Undoubtedly, the confirmation of receipt of registered mail would be undisputed

⁸ Judgment of the Constitutional Tribunal of 20 July 2011, K 9/11 (Journal of Laws of 2011, No. 149, item 889).

⁹ Journal of Laws of 2014, item 381.

¹⁰ See the Judgment of the Supreme Administrative Court of 13 July 2017, I OSK 2708/15.

¹¹ Judgment of the Supreme Administrative Court of 28 May 1997, I SA/Gd 1944/96, Lex no. 30251; Judgment of the Supreme Administrative Court of 29 May 1998, I SA/Gd 2206/97, Lex no. 35971.

proof of the date when the sending of the return envelope is ordered¹²; however, should the voter not be able to use this option, the consequences of stamping the envelope with a date stamp reflecting a date other than the date of placing the return envelope in the post box are borne by the voter who would have to use only the unregistered form of mail.

An attempt to assess the legal regulation

In light of Article 18 (1–2) of the Act of 6 April 2020, a common problem arose: how to ensure compliance with one of the basic rules governing the elections – the secrecy of voting. As regards the regulation at hand, it should be recalled that the Constitutional Tribunal ruled in the above-quoted judgment as early as 2011 that: “For state authorities, the secrecy of voting principle implies an obligation to organize a polling station in a way that allows voting in a way that no one knows the decision made by a specific voter. In a situation where the voter decides to vote outside the premises of the precinct electoral commission, they will consciously waive this guarantee of the secrecy of voting created by the state, assuming at the same time the obligation to organize for themselves appropriate conditions ensuring the secrecy of voting. For this reason, an element of the electoral package received by voters voting by post is a declaration of personal and secret voting using the ballot card. (...) This way of regulating the procedure of voting outside the polling station does not infringe the principle of secret voting, as the legislator indicated the entities responsible for the implementation of this principle at various stages of the electoral process as well as creating an extensive mechanism described above, which ensures that the content of the decision of a specific voter will not be known to third parties”.

By way of analogy, we can state that upon placing an electoral package in the post box, by the 2020 Act, the package became the property of the state, not the voter. An argument supporting the thesis that post boxes are the property of the postal operator is Article 63 (2) of PL, according to which: “post boxes and machines for postal customer service should be placed, operated and maintained in a way that is the least inconvenient for the owner and the entity making use of the premises on which they are located”.

On the other hand, as regards the form of voting under the Act of 2020, voters found themselves in a situation where they could not decide on their own to vote outside the premises of the precinct electoral commission and did not consciously waive the guarantee of the secrecy of voting created by the

¹² Pursuant to Article 3 point 22 of PL, a registered item is a letter which is registered, transported and delivered in a manner that protects it against loss, depletion of the contents or damage.

state. All the more so, they could not take over the obligation to provide their appropriate conditions ensuring the secrecy of voting, but also the safety of the vote and the electoral package placed in the post box of the designated operator.

It should be recalled that the Code of Good Practice in Electoral Matters states that “secrecy of voting is one of the aspects of voters’ freedom, the purpose of which is to protect voters from the pressure they might be subjected to if other people found out who they were voting for. Secrecy must apply to the entire procedure, in particular voting and counting of votes. Voters have the right to secrecy, but they must also respect it themselves, and non-compliance should be sanctioned”¹³. Moreover, “violations of the secrecy of elections must be punished in the same way as infringements of other aspects of voters’ freedom”¹⁴.

Since the examined procedures and institutions serving to ensure the security of the voting cards sent due were never implemented it was impossible to evaluate them in practice. The Act of 6 April 2020 was repealed under Article 27 of the Act of 2 June 2020 on the Special Rules for the Organization of General Elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020 with the possibility of voting by post¹⁵, which did not contain any penal provisions. This may be because the criminalization and penalisation of new areas is a civilization choice¹⁶. Measures to prevent and contain the spread of COVID-19 and the 2 June Act impacted the operations of NEC and introduced the option of postal voting in addition to in-person voting¹⁷.

The amendments in the Polish electoral criminal law in 2020 involved enacting penal provisions. They typified new prohibited acts. The 2020 amendment was introduced through the adoption of an act addressing the rules of holding elections for the office of the Polish President in 2020. The scope of the changes consisted in strengthening the criminal law protection of the voting card or the declaration of personal and secret voting. Newly defined prohibited acts were designed to be an important instrument for controlling the correctness and fairness of the electoral process. The enactment of criminal law provisions was justified; first, because the ballot paper is a medium

¹³ In accordance with point 52 of the Explanatory Report of the Code of Good Practice in Electoral Matters adopted by the Venice Commission at the 52nd Session (Venice, 18–19 October 2002), <https://demokracjapl.wordpress.com/publikacje/kodeks-dobrej-praktyki-w-sprawach-wyborech/kodeks-raport-wyjasniajacy/> (accessed: 2.04.2021).

¹⁴ In accordance with point 55 of the Report.

¹⁵ Journal of Laws of 2020, item 979.

¹⁶ P. Chlebowicz, *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*, “Studia Prawnoustrojowe” 2009, no. 9, p. 502.

¹⁷ Republic of Poland Presidential Election 28 June and 12 July 2020 ODIHR Special Election Assessment Mission Final Report, p. 2, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Poland%20Presidential%20Election%202020%20%20final%20report.pdf> (accessed: 19.02.2022).

on which a vote cast is recorded¹⁸. Second, proper voting protects and inspires public confidence in electoral procedures¹⁹. The principle of secret voting has a well-established place in general history²⁰, including Polish legal history²¹. Despite the lack of constitutional and code regulations regarding the principle of fairness of elections, the requirement to comply with the demands arising from it results from international documents binding also Poland²². The amendment under my scrutiny aims to ensure the implementation of the principle of fairness of elections and, indirectly, the secrecy of voting. However, the prohibited acts typified in 2020, expected to ensure criminal-law protection of the voting card or the declaration on personal and secret voting, were repealed under the Act of 2 June 2020.

The considerations presented in this study concern the law enacted during the COVID-19 pandemic in 2020 about the issue of ensuring appropriate criminal law protection by voting as an element of the electoral process. One should agree with the statement that “the quality of the law or the way it is made or amended has a significant impact on how voters perceive a given electoral process”²³.

By adopting the Act in April 2020, the legislator did not comply with the rule set out in the case-law of the Constitutional Tribunal that no significant changes to the Electoral Law should be made at least six months before the

¹⁸ R. Zych, *Istota i gwarancje zasady tajności głosowania w polskim prawie wyborczym*, Toruń 2016, p. 127; this view was echoed in A. Frydrych-Depka, *Karta do głosowania: kilka refleksji z punktu widzenia polskiego wyborcy*, [in:] A. Sokala, A. Frydrych-Depka, P. Rażny (eds.), *Wokół wyborów i prawa wyborczego*, vol. 2, Toruń 2019, p. 66.

¹⁹ D. Dudek, *Konstytucyjna aksjologia wyborów*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, Warszawa 2007, pp. 45–46, 56; M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2005, pp. 58–59; B. Engelen, T.R.V. Nys, *Against the secret ballot: Towards a new proposal for open voting*, “Acta Politica” 2013, vol. 48, no. 4, p. 495.

²⁰ A.S. Gerber, G. A. Huber, D. Doherty, C. M. Dowling, *Is there a secret ballot? ballot secrecy perceptions and their implications for voting behaviour*, “British Journal of Political Science” 2012, no. 43(1), p. 77.

