

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

Studia
Prawnoustrojowe

44

**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Mieczysław Różański (redaktor naczelny)
Jerzy Kasprzak, Elżbieta Zębek (zastępcy)
Justyna Krzywkowska (sekretarz)

Tomasz Majer, Agnieszka Skóra, Denis Solodov, Krystyna Ziółkowska (członkowie)

RADA NAUKOWA

Serhiy Banakh, Jaime Bonet Navarro, Janina Ciechanowicz-McLean,
Gaetano Dammacco, Jarosław Dobkowski, Burduli Irakli, Stanisław Jałyszew,
Mariola Lemonnier, Dorota Lis-Staranowicz, Maria LoGiacco,
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Elena Safronowa, Myriam Senn, Bronisław Sitek,
Bogusław Sygit, Wiesław Pływaczewski, Renata Świrgoń-Skok,
Sebastian Tafaro, Michał Turośik

RECENZENCI

Lista recenzentów zostanie zamieszczona
w ostatnim numerze danego roku

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

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2019

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

Nakład: 100 egz.; ark. wyd. 33,0; ark. druk. 28,0
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 565

Spis treści

ARTYKUŁY

Wioleta Baranowska-Zajac , <i>Instytucje społeczeństwa obywatelskiego w świetle nowelizacji samorządowych ustaw ustrojowych z 11 stycznia 2018 r.</i>	5
Katarzyna Ciulkin-Sarnocińska , <i>Zakres swobody wypowiedzi artystycznej w świetle prawa karnego</i>	21
Iwona Florek , <i>Odpowiedzialność za środowisko w orzecznictwie indyjskim</i>	33
Radosław Fordoński, Wojciech Kasprzak , <i>“WannaCry” ransomware cyberattack as violation of international law</i>	47
Kamil Frąckowiak , <i>Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym</i>	75
Jacek Gerwatowski , <i>Bezpieczeństwo informacyjne w jednostkach samorządu terytorialnego</i>	89
Adam Habuda , <i>The Right to the Environment in the Republic of Poland</i>	107
Stanisław Hoc , <i>Wymiana agentów wywiadu – aspekty prawne i polityczne</i>	123
Tomasz Jakubiak , <i>Prawna skuteczność zgody małżeńskiej wyrażonej bez obecności duchownego uprawnionego do asystowania przy zawarciu małżeństwa jako przejaw elastyczności ustawodawcy kościelnego we wspieraniu instytucji małżeństwa</i>	137
Olgierd Jakubowski , <i>Karnoprawna ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w wybranych państwach europejskich – zarys zagadnienia</i>	153
Emilia Jurgielewicz-Delegacz , <i>Ewolucja odpowiedzialności nieletnich na przestrzeni lat</i>	171
Kazimiera Juszka, Karol Juszka , <i>Rola biegłego w przeprowadzaniu oględzin w sprawach o zabójstwo</i>	187
Iga Kalinowska-Maksim , <i>Wybrane prawnokarne aspekty ochrony praw autorskich</i>	195
Aneta Kamińska-Nawrot , <i>Przeszukanie osoby i kontrola osobista – po zmianach wynikających z wykonania wyroku TK</i>	205
Kinga Konieczna , <i>Zasada słuszności jako przesłanka odpowiedzialności władzy publicznej</i>	225
Radosław Krajewski , <i>Przedawnienie zabójstwa</i>	235
Maciej Lubiszewski , <i>Klauzula dotycząca zatrudnienia z art. 29 ust. 3a Prawa zamówień publicznych z perspektywy art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych</i>	245
Tomasz Majer , <i>Podstawy prawne działań represyjnych wobec przedstawicieli aparatu państwowego II Rzeczypospolitej w Polsce po II Wojnie Światowej</i>	259

Julianna Makilla-Polak , <i>Zakaz dotykania eksponatów – bezwzględna konieczność czy zbędne utrudnienie? Problematyka bardzo bliskiego kontaktu odbiorcy z eksponatem</i>	277
Piotr Modrzejewski , <i>Sposoby naruszania dóbr osobistych w Internecie – zagadnienia wybrane</i>	295
Jerzy Nikolajew, Katarzyna Pluta , <i>Ochrona małoletnich przed przemocą domową na przykładzie wyroku ETPC w sprawie M. i M. przeciwko Chorwacji (skarga 10161/13)</i>	309
Paulina Pawluczuk-Bućko , <i>Zakres swobody artystycznej we Francji – wybrane aspekty</i>	323
Wiesław Pływaczewski , <i>Ornitologia kryminalna jako narzędzie identyfikowania zagrożeń cywilizacyjnych w obszarze ochrony środowiska – problem amunicji ołowianej</i>	337
Magdalena Sitek , <i>Afrykański pomór świń i interwencyjny odstrzał dzika – podstawy prawa unijnego i krajowego</i>	347
Kuchin Oleg Stas’evich , <i>The tactics of crime scene examination in the commission of environmental crimes</i>	357
Krystyna Szczechowicz , <i>Prawnokarna ochrona prawidłowego funkcjonowania rodziny</i>	367
Aleksandr Trefilov , <i>Grundsätze der Strafprozessordnung der Schweiz (Band 1)</i>	381
Adam Zienkiewicz , <i>Transformacyjny potencjał mediacji w sprawach rodzinnych</i>	401
Krystyna Ziółkowska , <i>Instrumenty prawne służące zabezpieczeniu społecznemu rodziny</i>	417

SPRAWOZDANIA

Elżbieta Zębek, Michał Hejbudzki , <i>Sprawozdanie z II Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Odpowiedzialność za środowisko”, Olsztyn, 4–5 kwietnia 2019 r.</i>	441
--	-----

Wioleta Baranowska-Zajac
Uniwersytet Szczeciński
ORCID: 0000-0002-1175-9739

Instytucje społeczeństwa obywatelskiego w świetle nowelizacji samorządowych ustaw ustrojowych z 11 stycznia 2018 r.

1. Uwagi wprowadzające

Samorząd terytorialny uznawany jest za przejaw społeczeństwa obywatelskiego¹. W treści niniejszego artykułu pod pojęciem społeczeństwa obywatelskiego rozumie się aktywny, dobrowolny udział obywateli w życiu publicznym, realizowany w sposób bezpośredni lub za pośrednictwem instytucji powołanych przez nich do istnienia, w celu obrony lub promocji własnych interesów i wartości niezależnych od instytucji państwowych². Należy jednak mieć także na uwadze okoliczność, iż samorząd terytorialny stanowi jednocześnie podstawowy przejaw decentralizacji współczesnej administracji publicznej – formę organizacji struktur państwa w terenie, służącą realizacji interesu publicznego wykraczającego poza interes lokalny³.

Na podstawie nowelizacji samorządowych ustaw ustrojowych, tj. ustawy o samorządzie gminnym⁴, ustawy o samorządzie powiatowym⁵ i usta-

¹ Odnosnie do pojęcia społeczeństwa obywatelskiego i jego znaczeń zob., na przykład, M. Kazimierzczuk, *Wolność zrzeszania się jako element społeczeństwa obywatelskiego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28, s. 22–25 oraz cytowana tam literatura.

² M. Kazimierzczuk, op. cit., s. 24, zob. też R. Dahrendorf, *Zagrożone społeczeństwo obywatelskie*, [w:] K. Michalski (red.), *Europa i społeczeństwo obywatelskie. Rozmowy w Castel Gandolfo*, Kraków 1994, s. 236.

³ Por. P. Tusiński, *Prawne narzędzia upolityczniania samorządu terytorialnego jako przeszkody w budowaniu społeczeństwa obywatelskiego w III RP*, [w:] S. Michałowski, M. Sidor, J. Wasil (red.), *25 lat samorządu terytorialnego w Polsce – bilans doświadczeń*, Lublin 2016, s. 35.

⁴ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 506, ze zm.; dalej jako: u.s.g.

⁵ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 511; dalej jako: u.s.p.

wy o samorządzie województwa⁶, dokonanej ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r.⁷, która, jak wskazuje tytuł ustawy nowelizującej, miała na celu zwiększenie udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, w tym organów jednostek samorządu terytorialnego, wprowadzono także pewne mechanizmy prawne służące zwiększeniu udziału obywateli, w tym członków wspólnot samorządowych, w funkcjonowaniu tych wspólnot, w wykonywaniu zadań publicznych przez ich organy oraz zwiększeniu zakresu społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym. Na gruncie zmian wprowadzonych przepisami ustawy nowelizującej podkreśla się przesunięcie akcentów demokracji przedstawicielskiej na rzecz form sprawowania demokracji bezpośredniej⁸.

Do instytucji służących, na podstawie nowelizacji, zwiększeniu zakresu społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym należy zaliczyć instytucję budżetu obywatelskiego, możliwość udziału mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego w debacie nad raportem o stanie tej jednostki oraz możliwość wystąpienia przez mieszkańców jednostki z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą.

Celem artykułu jest dokonanie analizy przepisów prawnych, które na gruncie ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. służyć miały, między innymi, ukształtowaniu instytucji prawnych zmierzających do zwiększenia zakresu społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym, a także próba ustalenia ich potencjalnego wpływu na możliwości kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego i zakresu jego funkcjonowania. Realizacja wskazanego celu ma prowadzić do podjęcia próby udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy znowelizowane przepisy i powołane na ich podstawie instytucje prawne mają szansę w sposób istotny wywrzeć wpływ na rozwój społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym.

2. Budżet obywatelski w jednostkach samorządu terytorialnego

Pierwszą instytucją społeczeństwa obywatelskiego ustanowioną w samorządzie terytorialnym w toku nowelizacji z dnia 11 stycznia 2018 r. jest

⁶ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 512; dalej jako: u.s.w.

⁷ Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych, Dz. U. poz. 130; dalej jako: ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. lub ustawa nowelizująca.

⁸ Cz. Martysz, *Komentarz do art. 28aa ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 535, por. też A. Dąbska, *Mieszkańcy na tym nie skorzystają*, „Dziennik Gazeta Prawna” 44/2018, zob. też A. Habuda, L. Habuda, *Instytucja referendum jako prawny wyraz populistycznej natury demokracji bezpośredniej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38, s. 9.

budżet obywatelski. Instytucja budżetu obywatelskiego stanowi instytucję demokracji bezpośredniej, która do czasu tej nowelizacji funkcjonowała w polskim systemie samorządu terytorialnego poza regulacją ustawową. Wprowadzając unormowania ustawowe w tym zakresie, ustawodawca zrealizował stawiany w doktrynie postulat uregulowania podstawowych założeń działania tej formy demokracji bezpośredniej⁹.

Budżet obywatelski, nazywany również partycypacyjnym, zdefiniować można w ujęciu funkcjonalnym jako formę współdziałania członków społeczności lokalnej w podejmowaniu decyzji o przeznaczeniu pewnej puli środków publicznych¹⁰. Jako forma współuczestniczenia mieszkańców gminy, dzielnicy, osiedla lub sołectwa, a w świetle przepisów ustawy nowelizującej – także powiatu i województwa samorządowego – w projektowaniu lokalnych wydatków zapewnia on mieszkańcom prawo do podejmowania wiążących decyzji co do tworzenia części budżetu i określania jego wydatków¹¹. Budżet partycypacyjny polega na przyznaniu mieszkańcom danej wspólnoty możliwości decydowania o przeznaczeniu środków publicznych, pochodzących z budżetu jednostki samorządu terytorialnego na realizację zadań publicznych należących do zakresu działania tej jednostki samorządowej, uznanych za istotne przez mieszkańców, mogących podlegać w danym roku budżetowym finansowaniu ze środków publicznych¹².

W świetle art. 5a ust. 4 zd. 1 u.s.g., art. 3d ust. 4 zd. 1 u.s.p. i art. 10a ust. 4 zd. 1 u.s.w., w ramach budżetu obywatelskiego mieszkańcy w bezpośrednim głosowaniu decydują corocznie o części wydatków budżetu – odpowiednio – gminy, powiatu albo województwa. Zadania wybrane przez mieszkańców w ramach budżetu obywatelskiego powinny z mocy prawa zostać uwzględnione w uchwale budżetowej danej jednostki samorządu terytorialnego. W toku prac nad projektem uchwały budżetowej organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego nie może usuwać lub zmieniać w stopniu istotnym zadań wybranych w ramach budżetu obywatelskiego, co wynika z art. 5a ust. 4 zd. 2 i 3 u.s.g., art. 3d ust. 4 zd. 2 i 3 u.s.p. i z art. 10a ust. 4 zd. 2 i 3 u.s.w.

Zastosowane przez ustawodawcę sformułowanie, dotyczące braku możliwości dokonywania przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego zmian w zakresie zadań wybranych w ramach budżetu obywatelskiego w stopniu istotnym jest sformulowaniem o charakterze nieostrym, wymaga-

⁹ Por. M. Augustyniak, R. Marchaj, *Komentarz do art. 5a ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 159.

¹⁰ Por. D. Sześciło, *Uwarunkowania prawne budżetu partycypacyjnego w Polsce*, „Finanse Komunalne” 12/2012, s. 15.

¹¹ M. Augustyniak, R. Marchaj, op. cit., s. 160.

¹² B. Jaworska-Dębska, *Normatywne podstawy społecznego dialogu w samorządzie terytorialnym*, [w:] B. Jaworska-Dębska, R. Budzisz (red.), *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25-lecia jego funkcjonowania*, Warszawa 2016, s. 60.

jącym interpretacji. Wobec tego, w praktyce mogą powstawać problemy w rozróżnieniu wprowadzanych przez organ stanowiący zmian o charakterze nieistotnym i zakazanych przez ustawodawcę zmian o charakterze istotnym, odnoszących się do zadań wybranych przez mieszkańców w ramach budżetu obywatelskiego. Takie rozwiązanie prowadzi do niebezpieczeństwa ograniczania zakresu zadań wybranych przez mieszkańców w ramach budżetu obywatelskiego przez organy jednostek samorządu terytorialnego, które w danych warunkach mogą kierować się innymi zamysłami wydatkowania środków publicznych, co w konsekwencji może powodować osłabienie udziału mieszkańców w procesie funkcjonowania jednostki samorządowej poprzez analizowaną instytucję społeczeństwa obywatelskiego. Istnieje bowiem ryzyko, że organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego będzie wprowadzał znaczące zmiany w stosunku do zadań wybranych przez mieszkańców, traktując je jako zmiany o charakterze nieistotnym, dozwolone przez ustawodawcę. Co więcej, może dojść do sytuacji, że nawet organy nadzoru i sądy administracyjne będą napotykały trudności w ustaleniu granicy między zmianami istotnymi i zmianami o charakterze nieistotnym. Osłabienie w ten sposób zaangażowania mieszkańców w funkcjonowanie jednostki samorządu terytorialnego poprzez instytucję budżetu obywatelskiego potęguje dodatkowo okoliczność, iż budżet obywatelski stanowi formę konsultacji społecznych, zaś konsultacje społeczne jako forma demokracji bezpośredniej nie mają charakteru wiążącego dla organów jednostek samorządu terytorialnego¹³, lecz charakter opiniodawczy¹⁴. Można jednak uznać, że przepis, zgodnie z którym w toku prac nad projektem uchwały budżetowej, organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego nie może usuwać lub zmieniać w stopniu istotnym zadań wybranych w ramach budżetu obywatelskiego, stanowi *lex specialis* w stosunku do niewiążącego charakteru prawnego konsultacji społecznych, których formą jest budżet obywatelski. Z tego względu w doktrynie wyrażono pogląd, zgodnie z którym „budżet obywatelski w formie opisanej w ustawie o samorządzie gminnym jest – w odróżnieniu od konsultacji społecznych – formą demokracji bezpośredniej o charakterze rozstrzygającym. Uzasadnienie dla postawionej tezy znajduje się wprost w treści art. 5a ust. 4 u.s.g., który z mocy prawa każe uwzględnić w uchwale budżetowej zadania wybrane w ramach budżetu obywatelskiego. Dodatkowo, według Moniki Augustyniak i Rafała Marchaja, powołany wyżej przepis „zabrania radzie gminy w toku prac nad projektem uchwały budżetowej usuwania lub zmieniania w stopniu istotnym zadań wybranych przez mieszkańców”¹⁵. Pomimo jed-

¹³ E. Olejniczak-Szałowska, *Formy demokracji bezpośredniej w polskim modelu samorządu terytorialnego (zagadnienia wybrane)*, [w:] S. Dolata (red.), *Prawo samorządowe i administracyjne*, Opole 2002, s. 127, R. Szarek, *Konsultacje czy referendum*, „Wspólnota” 28/1997, s. 22, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 18 sierpnia 2016 r., IV SA/Gl 540/16, LEX nr 2120823.

¹⁴ M. Augustyniak, R. Marchaj, op. cit., s. 157.

¹⁵ Ibidem, s. 161.

nak posiadania wiążącego charakteru budżetu jako szczególnej formy konsultacji z mieszkańcami oraz braku możliwości usunięcia przez organ stanowiący jednostki zadań wybranych przez mieszkańców w ramach budżetu obywatelskiego ani też dokonania ich zmiany o charakterze istotnym, istnieje ryzyko niewłaściwej interpretacji pojęcia „zmiana istotna”, które poprzez uznanie instytucji budżetu obywatelskiego za szczególną formę konsultacji społecznych, nieposiadających przecież charakteru rozstrzygającego dla organów samorządowych, może zostać dodatkowo spotęgowane.

Z kolei oparcie charakteru prawnego instytucji budżetu obywatelskiego jako instytucji demokracji bezpośredniej, o szczególną formę konsultacji społecznych ma bardzo istotne znaczenie dla podmiotowego zakresu członków społeczności samorządowych, którzy mogą uczestniczyć w funkcjonowaniu tej instytucji społeczeństwa obywatelskiego. Zgodnie bowiem z poglądami przyjętymi w judykaturze i piśmiennictwie, w procesie konsultacji społecznych mogą brać udział wszyscy członkowie wspólnoty samorządowej, a zatem mieszkańcy danej jednostki samorządu terytorialnego w rozumieniu Kodeksu cywilnego¹⁶. Zatem, odmiennie niż w przypadku legitymacji do udziału w referendum lokalnym oraz w wyborach, w procesie konsultowania budżetu obywatelskiego mogą brać udział osoby, będące mieszkańcami jednostki samorządu terytorialnego, nieposiadające pełnej zdolności do czynności prawnych, a więc takie, które nie ukończyły 18 lat lub zostały ubezwłasnowolnione, są obcokrajowcami, zostały pozbawione praw publicznych prawomocnym wyrokiem sądu, czy też takie, które nie posiadają zameldowania na terenie jednostki samorządu, w której zamieszkują¹⁷.

Z tego punktu widzenia ukształtowanie budżetu obywatelskiego jako szczególnej formy konsultacji z mieszkańcami należy poddać pozytywnej ocenie w odniesieniu do kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego w oparciu o tę instytucję. Ponadto, organy jednostki samorządu terytorialnego nie mogą określać kategorii podmiotów uprawnionych do udziału w konsultacjach, a tym samym również w procesie ustalania budżetu obywatelskiego, bowiem „rada gminy nie posiada kompetencji do odbierania komukolwiek prawa do wyrażania opinii w ramach udziału w konsultacjach społecznych. Fakt, iż dana osoba pozbawiona jest praw publicznych, praw wyborczych, czy też została ubezwłasnowolniona, nie odbiera jej cechy świadczącej o byciu mieszkańcem gminy, tym samym prawa do udziału w tychże konsulta-

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145; dalej jako: k.c. Por. M. Augustyniak, R. Marchaj, op. cit., s. 152, D. Sześciło, *Konsultacje społeczne w gminie w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Samorząd Terytorialny” 1–2/2014, s. 29, wyrok WSA w Opolu z dnia 13 czerwca 2006 r., II SA/Op 213/06, LEX nr 475242, wyrok WSA w Gliwicach z dnia 14 stycznia 2014 r., I SA/Gl 1291/13, LEX nr 1529502.

¹⁷ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 30 września 2016 r., P-1.4131.223.2016.AB, Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego 2016, poz. 3780.

cjach”¹⁸. Analogiczne rozumowanie należy zastosować w odniesieniu do powiatu i województwa samorządowego oraz ustanowionych tam również instytucji budżetu obywatelskiego jako przejawu społeczeństwa obywatelskiego.

Kolejne rozwiązanie, które w moim przekonaniu wpływa na osłabienie instytucji budżetu obywatelskiego jako przejawu społeczeństwa obywatelskiego w jednostkach samorządu terytorialnego wiąże się z przyjęciem, że w odniesieniu do gmin, budżet obywatelski ma zasadniczo charakter fakultatywny, zaś obligatoryjny jedynie w miastach na prawach powiatu. Wobec tego, budżet obywatelski w zależności od wielkości gminy może mieć charakter fakultatywny lub obligatoryjny¹⁹. Wynika to z normy prawnej objętej przepisem art. 5a ust. 5 u.s.g., zgodnie z którym utworzenie budżetu obywatelskiego jest obowiązkowe w gminach będących miastami na prawach powiatu. Jednocześnie w odniesieniu do takich gmin, w ustawie zawarto dodatkowe zastrzeżenie dotyczące wysokości budżetu obywatelskiego, która powinna wynosić co najmniej 0,5% wydatków gminy zawartych w ostatnim przedłożonym sprawozdaniu finansowym.

Podobnych rozwiązań prawnych nie zawierają u.s.p. i u.s.w. Powstaje wobec tego pytanie, czy w powiatach i województwach samorządowych budżet obywatelski stanowi obowiązkową, czy też nieobowiązkową formę demokracji bezpośredniej, a tym samym przejaw społeczeństwa obywatelskiego. W świetle przepisów, zgodnie z którymi w ramach budżetu obywatelskiego mieszkańcy w bezpośrednim głosowaniu decydują corocznie o części wydatków budżetu – odpowiednio – powiatu albo województwa, z uwagi na ich kategoryczne brzmienie można byloby przyjąć, że budżet obywatelski ma w tych jednostkach charakter obowiązkowy. Przepis zawierający takie samo sformułowanie występuje jednak także w u.s.g. Są to przepisy o charakterze definiującym, określające istotę budżetu obywatelskiego, nie zaś jego obowiązkowy czy dobrowolny charakter. W ustawie gminnej zawarto bowiem dalszy, cytowany wyżej, przepis wyszczególniający obowiązkowe utworzenie budżetu obywatelskiego w miastach na prawach powiatu. Taki zabieg legislacyjny musi wobec tego oznaczać, że w powiatach i województwach samorządowych budżet obywatelski jako szczególna forma konsultacji społecznych ma charakter nieobowiązkowy, fakultatywny, podobnie jak w gminach nieposiadających statusu miasta na prawach powiatu. Zatem konsultacje społeczne w obszarze budżetu obywatelskiego mają charakter obowiązkowy wyłącznie w miastach na prawach powiatu, w pozostałych jednostkach po-

¹⁸ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Śląskiego z dnia 29 lipca 2010 r., NP/II/0911/238/10, LEX nr 961641, rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z dnia 29 maja 2017 r., KN-I.4131.1.326.2017.3, Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego 2017, poz. 4139, wyrok NSA z dnia 8 grudnia 2011 r., II OSK 1562/11, wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2013 r., III SA/Wr 591/13.