²¹ W. Kozielewicz, *Przestępstwa przeciwko wyborom w ustawodawstwie II Rzeczypospolitej Polskiej*, [in:] F. Rymarz (ed.), op. cit., p. 123; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa wybierania*, [in:] F. Rymarz (ed.), op. cit., p. 133; Z. Szonert, *Krytycznie o systemie wyborczym z perspektywy doświadczeń*, [in:] F. Rymarz (ed.), op. cit., p. 277; A. Sokala, s.v. *tajności głosowania zasada*, [in:] A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło (eds.), *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych*, Warszawa 2013, p. 248; Z. Szonert, *System wyborczy fundamentem demokracji*, [in:] S.J. Jaworski, K.W. Czaplicki (eds.), *Księga pamiątkowa obchodów 20-lecia demokratycznych wyborów w Polsce*, Warszawa 2011, p. 162.

²² L. Garlicki, *Sędzia europejski – kustoszem wyborów*, [in:] F. Rymarz (ed.), op. cit., p. 59; G. Kryszewski, *Uczciwość wyborów jako zasada prawa wyborczego*, “Studia Wyborcze” 2016, vol. 21, p. 20; M. Chmaj, A. Rakowska-Trela, *Komentarz do Konstytucji. Artykuł 97, 98*, Warszawa 2020, pp. 22–24, 46.

²³ T. Gašior, *Protesty wyborcze w wyborach do Sejmu RP i Senatu RP w 2019 r. – analiza przypadku*, [in:] A. Bielecki, D. Szafranski, T. Gašior (eds.), *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Cz. 11*, Warszawa 2020, p. 101.

elections are ordered²⁴, nor did it ensure the application of a single legal regime for elections a new electoral law entered into force after their ordering, which took place on 5 February 2020²⁵. However, due to the sudden and particularly unpredictable threat caused by the spread of the SARS-CoV-2 virus, a juridical justification of such a legal state could be a fragment of the Constitutional Tribunal's ruling that "the adequacy of the electoral law to the conditions in which it is binding is, therefore, an equally important constitutional value as its stability"²⁶.

Conclusions

The analysis carried out in this article allows for a positive assessment of the hypothesis that the state is responsible for ensuring the correctness of voting and therefore it should be protected by the provisions of criminal law. Therefore, the second hypothesis has been verified – the criminal law regulation contained in the Act of 6 April 2020 on the right to criminal protection of the correct voting has not been adjusted to the conditions of the pandemic, and therefore doubts as to its precision could arise, which could hinder the application of legal provisions. Thus, the Act of 6 April 2020 did not meet the needs of criminal law protection of only postal voting in circumstances caused by the pandemic.

Under Article 18 (1) of the Act, theft of a voting card or declaration of personal and secret voting is punishable by imprisonment of up to 3 years. The legislator provided for a similar criminal threat, under Art. 18 (2) of the Act, for placing a modified or counterfeit voting card or statement in the outbox. The proposed term of imprisonment (up to 3 years) was the same as under Art. 248 of the PC, about "electoral abuses". In turn, the sanction resulting from Art. 251 of the PC, there was a penalty of up to 2 years' imprisonment for reading the voting content, as a consequence of violating the provisions on the secrecy of voting, against the will of the voter. Moreover, under Art. 513a (1) of the EC, "whoever without authorization opens an electoral package or a sealed return envelope – shall be subject to a fine". And under Art. 513a (2) of the EC, "the same penalty shall be imposed on anyone who destroys an election package or a sealed return envelope without authorization". Taking into account the above findings, I consider the penalty for prohibited acts that

²⁴ Judgment of the Constitutional Tribunal of 3 November 2006, K 31/06, OTK ZU 2006, No. 10/A, item 147.

²⁵ Decision of the Marshal of the Sejm of the Republic of Poland of 5 February 2020 on ordering the election of the President of the Republic of Poland (Journal of Laws of 2020, item 184).

²⁶ Judgment of the Constitutional Tribunal of 20 July 2011, K 9/11 (Journal of Laws of 2011, No. 149, item 889).

infringe correspondence voting in the context of the type of penalties and their ailments proposed by the legislator as severe.

It should be underscored that the Polish electoral law can hardly be regarded as stable. This standpoint has been valid for many years, not only in the context of subsequent elections and incidental factors determining “states of emergency”. The legal regulation analysed in this paper concerning the criminal-law protection of the voting card and the written declaration of personal and secret voting has not found its implementation, because forbidden acts specified in Article 18 of the Act of 6 April 2020, aimed at ensuring criminal law protection of the ballot card or declarations on personal and secret voting, were repealed by the Act of 2 June 2020.

References

- Chlebowicz P., *Przejawy populizmu penalnego w polskiej polityce kryminalnej*, “Studia Prawnoustrojowe” 2009, no. 9.
- Chmaj M., Skrzydło W., *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Chmaj M., Rakowska-Trela A., *Komentarz do Konstytucji. Artykuł 97, 98*, Difin, Warszawa 2020.
- Dudek D., *Konstytucyjna aksjologia wyborów*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, PKW, Warszawa 2007.
- Engelen E., Nys T.R.V., *Against the secret ballot: Towards a new proposal for open voting*, “Acta Politica” 2013, vol. 48, no. 4.
- Frydrych-Depka A., *Karta do głosowania: kilka refleksji z punktu widzenia polskiego wyborcy*, [in:] A. Sokala, A. Frydrych-Depka, P. Raźny (eds.), *Wokół wyborów i prawa wyborczego*, vol. 2, TNOiK, Toruń 2019.
- Garlicki L., *Sędzia europejski – kustoszem wyborów*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, PKW, Warszawa 2007.
- Gąsior T., *Protesty wyborcze w wyborach do Sejmu RP i Senatu RP w 2019 r. – analiza przypadku*, [in:] A. Bielecki, D. Szafranski, T. Gąsior (eds.), *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Część 11*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Gerber A.S., Huber G.A., Doherty D., Dowling C.M., *Is there a secret ballot? ballot secrecy perceptions and their implications for voting behaviour*, “British Journal of Political Science” 2012, vol. 43, no.1.
- Kozielewicz W., *Przestępstwa przeciwko wyborom w ustawodawstwie II Rzeczypospolitej Polskiej*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, PKW, Warszawa 2007.
- Kryszewski G., *Uczciwość wyborów jako zasada prawa wyborczego*, “Studia Wyborcze” 2016, vol. 21.
- Marek A., *Komentarz do artykułu 278 k.k.*, [in:] A. Marek (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

- Maczyński A., *Konstytucyjne podstawy prawa wybierania*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, PKW, Warszawa 2007.
- Republic of Poland Presidential Election 28 June and 12 July 2020 ODIHR Special Election Assessment Mission Final Report, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Poland%20Presidential%20Election%202020%20%20final%20report.pdf>.
- Sokala A., *s.v. tajności głosowania zasada*, [in:] A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło (eds.), *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Szonert Z., *Krytycznie o systemie wyborczym z perspektywy doświadczeń*, [in:] F. Rymarz (ed.), *Iudices electionis custodes. Sędziowie kustoszami wyborów. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, Warszawa 2007.
- Szonert Z., *System wyborczy fundamentem demokracji*, [in:] S.J. Jaworski, K.W. Czapliski (eds.), *Księga pamiątkowa obchodów 20-lecia demokratycznych wyborów w Polsce*, Krajowe Biuro Wyborcze, Warszawa 2011.
- Zych R., *Istota i gwarancje zasady tajności głosowania w polskim prawie wyborczym*, TNOiK, Toruń 2016.

Summary

Criminal law regulations in electoral law ensure the protection of the secrecy of voting in elections to the office of the President of the Republic of Poland in 2020

Keywords: criminal law, COVID-19 pandemic in 2020, elections, President of the Republic of Poland, protection of voting.

Under § 2 of the Decision of the Marshal of the Sejm of the Republic of Poland of 5 February 2020 on ordering the election of the President of the Republic of Poland²⁷, the date of the election was set for Sunday, 10 May 10 2020. However, under § 1 of the Regulation of the Minister of Health of March 20, 2020, “in the period from 20 March 2020 until further notice, an epidemic is announced in the territory of the Republic of Poland in connection with SARS-CoV-2 virus infections”²⁸. Thus, the state of the epidemic covered the previously appointed date of voting in the elections ordered based on the earlier decision of February 5, 2020. In these circumstances, the legislator decided to pass the episodic law. Under Art. 2 clauses 1 of the Act of 6 April 2020 on Special Rules for Holding General Elections of the President of the Repub-

²⁷ Journal of Laws of 2020, item 184.

²⁸ Regulation of the Minister of Health of 20 March 2020 on the declaration of an epidemic in the territory of the Republic of Poland (Journal of Laws of 2020, item 491).

lic of Poland ordered in 2020²⁹, “elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020 will be conducted only by postal voting”.

This study aims to analyse the problem of the protection of electoral rights in Poland during the time of the COVID-19 pandemic. It has become a priority to characterize the episodic Act of 6 April 2020 in the field of criminal law protection of the correctness of the conduct of correspondence voting, resulting from the pandemic threat, and to verify the adopted institutions with the postulates previously reported by the doctrine of law and court jurisprudence about the elements that construct them.

The implementation of the right to criminal law protection of voting under the Act of 6 April 2020 raises reservations in the event of a pandemic. However, these conclusions are only theoretical. The legal regulation analysed in this study has not been implemented because the prohibited acts specified in Art. 18 of the Act of 6 April 2020 were repealed by the Act of 2 June 2020 on the Special Rules for the Organization of General Elections for the President of the Republic of Poland ordered in 2020 with the possibility of voting by post³⁰.

Streszczenie

Regulacje karnoprawne w prawie wyborczym zapewniające ochronę tajności głosowania w wyborach na urząd Prezydenta RP w 2020 r.

Słowa kluczowe: prawo karne, pandemia COVID-19 w 2020 r., wybory, Prezydent RP, ochrona głosowania.

Na podstawie § 2 postanowienia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 lutego 2020 r. w sprawie zarządzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej³¹ data wyborów została wyznaczona na niedzielę, 10 maja 2020 r. Jednak na podstawie § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. „w okresie od dnia 20 marca 2020 r. do odwołania na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej ogłasza się stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2”³². A zatem stan epidemii obejmował wcześniej wyznaczony termin głosowania w wyborach zarządzonych na podstawie wcześniejszego postanowienia z 5 lutego 2020 r. W tych okolicznościach ustawodawca zdecydował się na uchwalenie ustawy epizodycznej. Zgodnie z art. 2

²⁹ Journal of Laws of 2020, item 827.

³⁰ Journal of Laws of 2020, item 979.

³¹ Journal of Laws of 2020, item 184.

³² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r., poz. 491).

ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 2020 r. o szczególnych zasadach przeprowadzania wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r.³³, „wybory Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzone w 2020 r. zostaną przeprowadzone wyłącznie w drodze głosowania korespondencyjnego”.

Celem niniejszego opracowania jest analiza problemu ochrony praw wyborczych w Polsce w dobie pandemii COVID-19. Priorytetem stało się scharakteryzowanie ustawy epizodycznej z dnia 6 kwietnia 2020 r. w zakresie ochrony karnoprawnej prawidłowości przebiegu głosowania korespondencyjnego, wynikającej z zagrożenia pandemicznego oraz weryfikacja przyjętych instytucji z postulatami wcześniej zgłaszanymi przez doktrynę prawa i orzecznictwo sądowe w odniesieniu do elementów konstruujących je.

Realizacja prawa do ochrony karnoprawnej głosowania na podstawie ustawy z dnia 6 kwietnia 2020 r. w warunkach pandemii budzi zastrzeżenia. Jednak wnioski te mają wymiar jedynie teoretyczny. Analizowana w niniejszym opracowaniu regulacja prawna nie została implementowana, ponieważ czyny zabronione określone w art. 18 ustawy z dnia 6 kwietnia 2020 r. zostały uchylone mocą ustawy z dnia 2 czerwca 2020 r. o szczególnych zasadach organizacji wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. z możliwością głosowania korespondencyjnego³⁴.

³³ Dz.U. z 2020 r., poz. 827.

³⁴ Dz.U. z 2020 r., poz. 979.

Kamil Frąckowiak

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6992-4904

kamil.frackowiak@uwm.edu.pl

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 9 stycznia 2020 r., sygn. akt III KK 583/18, Lex nr 3220549 – glosa aprobująca

Teza

Oceniając przepisy dotyczące przedawnienia przestępstwa skarbowego, należy brać pod uwagę stan prawny dotyczący czynu zarzuconego z dnia jego popełnienia (zasada wyboru ustawy względniejszej – art. 2 § 2 k.k.s.), także w zakresie granic ustawowego zagrożenia, które to granice są następnie przesłanką ustalenia długości terminu przedawnienia. Stosowana niekiedy przez ustawodawcę klauzula retroaktywnego stosowania nowych regulacji określających terminy przedawnienia nie odnosi się do stosowania nowych przepisów określających granice ustawowego zagrożenia za dany typ czynu zabronionego.

Glosa

Zapadłe orzeczenie dotyczy m.in. kwestii stosowania przepisu art. 2 § 2 k.k.s. (wyboru ustawy względniejszej dla sprawy) w postępowaniu sądowym w zakresie oceny przepisów dotyczących przedawnienia przestępstwa skarbowego nierzetelnego wystawienia faktury lub rachunku z art. 62 § 2 k.k.s.. Sąd Najwyższy zajął stanowisko, zgodnie z którym reguły intertemporalne określone w art. 2 § 2 k.k.s. mogą znaleźć zastosowanie w przypadku granic ustawowego zagrożenia, które to granice są następnie przesłanką ustalenia długości terminu przedawnienia. Stosowana niekiedy przez ustawodawcę klauzula retroaktywnego stosowania nowych regulacji określających terminy przedawnienia nie odnosi się do stosowania nowych przepisów określających granice ustawowego zagrożenia za dany typ czynu zabronionego.

W realiach przedmiotowej sprawy Sąd Najwyższy rozpoznawał kasację od prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w G. z 18 stycznia 2018 r., wywiezioną przez obrońcę skazanego M.N., który zarzucił naruszenie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., co w realiach konkretnej sprawy stanowiło bezwzględną przyczynę odwoławczą, tj. orzekanie mimo przedawnienia karalności.

Sąd Najwyższy w sprawie skazanego z art. 62 § 2 k.k.s., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie 9 stycznia 2020 r., uchylił zaskarżony wyrok Sądu Okręgowego w G. z 18 stycznia 2018 r. oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w G. z 26 września 2017 r. i umorzył postępowanie.

Zdaniem Sądu Najwyższego kasacja okazała się zasadna. Czyn ciągle został popełniony przez skazanego w okresie od 31 grudnia 2005 r. do 31 maja 2007 r., zatem w okresie, w jakim karą za typ czynu zabronionego z art. 62 § 2 k.k.s. była wyłącznie grzywna. Zagrożenie ustawowe zmieniono, dodając karę pozbawienia wolności dopiero z dniem 1 stycznia 2017 r. Zatem – oceniając przepisy dotyczące przedawnienia przestępstwa – skarbowego należy brać pod uwagę stan prawny dotyczący czynu zarzuconego z dnia jego popełnienia (zasada wyboru ustawy względniejszej – art. 2 § 2 k.k.s.) także w zakresie granic ustawowego zagrożenia, które to granice są następnie przesłanką ustalenia długości terminu przedawnienia. Stosowana niekiedy przez ustawodawcę klauzula retroaktywnego stosowania nowych regulacji określających terminy przedawnienia nie odnosi się stosowania nowych przepisów określających granice ustawowego zagrożenia za dany typ czynu zabronionego.