¹⁹ Por. M. Augustyniak, R. Marchaj, op. cit., s. 160.

siadają natomiast charakter fakultatywny, co może powodować uzależnienie stosowania budżetu obywatelskiego od woli organów jednostek samorządu terytorialnego, a tym samym osłabienie funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego poprzez instytucję budżetu obywatelskiego w jednostkach samorządowych.

Zgodnie z samorządowymi ustawami ustrojowymi, organ stanowiący danej jednostki określa w drodze uchwały wymagania, jakie powinien spełnić projekt budżetu obywatelskiego, do których należą w szczególności wymogi formalne, jakim powinny odpowiadać zgłaszane projekty, wymagana liczba podpisów mieszkańców popierających projekt, przy czym nie może ona być większa niż 0,1% mieszkańców terenu objętego pulą budżetu obywatelskiego, w którym zgłaszany jest projekt, zasady oceny zgłoszonych projektów co do ich zgodności z prawem, wykonalności technicznej, spełnienia przez nie wymogów formalnych oraz tryb odwołania od decyzji o niedopuszczeniu projektu do głosowania, zasady przeprowadzania głosowania, ustalania wyników i podawania ich do publicznej wiadomości, biorąc przy tym pod uwagę, że zasady przeprowadzania głosowania muszą zapewniać równość i bezpośredniość głosowania. W literaturze przyjęto, opierając się na poglądach wyrażanych jeszcze przed wprowadzeniem regulacji ustawowej w zakresie budżetu obywatelskiego, że uchwałę w sprawie przeprowadzenia budżetu obywatelskiego należy kwalifikować jako akt prawa miejscowego²⁰.

W związku z tym, że – jak przyjął ustawodawca – wymagania dotyczące budżetu obywatelskiego powinny zostać określone w każdej jednostce samorządu terytorialnego w drodze uchwały, mogą one przybrać rozmaity charakter, odmienny w poszczególnych jednostkach czy kategoriach jednostek. Katalog elementów uchwały w sprawie przeprowadzenia budżetu obywatelskiego ma przy tym charakter przykładowy, co powoduje, że konkretna uchwała w tym zakresie może zawierać jeszcze inne elementy. Takie rozwiązanie, z jednej strony, służy zapewnieniu elastyczności i dostosowaniu do specyfiki danej jednostki, z drugiej jednak strony może powodować różny zakres dostępności tej formy społeczeństwa obywatelskiego dla mieszkańców, uzależniony od przyjętej przez organ stanowiący w konkretnej jednostce wymaganej liczby mieszkańców popierających projekt budżetu obywatelskiego, a tym samym różny zakres jej wykorzystywania w poszczególnych gminach, powiatach i województwach.

²⁰ R. Marchaj, *Charakter prawny uchwały w sprawie przeprowadzenia budżetu obywatelskiego*, „Samorząd Terytorialny” 11/2017, s. 5–14.

3. Udział mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego w debacie nad raportem o stanie tej jednostki

Jako instytucję służącą budowaniu społeczeństwa obywatelskiego w jednostkach samorządu terytorialnego uznać należy także umożliwienie mieszkańcom udziału i zabierania głosu w debacie nad raportem o stanie – odpowiednio – gminy, powiatu lub województwa samorządowego.

Raport o stanie jednostki samorządu terytorialnego, stosownie do art. 28aa u.s.g., art. 30a u.s.p. i art. 34a u.s.w., to dokument obowiązkowo przedkładany przez organ wykonawczy organowi stanowiącemu w terminie do 31 maja roku następującego po roku, którego dotyczy treść raportu, obejmujący podsumowanie działalności organu wykonawczego w roku poprzednim, w szczególności realizację polityk, programów i strategii, uchwał organu stanowiącego oraz budżetu obywatelskiego, poddawany procedurze postępowania, określonej w ustawach ustrojowych, zmierzającej do dokonania jego oceny, a następnie wyrażenia aprobaty lub braku aprobaty dla działalności organu wykonawczego poprzez udzielenie albo nieudzielenie mu wotum zaufania. W ramach tej procedury przewidziano także udział mieszkańców jednostki samorządowej i zabieranie przez nich głosu w debacie.

Ustawodawca wymaga, aby nad przedstawionym raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego przeprowadzona została debata według ustawowych wytycznych, z których wynika, między innymi, że w debacie głos mogą zabierać także mieszkańcy. Wzięcie udziału w debacie nie ma jednak swobodnego charakteru. Może natomiast nastąpić po dokonaniu pisemnego zgłoszenia skierowanego do przewodniczącego organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, które powinno zostać poparte podpisami określonej liczby osób, zależnej od ilości mieszkańców tej jednostki. I tak, jeżeli chodzi o gminy ustanowiono próg 20 000 mieszkańców i wskazano, że w gminach nieprzekraczających tej ilości mieszkańców zgłoszenie udziału mieszkańca w debacie nad raportem o stanie gminy powinno zostać poparte podpisami co najmniej 20 osób, zaś w gminach przekraczających tę liczbę mieszkańców – podpisami co najmniej 50 osób. W powiatach i województwach także przewidziano dwa progi ilościowe mieszkańców popierających udział w debacie nad raportem. W powiatach liczących do 100 000 mieszkańców pisemne zgłoszenie zabrania głosu w debacie powinno zostać poparte podpisami co najmniej 150 osób, natomiast w powiatach, w których ilość mieszkańców przekracza tę liczbę – podpisami co najmniej 300 osób. W województwach jako granicę ustanowiono ilość 2 milionów mieszkańców. Jeżeli ilość osób zamieszkujących województwo nie przekracza tej liczby, zgłoszenie powinno zostać poparte podpisami co najmniej 500 osób, jeśli zaś ją przekracza – podpisami co najmniej 1000 osób.

Umożliwienie mieszkańcom jednostki samorządu terytorialnego wzięcia udziału w debacie nad raportem o stanie tej jednostki i zabierania w niej głosu ocenić należy jako wyraz umacniania społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie, tym bardziej w kontekście rozwiązania, zgodnie z którym treść raportu i wynik debaty nad nim mogą, zgodnie z art. 28aa ust. 9–10 u.s.g., art. 30a ust. 9–11 u.s.p. i art. 34a ust. 9–11 u.s.w., przesądzić o podjęciu uchwały w sprawie udzielenia lub nieudzielenia organowi wykonawczemu wotum zaufania, a następnie w tym drugim przypadku – uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawie odwołania wójta, burmistrza lub prezydenta miasta gdy chodzi o gminę, w powiecie zaś i w województwie – o przeprowadzeniu głosowania nad uchwałą w sprawie odwołania zarządu. Możliwą do wyobrażenia jest sytuacja, w której głos mieszkańców w trakcie debaty nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego przyczyni się do wyniku głosowania w odniesieniu do wotum zaufania, co w konsekwencji może się przełożyć na przeprowadzenie referendum w sprawie odwołania wójta, burmistrza lub prezydenta albo odwołanie zarządu odpowiednio przez radę powiatu albo sejmik województwa. Stanowi to daleko idącą formę zaangażowania mieszkańców w dokonywaną ocenę działalności organu wykonawczego. Można jednak się zastanawiać, czy głos mieszkańców w każdej sytuacji będzie miał charakter obiektywny i oparty będzie na rzetelnych, rzeczowych zarzutach odnoszących się do działalności organu wykonawczego, a nie na przykład na przymiotach osobistych jego samego lub jego członków czy przekonaniach politycznych.

W zakresie odnoszącym się do udziału w debacie nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego mieszkańców tej jednostki wskazać można na pewne wątpliwości wyłaniające się na tle ustanawiających go przepisów. Po pierwsze, w związku z koniecznością poparcia zgłoszenia do udziału w debacie odpowiednią ilością podpisów innych mieszkańców można zadać pytanie, czy dany mieszkaniec może poprzeć tylko jednego kandydata chętnego do wzięcia udziału w debacie, czy też może tego poparcia udzielić wielu mieszkańcom wyrażającym taką wolę. W odniesieniu do tego pytania, należy poprzeć postawioną z piśmiennictwie²¹ tezę, zgodnie z którą w braku ograniczeń ustawowych dopuścić trzeba możliwość udzielania przez jedną osobę poparcia kilku kandydatom do udziału w debacie. Wskazano jednak także na możliwość udzielania poparcia przez samych radnych²². W tym ostatnim przypadku istnieje ryzyko pojawienia się elementu politycznego i nacisku ze strony radnych reprezentujących przeciwną niż organ wykonawczy opcję polityczną, na popieranych do udziału w debacie mieszkańców i treść ich wypowiedzi w czasie jej trwania. W takiej sytuacji instytucja

²¹ Cz. Martysz, *Komentarz do art. 28aa ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 539.

²² *Ibidem*.

udziału mieszkańców w debacie traci swój sens jako instytucja społeczeństwa obywatelskiego, a staje się narzędziem o charakterze politycznym.

W treści przepisów art. 28aa ust. 8 *in fine* u.s.g., art. 30a ust. 8 *in fine* u.s.p. i art. 34a ust. 8 *in fine* u.s.w. wprowadzono ograniczenie ilości mieszkańców mogących brać udział w debacie do piętnastu osób, o czym, jak się wydaje, choć ustawodawca tego nie przesądza, będzie decydowała kolejność wpływu pisemnych zgłoszeń do przewodniczącego rady lub sejmiku. Możliwe jest jednak zwiększenie tej liczby przez organ stanowiący, na co wprost wskazano w powołanych przepisach. W tym zakresie nie jest jednak jasne, w jakim terminie miałyby nastąpić zwiększenie tej liczby mieszkańców przez organ stanowiący – czy powinien on tego dokonać w uchwale o zakresie przedmiotowym raportu, o której mowa w art. 28aa ust. 3 u.s.g., art. 30a ust. 3 u.s.p. i art. 34a ust. 3 u.s.w., pod warunkiem jednak, że uchwała ta – jako uchwała o charakterze fakultatywnym – będzie przez radę lub sejmik podejmowana, czy też w statucie gminy, powiatu lub województwa, czy wreszcie w innej jeszcze, odrębnej uchwale²³. W ostatnim przypadku można też podawać w wątpliwość, czy uchwała taka mogłaby zostać podjęta już podczas trwania sesji, której przedmiotem jest rozpatrzenie raportu, czy też powinna zostać podjęta wcześniej. W tym zakresie w zasadzie wszystkie wskazane warianty pozostają dopuszczalne, chociaż z istotnych względów organizacyjnych odnoszących się do udziału mieszkańców w debacie powinni oni z wyprzedzeniem mieć wiedzę o tym, ilu z nich będzie mogło wziąć w niej udział²⁴, a także jakie kryteria, w szczególności kolejność dokonanych zgłoszeń, czy inne kryteria, będą o tym przesądzały.

Druga zasadnicza wątpliwość sprowadza się do tego, że ustawodawca, oprócz wskazanej konieczności wniesienia w odpowiednim czasie pisemnego zgłoszenia popartego odpowiednią ilością podpisów, nie stawia mieszkańcom żadnych wymogów wzięcia udziału w debacie. Wobec tego należy przyjąć, że w debacie mogą wziąć udział wszyscy mieszkańcy gminy w rozumieniu art. 25 k.c., a zatem także mieszkańcy nieposiadający pełnej zdolności do czynności prawnych, w tym również niepełnoletni i ubezwłasnowolnieni, mieszkańcy nieposiadający polskiego obywatelstwa oraz mieszkańcy pozbawieni praw publicznych²⁵. Takie rozwiązanie, umożliwiając udział szerokieму kręgu mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego, sprzyja kształtowaniu się społeczeństwa obywatelskiego poprzez przedmiotową instytucję.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Por. M. Augustyniak, R. Marchaj, op. cit., s. 152.

4. Możliwość wystąpienia przez mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą

Jako instytucję stanowiącą przejaw społeczeństwa obywatelskiego należy również traktować umożliwienie członkom wspólnot samorządowych wystąpienia z inicjatywą uchwałodawczą. W piśmiennictwie wskazano, że obywatelska inicjatywa uchwałodawcza, poprzez zapewnienie zainteresowanym możliwości opracowania i złożenia projektu, który następnie powinien zostać poddany pod głosowanie organu stanowiącego, jest przejawem zasady pomocniczości, służącej umacnianiu kompetencji obywateli oraz ich wspólnot²⁶. W ramach obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej członkowie wspólnot samorządowych mają prawo opracowania oraz złożenia projektu uchwały, który po spełnieniu warunków formalnych, z mocy prawa, powinien zostać poddany pod głosowanie na posiedzeniu organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego. Nie jest to przy tym instytucja nieznaną praktyce – jako przejaw społeczeństwa obywatelskiego powstała poza przepisami ustawowymi, następnie została włączona do regulacji statutowych niektórych jednostek samorządu terytorialnego²⁷, a podejście do jej dopuszczalności jako formy demokracji bezpośredniej przeszło ewolucję w orzecznictwie sądów administracyjnych²⁸, zaś potem dopiero przeniesiona została na grunt regulacji ustawowych. Na skutek nowelizacji z dnia 11 stycznia 2018 r. wprowadzona została do wszystkich trzech samorządowych ustaw ustrojowych.

W świetle wszystkich ustaw ustrojowych, a więc w każdej jednostce samorządu terytorialnego, prawo wnoszenia i popierania inicjatywy uchwałodawczej przysługuje wyłącznie mieszkańcom posiadającym czynne prawo wyborcze w wyborach do organu stanowiącego. Zakres podmiotowy tej instytucji, będącej przejawem społeczeństwa obywatelskiego, został więc ukształ-

²⁶ R. Marchaj, *Komentarz do art. 41a ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 684, por. też B. Dolnicki, *Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza jako nowa forma partycypacji w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*, [w:] M. Stec, M. Mączyński (red.), *Partycypacja obywateli i podmiotów obywatelskich w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*, Warszawa 2012, s. 130–131, M. Augustyniak, *Dylematy partycypacji społecznej w samorządzie terytorialnym. Wybrane zagadnienia dotyczące form o charakterze fakultatywnym*, [w:] B. Jaworska-Dębska, R. Budzisz (red.), *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25-lecia jego funkcjonowania*, Warszawa 2016, s. 67–78, M. Kasiński, *Lokalne wspólnoty obywatelskie w mechanizmach demokracji samorządowej*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2014, s. 431–444, B. Jaworska-Dębska, *Normatywne podstawy...*, op. cit., s. 59.

²⁷ B. Dolnicki, *Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza...*, op. cit., s. 115–123.

²⁸ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 3 kwietnia 2006 r., III SA/Wr 584/05, LEX nr 883094, wyrok NSA z dnia 21 listopada 2013 r., II OSK 1887/13, ONSAiWSA 2015 Nr 3, s. 52, wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 maja 2013 r., II SA/Ol 196/13, LEX nr 1316820, wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 maja 2013 r., II SA/Ol 196/13, LEX nr 1316820.

towany w inny sposób niż na gruncie instytucji poddanych analizie we wcześniejszych rozważaniach, a konkretnie został w stosunku do nich zawężony. Nie dotyczy on bowiem wszystkich mieszkańców, lecz, jak wynika z przepisów Kodeksu wyborczego²⁹, obywateli polskich oraz obywateli Unii Europejskiej niebędących obywatelami polskimi, którzy w dniu udzielenia poparcia dla inicjatywy ukończyli 18 lat oraz stale zamieszkują na obszarze jednostki samorządu terytorialnego, której organ stanowiący jest adresatem wnoszonej inicjatywy. Przez stale zamieszkiwanie należy z kolei, zgodnie z art. 5 pkt 9 k.w., rozumieć zamieszkiwanie w określonej miejscowości pod oznaczonym adresem z zamiarem stałego pobytu. Pojęcie stałego mieszkańca jest zatem rozumiane ściślej, aniżeli pojęcie mieszkańca jednostki samorządu terytorialnego, którego miejsce zamieszkania ocenia się przez pryzmat tego pojęcia wynikającego z k.c. Stałe zamieszkiwanie, w odróżnieniu od posiadania statusu mieszkańca, który wystarczy do stania się z mocy prawa członkiem wspólnoty samorządowej, lecz nie jest wystarczający do objęcia uprawnieniami związanymi z wnoszeniem inicjatywy uchwałodawczej, wiąże się nie tylko z faktycznym przebywaniem w danej miejscowości z zamiarem stałego pobytu, lecz z faktycznym przebywaniem w tej miejscowości pod określonym adresem z zamiarem stałego tam przebywania.

Z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą wystąpić może grupa mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego, zawężona podmiotowo poprzez konieczność spełnienia wskazanych wyżej warunków. Powinna to być przy tym grupa o określonej liczebności, zależnej od szczebla samorządu terytorialnego, zaś w gminie i powiecie dodatkowo jeszcze od liczby mieszkańców. A zatem, zgodnie z u.s.g., w gminie do 5 000 mieszkańców grupa osób występujących z inicjatywą uchwałodawczą powinna liczyć co najmniej 100 osób, w gminie do 20 000 mieszkańców – co najmniej 200 osób, zaś w gminie powyżej 20 000 mieszkańców – co najmniej 300 osób. W świetle u.s.p., w powiecie do 100 000 mieszkańców przedmiotowa inicjatywa przysługuje co najmniej 300 osobom, zaś w powiecie powyżej 100 000 mieszkańców – co najmniej 500. Jedynie w województwie liczba ta jest stała i, zgodnie z art. 89a ust. 2 u.s.w., wynosi co najmniej 1000 osób.

W pozostałym zakresie regulacje dotyczące inicjatywy we wszystkich jednostkach samorządu terytorialnego przedstawiają się analogicznie. Przede wszystkim z przepisów ustaw ustrojowych wynika, choć nie wyrażony wprost, obowiązek utworzenia komitetu inicjatywy uchwałodawczej. Wniosek taki należy wyprowadzić z art. 41a ust. 4 w zw. z ust. 5 *ab initio* u.s.g., art. 42a ust. 4 w zw. z ust. 5 *ab initio* u.s.p. i art. 89a ust. 4 w zw. z ust. 5 *ab initio* u.s.w., z których wynika, że organ stanowiący ma obowiązek

²⁹ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 684, ze zm.; dalej jako: k.w.

określić w drodze uchwały zasady tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zaś komitety te są uprawnione do wskazywania osób uprawnionych do reprezentowania komitetu podczas prac organu stanowiącego. Skoro zasady tworzenia komitetów inicjatyw mają być przedmiotem obligatoryjnej uchwały dotyczącej szczegółowych kwestii związanych z inicjatywą uchwałodawczą w danej jednostce, to *a minori ad maius*, należy uznać, że istnieje obowiązek ich tworzenia.

Projekt uchwały zgłoszony w ramach obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej staje się przedmiotem obrad organu stanowiącego na najbliższej sesji po złożeniu projektu, ale nie później niż po upływie trzech miesięcy od dnia jego złożenia. Przepisy regulujące inicjatywę uchwałodawczą w samorządzie terytorialnym nie rozstrzygają przy tym istotnego problemu, czy organ stanowiący ma prawo modyfikować treść projektu uchwały wniesionego przez mieszkańców. Na podstawie zestawienia treści przepisów dotyczących budżetu obywatelskiego, z których wynika, że w toku prac nad projektem uchwały budżetowej organ stanowiący nie może usuwać lub zmieniać, ale wyłącznie w stopniu istotnym, zadań w ramach budżetu obywatelskiego, oraz przepisów dotyczących inicjatywy uchwałodawczej, z których upoważnienie do wprowadzania zmian, nawet nieistotnych, nie wynika, wnioskować można, że dokonywanie przez radę lub sejmik zmian we wniesionym projekcie uchwały nie jest dopuszczalne. Projekt zgłoszony w ramach inicjatywy staje się przedmiotem obrad organu stanowiącego na najbliższej sesji po jego złożeniu, o czym wyraźnie przesądził ustawodawca i co powinno oznaczać, że następuje to w sposób automatyczny³⁰.

Kwestie szczegółowych zasad wnoszenia inicjatyw obywatelskich, zasad tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasad promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, wymogów formalnych, jakim powinny odpowiadać składane projekty, pozostawiono do obowiązkowego uregulowania w uchwale organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego. Takie rozwiązanie spowoduje, z jednej strony, znaczne zróżnicowanie szczegółowych rozwiązań dotyczących występowania z inicjatywą uchwałodawczą, jej popierania i realizacji, a także zakresu wymagań dotyczących proponowanych projektów na poszczególnych szczeblach samorządu, a przede wszystkim w poszczególnych jednostkach tego samego szczebla. Z drugiej jednak strony, pozwoli na pewną elastyczność w dostosowaniu przedmiotowych wymogów do specyfiki jednostki z uwzględnieniem jej wielkości, charakteru, aktywności mieszkańców czy innych jeszcze czynników.

³⁰ R. Marchaj, *Komentarz do art. 41a ustawy...*, op. cit., s. 688.

5. Podsumowanie

Nowelizacja samorządowych ustaw ustrojowych z dnia 11 stycznia 2018 r. miała, zgodnie z uzasadnieniem do ustawy nowelizującej, na celu wprowadzenie zmian, które „realnie przyczynią się do zapewnienia społeczności lokalnej większego udziału w funkcjonowaniu organów danej jednostki samorządu terytorialnego, pochodzących z aktu wyboru oraz zagwarantują obywatelom właściwą kontrolę nad władzą samorządową, a tym samym przyczynią się do zwiększenia więzi oraz odpowiedzialności za wspólnotę samorządową, w której zamieszkują”. Mając ten cel na uwadze, nowelizacja wprowadza również kilka zmian służących rozwijaniu i umacnianiu społeczeństwa obywatelskiego w jednostkach samorządu terytorialnego. Każda z wprowadzonych instytucji społeczeństwa obywatelskiego stanowi instytucję dotychczas nieuregulowaną przepisami prawa, chociaż instytucja budżetu obywatelskiego oraz inicjatywy uchwałodawczej mieszkańców jednostek samorządu terytorialnego funkcjonowały w praktyce na podstawie wewnętrznych rozwiązań prawnych poszczególnych jednostek, zwłaszcza zaś gmin. Jedynie udział mieszkańców w debacie nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego stanowi całkowicie nowy przejaw instytucji społeczeństwa obywatelskiego.