Oznacza to, że kwestie przedawnienia należy w niniejszej sprawie oceniać względem stanu prawnego z dnia 31 maja 2007 r., a więc biorąc pod uwagę zagrożenie ustawowe wyłącznie karą grzywny.

Mając powyższe na uwadze i uwzględniając brzmienie art. 44 k.k.s., uznać należało, że do przedawnienia zarzuconego sprawcy czynu doszło z dniem 31 grudnia 2017 r. Zatem wydanie prawomocnego orzeczenia po tym dniu oznacza, że dokonano tego, gdy do przedawnienia karalności czynu już doszło.

Powyższy pogląd uznać należy za trafny i zasługuje on na aprobatę.

Z dniem 1 stycznia 2017 r. na mocy art. 4 pkt 6 lit a ustawy z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw¹, zmieniającej ustawę z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników, ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa oraz ustawę z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy ustawodawca nadał przestępstwu skarbowemu stypizowanemu w art. 62 § 1 i 2 k.k.s. nowe brzmienie:

„§ 1. Kto wbrew obowiązkowi nie wystawia faktury lub rachunku, wystawia je w sposób wadliwy albo odmawia ich wydania, podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych.

¹ Dz.U. z 2016 r., poz. 2024 z dnia 15 grudnia 2016 r.

§ 2. Kto fakturę lub rachunek wystawia w sposób nierzetelny albo takim dokumentem się posługuje, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od roku, albo obu tym karom łącznie”.

Tym samym normodawca w przypadku art. 62 § 2 k.k.s. dokonał zmiany w obrębie sankcji przestępstwa skarbowego, tj. granic ustawowego zagrożenia karą. Wprowadził m.in. zaostrenie ustawowego wymiaru kary do 720 stawek dziennych oraz kary pozbawienia wolności na czas nie krótszy od roku do lat 5. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym, od 31 maja 2007 r., za przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. przewidziano jedynie karę grzywny do 240 stawek dziennych. W realiach przedmiotowej sprawy rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy mamy zatem do czynienia ze zmianą (zaostreniem) sankcji przewidzianej za popełniany czyn zabroniony w okresie od czasu jego popełnienia (31 maja 2007 r.) do czasu orzekania przez Sąd Okręgowy w G. (18 stycznia 2018 r.). W dacie orzekania obowiązuje ustawa przewidująca surowszą sankcję karną.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na stan prawny w zakresie instytucji przedawnienia karalności czynów zabronionych zawarty w art. 44 k.k.s.², który nie uległ zmianie w okresie od czasu popełnienia czynu zabronionego do czasu orzekania.

Jednakże zmiana legislacyjna, polegająca na zaostreniu kary za czyn z art. 62 § 2 k.k.s., spowodowała wątpliwości interpretacyjne w zakresie usta-

² Art. 44 k.k.s. § 1. Karalność przestępstwa skarbowego ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat: 1) 5 – gdy czyn stanowi przestępstwo skarbowe zagrożone karą grzywny, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 2) 10 – gdy czyn stanowi przestępstwo skarbowe zagrożone karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata.

§ 2. Karalność przestępstwa skarbowego polegającego na uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej ustaje także wówczas, gdy nastąpiło przedawnienie tej należności.

§ 3. W wypadkach przewidzianych w § 1 lub § 2 bieg przedawnienia przestępstwa skarbowego polegającego na uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej rozpoczyna się z końcem roku, w którym upłynął termin płatności tej należności. Jeżeli sprawca przestępstwa skarbowego dopuścił się uszczuplenia lub narażenia na uszczuplenie należności celnej, bieg jego przedawnienia rozpoczyna się z dniem, w którym powstał dług celny; jeżeli nie jest możliwe określenie dnia powstania długu celnego, bieg przedawnienia przestępstwa skarbowego rozpoczyna się z dniem najwcześniejszym, w którym istnienie długu celnego zostało ustalone.

§ 4. W wypadkach przewidzianych w § 1 lub § 2, jeżeli dokonanie przestępstwa skarbowego zależy od nastąpienia określonego w kodeksie skutku, bieg przedawnienia rozpoczyna się od czasu, gdy skutek nastąpił.

§ 5. Jeżeli w okresie przewidzianym w § 1 lub § 2 wszczęto postępowanie przeciwko sprawcy, karalność popełnionego przez niego przestępstwa skarbowego określonego w § 1 pkt 1 ustaje z upływem 5 lat, a przestępstwa skarbowego określonego w § 1 pkt 2 – z upływem 10 lat od zakończenia tego okresu.

§ 6. W razie uchylenia prawomocnego orzeczenia przedawnienie biegnie od dnia wydania orzeczenia w tym przedmiocie, chyba że karalność przestępstwa skarbowego już ustała.

§ 7. Przedawnienie nie biegnie, jeżeli przepis ustawy nie pozwala na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe.

lenia właściwego terminu przedawnienia karalności czynu zabronionego. Przepięstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. w brzmieniu z czasu jego popełnienia przez skazanego, tj. 31 maja 2007 r., zagrożone jedynie karą grzywny przedawnia się bowiem z upływem lat 5 (art. 44 § 1 pkt 1 k.k.s.), zaś w brzmieniu z czasu orzekania przedawnia się z upływem lat 10 (art. 44 § 1 pkt 2 k.k.s.) od jego popełnienia. Należy pamiętać, że w przypadku wszczęcia postępowania karnego skarbowego przeciwko sprawcy, co miało miejsce w niniejszej sprawie, okres przedawnienia karalności ulega odpowiedniemu wydłużeniu. I tak, w pierwszym przypadku karalność ustaje z upływem dodatkowych 5 lat, zaś w drugim – z upływem dodatkowych 10 lat od zakończenia okresu przedawnienia karalności (art. 44 § 5 k.k.s.).

Biorąc pod uwagę reguły określenia czasu popełnienia czynu z art. 62 § 2 k.k.s., popełnionego w warunkach czynu ciągłego z rt.. 6 § 2 k.k.s. przez skazanego, należy zwrócić uwagę, że okres działania sprawcy (tzw. zachowanie czynne) przypadał od 31 grudnia 2005 r. do 31 maja 2007 r. W tym przypadku za czas popełnienia przestępstwa skarbowego uważa się datę popełnienia ostatniego z czynów składających się na czyn ciągły, tj. 31 maja 2007 r.³ W kontekście określania terminu przedawnienia karalności tego czynu, zgodnie z art. 44 § 3 k.k.s., bieg przedawnienia przestępstwa skarbowego polegającego na uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publiczno-prawnej rozpoczyna się z końcem roku, w którym upłynął termin płatności tej należności. W realiach przedmiotowej sprawy bieg terminu przedawnienia karalności rozpoczął się z dniem 31 grudnia 2007 r. Zatem, z uwagi na wszczęcie postępowania karnego skarbowego przeciwko sprawcy, w przypadku brania pod uwagę treści przepisu z art. 62 § 2 k.k.s., a dokładniej ustawowego wymiaru kary, termin przedawnienia karalności przypadłby na dzień 31 grudnia 2017 r., zaś w przypadku stanu prawnego na dzień orzekania termin przedawnienia karalności przypadłby na dzień 31 grudnia 2027 r. Ocena karna stanu prawnego dotyczącego czynu dokonana przez Sąd Najwyższy, na podstawie tego przepisu, który przewiduje termin krótszy, czyli art. 44 § 1 pkt 1 k.k.s., jest wyrazem potrzeby stosowania ustawy względniejszej dla sprawcy, zgodnie z art. 2 § 2 k.k.s.