Analiza przepisów ustawy nowelizującej w kontekście ich wpływu na kształtowanie się i umacnianie instytucji społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym pozwoliła na sformułowanie następujących wniosków. Po pierwsze, w ramach ustanowionych instytucji społeczeństwa obywatelskiego odnotować należy zróżnicowanie zakresu podmiotowego uprawnień do ich wykorzystywania. O ile bowiem instytucja budżetu obywatelskiego jako formy konsultacji społecznych i instytucja udziału w debacie nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego dotyczą wszystkich mieszkańców danej jednostki w szerokim rozumieniu k.c., o tyle w odniesieniu do wystąpienia z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą, krąg osób uprawnionych zawężony został do mieszkańców posiadających czynne prawo wyborcze w wyborach do organu stanowiącego, to zaś nie przysługuje wszystkim członkom wspólnoty samorządowej.

Po drugie, idee rozwoju społeczeństwa obywatelskiego istotnie osłabiają okoliczności, że w świetle przyjętych regulacji, budżet obywatelski ma zasadniczo charakter fakultatywny, a zatem organy jednostki samorządu terytorialnego mogą zdecydować o zaniechaniu jego ustanawiania, w debacie nad raportem o stanie jednostki samorządu terytorialnego może z mocy przepisów ustawowych wziąć udział niewielka ilość mieszkańców popieranych podpisami znacznej liczby innych mieszkańców, zaś określenie szczegółowych wymagań dotyczących występowania z obywatelskimi inicjatywami uchwałodawczymi, w tym wymagań stawianych zgłaszanym przez mieszkańców

projektom aktów normatywnych, pozostawione zostało organowi stanowiącemu jednostki samorządu terytorialnego.

Po trzecie, większość z ustanowionych instytucji wzmacniających społeczeństwo obywatelskie w samorządzie terytorialnym nie stanowi instytucji nowych, dotychczas nieznanych, zaś zakres ich wykorzystania przez mieszkańców w procesie funkcjonowania jednostek samorządu terytorialnego będzie w dużej mierze uzależniony od podejścia osób sprawujących funkcje organów tych jednostek, jak i od samych mieszkańców.

Ostatecznie analiza przeprowadzona w treści niniejszego artykułu prowadzi do ogólnego wniosku, że odpowiedź na postawione na wstępie pytanie powinna być negatywna – z przyczyn wskazanych szczegółowo w toku rozważań nad poszczególnymi instytucjami prawnymi, służącymi w zamyśle twórców nowelizacji umacnianiu idei społeczeństwa obywatelskiego w samorządzie terytorialnym, przepisy ustawy nowelizującej z dnia 11 stycznia 2018 r. i wprowadzone na ich podstawie instytucje prawne nie są w rzeczywistości w stanie wpłynąć w sposób istotny na rozwój społeczeństwa obywatelskiego w przestrzeni funkcjonowania samorządu terytorialnego.

Wykaz literatury

- Augustyniak M., *Dylematy partycypacji społecznej w samorządzie terytorialnym. Wybrane zagadnienia dotyczące form o charakterze fakultatywnym*, [w:] B. Jaworska-Dębska, R. Budzisz (red.), *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25-lecia jego funkcjonowania*, Warszawa 2016.
- Augustyniak M., Marchaj R., *Komentarz do art. 5a ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Dahrendorf R., *Zagrożone społeczeństwo obywatelskie*, [w:] K. Michalski (red.), *Europa i społeczeństwo obywatelskie. Rozmowy w Castel Gandolfo*, Kraków 1994.
- Dąbska A., *Mieszkańcy na tym nie skorzystają*, „Dziennik Gazeta Prawna” 44/2018.
- Dolnicki B., *Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza jako nowa forma partycypacji w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*, [w:] M. Stec, M. Mączyński (red.), *Partycypacja obywateli i podmiotów obywatelskich w podejmowaniu rozstrzygnięć publicznych na poziomie lokalnym*, Warszawa 2012.
- Habuda A., Habuda L., *Instytucja referendum jako prawny wyraz populistycznej natury demokracji bezpośredniej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38.
- Jaworska-Dębska B., *Normatywne podstawy społecznego dialogu w samorządzie terytorialnym*, [w:] B. Jaworska-Dębska, R. Budzisz (red.), *Prawne problemy samorządu terytorialnego z perspektywy 25-lecia jego funkcjonowania*, Warszawa 2016.
- Kasiński M., *Lokalne wspólnoty obywatelskie w mechanizmach demokracji samorządowej*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2014.
- Kazimierczuk M., *Wolność zrzeszania się jako element społeczeństwa obywatelskiego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 28.

- Marchaj R., *Komentarz do art. 41(a) ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Marchaj R., *Charakter prawny uchwały w sprawie przeprowadzenia budżetu obywatelskiego*, „Samorząd Terytorialny” 11/2017.
- Martysz Cz., *Komentarz do art. 28aa ustawy o samorządzie gminnym*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Olejniczak-Szałowska E., *Formy demokracji bezpośredniej w polskim modelu samorządu terytorialnego (zagadnienia wybrane)*, [w:] S. Dolata (red.), *Prawo samorządowe i administracyjne*, Opole 2002.
- Szarek R., *Konsultacje czy referendum*, „Wspólnota” 28/1997.
- Sześciło D., *Konsultacje społeczne w gminie w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych*, „Samorząd Terytorialny” 1–2/2014.
- Sześciło D., *Uwarunkowania prawne budżetu partycypacyjnego w Polsce*, „Finanse Komunalne” 12/2012.
- Tusiński P., *Prawne narzędzia upolityczniania samorządu terytorialnego jako przeszkody w budowaniu społeczeństwa obywatelskiego w III RP*, [w:] S. Michałowski, M. Sidor, J. Wasil (red.), *25 lat samorządu terytorialnego w Polsce – bilans doświadczeń*, Lublin 2016.

Summary

Civil society institutions and the amendment of 11 January 2018 of local self-government acts

Key words: civil society, local self-government unit, civil budget, participation in the debate on the report concerning the state of local government units, civil legislative initiative.

On the basis of the amendment of 11 January 2018 of the Polish local self-government acts, legal institutions were established to increase the scope of civil society in local government units. These included the institution of civil budget, the institution of participation in the debate on the report concerning the state of local government units and the civil legislative initiative. The aim of the research, the results of which were recorded in the article, was the analysis of legal institutions serving under the amended provisions to increase the scope of civil society in local self-government units and to examine their impact on the development of civil society and the scope of its functioning. At the same time, the hypothesis was adopted that the revised provisions will not significantly affect the development of civil society in the local self-government.

Katarzyna Ciulkin-Sarnocińska

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0001-7314-4214

Zakres swobody wypowiedzi artystycznej w świetle prawa karnego

Opracowanie porusza zagadnienie zakresu wolności twórczości artystycznej w świetle polskiego prawa karnego. Twórczość artystyczna od zawsze stanowi istotną dziedzinę ludzkiej aktywności, bezpośrednio lub pośrednio związaną z innymi płaszczyznami życia, między innymi: religią, kulturą czy polityką. Jej postępowi i przeobrażeniom towarzyszy nieustający spór o granice jej wolności, toczony zarówno na gruncie filozofii, etyki, estetyki oraz prawa. Pomimo istotnego miejsca sztuki w życiu człowieka, gwarancja wolności twórczości artystycznej należy do najmłodszych i najmniej zbadanych praw.

Praca zawiera trzy grupy zagadnień. Pierwszy temat poświęcony jest zakresowi wolności twórczości artystycznej. Analizie zostały poddane przepisy przyznające wolność, ale także ukazujące zakres granic działania artystów. W drugiej części zostały przedstawione przestępstwa, jakich najczęściej mogą się oni dopuścić, tj. przestępstwo obrazy uczuć religijnych oraz przestępstwo publicznego prezentowania treści pornograficznych. Jako trzecia poruszona została problematyka granic wolności artystycznej, przedstawiona na podstawie głośnych polskich procesów sądowych.

Wolność twórczości artystycznej

Wolność wypowiedzi artystycznej wyraża się poprzez swobodne działanie twórcy w domenie kultury i sztuki w zakresie nieograniczonym przepisami obowiązującego prawa. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 73¹

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483), powoływana dalej w tekście jako Konstytucja RP, art. 73: „Art. 73 Każdemu zapewnia się wolność twórczości artystycznej, badań naukowych oraz ogłaszania ich wyników, wolność nauczania, a także wolność korzystania z dóbr kultury.”

gwarantuje wolność działalności artystycznej. Natomiast art. 23 k.c.² w zw. z art. 24 k.c.³ wskazuje, iż twórczość traktowana jako wolność działalności twórczej, polegającej na emanacji wolności człowieka i jego indywidualnego rozwoju i samorealizacji, podlega ochronie prawnej.

Wolność twórczości artystycznej jest zapewniona również na podstawie art. 10 Europejskiej konwencji praw człowieka⁴, gwarantującego wolność wyrażania opinii⁵. Dzięki tym regulacjom artyści mogą podejmować poważne, wrażliwe społecznie tematy, prowokujące do dalszej dyskusji. Powstają nowe nurty artystyczne, których reprezentanci stosują środki wyrazu uznane przez ogół społeczeństwa za kontrowersyjne⁶. Za przykład może posłużyć sztuka krytyczna.

Ustawodawca polski nie przewidział definicji legalnej pojęcia *twórczość artystyczna*. Sprecyzowanie powyższego pojęcia w nauce prawa budzi poważne trudności. Przeważające znaczenie dla stwierdzenia, iż daną czynność można nazwać twórczością artystyczną mają: artystyczny charakter dzieła

² Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. Nr 16, poz. 93), tj. z dnia 16 maja 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145), powoływany w tekście dalej jako k.c., art. 23: „Dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.”

³ Art. 24 k.c.: „§ 1. Ten, czyje dobro osobiste zostaje zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, ażeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie może on również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel majątkowy.”

§ 2. Jeżeli wskutek naruszenia dobra osobistego została wyrządzona szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać jej naprawienia na zasadach ogólnych.

§ 3. Przepisy powyższe nie uchybiają uprawnieniom przewidzianym w innych przepisach, w szczególności w prawie autorskim oraz w prawie wynalazczym.”

⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284), art. 10: „1. Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych.

2. Korzystanie z tych wolności pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej.”

⁵ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 25 stycznia 2007 r., w sprawie Vereinigung Bilderer Künstler przeciwko Austrii, skarga nr 68354/01.

⁶ M. M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011 r., s. 16–17.

oraz artystyczny cel dzieła. Artysta może działać w sposób niezależny i nieskrępowany, co przejawia się pomysłowością i indywidualnym podejściem do podjętej materii⁷. Ponadto dzieło musi mieć charakter oryginalny oraz musi być wytworzone w sposób twórczy. Należy podkreślić, iż wolność twórczości artystycznej dotyczy każdej osoby fizycznej. Treść twórczości artystycznej jest objęta szeregiem poniżej wyszczególnionych swobód:

- podejmowania i prowadzenia działalności artystycznej,
- określania i przyjmowania metod działalności,
- określania przedmiotu i zakresu badań,
- wyboru miejsca i formy prowadzenia działalności artystycznej,
- ogłaszania i rozpowszechniania wyników twórczości⁸.

Sztuka, za pomocą której artysta może wyrazić swoje uczucia, poglądy, podzielić się własnymi przemyśleniami, niezwykle rzadko znajduje się w centrum zainteresowania obszaru prawnego, a w szczególności prawa karnego. Jednakże wolność twórczości artysty nie może być niczym nieskrępowana. Nie można bowiem dopuścić do tego, aby społeczeństwo utożsamiało sztukę na równi z płaszczyzną szyderstwa i drwin ze wszystkich dziedzin życia. Artysta nie stoi ponad prawem i pomimo przyznanej mu wolności w wyrażaniu indywidualnych przeżyć emocjonalnych, nie jest zwolniony z ponoszenia odpowiedzialności w przypadku naruszenia obowiązujących przepisów prawnych⁹. Ingerencję w powyższą wolność umożliwia art. 31 ust. 3 Konstytucji RP¹⁰.

Kodeks karny¹¹ doprecyzowuje, w jakich sytuacjach artysta naraża się na odpowiedzialność karną za przekroczenie konstytucyjnie przyznanych swobód. Poniżej zostaną przybliżone dwa przepisy prawa karnego, tj. art. 196 k.k. oraz 202 k.k., na podstawie których artyści poprzez wypełnienie ich znamion, mogą się narażać na odpowiedzialność karną.

⁷ Pojęcie „wolność twórczości artystycznej” dostępne na stronie internetowej: http://www.kongreskultury.pl/title,Slownik_zarządzania_kultura,pid,26,oid,49,cid,47.html (data dostępu: 5.08.2019).

⁸ M. Jabłoński, J. Węgrzyn, *Wolność twórczości artystycznej i naukowej oraz dostępu do dóbr kultury*, s. 10, tekst artykułu dostępny na stronie internetowej: http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/53683/37_M_Jablonski_J_Wegrzyn.pdf (data dostępu: 5.08.2019).

⁹ S. Rodziński, *Awantura o Pasję*, „Gość Niedzielny”, 10 sierpnia 2003 r., [w:] Z. Makarewicz, *Wolność artysty – wolność odbiorcy*, artykuł dostępny na stronie internetowej: http://www.festiwal.wroc.pl/archiwum/2003_i9.html (data dostępu: 5.08.2019).

¹⁰ Art. 31 Konstytucji RP: „1. Wolność człowieka podlega ochronie prawnej.

2. Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje.

3. Ograniczenia w zakresie korzystania z 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.”

¹¹ Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. Nr 88, poz. 553), (sprost.: Dz.U. 1997, Nr 128, poz. 840), dalej w tekście powoływany jako „k.k”.

Przestępstwo obrazy uczuć religijnych z art. 196 k.k.

Pierwszym przykładem ograniczenia wolności artysty jest zakaz obrazy uczuć religijnych. W przypadku wybrania tematyki znieważającej kult religijny, artysta naraża się na popełnienie przestępstwa obrazy uczuć religijnych z art. 196 k.k.¹²

Niektóre środowiska, szczególnie dziennikarskie, zarzucają, że powyższy przepis stwarza możliwość pozbawienia twórców wolności wypowiedzi, bowiem sposób przekazania treści, pomimo swej dosadności, ich zdaniem, nie stanowi obrazy uczuć. Zamierzonym celem stworzenia dzieła jest wywarć doznań emocjonalnych u odbiorcy¹³

Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego Izby Karnej z dnia 5 marca 2015 r.¹⁴ artysta tworząc dzieło o charakterze znieważającym uczucia religijne naraża się na odpowiedzialność karną z art. 196 k.k. wówczas, gdy naruszenie ma charakter publiczny. Oznacza to, że większa liczba ludzi mogłaby się poczuć urażona dokonaniem czynem zabronionym w przypadku możliwości powszechnego udostępnienia dzieła, np. za pośrednictwem Internetu, prasy, telewizji. Jednakże należy zauważyć, iż artysta nie naraża się na odpowiedzialność karną w przypadku, gdy dzieło zostało udostępnione osobom, które dobrowolnie zgodziły się na kontakt z treścią wyrażającą sztukę.

Przestępstwo z art. 196 k.k. polega na obrazie uczuć religijnych poprzez publiczne znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego, czasownik „obrazić” oznacza wyrażenie się o kimś, zachowanie się względem kogoś w sposób uchybiający jego godności lub naruszenie słowem lub czynem jakiejś normy, prawa bądź wartości¹⁵. Czym zatem jest obraza uczuć religijnych? W literaturze za analizowane zachowanie sprawcy uważa się czyn, który w odczuciu konkretnej osoby lub grupy osób, a także w ocenie obiektywnej, odbierane jest jako obelżywe i poniżające ich uczucia religijne¹⁶.

¹² Art. 196 k.k.: „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”

¹³ L. Ozdarska, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim kodeksie karnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 19, s. 125.

¹⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego Izby Karnej z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt II KK 274/14, Biuletyn Sądu Najwyższego 2015, nr 9.

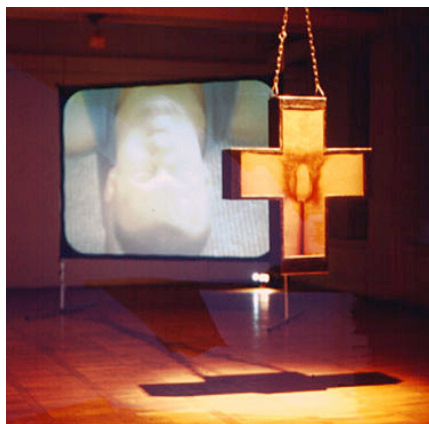
¹⁵ Pojęcie słowa „obrazić” dostępne na stronie internetowej: <http://sjp.pwn.pl/sjp/obrazi%C4%87;2491874> (data dostępu: 5.08.2019).

¹⁶ J. Wojciechowska, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2010, s. 899.

Na przełomie XX i XXI wieku wielu artystów, przede wszystkim tych przynależących do nurtu sztuki krytycznej¹⁷, wzbudzało negatywne reakcje społeczeństwa. Rzeźba Maurizio Cattelan`a, włoskiego rzeźbiarza i twórcy artystycznych instalacji, przedstawiająca papieża Jana Pawła II przygniecionego meteorytem, niewątpliwie obrażała uczucia religijne bliżej nieokreślonej liczby ludzi. Jednak największe kontrowersje, ze względu na zestawienie krzyża z genitaliami oraz wywołującego cierpienie filmu, dotyczącego treningu ciała, wywołała instalacja polskiej performerki, Doroty Nieznalskiej.¹⁸



Fot. 1. D. Nieznalska *Pasja* (instalacja)
fot. W. Nieznalski¹⁹



Fot. 2. D. Nieznalska *Pasja* (instalacja)
fot. G. Klamann²⁰

W dniu 12 kwietnia 2002 r. przeciwko Dorocie Nieznalskiej, związanej z nurtem sztuki krytycznej, na podstawie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, złożonego m.in. przez posła Roberta Strąka i posłankę Gertrudę Szumską oraz przez osoby prywatne, na podstawie art. 196 k.k. został skierowany przez prokuratora akt oskarżenia do Sądu Rejonowego w Gdańsku. Proces rozpoczął się 16 września 2002 r. Sąd Rejonowy w Gdańsku, wyrokiem z dnia 18 lipca 2003 r.²¹ skazał oskarżoną na karę sześciu miesięcy ograniczenia wolności, polegającą na nieodpłatnym wykonywaniu

¹⁷ Pojęcie „sztuka krytyczna” zostało użyte po raz pierwszy w 1999 przez Ryszarda W. Kluszczyńskiego; R. W. Kluszczyński, *Artyści pod pregiem, krytycy sztuki do kliniki psychiatrycznej, czyli najnowsze dyskusje wokół sztuki krytycznej w Polsce*, „EXIT. Nowa Sztuka w Polsce” 1999, nr 4 (40), s. 2074–2081.

¹⁸ A. Płoszka, *Wolność artystyczna vs swoboda sumienia i wyznania. O sądowym ważeniu wartości konstytucyjnych na przykładzie sprawy Doroty Nieznalskiej*, [w:] D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014, s. 113–124.

¹⁹ Źródło: <http://www.nieznalska.art.pl/foto.html> (data dostępu: 5.08.2019).

²⁰ Ibidem.

²¹ Wyrok Sądu Rejonowego w Gdańsku z dnia 18 lipca 2003 r., sygn. akt IV K 638/02, dostępny w czytelni akt Sądu Rejonowego w Gdańsku.

kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin w stosunku miesięcznym. Sąd w uzasadnieniu wyroku wskazał, iż krzyż będący elementem instalacji, stanowił przedmiot kultu religijnego. Swoje stanowisko poparł faktem zatytułowania przez artystkę dzieła *Pasja*, który to termin odnosi się zarówno do synonimu słowa zaangażowanie, jak również do męki Jezusa Chrystusa.

W zestawieniu nazwy z dziełem przedstawiającym krzyż, w ocenie Sądu nie budziło żadnych wątpliwości to, że chodzi o chrześcijański symbol cierpienia, na którym zginął Jezus Chrystus. Na krzyżu zamiast Chrystusa został umieszczony męski członek. Takie zestawienie wypełnia znamiona przestępstwa z art. 196 k.k. poprzez znieważenie przedmiotu czci religijnej. Dzieło zostało wyeksponowane w Galerii Wyspa Progress, działającej przy Polskiej Akademii Sztuk Pięknych w Gdańsku, zatem również druga przesłanka powszechności przestępstwa została spełniona. Sąd przyjął, iż przestępstwo zostało popełnione umyślnie z zamiarem bezpośrednim. Sąd ocenił, że popełniony przez artystkę czyn był bezprawny i nie podzielił poglądu obrońcy, jakoby autorka działała w granicach kontratypu działalności artystycznej, wyłączającego bezprawność czynu. Podsumowując, Sąd skazał Dorotę Nieznalską po uznaniu spełnienia wszystkich znamion czynu z art. 196 k.k.

Na skutek apelacji obrońcy Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2004 r.²² skierował sprawę do ponownego rozpatrzenia. Podstawę do uwzględnienia apelacji stanowiły błędy proceduralne, polegające na nierzetelnym uzasadnieniu wyroku oraz nieprzeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego.

Sąd Rejonowy w Gdańsku, wyrokiem z dnia 4 czerwca 2009 r.,²³ uniewinnił oskarżoną od zarzucanego jej czynu. Sąd uznał, iż artystka działała w zamiarze ewentualnym, ponieważ nie miała ona na celu obrazy uczuć religijnych. Natomiast, aby wypełnić znamiona czynu zabronionego koniecznym byłoby przypisanie zachowaniu Doroty Nieznalskiej zamiaru bezpośrednio. Ponadto, zdaniem Sądu, nie wystąpił związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem oskarżonej a obrażą uczuć religijnych.