Opisany stan faktyczny i prawnokarny wskazuje, że stosowanie reguły intertemporalnej z art. 2 § 2 k.k.s. w kontekście granic ustawowego zagrożenia, które to granice są następnie przesłanką ustalenia długości terminu przedawnienia ma doniosłe znaczenie w praktyce sądowej.

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej brak jest bezpośredniej regulacji, która wyraża nakaz stosowania ustawy względniejszej. Zdaniem Andrzeja Zolla i Włodzimierza Wróbla tylko pośrednio można ją wyprowadzać z art. 2 Konstytucji RP, w szczególności z zasady sprawiedliwości i zasady równości, która nakazywałaby stosowanie nowych względniejszych konsekwencji praw-

³ I. Sepiolo-Jankowska, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2017, s. 20.

nokarnych do wszystkich sprawców, czyli także tych którzy popełnili czyn zabroniony przed zmianą ustawy⁴.

Dlatego rozważania w zakresie obowiązywania instytucji zawartych w Kodeksie karnym skarbowym pod względem czasu muszą bezwzględnie uwzględniać reguły temporalne zawarte w art. 2 § 2 k.k.s. Reguła kolizyjna *lex mitior agit* (ustawa względniejsza działa) z oczywistych względów może dotyczyć jedynie norm pozostających w kolizji, czyli takich, które znajdują zastosowanie do tego samego stanu faktycznego. Jak pokazał powyższy opis, w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z dwiema normami, które w tej kolizji pozostawały.

Słusznie podaje Violetta Konarska-Wrzosek, że orzeka się zgodnie z ustawą nową tylko w dwóch przypadkach, tj. gdy w świetle nowego stanu prawnego sytuacja prawna sprawcy nie ulega zmianie, a także gdy jego sytuacja polepsza się. W przypadku gdy zmienione ustawodawstwo karne skarbowe pogarszałoby sytuację prawną sprawcy, wówczas jego stosowanie jest niedopuszczalne⁵.

Pod pojęciem ‘ustawa’ – odnośnie art. 2 § 2 k.k.s. – należy rozumieć przy tym nie konkretny akt prawny, ale cały obowiązujący w danym czasie porządek prawny. W przypadku dyrektywy *lex mitior retro agit* ujętej w art. 2 § 2 k.k.s., zarówno orzecznictwo sądowe, jak i nauka prawa karnego przyjmują, że zmianą ustawy obligującą do rozważenia pierwszeństwa ustawy obowiązującej w czasie orzekania przed ustawą obowiązującą w czasie popełnienia czynu jest co do zasady zmiana dowolnego elementu składającego się na stan prawny odnoszący się do badanego czynu⁶. Tym samym zmiana ustawy może dotyczyć zarówno dyspozycji, jak i sankcji przepisu karnego. Oznacza to, że dokonanie zmiany w obszarze granic ustawowego wymiaru kary, w tym przypadku art. 62 § 2 k.k.s., należy traktować jak zmianę ustawy. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślał, że w świetle postanowień art. 2 § 2 k.k.s. przez obowiązywanie w czasie orzekania ustawy innej niż w czasie popełnienia czynu karnego skarbowego rozumie się cały stan prawny odnoszący się do danego czynu, a w prawie karnym skarbowym dotyczy to także zmiany w aktach prawa skarbowego (finansowego), których naruszenie daje podstawę do karania za czyn określony w Kodeksie karnym skarbowym⁷.

⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2012, s. 131.

⁵ V. Konarska-Wrzosek, [w:] I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2021, Lex, komentarz do art. 2 k.k.s., teza 6.

⁶ Zob. uchwały SN z: 25 listopada 1971 r., sygn. akt VI KZP 42/71, OSNKW 1972, z. 2, poz. 30; 18 kwietnia 1973 r., sygn. akt VI KZP 5/73, OSNKW 1973, z. 7–8, poz. 87; 15 lutego 1984 r., sygn. akt VI KZP 44/83, OSNKW 1984, z. 7–8, poz. 69 oraz wyrok SN z 11 października 2000 r., sygn. akt III KKN 356/99, „Prokuratura i Prawo” 2001, Nr 2, poz. 1; A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, 2016, Lex, komentarz do art. 4 k.k., teza 6; T. Grzegorzcyk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 110; F. Prusak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2008, s. 29.

⁷ Wyrok SN z 27 czerwca 2003 r., sygn. akt III KK 202/03, Lex nr 78831.

Należy zwrócić uwagę, że dla ograniczenia zakresu stosowania art. 2 § 2 k.k.s, konieczne jest wyraźne postanowienie normodawcy. Wyjątki od stosowania art. 2 § 2 k.k. znajdują się jedynie w obszarze przedawnienia karalności, wykonania kary i zatarcia skazania. Przyczyną wyłączenia stosowania art. 2 § 2 k.k.s, do wskazanych instytucji jest obowiązywanie w systemie prawa normy ograniczającej stosowanie zasady *lex mitior agit*⁸.

Przy stosowaniu ustawy względniejszej dla sprawcy istotne są „daty graniczne”, w ramach których sąd winien przeanalizować zmianę ustawy. Początkiem rozważań nad obowiązywaniem ustawy w czasie jest zawsze czas popełnienia przestępstwa, zaś końcem tych rozważań czas orzekania. Pod pojęciem ‘czas orzekania’ należy rozumieć każde stosowanie normy prawa karnego przez organy stosujące prawo, dopóki sprawca nie odbył w całości orzeczonej kary. Czasem orzekania jest zatem czas wydania orzeczenia w postępowaniu przygotowawczym, sądowym, kasacyjnym i wykonawczym⁹.

Tym samym, gdy między czasem popełnienia czynu zabronionego a czasem orzekania wystąpi zmiana w regulacji przepisu prawa karnego materialnego, to sąd winien dokonać przeglądu wszystkich stanów prawnych, które mogą znaleźć zastosowanie w realiach rozpoznawanej przez niego sprawy, czyli konkretnego stanu faktycznego i dokonać wyboru ustawy względniejszej dla sprawcy. Należy mieć na uwadze, że może to być także tzw. ustawa pośrednia, tj. taka, która obowiązywała po popełnieniu czynu zabronionego, a następnie została uchylona, także w chwili orzekania przez sąd obowiązuje już kolejna, nowa ustawa. W realiach przedmiotowej sprawy, zmiana dotyczyła ustawowego zagrożenia karą za dane przestępstwo skarbowe.

Zaprezentowana w głosowanym orzeczeniu przez Sąd Najwyższy wykładnia reguł intertemporalnych w kontekście art. 2 § 2 k.k.s. uwzględnia w pełni funkcję gwarancyjną prawa karnego skarbowego. Przy założeniu, że celem prawa karnego skarbowego jest wzmacnianie poczucia obowiązywania określonych norm, to w sytuacji, gdy określone normy prawne tracą moc obowiązującą, a są względniejsze dla sprawcy w konkretnym stanie faktycznym, zasadne jest stosowanie tychże norm. Z uwagi na potrzebę ochrony zaufania jednostki do obowiązującego prawa, w tym konkretnym przypadku prawa karnego skarbowego, zasada *lex mitior agit* stanowi zabezpieczenie przed retroaktywnym działaniem nowego „ostrzejszego” prawa. W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy słusznie uznał, że zmiana granic ustawowego zagrożenia karą wpływa pośrednio na sposób obliczania terminu przedawnienia karalności przestępstwa skarbowego.