Po oddaleniu apelacji prokuratury, Sąd Okręgowy w Gdańsku prawomocnym wyrokiem z dnia 11 marca 2010 r.²⁴ uniewinnił artystkę od zarzucanych jej czynów, po 8 latach trwającego procesu. Sąd uznał, iż oskarżona nie działała w zamiarze umyślnym bezpośrednim, a co najwyżej w zamiarze ewentualnym. Sąd w uzasadnieniu uznał, iż osoby odwiedzające galerie

²² Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 19 kwietnia 2004 r., sygn. akt V Ka 1795/03, dostępny w czytelni akt Sądu Rejonowego w Gdańsku.

²³ Wyrok Sądu Rejonowego w Gdańsku z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. akt II K 290/05, dostępny w czytelni akt Sądu Rejonowego w Gdańsku.

²⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 11 marca 2010 r., sygn. akt V Ka 976/09, dostępny w czytelni akt Sądu Rejonowego w Gdańsku.

sztuki powinny być przygotowane na możliwość zapoznania się z „niepokorą” czy „innością”. Żadna z osób, które były zainteresowane sztuką i odwiedziły galerię, nie złożyła zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Stało się tak po wyemitowaniu przez stację TVN, kontrowersyjnego materiału na temat instalacji. Przygotowany program był skupiony na przyciągnięciu uwagi widzów i wyeksponowaniu sensacyjnej materii.

Przestępstwo publicznego prezentowania treści pornograficznych z art. 202 k.k.

Drugim przykładem przestępstwa, jakiego może dopuścić się artysta, jest publiczne prezentowanie treści pornograficznych, uregulowane w art. 202 k.k.²⁵

Krzysztof Kuszej, przedstawiciel sztuki krytycznej, został oskarżony o utrwalanie w swoich dziełach treści pornograficznych z udziałem małoletnich oraz publiczne propagowanie i pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim. Artysta, poprzez swoją twórczość, pragnął zwrócić uwagę na problem pedofilii w Kościele katolickim. Oskarżony stworzył cykl obrazów, na których widniały twarze dzieci, postacie w sutannach, symbole religijne oraz organy płciowe mężczyzn i chłopców. Każdy z obrazów został podpisany nazwą miejscowości, w której udokumentowano przestępstwo molestowania wraz z inicjałami sprawców i ich ofiar. Przykładowo można wskazać obrazy:

– *Ukrzyżowanie w Kołobrzegu, gdzie grasował pedofil katolicki ksiądz Zbigniew R.*,

²⁵ Art. 202 k.k.: „§ 1. Kto publicznie prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 2. (*uchylony*).

§ 3. Kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwała lub sprowadza, przechowuje lub posiada albo rozpowszechnia lub prezentuje treści pornograficzne z udziałem małoletniego albo treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzędziem, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 4. Kto utrwała treści pornograficzne z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4a. Kto przechowuje, posiada lub uzyskuje dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 4b. Kto produkuje, rozpowszechnia, prezentuje, przechowuje lub posiada treści pornograficzne przedstawiające wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 4c. Karze określonej w § 4b podlega, kto w celu zaspokojenia seksualnego uczestniczy w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego.

§ 5. Sąd może orzec przepadek narzędzi lub innych przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstw określonych w § 1–4b, chociażby nie stanowiły własności sprawcy.”

– *Cudowny obraz Matki Boskiej Hłudna, gdzie grasował pedofil katolicki ksiądz Stanisław K.,*

– *Ukrzyżowanie w Pszycynie. Scena molestowania przez pedofila katolickiego księdza Edwarda P.*

Poniżej zamieszczono fotografię przedstawiającą jeden z obrazów Kuszeja.



Fot. 3. K. Kuszej, obraz pt. *Cudowny obraz Matki Boskiej Hłudna, gdzie grasował pedofil katolicki ksiądz Stanisław K.*²⁶

Kuszej wystawił obrazy na własnej stronie internetowej oraz na portalu aukcyjnym Allegro. Ponadto artysta na swojej stronie opublikował własny wiersz pt. *Msza*, dotyczący powyższej problematyki²⁷.

Kuszej został zatrzymany przez organy ścigania w październiku 2010 r. Po dokonaniu przeszukania pracowni artysty, policja zabezpieczyła jego 20 dzieł oraz komputer. Malarzowi przedstawiono zarzuty z art. 202 § 3. k.k., tj. rozpowszechniania, produkowania i utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletnich dzieci.

W dniu 25 lipca 2012 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi – Śródmieścia²⁸ wydał wyrok uniewinniający oskarżonego od zarzucanych mu czynów. Sąd w uzasadnieniu wyroku powołał się na opinie biegłych z zakresu historii sztuki

²⁶ Źródło: <http://www.fakt.pl/artysta-malarz-zboczeniec-,artykuly,86023,1,1,2.html> (data dostępu: 5.06.2019).

²⁷ A. Grochowska, *Sprawa Krzysztofa Kuszeja – problem granic swobody artystycznej*, „Sprawy Precedensowe Helsińska, Fundacja Praw Człowieka” grudzień 2012, nr 4, s. 21–22.

²⁸ Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi – Śródmieścia z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. akt IV K 620/11, dostępny w czytelni akt Sądu Rejonowego dla Łodzi – Śródmieścia.

i literaturoznawstwa, którzy zgodnie uznali, że artysta swoim zachowaniem nie wypełnił znamion czynu zabronionego. Twórca poprzez sztukę wyraża swoją dezaprobatę dla zastanej rzeczywistości. W ten sposób walczy z patologią i degeneracją. Zatem zamiarem Kuszeja nie było propagowanie treści o charakterze pedofilskim, a wręcz przeciwnie, walka z zachowaniami o powyższym charakterze. Sąd zwrócił uwagę na fakt, iż artysta w swoich dziełach prezentuje treści pornograficzne. Jednak przeważające znaczenie w przedmiotowej sprawie miał rzeczywisty stosunek artysty do prezentowanych przez niego treści. Oskarżony bezsprzecznie potępiał dokonane przez sprawców przestępstw czyny zabronione.

Sąd podkreślił, że wolność twórczości artystycznej nie ma charakteru absolutnego. Artyści powinni pamiętać o tym, że odbiór ich twórczości przez społeczeństwo może być odmienny od zamierzonego. Sąd stwierdził, że twórczość Kuszeja mogła zostać przez niektórych uznana za pornografię. Jednak stanął na stanowisku, że artysta był przeświadczony o tym, iż jego obrazy zostaną odebrane jako sprzeciw wobec zastanej rzeczywistości, a nie jej pochwała. Sąd uznał, iż w powyższej sprawie wystąpił kontratyp sztuki.

Należy zauważyć, że dzieła artystyczne mogą jednocześnie zawierać treści pornograficzne i być uznane za pornografię. Natomiast brak karalności dzieła będzie wynikać z istnienia kontratypu sztuki, ewentualnie można również przyjąć na podstawie art. 1 § 2 k.k. znikomość społecznej szkodliwości czynu zabronionego. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, pomimo faktu, że sztuka często i w sposób szokujący prezentuje treści erotyczne, należy przyjąć, iż uznanie artystyczności danego dzieła, z możliwością wykorzystania opinii biegłego z zakresu teorii sztuki, wyklucza możliwość zakwalifikowania go jako pornografii²⁹. Przyznanie, że w konkretnej sytuacji znajdzie zastosowanie kontratyp sztuki nie powoduje wyłączenia pornograficzności dzieła. Kontratyp nie eliminuje treści pornograficznych dzieła. W efekcie zastosowania kontratypu następuje uchylenie bezprawności kryminalnej zachowań objętych kontratypem, a co za tym idzie brak przestępności oraz karalności dokonanego czynu zabronionego.

Zdaniem J. Warylewskiego, konieczne do uznania kontratypu sztuki jest jednoczesne ustalenie trzech przesłanek. Po pierwsze, przyjęcie, że sprawcą czynu zabronionego jest artysta. Po drugie, w efekcie dokonania czynu zabronionego powstało dzieło. Po trzecie, artysta dąży do osiągnięcia celu artystycznego³⁰.

²⁹ M. Rodzynekiewicz, [w:] Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, tom II, Komentarz do art. 117–277 k.k., Warszawa 1999, s. 572.

³⁰ J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 378–379.

W obliczu niejednoznaczności pojęć „uczucia religijne” oraz „pornografia”, organy ścigania, przede wszystkim na etapie toczącego się postępowania przygotowawczego, mają trudności z prawidłowym zakwalifikowaniem działalności twórczej artystów.

Po analizie zagadnienia pojawia się pytanie o potrzebę regulacji zakresu wolności wypowiedzi artystycznej przez ustawodawcę. Prawniczka i politolożka Agnieszka Rybczyńska, wykładowca Katolickiego Uniwersytetu Jana Pawła II ks. Alfred Wierzbicki oraz artysta Tomasz Kozak, podczas debaty jaka wywiązała się w trakcie Festiwalu Praw Człowieka w Filmie w Lublinie, wyrazili pogląd, iż ingerencja władz publicznych jest nie tylko zbędna, lecz wręcz niedopuszczalna. Ich zdaniem artysta powinien mieć praktycznie nieograniczoną swobodę wypowiedzi³¹. Nadzór nad wolnością powinni sprawować krytycy sztuki, a nie organy państwowe. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić, bowiem w sytuacji naruszenia granic wolności innej jednostki bądź dokonania czynu zabronionego przez artystę, wspomniany krytyk sztuki nie będzie mógł wyciągnąć żadnych konsekwencji prawnych. Należy zauważyć, że wszczęcie postępowania karnego przeciwko kontrowersyjnym artystom może wywrzeć dwojaki skutek. Z jednej strony, artyści mogą zostać zniechęceni do podejmowania prac o tematyce naruszającej obowiązujące przepisy prawa. Mrozący efekt (*chilling effect*) wiąże się nie tylko z groźbą wymierzenia kary, ale również z wszczęciem samego postępowania karnego. Postępowanie karne może ciągnąć się latami. W przypadku Doroty Nieznalskiej trwało ono 8 lat. Z drugiej jednak strony może to w efekcie wywrzeć odwrotny skutek. Poprzez wszczęcie postępowania karnego przeciwko artyście, może on stać się znany. Media z pewnością napiszą o twórcy, który zaszokował swoją publiczność najnowszą pracą. Jeśli prokurator przedstawi twórcy dzieła zarzuty, sprawa nabierze jeszcze większego rozgłosu. Natomiast poszczególne rozprawy będą przyczyną do głośnych, medialnych doniesień na temat prowokacyjnego artysty.

Wykaz literatury

- Bieczyński M.M., *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011.
- Grochowska A., *Sprawa Krzysztofa Kuszeja – problem granic swobody artystycznej*, „Sprawy Precedensowe Helsińska Fundacja Praw Człowieka” grudzień 2012, nr 4.
- Kluszczyński R.W., *Artyści pod pregiem, krytycy sztuki do kliniki psychiatrycznej, czyli najnowsze dyskusje wokół sztuki krytycznej w Polsce*, „EXIT. Nowa Sztuka w Polsce” 1999, nr 4 (40).

³¹ J. Hołda, *Czy istnieją Granice wolności artystycznej?*, artykuł dostępny na stronie internetowej: <http://mfs.blox.pl/2007/10/Czy-istnieja-granice-wolnosci-artystycznej.html> (data dostępu: 5.08.2019).

- Ozdarska L., *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych w polskim kodeksie karnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 19.
- Płoszka A., *Wolność artystyczna vs swoboda sumienia i wyznania. O sądowym wazeniu wartości konstytucyjnych na przykładzie sprawy Doroty Nieznalskiej*, [w:] Bychawska-Siniarska D., Głowacka D. (red.), *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, Warszawa 2014.
- Rodzinkiewicz M., [w:] Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna, tom II, Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Warszawa 1999.
- Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] Leszczyński L., Skrętowicz E., Hołda Z. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Wojciechowska J., [w:] Wąsek A., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. I*, 2010.

Summary

Scope of freedom of artistic expression under criminal law

Key words: artistic freedom, art, criminal law, the limits of expression.

The author raises the question of the scope of freedom of artistic creation in the light of Polish criminal law. Artistic creation has always been an important area of human activity. It is associated directly or indirectly with other aspects of life, including religion, culture and politics. Its progress and transformation is accompanied by constant controversy about the limits of its freedom involving debates based on the grounds of philosophy, ethics, aesthetics and the law. Despite the significant place of art in human life, the guarantee freedom of artistic creation is one of the youngest and least examined rights. The analysis contains three groups of issues. The first topic is devoted to the scope of the freedom of artistic creation. The analysis was subjected to provisions conferring freedom, but also showing the limits of the range of action of the artist. The second part of the paper covers offences which they can usually prevent, i.e. the offence of defamation of religion and the offence of the public presentation of pornographic content. The third part addresses the issue of the limits of artistic freedom presented on the basis of high-profile examples of Polish lawsuits.

Iwona Florek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide De Gasperi

ORCID: 0000-0003-0194-3361

Odpowiedzialność za środowisko w orzecznictwie indyjskim

Wstęp

Prawo człowieka do życia w czystym środowisku należy również rozumieć jako prawo bezpośrednio umożliwiające korzystanie z innych praw człowieka, należących do innych kategorii praw człowieka, takich jak prawo do życia i zdrowia.

System prawa *common law* uprawnia i upoważnia sądy oraz sędziów do wytyczania kierunków czy nawet kreowania polityki państwa w pewnych aspektach życia społeczno-gospodarczego i w takiej roli zostały postawione indyjskie sądy w drugiej połowie XX wieku, w zakresie ochrony środowiska.

Indyjskie sądownictwo znane jest z proaktywnej roli w obronie środowiska. Decyzje o charakterze antropocentrycznym wiążą naruszenie środowiska z życiem człowieka, zdrowiem i bezpieczeństwem.

Troska o środowisko powinna być obowiązkiem wszystkich interesariuszy: obywateli – mieszkańców Ziemi, decydentów, którzy mają wpływ na wytyczanie ram polityki środowiskowej, przedsiębiorców wykorzystujących zasoby naturalne do prowadzenia działalności.

Powszechnie przyjmuje się, że publiczne zainteresowanie jakością środowiska zależy od zamożności, a zatem jest silniejsze w krajach bogatych niż w krajach biednych. To założenie jest testowane za pomocą wyników międzynarodowego badania przeprowadzonego w 1992 r. przez Międzynarodowy Instytut George'a H. Gallupa, który uzyskał dane na temat szerokiego zakresu postrzegania środowiska i opinii obywateli w 24 państwach, zróżnicowanych zarówno pod względem gospodarczym, jak i geograficznym¹. Łączne wyniki zainteresowania jakością środowiska na poziomie krajowym zostały stworzone i skorelowane z produktem narodowym brutto na mieszkańca.

¹ Dunlap R. E., Gallup Jr, G.H., Gallup, A.M., *Of global concern: Results of the health of the planet survey*, "Environment Science and Policy for Sustainable Development" 1993, 35(9):7–15 January.

Chociaż wyniki różnią się znacznie w zależności od regionu i kraju, ogólna zamożność narodowa jest częściej negatywnie niż pozytywnie związana z troską obywateli o jakość środowiska, co przeczy konwencjonalnemu przekonaniu.

Wyniki te mają też częściowo odzwierciedlenie w stopniu zanieczyszczenia środowiska – w mniej zindustrializowanych państwach wytwarza się mniej dwutlenku węgla: w przypadku Indii: emisja CO₂ w tonach *per capita* wynosi jedynie 1,73, podczas gdy średnia światowa wynosi 4,87 (w Unii Europejskiej to aż 6,38) (dane z 2014 roku)². Z drugiej jednak strony Indie wykorzystują większą powierzchnię swojego kraju do celów społeczno-gospodarczych, a mniej pozostawiają na tereny zielone i lasy – średnia światowa to: 31,67% powierzchni, w Indiach wynosi jedynie 23,83% (dane z 2016 roku); dla porównania w Unii Europejskiej średnia ta wynosi: 38,09%³. Te dwa wybiórczo wybrane wskaźniki rozwoju wg Banku Światowego pokazują, jak istotna jest kwestia ochrony środowiska, zarówno w państwach rozwiniętych jak i rozwijających się, w tym w Indiach.

Celem pracy jest przedstawienie przepisów prawnych w zakresie ochrony środowiska w Republice Indii oraz stanu i kierunków orzecznictwa ze szczególnym uwzględnieniem roli człowieka, jego zdrowia, jakości życia i prawa do życia w czystym środowisku.

Podstawy prawne ochrony środowiska w prawie Indii

Ogólne ramy i kierunki rozwoju państwa zawarte są w ustawie zasadniczej, w przypadku Indii jest to Konstytucja z 26 listopada 1949 roku⁴. Warto zwrócić uwagę na treść artykułu 47, pozornie niezwiązanego ze środowiskiem: „47. Państwo będzie uważać podniesienie poziomu odżywiania i poziomu życia swoich ludzi oraz poprawę zdrowia publicznego za swoje podstawowe obowiązki (...)”

W sformułowaniu tym jest wskazany obowiązek państwa do zapewnienia odpowiedniego poziomu jakości życia, co jest jednym z praw człowieka i bezpośrednio do tego obowiązku odnosi się jurysdykcja indyjska. Na przykład w sprawie Chinnappa vs. Godavarman Sąd Najwyższy Indii stwierdził, że „higieniczne środowisko jest integralną częścią prawa do zdrowego życia

² Dane statystyczne ze strony Banku Światowego <http://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/themes/environment.html> (data dostępu: 11.05.2019).

³ Ibidem.

⁴ Konstytucja Indii z 26 listopada 1949 roku; tekst dostępny: <http://legislative.gov.in/constitution-of-india>.

i niemożliwe byłoby godne życie ludzkie bez zdrowego środowiska”⁵. W sprawie z powództwa Subash Kumar Sąd Najwyższy stwierdził, że prawo do życia „obejmuje prawo do korzystania z pozbawionych zanieczyszczeń wody i powietrza dla pełnej przyjemności życia”⁶.

W indyjskiej jurysdykcji prawo do zdrowia i zdrowych warunków życia bywa także wywodzone i połączone z prawem do życia.

Kolejne dwa artykuły, traktujące o kwestiach środowiskowych, wskazują dosłownie podmioty odpowiedzialne za zachowanie dobrego stanu środowiska:

„Art. 48A. Państwo dąży do ochrony i poprawy stanu środowiska oraz do ochrony lasów i dzikiej przyrody w państwie.

51A. Obowiązkiem każdego obywatela Indii jest (...) ochrona i poprawa środowiska naturalnego, w tym lasów, jezior, rzek i dzikiego życia, oraz okazać współczucie dla żywych stworzeń (...).”⁷

Z tych dwóch artykułów wynika, że troska o stan środowiska nie spoczywa jedynie na państwie i władzy publicznej, ale też na obywatelach⁸. Szczegółowym aktem prawnym dotyczącym już bezpośrednio środowiska jest ustawa o ochronie środowiska, uchwalona 23 maja 1986 roku⁹. Celem ustawy jest „ochrona i poprawa środowiska ludzkiego oraz zapobieganie zagrożeniom dla ludzi, innych żywych stworzeń, roślin i mienia.”

Już we wstępie do ustawy użyte zostało określenie „środowisko ludzkie”, wskazujące na więź ludzi i środowiska, następnie w art. 2 ustawodawca definiuje środowisko jako „wodę, powietrze i ziemię oraz wzajemne relacje między wodą, powietrzem i ziemią oraz ludźmi, innymi żywymi stworzeniami, roślinami, mikroorganizmami i własnością”.

Kolejne akty prawne były przyjmowane w różnym czasie, zarówno przed, jak i po uchwaleniu ustawy o ochronie środowiska i miały za zadanie regulować szczegółowo ochronę poszczególnych elementów środowiska i niwelację lub ograniczanie zanieczyszczeń¹⁰:

⁵ KM Chinnappa i TN Godavarman Thiruma, pad v. Union of India i inni, 10 SCC 606 (2002).

⁶ Subash Kumar v. State of Bihar, AIR 1991 SC 420 (1991).

⁷ Janusz Trzcziński (przeł. i wstęp), *Konstytucja Republiki Indii*, Polska Akademia Nauk. Instytut Nauk Prawnych, Wrocław 1976.

⁸ Przepis ten koresponduje z artykułami 5, 74.2 oraz 85 Konstytucji RP.

„Art. 5. Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju. 74.2 Ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych.”

86 Konstytucji RP: „Każdy jest obowiązany do dbałości o stan środowiska i ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie jego pogorszenie.”

⁹ Ustawa o ochronie środowiska z 23 maja 1986 roku (The Environment (Protection) Act), (No. 29 of 1986) <http://envfor.nic.in/legis/env/env1.html> (data dostępu: 11.05.2019).

¹⁰ Vaish V., Mehta H., India: Environment Laws In India, <http://www.mondaq.com/india/x/624836/Waste+Management/Environment+Laws+In+India> (data dostępu: 11.05.2019).

– Ustawa o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczenia wody z 1974 roku zwana „Ustawą wodną”¹¹ została ustanowiona w celu zapobiegania i kontroli zanieczyszczenia wody oraz utrzymania lub przywrócenia czystości wody w państwie. Ponadto przewiduje ustanowienie zarządów ds. zapobiegania i kontroli zanieczyszczenia wody w celu realizacji wyżej wymienionych celów;

– Ustawa o ochronie powietrza (o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczeń) z 1981 roku¹² – zwana „Ustawą o powietrzu” reguluje kwestie zapobiegania, kontroli i ograniczania zanieczyszczenia powietrza oraz ustanowienia zarządów na szczeblu centralnym i państwowym w celu realizacji wyżej wymienionych celów;

– Rozporządzenie opublikowane zgodnie z notyfikacją rządu Indii przez Ministra Środowiska, Lasów i Zmian Klimatycznych z 2016 roku, regulujące zasady zarządzania i obsługi odpadów niebezpiecznych¹³ – celem uregulowania jest kontrola wytwarzania, zbierania, przetwarzania, importu, przechowywania i postępowania z odpadami niebezpiecznymi. Obowiązkiem instytucji opieki zdrowotnej jest właściwe postępowanie z odpadami szpitalnymi, takie jak segregacja, usuwanie, zbieranie i przetwarzanie;

– Rozporządzenie opublikowane zgodnie z notyfikacją rządu Indii przez Ministra Środowiska i Lasów z 2000 roku określające reguły zarządzania i postępowania z miejskimi odpadami stałymi¹⁴. Zobowiązuje władze miejskie do odbioru, segregacji, przechowywania, transportu, przetwarzania i usuwania komunalnych odpadów stałych;

– Rozporządzenie opublikowane zgodnie z notyfikacją rządu Indii przez Ministra Środowiska i Lasów z 2002 roku dotyczące „zanieczyszczenia hałasem”¹⁵. Przepisy określają wartości graniczne w celu ograniczenia zanieczyszczenia hałasem, ściśle regulują zasady używania głośników lub systemów nagłośnieniowych w godzinach nocnych, podczas wszelkich świątecznych okazji religijnych.

¹¹ Ustawa o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczenia wody z 1974 roku – The Water (Prevention And Control Of Pollution) Act, 1974 (Act No.6 of 1974), http://jkforest.gov.in/act/Water_Pollution_Act_with_rules.pdf.

¹² Ustawa o ochronie powietrza (o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczeń) z 1981 roku – The Air (Prevention And Control Of Pollution) (Act, 1981 No. 14 of 1981), <http://www.indiaenvironmentportal.org.in/files/file/air%20act%201981.pdf>.

¹³ Rozporządzenie z 2016 roku regulujące zasady zarządzania i obsługi odpadów niebezpiecznych – Hazardous Wastes (Management, Handling and Transboundary) Rules, 2008 (Gazette Of India, Extraordinary, Part II, Section 3, Sub-Section (i) <http://iwma.in/HWM%20Rules.pdf>

¹⁴ Rozporządzenie z 2000 roku określające reguły zarządzania i postępowania z miejskimi odpadami stałymi – Municipal Solid Wastes (Management and Handling) Rules, 2000 (Gazette of India z 1999, Part II, Section 3, Sub-section (II), <http://toxicslink.org/docs/rulesansregulation/The-Municipal-Solid-Wastes-Management-and-Handling-Rules-2000.pdf> .

¹⁵ Rozporządzenie z 2000 roku dotyczące „zanieczyszczenia hałasem”. The Noise Pollution (Regulation And Control) Rules, 2000 (Gazette of India, vide S.O. 123(E), dated 14.2.2000) http://cpbenvs.nic.in/noisepollution/noise_rules_2000.pdf.

Międzynarodowe zobowiązania Indii w zakresie ochrony środowiska

Pisząc o podstawach prawnych ochrony środowiska w prawie Republiki Indii nie można pominąć zobowiązań międzynarodowych tego państwa. Należy mieć na względzie, że zgodnie z postanowieniami Konstytucji Republiki Indii, państwo to popiera poszanowanie dla prawa międzynarodowego i zobowiązań traktatowych.

Indie były jednym z pierwszych członków Narodów Zjednoczonych, którzy podpisali Deklarację Narodów Zjednoczonych w Waszyngtonie w październiku 1944, a także uczestniczyły w Konferencji Organizacji Narodów Zjednoczonych w San Francisco w dniach 25 kwietnia – 26 czerwca 1945 r. Jako członek założyciel Organizacji Narodów Zjednoczonych, Indie zdecydowanie popierają cele i zasady Narodów Zjednoczonych, w tym w zakresie ochrony środowiska i zrównoważonego rozwoju.

Pod auspicjami agendy ONZ – UNEP (z ang. United Nations Environment Programme – Program Ochrony Środowiska ONZ) została podpisana w 1987 r. Konwencja wiedeńska w sprawie ochrony warstwy ozonowej, uzupełniona o Protokół montrealski w sprawie substancji zubożających warstwę ozonową z 1989 r., mające na celu zmniejszenie produkcji i zużycia substancji zubożających warstwę ozonową (z ang. ozone depleting substances – ODS). Protokół uznaje również zobowiązania narodów w zakresie ograniczenia emisji ODS, mając na względzie zdolności finansowe i technologiczne oraz określając państwa, które powinny wносить większy wkład niż inne. Protokół montrealski został przyjęty przez Indie we wrześniu 1992 r.

Indie ratyfikowały także Ramową konwencję ONZ w sprawie zmian klimatu z 1992 r., mającą na celu regulację emisji gazów cieplarnianych poprzez międzynarodową współpracę i porozumienie w celu doprowadzenia emisji do poziomu, który może zrównoważyć skutki globalnego ocieplenia i zmian klimatu. Jako naród rozwijający się Indie nie były zobowiązane do ograniczenia emisji gazów cieplarnianych (od 1993 r., kiedy ratyfikowały konwencję). Zmieniło się to jednak wraz z Porozumieniem paryskim z 2015 r., na mocy którego Indie zobowiązały się do udziału w wielostronnych negocjacjach w ramach UNFCCC.

Jako członek Organizacji Narodów Zjednoczonych, Indie przyjęły także Konwencję o różnorodności biologicznej z 1992 r. czy Konwencję ONZ w sprawie pustynnienia, 1994 r.

Warto zauważyć, że Republika Indii stara się dostosować politykę i gospodarkę do zasad zrównoważonego rozwoju i uznała niewiążący plan działań na rzecz osiągnięcia zrównoważonego rozwoju, tzw. Agendę 21, która jest produktem szczytu Ziemi zorganizowanego przez Organizację Narodów Zjednoczonych (ONZ), który odbył się w Rio de Janeiro w Brazylii w 1992 r.

Indie są sygnatariuszami Agendy 21 i starały się dostosować różne części swojej infrastruktury rozwoju, takie jak energia, transport, przemysł, infrastruktura wodna, polityka zmiany klimatu, lasy, różnorodność biologiczna, ekosystemy, gospodarka morska i przybrzeżna, polityka gruntowa, rolnictwo, zarządzanie miastem i rozwój zasobów ludzkich.

Poza uniwersalnym systemem, pod auspicjami ONZ Indie są stroną innych międzynarodowych porozumień, jak np. Konwencja bazylejska w sprawie transgranicznego przemieszczania niebezpiecznych odpadów z 1989 r., czy Protokół z Nagoi, który został przyjęty w 2010 r. i nakazywał stronom tworzenie krajowych programów i strategii zrównoważonego użytkowania i ochrony bioróżnorodności.

Pozycja sądownictwa w systemie prawnym Indii

Trudno przecenić znaczenie sądownictwa w demokratycznym systemie ochrony życia i praw osobistych. Indie posiadają wysoko rozwinięty system sądowniczy, w którym Sąd Najwyższy posiada wszelkie uprawnienia, aby przywracać pełną sprawiedliwość w jakiegokolwiek sprawie lub kwestii i dostosować rzeczywistość do wymogów Konstytucji, w szczególności działania wszystkich władz cywilnych i sądowych na terytorium Indii. Historia wymiaru sprawiedliwości w Indiach od dawna odnotowuje odpowiadanie na presję ze strony osób odpowiedzialnych za administrację. Rzeczywiste dystansowanie się od władzy wykonawczej było przez długi czas cechą charakterystyczną sądownictwa w Indiach¹⁶.

Zakres kompetencji sądów jest obszerniejszy niż w systemie prawa stanowionego, a sądownictwo jest odrębne i niezależne od władzy wykonawczej, dzięki czemu możliwe jest zapewnienie bezstronności w administrowaniu wymiarem sprawiedliwości. Sądownictwo ma do odegrania kluczową rolę we wspieraniu demokracji i nie waha się stosować arbitralnych rozstrzygnięć, aby wytyczać kierunki realizacji polityki państwa. Sądy wyższego szczebla zostały upoważnione do wypowiedzania się na temat kompetencji ustawodawczych organów i ważności przepisów prawnych. Wskazuje się, że zakres kompetencji jurysdykcji indyjskiej jest szeroki, z tego też względu jest wysoko oceniany w systemie prawa anglosaskiego. Wolność i równość przetrwały i kwitły w Indiach dzięki proaktywnej roli odgrywanej przez sądownictwo Indii¹⁷.

¹⁶ M. C. Setalvad, Padma Vibhufhan (1960) *The Common Law in India*, London, 44. https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/The_Common_Law_in_India.pdf (data dostępu: 30.09.2019).

¹⁷ LawTeacher. November 2013. *Environmental protection laws in India*. [online]. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/environmental-law/environmental-protection-laws-in-india.php?vref=1> (data dostępu: 11.05.2019).

W sytuacji więc, gdy podstawy prawne zawarte w aktach prawnych nie są dość dokładne, ciężar wytyczania polityki w kwestii ochrony środowiska spada na jurysdykcję.

Orzecznictwo indyjskie w kwestii ochrony środowiska

Pośród wielu spraw sądowych dotyczących kwestii środowiskowych warto wskazać kilka znanych spraw, które nie tylko miały charakter indywidualny, ale także przyczyniły się do wykrystalizowania się zasad polityki ochrony środowiska Indii.

Zasada zrównoważonego rozwoju

W 1987 roku organizacja Rural Litigation and Entitlement Kendra złożyła, w imieniu mieszkańców doliny Doon, skargę do Sądu Najwyższego przeciwko przedsiębiorcom wydobywającym wapień z kamieniołomu. Ten przypadek był pierwszym wymagającym od Sądu Najwyższego zrównoważenia integralności środowiskowej i ekologicznej z wymaganiami przemysłowymi, dotyczącymi zasobów leśnych. Sąd nakazał władzom zaprzestanie wydobywania surowca na wzgórzach Mussoorie¹⁸.

W orzeczeniu sąd realnie nakazał wdrożenie koncepcji „zrównoważonego rozwoju”. Stwierdził, że trwałe aktywa ludzkości nie powinny być wyczerpane w ciągu jednego pokolenia¹⁹. Zasoby naturalne powinny być wykorzystywane z należytą uwagą i troską, aby ekologia i środowisko nie zostały poważnie naruszone²⁰.

Doktryna zaufania publicznego

Zasada zrównoważonego rozwoju i koncepcja odpowiedzialnego zarządzania i wykorzystywania surowców naturalnych została rozwinięta w sprawie M.C. Mehta przeciwko Kamalnath. Aktywista ekologiczny i prawnik M.C. Mehta wniósł oskarżenie do Sądu Najwyższego przeciwko rodzinie Kamal Nath – właścicielom Span Resorts, luksusowego kompleksu hotelowego. Przez posiadłość, którą dzierżawiła rodzina Kamal Nath przepływała rzeka

¹⁸ Rural Litigation and Entitlement Kendra vs. stan Uttar Pradesh, AIR 1987 SC 2187.

¹⁹ Por. P. Krajewski, *Biogospodarka – rozwój gospodarczy i ochrona zasobów naturalnych w kontekście ochrony praw człowieka*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39, s. 31–46; P. Krajewski, *Dylemat zrównoważonej konsumpcji i zrównoważonego rozwoju w prawie międzynarodowym i UE*, „Journal of Modern Science” 2015, nr 26(3), 101–113; M. Sitek, *Prawne i instytucjonalne podstawy modelu zrównoważonej konsumpcji w optyce 7. programu działania UE na rzecz ochrony środowiska do roku 2020*, „Journal of Modern Science” 2014, nr 23(4), 231–247.

²⁰ A. Pandey, (2017) *Ten Most Important Environmental Law Judgments in India*, <https://blog.ipleaders.in/environment-law-judgment/> (data dostępu: 11.05.2019).

Beas, która burzyła plan zagospodarowania przestrzennego wymarzonego przez właścicieli, którzy postanowili uregulować bieg rzeki przesuując ją wedle własnej korzyści. Sąd Najwyższy anulował dzierżawę i nakazał władzom przywrócić miejscu poprzedni stan.

Sąd Najwyższy uznał, że państwo jest powiernikiem wszystkich zasobów naturalnych. Zasoby naturalne są przeznaczone do użytku publicznego oraz w celu zaspokajania przyjemności ludzi i nie mogą zostać przekazane na własność prywatną, wdrażając doktrynę zaufania publicznego „Public Trust Doctrine”²¹.

Odpowiedzialność publiczna i uciążliwość publiczna – zasada ścisłej odpowiedzialności

W sprawie wycieku Oleum²² Sąd Najwyższy rozwinął doktrynę absolutnej odpowiedzialności – *doctrine of „Absolute Liability”*, wyjaśniając zasadę ścisłej odpowiedzialności.

Sprawa M.C. Mehta i inni przeciwko Indiom 1986 SCR (1) 312 to słynna sprawa wycieku gazu oleum z kompleksu Shriram Food and Fertilizers Ltd. w Delhi. Wyciek gazu nastąpił wkrótce po wycieku gazu Bhopala²³ i wywołał panikę w Delhi. Jedna osoba zginęła w tym incydencie, a niewielu zostało hospitalizowanych.

W drodze sporu prawnego, dotyczącego interesu publicznego, postawiono pytania: jaki jest zakres odpowiedzialności korporacji zajmujących się przemysłem niebezpiecznym i jakie środki zaradcze, służące egzekwowaniu takiej odpowiedzialności, można opracować w celu zabezpieczenia wypłaty odszkodowania osobom dotkniętym skutkami wypadków, zarówno zawinionych, jak i niezawinionych.

Jest to przełomowa sprawa i wyrok, w którym zasada absolutnej odpowiedzialności została ustanowiona przez Sąd Najwyższy Indii. Sąd orzekł, że nie można udzielić zgody na prowadzenie przemysłu niebezpiecznego blisko miejsca zamieszkania człowieka.

Przemysł niebezpieczny ponosi całkowitą odpowiedzialność za wszelkie szkody, wyrządzone środowisku naturalnemu, niezależnie od zaniedbania, motywu lub zamiaru.

²¹ Sprawa M.C. Mehta vs Kamal Nath & Ors z 13 grudnia 1996 przed Sądem Najwyższym Indii, <https://indiankanoon.org/doc/1514672/> (data dostępu: 11.05.2019).

²² M.C. Mehta i Anr. Itd vs. Union Of India and Ors. Itd 1986 SCR (1) z 17 lutego 1986 przed Sądem Najwyższym Indii, <https://indiankanoon.org/doc/1486949/> (data dostępu: 11.05.2019).

²³ Por. Niyati M., *Judicial Activism for Environment Protection in India*, „International Research Journal of Social Sciences” 2015, nr 4 (4), s. 8.

Zasada ostrożności

Kolejna sprawa rozwinęła zasadę ostrożności w indyjskim prawie ochrony środowiska.

Ganges to transgraniczna rzeka Azji, przepływająca przez Indie i Bangladesz. Jest jedną z najświętszych rzek dla Hindusów i źródłem życia dla miliarda Indian, którzy żyją na jej drodze. Jednym z najbardziej zaludnionych miast na jej trasie jest Kanpur. W tym miejscu do Gangesu wpadają duże ilości toksycznych odpadów z miejskich przemysłowych sektorów, w szczególności garbarni w Kanpur. W 1985 r. M.C. Mehta złożył petycję, aby zapobiec wyrzucaniu odpadów domowych i przemysłowych oraz ścieków do rzeki Ganges²⁴.

Sędzia E S Venkataramiah w wyroku zauważył: „Tak jak przemysł, który nie jest w stanie zapłacić minimalnej płacy swoim pracownikom nie może istnieć, tak samo nie może istnieć garbarnia, która nie może zbudować podstawowej oczyszczalni swoich odpadów”. Wyrokiem Sądu Najwyższego garbarnie w pobliżu Kanpur, zanieczyszczające rzekę, zostały zamknięte²⁵.

W tej sprawie wykrystalizowała się „zasada ostrożności”. Przemysł jest zobowiązany podejmować środki na rzecz ochrony środowiska, ale także przewidywać i zapobiegać przyczynom zanieczyszczenia środowiska i jego degradacji.

Zasada „zanieczyszczający płaci”

Zasada „zanieczyszczający płaci”, obok innych zasad znanych w prawie ochrony środowiska, takich jak zasada ostrożności czy kapitału międzypokoleniowego została wykorzystana i wdrożona w sprawie Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India²⁶.

Sprawa wniesiona w drodze sporu prawnego, dotyczącego interesu publicznego, została złożona przez Vellore Citizens Welfare Forum i była skierowana przeciwko zanieczyszczeniu, które było spowodowane przez ogromne zrzuty nieoczyszczonych ścieków przez garbarnie i inne gałęzie przemysłu w stanie Tamil Nadu. Stwierdzono, że garbarnie odprowadzają nieoczyszczone ścieki na pola rolne, boczne drogi, drogi wodne i otwarte tereny. Nieoczyszczone ścieki są ostatecznie odprowadzane do rzeki Palar, która jest głównym źródłem zaopatrzenia w wodę mieszkańców tego obszaru. Według składającego petycję cała woda powierzchniowa rzeki Palar i głębinowa

²⁴ M.C. Mehta vs. Union of India AIR 1988 SCR (2) 538, <https://indiankanoon.org/doc/59060/> (data dostępu: 11.05.2019).

²⁵ Por. E. Zębek, N. Kulbacka-Burakiewicz, *Prawna ochrona wód w świetle prawa polskiego i czeskiego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38, s. 71–86.

²⁶ Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India AIR 1999 SC 1502, <https://indiankanoon.org/doc/1934103/> (data dostępu: 11.05.2019).

w pobliżu została zanieczyszczona, co spowodowało brak dostępności wody pitnej dla mieszkańców tego obszaru. Stwierdzono, że garbarnie w stanie Tamil Nadu spowodowały degradację środowiska na tym obszarze.

Zasada „zanieczyszczający płaci” została uznana za rozsądną zasadę, którą należy wdrożyć w prawie ochrony środowiska Indii. Sąd zauważył: „Jesteśmy zdania, że każda zasada rozwinięta w tym zakresie powinna być prosta, praktyczna i dostosowana do warunków panujących w kraju”. Sąd orzekł, że „gdy prowadzona działalność jest niebezpieczna lub z natury może być niebezpieczna, osoba prowadząca taką działalność jest zobowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej jakiegokolwiek innej osobie przez swoją działalność, niezależnie od tego, czy zachowała należyta ostrożność podczas wykonywania działalności. Zasada opiera się na samej naturze prowadzonej działalności”. W związku z tym zanieczyszczające przedsiębiorstwa przemysłowe „muszą całkowicie zrekompensować szkody wyrządzone mieszkańcom wsi na dotkniętym obszarze, glebie i wodom podziemnym, a zatem są zobowiązane do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu usunięcia osadów i innych zanieczyszczeń znajdujących się na dotkniętym obszarze”. Zasada „zanieczyszczający płaci”, zgodnie z interpretacją Sądu, oznacza bezwzględną odpowiedzialność za szkody na środowisku, rozciągające się nie tylko na rekompensatę dla ofiar zanieczyszczenia, ale także koszty przywrócenia środowiska do stanu poprzedniego. Naprawa zanieczyszczonego środowiska jest częścią procesu „zrównoważonego rozwoju” i zanieczyszczający ponosi koszty wobec poszczególnych osób, jak również koszty regeneracji zniszczonego ekosystemu.

Edukacja środowiskowa i świadomość ekologiczna

Poza działaniami bezpośrednio związanymi z ochroną środowiska, sądy indyjskie wpływają na edukację środowiskową.

Wniosek w drodze sporu prawnego dotyczącego interesu publicznego został złożony przez praktykującego adwokata i ekologię M.C.Mehta, który konsekwentnie zajmuje się sprawami dotyczącymi środowiska i zanieczyszczenia²⁷.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu nakazano kinom wyświetlać bezpłatnie slajdy zawierające informacje i wiadomości na temat środowiska w językach narodowych i regionalnych oraz rozpowszechniać informacje dotyczące środowiska, a także nadawać krótkometrażowe programy środowiskowe w celu edukowania mieszkańców Indii o ich zobowiązaniach społecznych w kwestii utrzymania środowiska w odpowiednim stanie. Powstało również zalecenie, aby w szkołach wprowadzono jako obowiązkowy, przedmiot zawierający tre-

²⁷ M.C. Mehta vs. Union of India WP 860/1991 <https://indiankanon.org/doc/1918380/> (data dostępu: 11.05.2019).

ści związanie z ochroną środowiska. Wskazane działania miały na celu ogólny wzrost świadomości ekologicznej.

Sąd w swoim wyroku stwierdził: „Do 1972 roku²⁸ ogólna świadomość ludzkości na temat znaczenia środowiska dla dobrobytu nie była odpowiednio doceniana, choć przez lata od ponad stulecia wzrastała świadomość, że ludzkość musi żyć w zgodzie z naturą tak, aby osiągnąć spokojne i szczęśliwe życie. W imię rozwoju naukowego człowiek zaczął dystansować się od Natury, a nawet rozwinął pragnienie podboju natury. Nasi przodkowie wiedzieli, że natury nie można podporządkować, a zatem zobowiązali człowieka do poddania się naturze i do życia w zgodzie z nią.”

Sąd Najwyższy stwierdził: „Aby zachowanie ludzi było zgodne z przepisami prawa, konieczne jest, aby istniała odpowiednia świadomość tego, czego wymaga prawo. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy zostaną podjęte odpowiednie kroki, aby uświadomić ludziom, jakiego zachowania wymaga prawo”.

Zakończenie i wnioski

Ochrona środowiska staje się priorytetem polityki państw w XXI wieku, kiedy jasnym jest, że nie dbając o wspólne środowisko²⁹, kierujemy się ku nieodwracalnemu wyniszczeniu planety. Państwa powinno wdrażać ratyfikowane umowy międzynarodowe w tym zakresie oraz samodzielnie wytyczać kierunki polityki środowiskowej. W Indiach jest to realizowane poprzez władzę ustawodawczą oraz sądowniczą w drodze orzecznictwa.

Po uzyskaniu niepodległości przez Indie, ze względu na potrzebę uprzemysłowienia kraju i podjęcia zmian politycznych, ochrona środowiska była najmniej istotnym z priorytetów. Sąd Najwyższy zajmował się kwestiami środowiskowymi okazjonalnie, od sprawy do sprawy, nie czyniąc z ochrony środowiska sprawy pierwszorzędnej. Jednak to właśnie sądownictwo indyjskie odegrało ważną rolę w ochronie środowiska. Sukcesywnie rozszerzało obowiązujące przepisy prawne w celu rozwiązywania problemów środowiskowych. Opracowało zasady radzenia sobie ze sprzecznymi interesami różnych grup społecznych, wdrażając zasady znane w prawie ochrony środowiska w innych państwach. Jednakże skuteczność aktywizmu sądowego we wprowadzaniu zasad ochrony środowiska do świadomości społecznej jest

²⁸ Wskazuje się, że konferencja sztokholmska ONZ z 1972 roku zadziałała jako katalizator w rozwoju orzecznictwa środowiskowego w Indiach. Por. K. Shamim, *Role of Indian Judiciary in Protection of Environmental Pollution*, „Indian Journal of Scientific Research” 2015, nr 6(2), s. 199–202.