⁸ G. Łabuda, [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2017, Lex, komentarz do art. 2 k.k.s., teza 11.

⁹ W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 134.

Z wyżej wymienionych powodów Sąd Najwyższy dokonał w głosowanym orzeczeniu prawidłowej wykładni w zakresie stosowania przepisu art. 2 § 2 k.k.s. w czasie w przedmiocie zmiany sankcji, co należy ocenić pozytywnie.

Wykaz literatury

- Grzegorzczak T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Konarska-Wrzosek V., [w:] I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2021, Lex.
- Łabuda G. [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2017, Lex.
- Prusak F., *Prawo karne skarbowe*, C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Sepiolo-Jankowska I., *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, 2016, Lex.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków, 2012.

Summary

Gloss to the decision of the Supreme Court of January 9, 2020, file ref. act III KK 583/18, Lex No. 3220549 – approval gloss

Keywords: fiscal criminal law, intertemporal rules, unreliable invoice or bill issuance, penalty, tax offence, limitation of criminal record.

The aim of the gloss is to analyze the decision of the Supreme Court of January 9, 2020, file ref. act III KK 583/18. The ruling issued relates, inter alia, to the application of art. 2 § 2 of the Fiscal Criminal Code (F.C.C) in court proceedings in the scope of the assessment of provisions on the statute of limitations for tax offences. The Supreme Court took the position that the intertemporal rules set out in art. 2 § 2 of the F.C.C., may be applied in the case of the limits of the statutory threat, which limits are then a condition for determining the length of the limitation period.

Therefore, in the context of considerations about the scope of validity of the institutions included in the Fiscal Criminal Code in time, it becomes necessary to analyze the temporal rule contained in art. 2 § 2 of the F.C.C. in the context of the amendment to the act.

Sprawozdania

DOI: 10.31648/sp.7250

Anna Ewa Chodorowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-9230-536X

anna.chodorowska@uwm.edu.pl

Sprawozdanie z V Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych „*In dubio pro humanitate*”, Olsztyn, 28 października 2021 r.

28 października 2021 r. odbyła się V Warmińska Konferencja Nauk Penalnych „*In dubio pro humanitate*”, zorganizowana przez pracowników Katedry Prawa Karnego Materialnego i Prawa Wykroczeń Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Z uwagi na obowiązywanie pandemii koronawirusa konferencja odbyła się online na platformie MS Teams. Konferencja stanowiła kontynuację zobowiązania podjętego w 2011 r. przez Katedrę – organizacji cyklicznej konferencji naukowej, mającej na celu wymianę poglądów teorii i praktyki na fundamentalne problemy dostrzegane w obszarze nauk penalnych.

Tegoroczna 10. rocznica zainicjowania cyklu Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych zbiegła się z obchodami setnej rocznicy urodzin prof. dr. hab. Mariana Cieślaka (1921–2010) – jednego z najwybitniejszych karnistów polskich, tak z zakresu prawa karnego procesowego, jak i materialnego. Prof. dr. hab. Marian Cieślak był podporą obowiązujących kodyfikacji karnych. Uczestniczył w pracach Komisji Kodyfikacyjnych (w zakresie prawa i postępowania karnego) w latach 1980–1981 oraz 1987–1992. Od 1965 do 1968 r. pełnił funkcję dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, a od 1974 do 1992 r. kierownika Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Gdańskiego. Przez wiele lat był członkiem Komitetu Redakcyjnego „Państwa i Prawa” oraz Kimitetu Nauk Prawnych PAN, a także przewodniczącym sekcji polskiej Association Internationale de Droit Pénal. Należy również wspomnieć, że w 1993 r. był promotorem prezydenta Francji François Mitterranda, któremu nadano tytuł *honoris causa* Uniwersytetu Gdańskiego podczas zjazdu w Gdańsku trzech prezydentów: Polski, Francji i Niemiec. Prof. dr. hab. Marian Cieślak był autorem ponad 400 publikacji z zakresu prawa i postępowania karnego oraz ponad 90 głos do orzeczeń Sądu Najwyższego i licznych przeglądów orzecznictwa. Na znakomity dorobek naukowym prof. Mariana Cieślaka składają się m.in.: *Proces karny*, cz. I–III (1952–1953), *Polska procedura karna*. Pod-

stawowe założenia teoretyczne (1971, 1973, 1984), *Postępowanie karne. Zarys instytucji*, (1982), *Wstęp do nauki polskiego prawa karnego* (1985), *Polskie prawo karne. Zarys systemowego* (1990), *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym* (1955). *Nieważność orzeczeń w procesie karnym* (1965), *Dowody w postępowaniu sądowym, arbitrażowym i administracyjnym* (1968).

Obok takiego jubileuszu nie można było przejść obojętnie.

Patronat merytoryczny nad konferencją objęły następujące osoby: dr hab. Jarosław Dobkowski, prof. UWM, prof. dr hab. Andrzej Bałandynowicz, prof. dr hab. Ewa M. Guzik-Makaruk, prof. dr hab. Stanisław Hoc, prof. dr hab. dr h.c.m. Brunon Hołyst, prof. dr hab. Stanisław Pieprzny, prof. dr hab. dr h.c.m. Emil W. Pływaczewski, prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, prof. dr hab. Bogusław Sygit, prof. dr hab. Grażyna Szczygieł, prof. dr hab. Paweł Wiliński, prof. dr hab. Robert Zawłocki, dr hab. Czesław Kłak, prof. KPSW, dr hab. Jerzy Lachowski, prof. UMK, dr hab. Radosław Olszewski, prof. UŁ oraz dr hab. Justyn Piskorski, prof. UAM. Natomiast w składzie Komitetu Organizacyjnego znalazły się następujące osoby: dr hab. Marta Romańczuk-Grącka, dr Anna Chodorowska, dr Joanna Grabowska i dr Michał Kurzyński.

W konferencji wzięli udział przedstawiciele polskich ośrodków naukowych: Uniwersytetu Gdańskiego, Uniwersytetu Jagiellońskiego, Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Uniwersytetu Łódzkiego, Uniwersytetu w Białymstoku, Uniwersytetu Warszawskiego, Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Uniwersytetu Opolskiego, Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie, Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach, Uczelni Łazarskiego w Warszawie, Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej w Warszawie, Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, Akademii Humanistyczno-Ekonomicznej w Łodzi i Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. W konferencji uczestniczyli ponadto praktycy wykonujący różne zawody prawnicze, co sprawiło, że dyskusjom można było nadać ton wysoce specjalistyczny i praktyczny.

Uroczystego otwarcia konferencji dokonał dr hab. Jarosław Dobkowski, prof. UWM, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, a uczestników konferencji powitał prof. dr hab. Wojciech Cieślak.

Mając na uwadze szeroką problematykę z zakresu nauk penalnych poruszaną przez poszczególnych prelegentów, obrady zostały podzielone na dwie sesje tematyczne oraz cztery sesje panelowe, które odbywały się równolegle. Wygłoszono 39 referatów.

Przewodniczącym sesji I zatytułowanej *In dubio pro humanitate – Principia* był prof. dr hab. Wojciech Cieślak. W jej ramach referaty wygłosili: prof. dr hab.