²⁹ Więcej nt. koncepcji środowiska jako wspólnego dziedzictwa ludzkości – Common Heritage of Mankind; zob.: Z. Kobyliński, *Czym jest, komu jest potrzebne i do kogo należy dziedzictwo kulturowe?*, „Mazowsze Studia Regionalne” 2011 (7), 21–47; B. Rakoczy, B. Wierzbowski, *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2015, s. 15–21.

wątpliwa. Chociaż sądownictwo jest w stanie stworzyć solidne podstawy ochrony środowiska, wysiłki sądów w celu zmiany nastawienia społeczeństwa okazują się niewystarczające, aby przynieść zadowalające wyniki.

Należy wskazać, że pomimo wdrażania przez Indie zasad obowiązujących w międzynarodowym prawie ochrony środowiska, jak chociażby zasady „zanieczyszczający płaci”, czy też zasady ostrożności, ciągle niedostatecznie są one egzekwowane, na czym traci środowisko i mieszkańcy.

Ciekawym jest, niestosowane w Polsce, rozwiązanie, dotyczące prowadzenia działalności edukacyjnej i obowiązkowego promowania ochrony środowiska w mediach. W pewnym zakresie można by wprowadzić takie regulacje także w Polsce, promując nie tylko zdrowy tryb życia, ale także na przykład zasady racjonalnego gospodarowania zasobami.

Wykaz literatury

- Dunlap R. E., Gallup Jr, G.H., Gallup, A.M., *Of global concern: Results of the health of the planet survey*, “Environment Science and Policy for Sustainable Development” 1993, 35(9):7–15 January.
- Kobyliński Z., *Czym jest, komu jest potrzebne i do kogo należy dziedzictwo kulturowe?*, „Mazowsze Studia Regionalne” 2011 (7).
- Krajewski P., *Biogospodarka – rozwój gospodarczy i ochrona zasobów naturalnych w kontekście ochrony praw człowieka*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 39.
- Krajewski P., *Dylemat zrównoważonej konsumpcji i zrównoważonego rozwoju w prawie międzynarodowym i UE*, „Journal of Modern Science” 2015 nr 26(3).
- Niyati M., *Judicial Activism for Environment Protection in India*, “International Research Journal of Social Sciences” 2015, nr 4.
- Pandey A., (2017) *Ten Most Important Environmental Law Judgments in India*, <https://blog.iplayers.in/environment-law-judgment/>.
- Rakoczy B., Wierzbowski B., *Prawo ochrony środowiska. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 2015.
- Setalvad M. C., Padma Vibhufhan, *The Common Law in India*, London, 44, https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/The_Common_Law_in_India.pdf (data dostępu: 30.09.2019).
- Shamim K., *Role of Indian Judiciary in Protection of Environmental Pollution*, “Indian Journal of Scientific Research” 2015, nr 6(2).
- Sitek M., *Prawne i instytucjonalne podstawy modelu zrównoważonej konsumpcji w optyce 7. programu działania UE na rzecz ochrony środowiska do roku 2020*, „Journal of Modern Science” 2014, nr 23(4).
- Vaish V., Mehta H., *India: Environment Laws In India*, <http://www.mondaq.com/india/x/624836/Waste+Management/Environment+Laws+In+India> (data dostępu: 11.05.2019).
- Zębek E., Kulbacka-Burakiewicz N. *Prawna ochrona wód w świetle prawa polskiego i czeskiego*. „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38.

Summary

Responsibility for the environment in Indian jurisprudence

Key words: ecology, right to environment, sustainable development, pollution, environmental protection, India.

Environmental protection policy is the domain of every country with services ratified in international agreements. India sets its own development direction in this respect. The judiciary also plays an important role in the system of common law as a tool for defining the legal framework. India applies environmental principles which follow international environmental protection. The purpose of this paper is to present legal provisions in the field of environmental protection in the Republic of India and the state and direction of case law with particular emphasis on the role of man, his health, quality of life and the right to live in a clean environment.

Radosław Fordoński

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8127-5986

Wojciech Kasprzak

ORCID: 0000-0003-3683-7825

***WannaCry* ransomware cyberattack as violation of international law**

Introduction

On 12 May 2017, a ransomware¹ attack called “*WannaCry*” began affecting computers around the globe. It affected between 230,000 and 300,000 machines in over 150 countries by encrypting computer files and demanding \$300 in crypto currency from users in order to restore access. The operation exploited a software vulnerability in systems running older versions of Microsoft Windows that had not installed up-to-date security patches.

¹ Ransomware is a type of malware that prevents or limits users accessing their system, either by locking the system’s screen or by locking the users’ files unless a ransom is paid. See European Commission, Joint Communication to the European Parliament and the Council: Resilience, Deterrence and Defence: Building strong cybersecurity for the EU, EU Doc JOIN(2017) 450 final, 13 September 2017, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017JC0450&from=EN> (accessed 7 July 2018), 2. Compare the definition of the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol): “Ransomware is malware that prevents or limits users from accessing their systems or devices, demanding they pay a ransom, using certain online payment methods and by a set deadline, in order to regain control of their data.” See European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, ‘Wannacry Ransomware’, May 2017, available at: <https://www.europol.europa.eu/wannacry-ransomware> (accessed 19 September 2018). See also definition produced by the US Federal Bureau of Investigation in a June 2017 document filed in the federal District Court for the Central District of California: “Ransomware is a type of malware that infects a computer and encrypts some or all of the data or files on the computer, and then demands that the user of the computer pay a ransom in order to decrypt and recover the files, or in order to prevent the malicious actors from distributing the data.” See *United States of America v. Park Jin Hyok*, Criminal Complaint of 8 June 2018, available at: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1092091/download> (accessed 17 September 2018), para. 31. See also ‘Cyber-attack glossary: What are malware, patches and worms?’, BBC News online edition, 15 May 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/technology-39928596> (accessed 12 September 2018) (“Ransomware is a program that scrambles a computer’s files, demanding payment before they can be opened again.”).

Nissan Motor Manufacturing UK in Tyne and Wear, England, halted production after the ransomware infected some of their systems. Renault also stopped production at several sites in France in an attempt to stop the spread of the ransomware. Spain's Telefónica, FedEx and Deutsche Bahn were hit, along with many other countries and companies worldwide². In Brazil, the social security system had to disconnect its computers and cancel public access. The state-owned oil company Petrobras and Brazil's Foreign Ministry also disconnected computers as a precautionary measure, and court systems went down, too³.

Hardest hit, however, was England's National Health Service (NHS England).

According to information provided to the FBI by the United Kingdom's National Crime Agency, at least 80 out of 236 NHS trusts (organizations serving a particular function or geographic area) across England were affected either because they were infected or because they had to disconnect as a precaution; at least 37 NHS "trusts" were in fact infected with *WannaCry*. An additional 603 primary care or other NHS organizations were infected. National coordination was undertaken during this major incident and remedial action was taken by local organizations to address the vulnerability and the spread of the malware to prevent further infections. There was no patient harm reported during the incident, but the effects included 6,912 appointments that were cancelled (and subsequently re-scheduled) between 12 and 18 May 2017, and 1,220 (approximately 1%) pieces of diagnostic equipment across the NHS that were affected by *WannaCry*. No NHS organizations paid the ransom, consistent with advice not to do so that was given by NHS during the incident⁴.

In sum, Europol called the *WannaCry* the "largest ransomware attack observed in history"⁵. There was "no precedent for a ransomware attack of this kind of scale (...) that has been able to attack computers directly with this kind of success."⁶ These hackers "have caused enormous amounts of

² R. Cellan-Jones, 'Ransomware and the NHS – the inquest begins', BBC News online edition, 15 May 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/technology-39917278> (accessed 2 August 2018).

³ 'Global 'WannaCry' ransomware cyberattack seeks cash for data', Inquirer online edition, 14 May 2017, available at: <http://technology.inquirer.net/62579/global-wannacry-ransomware-cyberattack-seeks-cash-data> (accessed 2 August 2018).

⁴ *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note, para. 225. See also M. Schmitt and S. Fahey, 'WannaCry and the International Law of Cyberspace', Just Security online edition, 22 December 2017, available at: <https://www.justsecurity.org/50038/wannacry-international-law-cyberspace/> (accessed 9 September 2018).

⁵ 'NHS cyber-attack: No 'second spike' but disruption continues', BBC News online edition, 15 May 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/uk-39918426> (accessed 2 August 2018).

⁶ J. Berr, "WannaCry" ransomware attack losses could reach \$4 billion', CBS News online edition, 16 May 2017, available at: <https://www.cbsnews.com/news/wannacry-ransomware-attacks-wannacry-virus-losses/> (accessed 2 August 2018) (quoting Matthew Anthony, vice president of incident response at security firm Herjavec Group).

disruption”, said Graham Cluley, a veteran of the anti-virus industry in Oxford⁷.

Concerning a question of attribution of the May 2017 cyberattack, the US administration formally accused the government of the *Democratic People’s Republic of Korea* of responsibility for the *WannaCry* in December 2017. The accusation came first in a *Wall Street Journal* op-ed by U.S. Homeland Security Advisor Tom Bossert on 18 December. “North Korea has acted especially badly, largely unchecked, for more than a decade, and its malicious behaviour is growing more egregious. *WannaCry* was indiscriminately reckless”, Bossert wrote. “As we make the internet safer, we will continue to hold accountable those who harm or threaten us, whether they act alone or on behalf of criminal organisations or hostile nations”, he went on. “The tool kits of totalitarian regimes are too threatening to ignore.”

At a press briefing on the following day, Bossert explained that North Korea’s “malicious behavior is growing more egregious, and . . . [t]he attribution is a step towards holding them accountable. (...) We do not make this allegation lightly. We do so with evidence, and we do so with partners. Other governments and private companies agree. The United Kingdom, Australia, Canada, New Zealand, and Japan have seen our analysis, and they join us in denouncing North Korea for *WannaCry*.”⁸

On the very same day, the UK Foreign Office Minister for Cyber Lord Ahmad of Wimbledon has also attributed the *WannaCry* ransomware incident to the North Korean *Lazarus* Group⁹.

The attribution is in many ways unsurprising. Private companies alleged North Korean involvement within days of the ransomware’s

⁷ ‘Global ‘WannaCry’ ransomware cyberattack seeks cash for data’, *supra* note 3.

⁸ K. Eichensehr, ‘Three Questions on the *WannaCry* Attribution to North Korea’, *Just Security*, 20 December 2017, available at: <https://www.justsecurity.org/49889/questions-wannacry-attribution-north-korea/> (accessed 9 July 2018); ‘Cyber-attack: US and UK blame North Korea for *WannaCry*’, *BBC News* online edition, 19 December 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-42407488> (accessed 2 August 2018).

⁹ ‘Foreign Office Minister condemns North Korean actor for *WannaCry* attacks’, 19 December 2017, available at: <https://www.gov.uk/government/news/foreign-office-minister-condemns-north-korean-actor-for-wannacry-attacks> (accessed 2 August 2018) (“The UK’s National Cyber Security Centre assesses it is highly likely that North Korean actors known as the *Lazarus* Group were behind the *WannaCry* ransomware campaign – one of the most significant to hit the UK in terms of scale and disruption. We condemn these actions and commit ourselves to working with all responsible states to combat destructive criminal use of cyber space. The indiscriminate use of the *WannaCry* ransomware demonstrates North Korean actors using their cyber programme to circumvent sanctions. International law applies online as it does offline. The United Kingdom is determined to identify, pursue and respond to malicious cyber activity regardless of where it originates, imposing costs on those who wish to attack us in cyberspace. We are committed to strengthening coordinated international efforts to uphold a free, open, peaceful and secure cyberspace. The decision to publicly attribute this incident sends a clear message that the UK and its allies will not tolerate malicious cyber activity.”).

spread¹⁰. Microsoft president Brad Smith also expressed his belief that North Korea was behind the May 2017 cyberattack. Smith told British ITV News in October 2017 that at this point “all observers in the know” concluded that North Korea was behind the attack.¹¹ Also in October 2017, Home Office Minister Ben Wallace told BBC Radio 4’s Today programme that the government was “as sure as possible” that North Korea was behind the attack: “This attack, we believe quite strongly that it came from a foreign state. It is widely believed in the community and across a number of countries that North Korea [took on] this role.”¹²

North Korea called the accusations “groundless speculation”. A spokesman for the North’s Korea-Europe Association called the UK’s accusation “a wicked attempt” to tighten international sanctions on the country. “This is an act beyond the limit of our tolerance and it makes us question the real purpose behind the UK’s move”, he said in comments carried on the Korean Central News Agency on 31 October 2017¹³.

Political claims of Pyongyang’s responsibility were supported credibly, however, by a detailed technical analysis offered by the FBI in the affidavit filed against the *Lazarus* group hacker, Park Jin Hyok, in June 2018¹⁴.

Nonetheless, the attribution raises two important questions.

First, Bossert’s December 2017 statements involved endorsement of countermeasures taken by private corporations in response to hostile acts of the State. In the 18 December 2017 *Wall Street Journal* piece, Mr Bossert said North Korea must be held “accountable” and that the US would continue to use a “maximum pressure strategy” to hinder the regime’s ability to mount cyber-attacks. Interestingly, although Bossert announced no governmental action besides the attribution itself, he praised the actions of private companies. He said, “We call on the private sector to increase its accountabil-

¹⁰ G. Corera, ‘NHS cyber-attack was ‘launched from North Korea’, BBC News online edition, 16 June 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/technology-40297493> (accessed 2 August 2018) (stating that “Adrian Nish, who leads the cyber threat intelligence team at BAE Systems, saw overlaps with previous code developed by the Lazarus group: “It seems to tie back to the same code-base and the same authors. The code-overlaps are significant.””). See also *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note, para. 229 (noting that Symantec also reported that the WannaCry ransomware was linked to the *Lazarus* group).

¹¹ R. King, ‘Microsoft head blames North Korea for ‘WannaCry’ hospital cyberattack’, Washington Examiner online edition, 14 October 2017, available at: <https://www.washingtonexaminer.com/microsoft-head-blames-north-korea-for-wannacry-hospital-cyberattack/article/2637533> (accessed 9 July 2018).

¹² ‘NHS ‘could have prevented’ WannaCry ransomware attack’, BBC News online edition, 27 October 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/technology-41753022> (accessed 2 August 2018).

¹³ ‘North Korea calls UK WannaCry accusations ‘wicked’, BBC News online edition, 31 October 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/world-asia-41816958> (accessed 2 August 2018).

¹⁴ *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note 4, paras. 230–244.

ity in the cyber realm by taking actions that deny North Korea and other bad actors the ability to launch reckless and destructive cyberattacks. We applaud our corporate partners, Microsoft and Facebook especially, for acting on their own initiative last week without any direction by the U.S. government or coordination to disrupt the activities of North Korean hackers. Microsoft acted before the attack in ways that spared many U.S. targets.”¹⁵

Bossert appeared to reference recent defensive cyber actions by Microsoft that, along with action by Facebook, eliminated certain accounts or profiles believed to be used by North Korean hackers. Later on the same day, 19 December 2017, Microsoft issued a statement, saying that in the preceding week the company “working together with Facebook and others in the security community, took strong steps to protect our customers and the internet from ongoing attacks by an advanced persistent threat actor known to us as ZINC, also known as the Lazarus Group.” The statement went on to claim that “[a]mong other steps, last week we helped disrupt the malware this group relies on, cleaned customers’ infected computers, disabled accounts being used to pursue cyber-attacks and strengthened Windows defences to prevent reinfection.”¹⁶

Meanwhile, countermeasures are responses by a State to the unlawful cyber operations of, or attributable to, another State that would be unlawful themselves but for the latter’s conduct¹⁷. In other words, as only cyberoperations attributable to States violate the sovereignty of other States, the array of responses provided for in international law with respect to malicious or harmful cyber operations is likewise reserved to States. Private entities enjoy no right under international law to conduct countermeasures or engage in cyberoperations pursuant to the right of self-defense¹⁸. Recall in this context the 2014 Sony Pictures Entertainment hack that has been attributed to North Korea. The cyberoperation damaged corporate cyberinfrastructure, and, because the operation was conducted by a State, violated US sovereign-

¹⁵ Eichensehr, ‘Three Questions on the WannaCry Attribution to North Korea’, *supra* note 8.

¹⁶ ‘Cyber-attack: US and UK blame North Korea for WannaCry’, BBC News online edition, 19 December 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-42407488> (accessed 2 August 2018). / ‘Cyber-attack: US and UK blame North Korea for WannaCry’, *supra* note.

¹⁷ M. N. Schmitt, ‘Peacetime Cyber Responses and Wartime Cyber Operations Under International Law: An Analytical *Vade Mecum*’, (2017) 8 Harvard NSJ (Harvard National Security Journal) 239–282, 253. See also ‘Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries’, (2001) II (2) YBILC (Yearbook of the International Law Commission) 31–143, 75, commentary to Article 22, para. 1 (“n certain circumstances, the commission by one State of an internationally wrongful act may justify another State injured by that act in taking non-forcible countermeasures in order to procure its cessation and to achieve reparation for the injury.”).

¹⁸ Schmitt, ‘Peacetime Cyber Responses’, *supra* note 17, 253. See also M. N. Schmitt and S. Watts, ‘Beyond State-Centrism: International Law and Non-state Actors in Cyberspace’, (2016) 21(3) JCSL (Journal of Conflict & Security Law) 595–611, 606 (“Non-state actors may not take countermeasures; such measures are a response reserved to states.”).

ty. Yet the company enjoyed no independent right to hack-back against North Korea¹⁹ and was obliged to look to a State authorized to conduct countermeasures under the law of state responsibility. On the other hand, there is no bar to the State in turn authorizing the company concerned, or another non-State actor, to conduct the countermeasure on its behalf²⁰.

Second, governments involved in the affair missed an opportunity to clarify the bounds of international law in cyberspace. The US statements strongly condemned North Korea's actions, but did not clarify whether the United States regards them as a violation of international law.²¹ Bossert's 18 December 2017 op-ed, for example, spoke in terms of "bad behavior." Such language "may be good enough for an op-ed, but these vague, undefined terms continue to fill altogether too many of the cyber discussions in the White House and Congress" and "left [the public] to wonder what the full implications of this cyberattack may have been as a matter of law."²²

The UK Foreign Office Minister for Cyber, Lord Ahmad of Wimbledon issued a similar condemnation and said "[i]nternational law applies online as it does offline." But he stopped short of saying that *WannaCry* violated international law²³.

Finally, the Council of the European Union "firmly condemn[ed] the malicious use of information and communications technologies (ICTs), including in *Wannacry* and *NotPetya*, which have caused significant damage and economic loss in the EU and beyond. Such incidents are destabilizing cyberspace as well as the physical world as they can be easily misperceived and could trigger cascading events."²⁴

¹⁹ Schmitt, 'Peacetime Cyber Responses', *supra* note 17, 253.

²⁰ Schmitt and Watts, 'International Law and Non-state Actors in Cyberspace', *supra* note 18, 606.

²¹ Eichensehr, 'Three Questions on the WannaCry Attribution to North Korea', *supra* note 8.

²² M. J. Adams and M. Reiss, 'How Should International Law Treat Cyberattacks like WannaCry?', *Lawfare*, 22 December 2017, available at: <https://www.lawfareblog.com/how-should-international-law-treat-cyberattacks-wannacry> (accessed 9 July 2018). But see Y. Raj, 'US, UK, Japan others accuse North Korea of WannaCry cyberattack', *Hindustan Times* online edition, 19 December 2017, available at: <https://www.hindustantimes.com/world-news/us-uk-japan-others-accuse-north-korea-of-wannacry-cyberattack/story-PQXC718RxUDni8kWhE33O.html> (accessed 16 September 2018) (noting that Bossert also used the term "cyber malfeasance"). The word "malfeasance" means "an example of dishonest and illegal behaviour, especially by a person in authority". See 'Malfeasance', *Cambridge Dictionary* online edition, available at: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/malfeasance> (accessed 19 September 2018).

²³ 'Foreign Office Minister condemns North Korean actor for WannaCry attacks', *supra* note 9.

²⁴ Council of the European Union, Council Conclusions on malicious cyber activities, EU Doc 7925/18, 16 April 2018, available at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7925-2018-INIT/en/pdf> (accessed 6 July 2018), 2. See also European Commission, Commissioner King's keynote speech at the, 'WannaCry again? Making our businesses digitally great and cyberproof conference, Munich, 15 February 2018', 15 February 2018, available at: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/king/announcements/commissioner-kings-keynote-speech->

Commenting on the related political statements, Eichensehr stated even that “[t]he silence on the international law questions could mean that governments do not think that there was an international law violation.”²⁵ Such conclusion goes too far, though. According to researchers of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Law and Policy Branch, “the WannaCry campaign would not reach the threshold of armed attack or use of force, nor could it be qualified as prohibited intervention, due to the lack of a coercive element with respect to a government. However, government systems were also affected by the operation (Russian Ministry of Interior systems were compromised), which could be considered as interference with ‘inherently governmental functions’. This would be a violation of sovereignty, and consequently an internationally wrongful act (...). As for non-government systems, the question of violation of sovereignty is not so clear-cut according to the Tallinn Manual 2.0, but if the ransomware disables systems in what is generally described as ‘critical infrastructure’, states might explore the option to invoke a violation of sovereignty.”²⁶

The following analysis verifies the NATO legal analysis of the *WannaCry* cyberattack. It addresses the legality of the May 2017 ransomware from the perspective of three relevant principles of international law, mentioned in the quoted legal opinion: *principle* of State sovereignty, *principle* of non-intervention in the internal or external affairs of any other State and, finally, prohibition of use of force in international relations.

1. *WannaCry* as a violation of State sovereignty

Of all international law principles, sovereignty is perhaps the most fundamental. From that principle emerges, inter alia, notions of noninterven-

-wannacry-again-making-our-businesses-digitally-great-and_en (accessed 8 July 2018) (“Last year, the *WannaCry* malware did not just cause computers to freeze, but hospitals to close. It brought the issue of cyber resilience into the mainstream of public and political discourse.”); European Commission, Commissioner King’s speech at the EU Cybersecurity Conference „Digital Single Market, Common Digital Security 2017”, 15 September 2017, in Tallinn, Estonia, 15 September 2017, available at: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/king/announcements/commissioner-kings-speech-eu-cybersecurity-conference-digital-single-market-common-digital-security_en (accessed 7 July 2018) (“Since 2016 more than 4,000 ransomware attacks have occurred every day, a 300% increase compared to 2015. Recent big attacks like *WannaCry* showed both how large the impact can be – and how far we have to go in improving our response. It (...) was a powerful reminder of just how significant the challenge facing us is.”);

²⁵ Eichensehr, “Three Questions on the *WannaCry* Attribution to North Korea”, *supra* note 8.

²⁶ NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, ‘*WannaCry* Campaign: Potential State Involvement Could Have Serious Consequences’, 16 May 2017, available at: <https://ccdcoe.org/wannacry-campaign-potential-state-involvement-could-have-serious-consequences.html> (accessed 9 July 2018).

tion; prescriptive, enforcement, and adjudicative jurisdiction; sovereign immunity; due diligence; and territorial integrity.²⁷

Max Huber set forth the classic definition of sovereignty in his 1928 *Island of Palmas* arbitral award: “Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State.”²⁸

The 1928 *Island of Palmas* arbitration definition signals the two critical aspects of sovereignty: territoriality and State functions. Concerning the former, it is well-accepted that a State’s non-consensual, physical penetration of another State’s territory, or even unconsented to and adverse presence thereon, amounts to a violation of sovereignty²⁹.

Regarding the latter, sovereignty has both an internal and external component.

Internal sovereignty refers to the right of a State to exercise its control over persons, including legal persons, objects, and activities on its territory. It is incontrovertible that this right extends to control over individuals engaged in cyber activities, cyberinfrastructure located on a State’s territory, and any activities in cyberspace that occur in or through that territory³⁰.

External sovereignty, by contrast, refers to the right of States to engage in international relations, as in the case of conducting diplomacy and entering into international agreements.³¹ For example, in the exercise of external sovereignty a State is free to, or not to, become Party to a treaty governing cyberactivities. Such sovereignty is also the basis for the legal immunity of States³².

Now, the question is when should a remotely conducted cyber operation be, or attributable to, one State that manifests on cyber infrastructure in

²⁷ M. N. Schmitt, ‘Grey Zones in the International Law of Cyberspace’, (2017) 42(2) Yale JIL (Yale Journal of International Law) 1–21, 4.

²⁸ Permanent Court of Arbitration, *Island of Palmas (Netherlands v. United States)*, Judgment of 4 April 1928, (1928) 2 RIAA (Reports of International Arbitral Awards) 829–871, 838 (“The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.”).

²⁹ M.N. Schmitt, ‘Virtual’ Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law’, (2018) 19(1) Chicago JIL (Chicago Journal of International Law) 30–67, 43.

³⁰ *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2017), pp. 13–16. The term “cyberinfrastructure” as used in this Essay refers to “[t]he communications, storage, and computing devices upon which information systems are built and operate.” See *ibid.*, p. 564.

³¹ *Ibid.*, pp. 16–17.

³² *Ibid.*, pp. 71–74.

another’s territory be treated as analogously running afoul of the obligation to respect the sovereignty of other States.

Experts participating in the Tallinn Manual 2.0 study, representing only the views of the International Group of Experts, but not of NATO, the NATO NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, its sponsoring nations, nor any other State or organization,³³ agreed, based on the right of a State to control access to its territory, that a violation of sovereignty may result from an infringement on a State’s territorial integrity. In this regard, they generally agreed that a remotely conducted cyber operation causing physical damage either to the targeted cyberinfrastructure or objects reliant thereon, or injury to persons, violates sovereignty.³⁴ It makes no difference whether the damaged cyber infrastructure is private or governmental, for the crux of the violation is the causation of consequences upon the State’s territory³⁵.

Furthermore, the *Tallinn Manual 2.0* extended the notion of damage to loss of functionality on the basis that it should not matter whether targeted systems are physically damaged or simply rendered inoperative, for the effect is usually the same the system no longer works. Among the activities proffered by one or more of them as sovereignty violations were: “a cyber operation causing cyber infrastructure or programs to operate differently; altering or deleting data stored in cyber infrastructure without causing physical or functional consequences, as described above; emplacing malware into a system; installing backdoors; and causing a temporary, but significant, loss of functionality, as in the case of a major DDoS operation.”³⁶

While treating the loss of functionality as the equivalent of physical damage comports with the object and purpose of the rule of sovereignty – to afford the territorial State control over consequential activities on its territory – the *Tallinn Manual 2.0* experts could not achieve consensus as to the precise meaning of “loss of functionality.” For some, the notion implies an irreversible loss of function. For others, it extends to situations in which physical repair, as in replacement of a hard drive, is necessary. A number of *Tallinn Manual 2.0* experts would treat the need to replace the operating system or bespoke data upon which the functioning of the system relies as a loss of functionality³⁷.

³³ The *Tallinn Manual 2.0* organizes the rules of international law applying in cyberspace, which were adopted unanimously by an International Group of Experts (IGE) and represent *lex lata*, the law as (those experts believe) it is, as opposed to *lex ferenda*, the law as it ought to be. *Ibid.*, pp. 2–3.

³⁴ *Ibid.*, p. 20.

³⁵ Schmitt, “Virtual’ Disenfranchisement’, *supra* note 29, 43.

³⁶ *Tallinn Manual 2.0*, *supra* note 30, p. 21.

³⁷ *Ibid.* See also Schmitt, “Virtual’ Disenfranchisement’, *supra* note 29, 44.

Be that as it may, the *WannaCry* cyberattack should be qualified as operation rendering cyberinfrastructure incapable of performing its functions in the manner intended and accordingly as a violation of sovereignty of the affected States.

2. *WannaCry* as a prohibited intervention

Intervention into the internal or external affairs of other States is an internationally wrongful act.³⁸ Although non-intervention is not explicitly mentioned in the Charter of the United Nations, Article 2(1) acknowledges that the UN is founded on “the principle of the sovereign equality of all its Members”,³⁹ and Article 2(7) clarifies that the Charter does not authorize the UN to “intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state.”⁴⁰

The UN General Assembly further attempted to establish guiding rules on non-intervention in its Declaration on Friendly Relations, which provides that “[n]o State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State”⁴¹ and that “armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law.”⁴²

The 1970 Declaration provides a few concrete examples of intervention, including the organization and encouragement of irregular armed forces and assisting or instigating acts of civil strife or terrorism: “No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. Also, no State shall organize, assist, foment, finance, incite or tolerate subversive, terrorist or armed activities directed towards the violent overthrow of the regime of another State, or interfere in civil strife in another State.”⁴³

Most importantly, however, the Declaration on Principles of International Law proclaims that “[e]very State has an inalienable right to choose its

³⁸ *Tallinn Manual 2.0*, *supra* note 30, p. 312.

³⁹ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, 1 UNTS 16, Art. 2(1).

⁴⁰ *Ibid.*, Art. 2(7).

⁴¹ GA Res. 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, 24 October 1970, Annex, Principle 3.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State.”⁴⁴

The principle of non-intervention applies to cyberspace and information technologies and, as such, it was incorporated into the rules of responsible behavior in cyberspace by UN Group of Governmental Experts. The 2015 Report provides that “it is of central importance” that “in their use of [information and communication technologies], States must observe (...) non-intervention in the internal affairs of other States.”⁴⁵

Russia, China, and four other States have gone further by drafting and signing an additional non-binding “international code of conduct for information security.”⁴⁶

Intervention was not mentioned in the code, but these States pledged “not to use information (...) to interfere in the affairs of other States or with the aim of undermining [their] political, economic, and social stability.”⁴⁷

The “prohibition of intervention” chapter of the *Tallinn Manual 2.0 manual* begins with Rule 66, stating that “[a] State may not intervene, including by cyber means, in the internal or external affairs of another State.”⁴⁸ The Manual notes that to be prohibited, the intervention must be related to internal or external affairs of a state, it must be coercive,⁴⁹ and that even the mere threat of a future intervention violates the norm⁵⁰.

The second basis upon which the Experts determined a violation of principle of non-intervention occurs is “when one State’s cyber operation interferes with or usurps the inherently governmental functions of another State. This is because the target State enjoys the exclusive right to perform them, or to decide upon their performance. It matters not whether physical damage, injury, or loss of functionality has resulted or whether the operation qualifies in accordance with the various differing positions outlined above for operations that do not result in a loss of functionality.”⁵¹

Put succinctly, an unlawful intervention occurs when (1) the action is

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, UN Doc A/70/174, 22 July 2015, available at: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-150722-GGEReport2015.pdf> (accessed 20 August 2018), para. 26. See also *ibid.*, para. 28 (b) (“*In their use of ICTs, States must observe, among other principles of international law, State sovereignty, sovereign equality, the settlement of disputes by peaceful means and non-intervention in the internal affairs of other States.*”).

⁴⁶ International code of conduct for information security, UN Doc A/69/723, 13 January 2015, available at: <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-150113-CodeOfConduct.pdf> (accessed 20 August 2018), Annex.

⁴⁷ Ibid., para. 2(3).

⁴⁸ Tallinn Manual 2.0, *supra* note 30, p. 312.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., p. 322.

⁵¹ Ibid., pp. 21–22.

directed at the *domaine réservé* (the internal affairs having to do with the sovereignty) of another State and (2) the action is coercive in nature.

The following analysis will determine existence of both elements in the *WannaCry* cyberattack.

2.1. *WannaCry* as coercion

The International Court of Justice emphasized the centrality of coercion to the notion of non-intervention when it held that “intervention is wrongful when it uses methods of coercion.”⁵²

The requirement is the essence of intervention, yet it is immensely difficult to define the boundary between coercive and non-coercive actions. International law has never officially defined “coercion,” nor does it provide any guidance on how this concept is to be construed in cyberspace operations⁵³.

According to a classical view, to constitute a violation of international law intervention must be “forcible or dictatorial, or otherwise coercive, in effect depriving the state intervened against of control over the matter in question.”⁵⁴ An indication of coercion could be that the targeted state is undertaking action that “cannot be terminated at the pleasure of the state that is subject to the intervention.”⁵⁵ Accordingly, a contemporary commentator defines coercion as an act of a State against another state to compel the latter “to think or act in a certain way by applying various kinds of pressure, threats, intimidation or the use of force.”⁵⁶

The *WannaCry* cyberattack does not represent such understanding of the concept of coercion as the latter indicates that the intervening act must be “designed to influence outcomes in, or conduct with respect to, a matter reserved to a target State.”⁵⁷ Meanwhile the *WannaCry* was a financially motivated attack targeting a private sector.

Being one of the world’s most impoverished regimes – with official econ-

⁵² *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits), Judgment of 27 June 1986 (Merits), ICJ Rep 1986, 14, para. 205.

⁵³ I. Kilovaty, ‘Doxfare: Politically Motivated Leaks and the Future of the Norm on Non-Intervention in the Era of Weaponized Information’, (2018) 9 *Harvard NSJ* (Harvard National Security Journal) 146–179, 168.

⁵⁴ R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim’s International Law* (London/New York: Longman, 2008), Vol. I, p. 432.

⁵⁵ E. Dickinson, *The equality of states in international law* (Cambridge: Harvard University Press, 1920), p. 260.

⁵⁶ C. C. Joyner, ‘Coercion’, Max Planck Encyclopedia of Public International Law online edition, December 2006, available at: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1749?rskey=qaZy3x&result=1&prd=EPIL> (accessed 22 September 2018), para. 1.

⁵⁷ *Tallinn Manual 2.0*, *supra* note 30, p. 318.

omy worth \$28.4 billion in 2014, according to South Korea’s central bank⁵⁸ – and facing the toughest and most comprehensive sanctions regime ever imposed by the UN Security Council,⁵⁹ Pyongyang has still invested an estimated \$1.1 billion to \$3.2 billion in the following years toward developing a nuclear deterrent.⁶⁰ Accordingly, alleged hacking attempts by North Korea, traditionally intended to cause social disruption or steal classified military or government data, have shifted their focus in recent years to raising foreign currency⁶¹.

In 2013, networks of major South Korean banks and broadcasters were the victim of attacks traced to North Korea. The 20 March intrusions that targeted six South Korean banks and broadcasters affected 32,000 computers and disrupted banking services.

A major attack on Sony Pictures brought the movie studio to its knees in closing months of 2014. At the time, Sony was about to release *The Interview*, a comedy about a plot to kill North Korean leader Kim Jong-Un. The hackers obtained some 100 terabytes of data stolen from Sony servers (that’s roughly 10 times the entire printed collection of the Library of Congress). The data breach outed business transactions including movie scripts (for instance the James Bond series script *Spectre*), five entire films, internal memos and personal information on movie stars and Sony employees. Then they wiped computer software. Clues pointed to Lazarus, and the FBI went on to conclude that North Korea was behind the breach⁶².

In September 2016 North Korean hackers stole a large cache of military documents from South Korea, including a plan to assassinate North Korea’s leader Kim Jong-un. Some 235 gigabytes of military documents had been

⁵⁸ C. Campbell, ‘The World Can Expect More Cybercrime From North Korea Now That China Has Banned Its Coal’, Time online edition, 20 February 2017, available at: <http://time.com/4676204/north-korea-cyber-crime-hacking-china-coal/> (accessed 8 July 2018).

⁵⁹ R. Fordoński, *The Right to Deter and the UN Security Council Resolutions concerning North Korea Missile Program* (Olsztyn: Warmia and Mazury University Press, 2018), p. 15 (quoting a statement of UN Secretary-General Ban Ki-moon following the adoption of Security Council resolution 2321 (2016) on 30 November 2016). See also SC Res 2123 (2016) of 30 November 2016; SC Res 2375 (2017) of 11 September 2017; SC Res 2397 (2017) of 22 December 2017.

⁶⁰ Campbell, ‘The World Can Expect More Cybercrime From North Korea’, *supra* note 58. See also Fordoński, *The Right to Deter*, *supra* note 59, p. 162.

⁶¹ C. Kim, ‘North Korea hacking increasingly focused on making money more than espionage: South Korea study’, Reuters online edition, 28 July 2017, available at: <https://www.reuters.com/article/us-northkorea-cybercrime/north-korea-hacking-increasingly-focused-on-making-money-more-than-espionage-south-korea-study-idUSKBN1AD0BO> (accessed 8 July 2018).

⁶² C. Riley and J. Mullen, ‘North Korea’s long history of hacking’, CNN online edition, 16 May 2017, available at: <http://money.cnn.com/2017/05/16/technology/ransomware-north-korea-hacking-history/index.html?iid=EL> (accessed 9 July 2018); H. Wee, ‘Inside North Korea’s scrappy, masterful cyberstrategy’, CNBC News online edition, 18 December 2014, available at: <http://www.cnbc.com/2014/12/18/inside-north-koreas-scrappy-masterful-cyber-strategy.html> (accessed 11 July 2018).

stolen from the Defence Integrated Data Centre, including wartime contingency plans drawn up by the US and South Korea and reports to the allies' senior commanders. Plans for the South's special forces were also reportedly accessed, along with information on significant power plants and military facilities in the South⁶³.

North Korea's targets have been shifting in recent years, however, and increasingly targeting financial institutions worldwide. The so called *Lazarus* group targeted and then executed the fraudulent transfer of \$81 million from Bangladesh Bank, the central bank of Bangladesh, in February 2016, the largest successful cyber-theft from a financial institution to date, and engaged in computer intrusions and cyber-heists at many more financial services victims in the United States, and in other countries in Europe, Asia, Africa, North America, and South America in 2015, 2016, 2017, and 2018, with attempted losses well over \$1 billion.⁶⁴ For instance, a malicious cyber campaign targeted the Polish banking sector and affected multiple victims, including Polish financial institutions between 5 October 2016 and 2 February 2017. The series of intrusions has been characterized as one of the most serious information security incidents, if not the most serious information security incident, that has occurred in Poland, nevertheless the intrusion was likely discovered before the hackers could successfully steal any funds⁶⁵.

Between 2013 and 2015, Pyongyang South Korean bitcoin exchanges, stealing approximately 100-million won (nearly US\$90,000) in Bitcoin every month.⁶⁶ The *WannaCry* virus also falls in the category of revenue generation as it demanded victims pay a ransom in bitcoin, yielding more than \$140,000.⁶⁷

⁶³ 'North Korea 'hackers steal US-South Korea war plans'', BBC News online edition, 10 October 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/world-asia-41565281> (accessed 2 August 2018).

⁶⁴ *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note 4, para. 8.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 189. Hackers behind the computer intrusions spread malware by infecting the website of the Polish Financial Supervision Authority, www.knf.gov.pl, with malware and used the compromised website in what is known as a "watering hole" attack. A watering hole attack occurs when a hacker compromises a website that is known to be visited by intended victims. As the intended victims visit the website, typically as part of their normal business practices, the intended victims (and sometimes unintended victims) are infected with malware that gives the hacker access to the intended victim networks. In this case, the subjects likely assumed numerous banks would regularly visit the website of the Polish Financial Supervision Authority, making that website an ideal candidate to be used as a watering hole to infect banks in Poland. *Ibid.*, para. 190.

⁶⁶ 'Bitcoin Becomes Part Of North Korea's Geopolitical Arsenal', Oil Price, 30 September 2017, available at: <https://oilprice.com/Geopolitics/International/Bitcoin-Becomes-Part-Of-North-Koreas-Geopolitical-Arsenal.html> (accessed 8 July 2018).

⁶⁷ S. Pham, 'North Korea is trying to amass a bitcoin war chest', CNN online edition, 12 September 2017, available at: <http://money.cnn.com/2017/09/12/technology/north-korea-hackers-bitcoin/index.html?iid=EL> (accessed 9 July 2018).

Accordingly, the May 2017 ransomware did not constitute act of political coercion in the terms of illegal intervention in internal affairs of States.

2.2. *WannaCry* as illegal usurpation of a government function

The other possibility is that the *WannaCry* cyber hacking was illegal, not because it constituted a coercive intervention but rather an illegal “usurpation of an inherently governmental function”,⁶⁸ which does not require the element of coercion⁶⁹.

Although the cyberattack targeted private corporations for revenue generation, government systems were also affected by the operation, which could be considered as interference with “inherently governmental functions”.

The state-owned oil company Petrobras and Brazil’s Foreign Ministry, the Russian Interior Ministry, and state rail monopoly Russian Railways all reported infections, as they run on the outdated Windows XP operating system. A spokesman for Russian Post, a state-owned monopoly, said no computers were infected, but some terminals were temporarily switched off as a precaution. “The virus attack did not touch Russian Post, all systems are working and stable,” he claimed⁷⁰.

Disabling government computer systems “would be a violation of sovereignty, and consequently an internationally wrongful act”, according to the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence in Tallinn.⁷¹ The confirmation of illegal non-intervention in remains a open question, though.

First, the *WannaCry* ransomware did not target the mentioned States or their government apparatus specifically, as it was a money-making scheme that got out of control. In other words, the May 2017 attack was indiscriminate rather than targeted and those behind the attack may not have expected it to have spread as fast as it did⁷².

Second, the government networks outages also illustrate what investigators said was a common misconception about *Wannacry* – infected computers were more likely to be part of antiquated systems not deemed important enough to update with the latest security patches, rather than machines integral to the company’s core business.⁷³ Put succinctly, even if the attack

⁶⁸ *Tallinn Manual 2.0*, *supra* note 30, p. 24.

⁶⁹ J. D. Ohlin, ‘Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law?’, (2017) 95 *Texas L Rev* (Texas Law Review) 1579–1598, 1593.

⁷⁰ J. Stubbs, ‘Wannacry hits Russian postal service, exposes wider security shortcomings’, Reuters online edition, 24 May 2017, available at: <https://www.reuters.com/article/us-cyber-attack-russia-idUSKBN18K26O?rpc=401%26> (accessed 23 September 2018).

⁷¹ NATO, ‘WannaCry Campaign’, *supra* note 26.

⁷² Corera, ‘NHS cyber-attack was ,launched from North Korea’, *supra* note 10.

⁷³ Stubbs, ‘Wannacry hits Russian postal service’, *supra* note 70.

caused huge disruption in the short term, it did not affect vital computer systems.

Subsequently, no illegal usurpation of a government function could be confirmed as the result of the May 2017 ransomware cyberattack.

Summing up, there are two conditions precedent to finding a violation of the prohibition of non-intervention in internal affairs of other States. First, the prohibition only applies to matters that fall within another State's *domaine réservé*. Second, to qualify as prohibited intervention, the act in question must involve coercion. As observed above, none of the conditions are fulfilled in the discussed case.

In effect, the principle of non-intervention was not violated by the alleged North Korean cyberintrusions on 12 May 2017.

3. *WannaCry* as use of force

Article 2(4) of the UN Charter prohibits what could be described as a “particularly obvious example” of intervention:⁷⁴ “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state.”⁷⁵

Article 2(4) does not expressly define the term “force”. One commentator observes, however: “U.N. Charter makes clear that at either end of the spectrum, it is apparent what is force and what is not force. On one end, traditional military force using conventional military weapons clearly constitutes a use of force. On the other end, political or economic coercion does not constitute a use of force, as the purpose of the United Nations and the U.N. Charter “is to maintain international peace and security” and “to save succeeding generations from the scourge of war.” By excluding economic and political coercion from the definition of force, the drafters indicated that uses of force in violation of Article 2(4) focus strictly on military instruments. The boundary between a use of force and a non-use of force therefore lies within the area between an exercise of traditional military coercion and an exercise of political or economic coercion.”⁷⁶

Two acclaimed academics disagree, specifically in the context of the *WannaCry* cyberattack: “Whether non-destructive and non-injurious cyber operations can qualify as uses of force is unsettled. In the absence of State practice and *opinio juris*, it is difficult to determine if and when States will treat them as such. (...) Nevertheless, in our view, hostile cyber operations of

⁷⁴ *Nicaragua* case (Merits), *supra* note 52, para. 205.

⁷⁵ UN Charter, *supra* note 39, Art. 2(4).

⁷⁶ R. Nguyen, ‘Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare’, (2013) 101(4) California LR (California Law Review) 1079–1130, 1113–1114.

a significant scope and scale that disrupt the provision of healthcare could reasonably be viewed as a use of force. By contrast, we believe it unlikely that States will treat non-destructive cyber operations directed against or affecting private firms as uses of force absent at least a major disruption of the national economy.”⁷⁷

To identify legal character of the *WannaCry* ransomware attack under prohibition of use of force in international relations the following analysis will use three analytical approaches, developed in doctrine in reference to definition of use of force:

- (1) an instrument-based approach,
- (2) a target-based approach, and
- (3) an effects-based approach⁷⁸.