Andrzej Bałandynowicz (*Zmierzch praworządności w wyniku nieprzestrzeżenia przez Sąd Najwyższy nadrzędnej zasady in dubio pro humanitate*), prof. dr hab. Witold Kulesza i dr hab. Jan Kulesza, prof. UŁ (*Zbrodnie sądowe w NRD i PRL*), dr hab. Olga Sitarz, prof. UŚ (*In dubio pro dignitate? O nadużywaniu pojęcia „godności” w argumentowaniu postulatów kryminalizacyjnych*), dr hab. Czesław Kłak, prof. KPSW (*Zasada humanizmu prawa karnego a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*), dr Tomasz Snarski (*Posthumanizm prawa karnego?*), dr hab. Anna Gerecka-Żołyńska, prof. UAM (*Dokumenty soft law jako element wzmacniający europejskie standardy humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności*), dr hab. Justyna Jurewicz, prof. UŁ (*Humanitaryzm wykonania kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym*), dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ (*Zasada in dubio pro humanitate w sprawach karnych skarbowych*) i dr Agnieszka Kilińska-Pękacz (*Zasada „in dubio pro humanitate” w stosunku do nieletnich*). Po wygłoszeniu interesujących referatów w sesji I przewodniczący prof. dr hab. Wojciech Cieślak otworzył dyskusję. Jako pierwszy głos zabrał prof. dr hab. Andrzej Bałandynowicz, który odniósł się w szczególności do referatu dr. Tomasza Snarskiego, popierając jego tezy. Podkreślił, że zmian w prawie karnym należy dokonywać na poziomie ewolucyjnym, ponieważ każde prawo jest prawem natury zmiennej treści, która zależy od czynników, takich jak czas i kultura. Zwrócił uwagę na niedostatek kształcenia prawniczego na poziomie podstaw filozofii (zastąpienie jej przez doktryny polityczne i prawne), niezbędnej do oceny prawa takiego, jakim ono jest bez nieuprawnionego redefiniowania, fałsyfikacji, ideologizacji i zawłaszczania przez określone grupy. W swojej wypowiedzi odniósł się również do dorobku naukowego prof. dr. hab. Mariana Cieślaka jako twórcy systemu wartości w prawie karnym, do którego nadal można i należy sięgać. W dyskusji głos zabrał również prof. dr hab. Wojciech Cieślak, który nawiązał do referatu dr. hab. Janusza Raglewskiego, prof. UJ, zwracając uwagę, że w praktyce prawniczej często mamy do czynienia z niedostatkiem refleksji, co prowadzi nieraz do paradoksów typu „domniemania umyślności” i wielu innych. W dalszej kolejności dr Tomasz Snarski ustosunkował się do wypowiedzi prof. dr. hab. Andrzeja Bałandynowicza. Zauważył, że myśląc o filozofii, mamy na uwadze zazwyczaj wyłącznie jedno jej płuco zorientowane nienaukowo, relacjonujące jej historię czy wyłącznie przegląd koncepcji, natomiast nurty filozofii zorientowanej naukowo przedstawiają niezwykle istotne współcześnie koncepcje dotyczącej podstawowych pojęć prawa karnego, jak np. czyn, wolna wola czy wina. Dr Tomasz Snarski wywołał do dyskusji dr. hab. Janusza Raglewskiego, prof. UJ oraz dr hab. Olę Sitarz, prof. UŚ. Dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ potwierdził wypowiedzi przedmówców, podkreślając, że często mamy do czynienia z sytuacją, kiedy przy oczywistości przepisów, nieraz brakuje odwołania się praktyki do kwestii tak elementarnych, jak chociażby strona podmiotowa przestępstwa. Dr hab. Olga

Sitarz, prof. UŚ podkreśliła natomiast, że wielopłaszczyznowe pojęcia godności nie nadaje się jako podstawa kryminalizacji i w tym względzie powinno ono ustąpić miejsca kategorii wolności do samostanowienia człowieka. Następnie ponownie zabrał głos prof. dr hab. Andrzej Baładynowicz, stwierdzając, że nasz wkład w rozwój zasady *in dubio pro humanitate* polega na rozszerzeniu koncepcji podmiotowości człowieka, którego działalność nie powinna być zorientowana wyłącznie na samego siebie lub innego człowieka, ale na życie organiczne pod każdą postacią, ponieważ człowiek jest tylko jednym z elementów świata natury. Na koniec dyskusji głos zabrał dr Michał Kurzyński, który – nawiązując do wystąpienia dr hab. Janusza Raglewskiego, prof. UJ – potwierdził, że problem będący przedmiotem wystąpienia dr hab. Janusza Raglewskiego, prof. UJ pozostaje niezmienny od wielu lat, ponieważ badania, jakie przeprowadził wspólnie z dr hab. Kamilem Frąckowiakiem, na potrzeby publikacji z 2012 r., już w tamtym czasie potwierdziły niehumanitarny sposób naliczania stawki grzywny w sprawach karnych skarbowych.

W ramach sesji II, zatytułowanej *In dubio pro humanitate in criminalibus iudicium*, prowadzonej przez dr hab. Krystynę Szczechowicz, prof. UWM, referaty wygłosili: dr hab. Dariusz Jagiełło, prof. SWPS (*Domniemanie niewinności a media*), dr Piotr Starzyński (*Ingerencja prokuratora w prywatnoskargowy tryb ścigania przestępstw*), dr Małgorzata Żoła (*Eksperyment procesowy w polskim i włoskim procesie karnym. Podobieństwa i różnice*), prof. dr hab. Piotr Girdwoyń (*Granice identyfikacji – o wątpliwościach w zakresie dowodów rzeczowych*), prof. dr hab. Jerzy Kasprzak (*Kryminalistyka a polityka na przykładzie prac Hansa Grossa*), a także dr Łukasz Chojniak (*Kilka uwag o zagubionej zasadzie in dubio pro reo*). Następnie dr hab. Krystyna Szczechowicz, prof. UWM otworzyła dyskusję. Rozpoczął ją prof. dr hab. Wojciech Cieślak. Dyskusja skupiała się w szczególności na zagadnieniu domniemania niewinności osób publicznych w świetle mediatyzacji procesu karnego. Prof. dr hab. Wojciech Cieślak zauważył, że organy procesowe ulegają niekiedy mediom, zwłaszcza w sytuacji, gdy te dostarczają nośnego uzasadnienia dla danej czynności. Można jednak zauważyć, że organy procesowe chętnie dzielą się efektami swoich prac z mediami, stosując nieraz pewne socjotechniki w określonym przez siebie celu. Dr hab. Krystyna Szczechowicz, prof. UWM potwierdziła tę niebezpieczną tendencję, kiedy to funkcjonariusz publiczny wypowiada się w mediach w sposób zakładający winę sprawcy. Ponadto podkreśliła, że wypowiedzi te powodują wiele bolesnych sytuacji, gdzie oskarżenie medialne nie ma pokrycia w ustaleniach organów procesowych. Prof. dr hab. Wojciech Cieślak podsumował to znamienym zdaniem, że „domniemania niewinności źle się przyjmują w społeczeństwie”. Do dyskusji włączył się dr Łukasz Chojniak, który postawił retoryczne pytanie, jak przygotować sędziów i innych praktyków do naporu mediów. Odniósł się również do tego, że kodyfikacja karna nie stanowi wystarczającej gwarancji zasady do-

mniemania niewinności w stosunku do nośności oskarżeń medialnych, podkreślając, iż odwrócenie skutków napiętnowania mediów często jest niemożliwe. Głos w dyskusji zabrał także dr hab. Ireneusz Nowikowski, prof. UMCS, który – przychylając się do referatu dr. Piotra Starzyńskiego – podkreślił, że postępujące wzmocnienia roli prokuratora powinno być kontrolowane, co aktualnie wydaje się nierealne. W swojej wypowiedzi podkreślił, że mamy ogólny problem ze zrozumieniem zasad prawa karnego, a zasada *in dubio pro reo* wymaga szczególnej odwagi sędziowskiej. Jako kolejny wypowiedział się prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, akceptując całkowicie do wypowiedzi poprzedników. Dyskusję podsumowała dr hab. Krystyna Szczechowicz, prof. UWM, która zaznaczyła, że skala problemów podniesionych w dyskusji jest ogromna i wymaga dalszych dyskusji oraz zmian legislacyjnych.

Po niezwykle interesujących wystąpieniach i dyskusjach w sesjach I i II rozpoczęły się cztery równoległe sesje panelowe. Przewodniczącym panelu I był dr hab. Piotr Chlebowicz, prof. UWM, w ramach którego zostało wygłoszonych 5 referatów. Poruszona w nim problematyka dotyczyła: zmian w obszarze kodeksu karnego w okresie pandemii COVID-19 (prof. dr hab. Stanisław Hoc), przypadku pojazdu mechanicznego (prof. dr hab. Ryszard Stefański), wolności badań naukowych w kontekście inteligentnego podejścia do przestępstwa (dr Krystyna Patora), „przekraczania” granic państwa i prawa w sprawach uchodźców (dr Magdalena Perkowska), a także zakazu wszczynania wojny napastniczej w aspekcie międzynarodowej wojny z terroryzmem (dr Renata Pawlik). Podczas dyskusji głos zabrał prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, który odniósł się do referatu dr Magdaleny Perkowskiej, wskazując na kwestie odpowiedzialności karnej za obecną sytuację na granicy polsko-białoruskiej osób wydających i wykonujących rozkazy po stronie polskiej. Następnie głos zabrał dr hab. Piotr Chlebowicz, prof. UWM, przychylając się do wypowiedzi prof. dr hab. Ryszarda A. Stefańskiego. Ponadto pokreślił, że w tej sytuacji mamy do czynienia z destrukcją wszelkich zasad, począwszy od złamania zobowiązań prawno-międzynarodowych, a skończywszy na odpowiedzialności karnej, przede wszystkim z art. 231 Kodeksu karnego. Jednocześnie stwierdził, że starcie między pragmatyzmem, bezpieczeństwem a prawem stanowi niezwykle ciekawy aspekt. W dalszej części dyskusji głos zabrała dr Magdalena Perkowska, wskazując na art. 3 Europejskiej konwencji praw człowieka, zgodnie z którym nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu, dodając jednocześnie, że przytoczony art. 3 nie tylko zobowiązuje te państwa, ale także każdą osobę – i tego wydającego rozkazy, i tego, który te rozkazy wykonuje. Na koniec dyskusji ponownie głos zabrał prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, odpowiadając na pytanie dr Magdaleny Perkowskiej o udział osób nietrzeźwych w grupie powodujących wypadki w statystykach policyjnych i zaznaczył, że sam udział takiej grupy nie jest duży, ale ogólna sytuacja na drogach jest zła. W panelu II poprowadzonym

przez dr hab. Martę Romańczuk-Grącką wygłoszonych zostało 6 referatów. Poruszona w nim problematyka dotyczyła: ochrony ofiar handlu ludźmi (dr hab. Aneta Łyżwa), posłużenia się cudzą tożsamością (dr Marek Skwarcow), wolności seksualnej i obyczajności – przestępstwa zgwałcenia (dr hab. Denis Solodov, prof. UWM), groomingu (dr hab. Mikołaj Małecki), a także karno-medycznym aspektów kradzieży zwłok (prof. dr hab. Bogusław Sygit, dr Damian Wąsik), oraz fałszowania produktów leczniczych (dr Natalia Wąsik). Podczas dyskusji prelegenci skupili się na kwestiach braku możliwości usiłowania groomingu, jak również braku celowości literalnego przeniesienia zwrotu Konwencji stambulskiej „bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody” do treści normatywnej art. 197 Kodeksu karnego, proponowanego w projekcie nowelizacji z dnia 8 marca 2021 r., w miejsce dotychczasowych sposobów popełnienia przestępstwa zgwałcenia w postaci klasycznie ujmowanej triady przemoc – groźba bezprawna – podstęp. Podniesiono przy tym ważne kwestie praktyczne związane z dowodzeniem tego typu czynu zabronionego oraz brakiem spójności projektowanej regulacji z ostatnią jej zmianą znoszącą wnioskowy tryb ścigania. W ramach panelu III poprowadzonego przez dr. hab. Kamila Frąckowiaka wygłoszono 6 referatów. Nawiązano w nich do zagadnień związanych z ochroną środowiska naturalnego, szczególnie w kontekście ochrony obszarów Natura 2000 (dr hab. Elżbieta Zębek, prof. UWM), ochrony zwierząt (mgr Agata Szewczyk) oraz wykorzystywania zwierząt w działalności o charakterze rozrywkowym (dr Diana Dajnowicz-Piesiecka), a także korupcji menedżerskiej (mgr Patryk Zieliński), substancji psychoaktywnych (mgr Marcin Chodkowski), oraz humanizmu w odniesieniu do europejskich więzień (dr Emilia Jurgielewicz). Podczas dyskusji prelegenci doszli konkludentnie do wniosku, że stan prawnej ochrony środowiska w polskim systemie prawnym w przedstawionym kontekście jest wybitnie niezadowolający, co wymaga pilnej interwencji ze strony polskiego ustawodawcy. Ostatni, panel IV poprowadził dr Michał Kurzyński. Zgodnie z programem konferencji, 7 prelegentów przedstawiło swoje wystąpienia, które dotyczyły: pojęcia dóbr osobistych (mgr Oliwia Czaplńska), dolnej granicy dolegliwości środków penalnych (mgr Krzysztof Gasiński), naruszenia nietykalności cielesnej (mgr Magdalena Róża Krysiak), penalizacji niealimentacji (mgr Nikola Tkacz), problematyki prognozowania kryminologicznego w postępowaniu karnym skarbowym (mgr Maciej Długosz), profilowania danych (mgr Katarzyna Gurak) oraz zagadnień związanych z uchyleniem wyroku w drodze wznowienia postępowania karnego (mgr Martyna Baran-Kurasiewicz). W panelu tym brali udział wyłącznie młodzi naukowcy, posiadający tytuł magistra i część referatów w sposób pośredni lub bezpośredni nawiązywała do przygotowywanych przez nich dysertacji doktorskich. Wystąpienia poruszały istotne problemy dotyczące nauki penalne, związane z potrzebą dookreślenia niektórych regulacji w prawie karnym.

Podczas konferencji wielokrotnie podkreślano walory cyklicznej Warmińskiej Konferencji Nauk Penalnych oraz zaangażowania Katedry Prawa Karnego i Prawa Wykroczeń Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie jako organizatora. Szerokim echem w środowisku karnistów odbiła się informacja o nadaniu stopnia doktora habilitowanego Marcie Romańczuk-Grackiej, która od początku pełniła funkcję przewodniczącego Komitetu Organizacyjnego konferencji. Wielu profesorów dało temu wyraz, poprzedzając swoje wystąpienia gratulacjami oraz wyrazami uznania z powodu znakomitego wyniku uzyskanego w kolokwium habilitacyjnym. Wśród nich byli m.in.: prof. dr hab. Ryszard Stefański, prof. dr hab. Stanisław Hoc, dr hab. Olga Sitarz, prof. UŚ, dr hab. Justyna Jurewicz, prof. UŁ oraz dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ. Gest ten był przyjęty jako krzepiący wszystkich pracowników Katedry Prawa Karnego i Prawa Wykroczeń oraz motywujący do dalszej pracy naukowej.

V Warmińska Konferencja Nauk Penalnych „*In dubio pro humanitate*” została poświęcona bardzo interesującej problematyce i nawiązywała do wielu obszarów prawa karnego. Mnogość problemów, a także wniosków zostanie utrwalona w księdze pamiątkowej poświęconej prof. dr. hab. Marianowi Cieślakowi.