3.1. *WannaCry* and the instrument-based definition of use of force

The instrument-based definition of the term “use of force” looks at the mode of attack and whether the weapon used possesses “physical characteristics traditionally associated with military coercion.” Thus, “[t]he more analogous a new weapon is to conventional forms of military force, the more likely its operation will constitute a ‘use of force’ or ‘armed attack.’”⁷⁹

This approach is derived from a textualist reading of the UN Charter. The Charter “uses the terms ‘use force’,⁸⁰ ‘armed force’,⁸¹ and ‘armed forces’⁸² interchangeably”,⁸³ specifying that “armed force is action by air, sea, or land forces”, which includes “demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces”⁸⁴ but does not include “complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.”⁸⁵

Under this reading, it would appear the Charter’s drafters understood that force meant traditional military armed force and excluded other forms of coercion⁸⁶. This view is strengthened by the UN General Assembly resolution on the definition of aggression, which includes armed invasions, port blocka-

⁷⁷ Schmitt and Fahey, ‘WannaCry and the International Law of Cyberspace’, *supra* note 4.

⁷⁸ R. Patterson, ‘Silencing the Call to Arms: A Shift Away From Cyber Attacks as Warfare’, (2015) 48 *Loyola L A L Rev* (Loyola of Los Angeles Law Review) 969–1016, 988.

⁷⁹ Nguyen, ‘Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare’, *supra* note 76, 1117.

⁸⁰ UN Charter, *supra* note 39, Art. 2(4).

⁸¹ *Ibid.*, Preamble; Art. 41.

⁸² *Ibid.*, Arts. 43–44; 46–47.

⁸³ Nguyen, ‘Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare’, *supra* note 76, 1118.

⁸⁴ UN Charter, *supra* note 39, Art. 42.

⁸⁵ *Ibid.*, Art. 43.

⁸⁶ Patterson, ‘Silencing the Call to Arms’, *supra* note 78, 989.

des, bombardments, and armed violations of territory⁸⁷. Each of these examples involves physical force and violations of territoriality. By this definition then, cyber attacks are not capable of rising to the levels of uses of force because computer code is neither a physical nor a conventional military force⁸⁸.

As even cyberattacks that result in tangible physical destruction would be outside the purview of the *jus ad bellum* under this approach, the *WannaCry* ransomware could not be identified as the case of use of force.

3.2. *WannaCry* and the target-based definition of use of force

The target-based approach takes the opposite tack: it looks at the object of attack, and “automatically treats *any* cyber attack against critical ... infrastructure as an armed attack because of the potential for severe consequences if such [infrastructure were] disabled.”⁸⁹

Under this approach, emphasis is put on the status of the target, with “critical infrastructure” given privileged significance. If an cyberattack is made on critical infrastructure, it constitutes automatically use of force, regardless of whether it comports with traditional military force⁹⁰.

The target-based definition of use of force is supported by States represented in the UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security⁹¹. They agreed in 2015 that “[a] State should not conduct or knowingly support [information and communications technology] activity contrary to its obligations under international law that intentionally damages critical infrastructure or otherwise impairs the use and operation of critical infrastructure to provide services to the public”.⁹²

The problem with the target-based approach, however, is that each State individually defines what constitutes its critical infrastructure. The United States, for instance, designates sixteen sectors as critical infrastructure, including “food and agriculture, banking and finance, commercial facilities, communications, healthcare, and transportation” facilities⁹³.

⁸⁷ GA Res 3314(XXIX) of 14 December 1974, Definition of Aggression, Annex, Art. 3.

⁸⁸ Patterson, ‘Silencing the Call to Arms’, *supra* note 78, 989.

⁸⁹ Nguyen, ‘Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare’, *supra* note 76, 1117, 1119.

⁹⁰ Patterson, ‘Silencing the Call to Arms’, *supra* note 78, 989.

⁹¹ 20 States participating in the Group in 2015 included Belarus, Brazil, China, Colombia, Egypt, Estonia, France, Germany, Ghana, Israel, Japan, Kenya, Malaysia, Mexico, Pakistan, the Russian Federation, Spain, the United Kingdom and the United States of America. See UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information, *supra* note 45, Annex.

⁹² *Ibid.*, para. 13(f).

⁹³ White House, Presidential Policy Directive – Critical Infrastructure Security and Resilience, 12 February 2013, available at: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil> (accessed

According to the Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council, the term “critical infrastructure” could be understood as “an asset, system or part thereof located in Member States, which is essential for the maintenance of vital societal functions, health, safety, security, economic or social well-being of people, such as power plants, transport networks or government networks, and the disruption or destruction of which would have a significant impact in a Member State as a result of the failure to maintain those functions.”⁹⁴

The Russian Federation identifies “vital structures”: “facilities, systems and institutions of a State, deliberate influence on the information resources of which may have consequences that directly affect national security (transport, power supply, credit and finance, communications, State administrative bodies, defence system, law enforcement agencies, strategic information resources, scientific facilities and scientific and technological developments, installations entailing a high degree of technological or ecological risk, bodies for the mitigation of the effects of natural disasters or other emergencies.”⁹⁵

Note that every national list of critical infrastructure includes facilities related to health protection. The conclusion is supported by the General Assembly resolution 58/199 of 30 January 2004, defining critical infrastructures as including “those used for, *inter alia*, food distribution and public health – and the critical information infrastructures that increasingly interconnect and affect their operations.”⁹⁶

Subsequently, *WannaCry* clearly impaired the use of critical infrastructure: it severely disrupted the functioning of UK hospitals, among many other affected entities. While 80 out of 236 NHS trusts across England were affected either because they were infected or because they had to disconnect as a precaution, at least 37 NHS trusts and an additional 603 primary care or other NHS organizations were infected were in fact infected with *WannaCry*.⁹⁷

24 September 2018) (“The term “critical infrastructure” has the meaning provided in section 1016(e) of the USA Patriot Act of 2001 (...), namely systems and assets, whether physical or virtual, so vital to the United States that the incapacity or destruction of such systems and assets would have a debilitating impact on security, national economic security, national public health or safety, or any combination of those matters.”).

⁹⁴ Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, OJ L 218, 14 August 2013, Preamble, para. 4.

⁹⁵ Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, Report of the Secretary-General, UN Doc A/55/140, 10 July 2000, available at: <http://undocs.org/A/55/140> (accessed 18 August 2018), 4.

⁹⁶ GA Res 58/199, Creation of a global culture of cybersecurity and the protection of critical information infrastructures, 30 January 2004, Preamble.

⁹⁷ *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note 4, para. 225.

The ransomware did not, however, target the UK or the NHS specifically. As the UK Prime Minister Theresa May stated on 15 May 2017, “It was clear warnings were given to hospital trusts, but this is not something that focused on attacking the NHS here in the UK.”⁹⁸ Rather, disruptions caused by the ransomware were unintended collateral damage of the money-making scheme, exposed to accidental intrusion due to the fact that 90% of UK hospitals still had machines running on Windows XP⁹⁹.

Problematic is also scale of the cyberattack. First, more than 80% of the NHS computer network was unaffected by the ransomware.¹⁰⁰ Second, even as the attack held hospitals hostage by freezing computers, encrypting data and demanding money through online bitcoin payments, it appeared still to be “low-level” stuff. Ori Eisen, who founded the Trusona cybersecurity firm in Arizona, said on 13 May 2017, said the same thing could be done to crucial infrastructure, like nuclear power plants, dams or railway systems: “This is child’s play, what happened. This is not the serious stuff yet. What if the same thing happened to 10 nuclear power plants, and they would shut down all the electricity to the grid? What if the same exact thing happened to a water dam or to a bridge? Today, it happened to 10,000 computers. There’s no barrier to do it tomorrow to 100 million computers.”

In other words, the attack’s impact was said to be relatively low compared to other potential attacks of the same type if it had been specifically targeted on highly critical infrastructure, like nuclear power plants, dams or railway systems.¹⁰¹

Last but not least, Health Secretary Jeremy Hunt described *WannaCry* as “criminal activity”.¹⁰² Therefore, he excluded explicitly the possibility of qualification of the malware in the terms of the target-based use of force.

3.3. *WannaCry* and the effects-based definition of use of force

Finally, the effects-based approach analyzes the consequences of an attack to determine whether it rises to the level of a use of force or armed attack.¹⁰³ The first edition of the *Tallinn Manual* uses the “scale and effects” test. According to a commentary to Rule 11 of the *Tallinn Manual 1.0*, “The Experts found the focus on scale and effects to be an equally useful approach

⁹⁸ ‘No ,second spike’ but disruption continues’, *supra* note 5.

⁹⁹ Cellan-Jones, ‘Ransomware and the NHS – the inquest begins’, *supra* note 2.

¹⁰⁰ ‘No ,second spike’ but disruption continues’, *supra* note 5 (quoting UK Health Secretary Jeremy Hunt).

¹⁰¹ ‘Global ‘WannaCry’ ransomware cyberattack seeks cash for data’, *supra* note 3.

¹⁰² ‘No ,second spike’ but disruption continues’, *supra* note 5.

¹⁰³ Patterson, ‘Silencing the Call to Arms’, *supra* note 78, 991.

when distinguishing acts that qualify as uses of force from those that do not. In other words, ‘scale and effects’ is a shorthand term that captures the quantitative and qualitative factors to be analysed in determining whether a cyber operation qualifies as a use of force.”¹⁰⁴

Accordingly, a cyber attack that produces physical destruction similar to that produced by a kinetic attack is more likely to qualify as a use of force, while one that produces political or economic coercion will not¹⁰⁵. Acts that injure or kill persons or damage or destroy objects are unambiguously uses of force¹⁰⁶. The *Tallinn Manual 2.0* concludes that certain operations not generating such consequences may also cross the use of force threshold. Agreement on a bright line test for qualification of non-destructive or non-injurious cyber operations as a use of force proved elusive. This being so, the experts proposed an approach that assesses the likelihood of States characterizing a cyber operation as such. It is based “on the premise that in the absence of a conclusive definitional threshold, States contemplating cyber operations, or that are the target thereof, must be highly sensitive to the international community’s probable assessment of whether the operations violate the prohibition of the use of force.”¹⁰⁷

The method highlights factors that States are likely to focus on when making use of force determinations. Key ones include: severity of consequences; immediacy of consequences; directness of consequences; invasiveness of the operation; measurability of consequences; military character of the operation; extent of State involvement; and any presumptive legality on the type of operation, as in the case of psychological operations or espionage¹⁰⁸. Other factors that the experts identified as relevant include: “the prevailing political environment, whether the cyber operation portends the future use of military force, the identity of the examiner, any record of cyber operations by the attacker, and the nature of the target.”¹⁰⁹

With the exception of severity, no single factor alone is likely to qualify a cyber operation as a use of force. Instead, these and other factors are considered together when assessing the likelihood that the operation in question will qualify as a use of force¹¹⁰.

Applying the abovementioned requirements to the *WannaCry* case, it should be noted that the estimated damage it caused could exceed \$1 billion,

¹⁰⁴ *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare: Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 45–46.

¹⁰⁵ Nguyen, ‘Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare’, *supra* note 76, 1122.

¹⁰⁶ *Tallinn Manual 1.0*, *supra* note 104, p. 48.

¹⁰⁷ *Tallinn Manual 2.0*, *supra* note 30, p. 333.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 333–336.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 336.

¹¹⁰ Schmitt, ‘Grey Zones in the International Law of Cyberspace’, *supra* note 27, 14–15.

according to the report, despite only around \$100,000 in bitcoins paid in ransoms to the perpetrators.¹¹¹ Multiple lives was also put in immediate danger or even lost in the result of the cyberattack on the NHS. *Prima facie*, there was no patient harm reported during the incident¹¹². Some observers claimed, however, that as the effects included 6,912 appointments that were cancelled (and subsequently re-scheduled) between 12 and 18 May 2017, and 1,220 (approximately 1%) pieces of diagnostic equipment across the NHS that were affected by *WannaCry*,¹¹³ “[p]atients in the UK lost valuable medical response time (and it is very likely that one could honestly say *WannaCry* ended up causing mortal harm to some).”¹¹⁴ Subsequently, *WannaCry* ended up causing undetermined number of deaths in addition to “hundreds of millions of dollars in damages to medical production lines and other business processes.”¹¹⁵

Does it mean that *WannaCry*, although in unintended way, constituted a use of force?

A cyber operation, like any operation, resulting in damage, destruction, injury, or death is highly likely to be considered a use of force. That generating mere inconvenience or irritation will never do so.¹¹⁶ The *WannaCry* ransomware attack could be described in both ways. The immediacy and directness factors – focusing on the temporal aspect and the chain of causation, respectively, of the consequences in question¹¹⁷ – play, however, on favour of the non-use of force characterization. The *Tallinn Manual 1.0* claims that “States harbour a greater concern about immediate consequences than those that are delayed or build slowly over time, and are more likely to characterize a cyber operation that produces immediate results as a use of force than cyber actions that take weeks or months to achieve their intended effects.”¹¹⁸

WannaCry-related deaths, if actually occurred, took place mostly weeks and months after the cyberattack as thousands appointments, including operations were cancelled – including at least 139 people potentially with cancer, who had urgent referrals cancelled – and computers in over 600 doc-

¹¹¹ A. Cuthbertson, ‘Ransomware Attacks Rise 250 Percent in 2017, Hitting U.S. Hardest’, *Newsweek* online edition, 23 May 2017, available at: <http://www.newsweek.com/ransomware-attacks-rise-250-2017-us-wannacry-614034> (accessed 6 July 2018).

¹¹² *US v. Park Jin Hyok*, *supra* note 4, para. 225.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ J. Crowe, ‘What Makes SamSam, the Ransomware that Crippled Atlanta, So Different’, *Barkly*, 8 May 2018, available at: <https://blog.barkly.com/what-is-samsam-ransomware-2018> (accessed 21 September 2018).

¹¹⁵ *Ibid.* (quoting Bob Rudis, chief security data scientist at Rapid7).

¹¹⁶ *Tallinn Manual 1.0*, *supra* note 104, p. 48.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 49.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 49.

tor’s surgeries infected¹¹⁹. More immediate deaths are also possible but it is not known how many ambulances and individuals were diverted from five accident and emergency departments unable to treat some patients¹²⁰. In armed actions, by contrast, “cause and effect are closely related. An explosion, for example, directly harms people or objects. Cyber operations in which the cause and effect are clearly linked are more likely to be characterized as uses of force.”¹²¹

Going further, requirement of invasiveness refers to the degree to which cyber operations intrude into the target State or its cyber systems contrary to the interests of that State. As a rule, the more secure a targeted cyber system, the greater the concern as to its penetration. Intrusion into a military system is more invasive than merely exploiting vulnerabilities of an openly accessible system in a hospital or small business.¹²² Accordingly, a nexus between the cyber operation in question and military operations heightens the likelihood of characterization as a use of force.¹²³ *WannaCry* was a isolated case of ransomware not connected to any known action of North Korea’s armed forces, like a missile or nuclear test.

Therefore, it is concluded that *WannaCry* did not constitute a use of force prohibited under Article 2(4) of the UN Charter despite the fact that it caused a considerable damage on a global scale and possible deaths in the UK albeit in an unintended way.

Conclusions

In May 2017 *WannaCry* infected more than 300,000 machines in 150 countries, causing billions of dollars in damages and grinding global business to a halt. The speed and scale of the attack was obviously notable, but it’s *WannaCry*’s legacy that resonates today. The cyberlandscape has fundamentally changed, with threat actors increasing almost exponentially in their capabilities, sophistication and ambition. “*WannaCry* changed the cybersecurity game, not just through its outsized impact; it made waves because of its outsized influence on the cyber-threat landscape”, Check Point researchers said in a blog breaking down the implications. “Marking a turn-

¹¹⁹ ‘North Korea calls UK *WannaCry* accusations ‘wicked’’, BBC News online edition, 31 October 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/world-asia-41816958> (accessed 2 August 2018); ‘NHS ‘could have prevented’ *WannaCry* ransomware attack’, BBC News online edition, 27 October 2017, available at: <https://www.bbc.co.uk/news/technology-41753022> (accessed 2 August 2018).

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Tallinn Manual 1.0*, *supra* note 104, p. 49.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*, p. 50.

ing point in the cybersecurity environment, we were looking at the first global-scaled, multi-vectored cyberattack powered by state-sponsored tools. WannaCry marked a new generation of cyberattacks.”¹²⁴

The stakes are higher than ever before as well. *WannaCry* demonstrated that cyberattacks can introduce real, physical risks into the equation. According to Rishi Bhargava, co-founder at Demisto, “*WannaCry* was unique because this was the first large ransomware attack targeted at the healthcare vertical and affected not only computers, but also many medical devices like MRI machines.”¹²⁵

The last feature of the *WannaCry* – “putting the lives of people at risk”¹²⁶ – is a starting point of its legal analysis under contemporary international law. Assuming that the ransomware attack was attributable to North Korea, a topic discussed also above, the question is whether the operation breached any international law obligations North Korea owed another State, such that it constituted an “internationally wrongful act.” In cases involving States, the international law rules most likely to be violated are the prohibition on the use of force, the prohibition on intervention into other States’ internal or external affairs and the obligation to respect the sovereignty of other States.

There is general agreement that destructive operations or those that are injurious cross the use of force threshold, and thus constitute a violation of Article 2(4) of the UN Charter and customary international law; the *WannaCry* operation did not appear to reach this level. Whether non-destructive and non-injurious cyber operations can qualify as uses of force is unsettled. In the absence of State practice and *opinio juris*, it is difficult to determine if and when States will treat them as such. The experts participating in the Tallinn Manuals project, suggest factors that States are likely to consider when making these assessments, but were unable to articulate any bright line test. Nevertheless, hostile cyber operations of a significant scope and scale that disrupt the provision of healthcare – in contrast to non-destructive cyber operations directed against or affecting private firms, absent at least a major disruption of the national economy – could reasonably be viewed as a use of force.

¹²⁴ T. Seals, ‘One Year After WannaCry: A Fundamentally Changed Threat Landscape’, Threatpost, 17 May 2018, available at: <https://threatpost.com/one-year-after-wannacry-a-fundamentally-changed-threat-landscape/132047/>, (accessed 25 September 2018).

¹²⁵ Crowe, ‘What Makes SamSam, the Ransomware that Crippled Atlanta, So Different’, *supra* note 114.

¹²⁶ Seals, ‘One Year After WannaCry’, *supra* note 124 (quoting Brian NeSmith, CEO and co-founder at Arctic Wolf Networks as stating: “For industries like healthcare, ransomware puts the lives of people at risk. (...) Today, the focus is on PCs, but tomorrow, everything from machinery, power control systems, industrial sensors and even thermostats will be targets. In the case of machinery, it could impact the safety and well-being of workers, dramatically increasing the stakes beyond just the ransom money.”).

The *WannaCry* cyberattack raises a further question of law. The extent to which the attacks were directed at particular entities is unclear and NHS England “was not the specific target” of the operation. But, assuming for the sake of discussion that the attacks were indiscriminate, could they nevertheless qualify as uses of force vis-à-vis States that might have suffered qualifying consequences? Schmitt and Fahey state they could, “so long as the nature of the consequences was foreseeable, even if the attacker may not have known precisely where they would manifest.”¹²⁷ That this issue remains, however, unresolved under international law and the Authors promote a opposing view, underlying that *WannaCry* was a money-making scheme that got out of control as those behind the attack may not have expected it to have spread as fast as it did.

The same is not true with respect to the prohibition on intervention into other States’ internal or external affairs. Intervention has two elements. First, the act must relate to the target State’s *domaine réservé* (field of activity that is not committed to international law regulation). Certain *WannaCry* attacks did so, particularly those affecting law enforcement. For instance, over 1,000 computers of the Russian Interior Ministry were compromised, as was 25 percent of India’s Andhra Pradesh police department network.

However, the operation arguably did not satisfy the second criterion, that the act be coercive. A coercive cyber operation is one that causes a State to engage in conduct in which it would otherwise not engage, or refrain from conduct in which it would otherwise engage. *WannaCry* was disruptive, but not coercive in this sense.

The *WannaCry* cyberattack might, however, be considered a violation of the sovereignty of certain affected States. The *Tallinn Manual 2.0* experts concur that a violation occurs whenever a cyber operation either causes damage to cyber infrastructure in another State or interferes with an inherently governmental act, the paradigmatic example being the conduct of elections. Most of them also agreed that “damage” includes a permanent loss of functionality or one that requires physical repair of the damaged infrastructure, such as replacement of the hard drive.

That does not appear to have occurred this time. Nevertheless, the operation did in some respects violate the sovereignty of a number of States, particularly in light of the significant disruption of functions, which the *Tallinn Manual 2.0* would count as “damage”, necessary for the delivery of medical care.

Moreover, the operation interfered with an inherently governmental function – law enforcement.¹²⁸

¹²⁷ Schmitt and Fahey, ‘WannaCry and the International Law of Cyberspace’, *supra* note 4.

¹²⁸ See also *ibid.*

Summing up the analysis, hackers behind the *WannaCry* ransomware attack clearly committed a wide range of criminal offences under national law of the affected States. In the UK, this is likely to include a breach of the newly introduced section 3ZA of the Computer Misuse Act 1990 which carries a life sentence.¹²⁹ The cyberattack was also a violation of international law. As some questions remain open, pending a clear States determination and public explanation how international law applies to attacks like *WannaCry*, it is safe to assume that the violation did not involve use of force in international relations or illegal intervention in internal affairs of affected States.

Literature

- Dickinson E., *The equality of states in international law* (Cambridge: Harvard University Press, 1920).
- Fordoński R., *The Right to Deter and the UN Security Council Resolutions concerning North Korea Missile Program* (Olsztyn: Warmia and Mazury University Press, 2018).
- Jennings R., Watts A., *Oppenheim's International Law* (London/New York: Longman, 2008).
- Kilovaty I., *Doxfare: Politically Motivated Leaks and the Future of the Norm on Non-Intervention in the Era of Weaponized Information*, (2018) 9 Harvard NSJ (Harvard National Security Journal) 146–179.
- Nguyen R., *Navigating Jus Ad Bellum in the Age of Cyber Warfare*, (2013) 101(4) California LR (California Law Review) 1079–1130.
- Ohlin J.D., *Did Russian Cyber Interference in the 2016 Election Violate International Law?*, (2017) 95 Texas L Rev (Texas Law Review) 1579–1598.
- Patterson R., *Silencing the Call to Arms: A Shift Away From Cyber Attacks as Warfare*, (2015) 48 Loyola L A L Rev (Loyola of Los Angeles Law Review) 969–1016.
- Schmitt M.N., Watts S., *Beyond State-Centrism: International Law and Non-state Actors in Cyberspace*, (2016) 21(3) JCSL (Journal of Conflict & Security Law) 595–611.
- Schmitt M.N., *Grey Zones in the International Law of Cyberspace*, (2017) 42(2) Yale JIL (Yale Journal of International Law) 1–21.
- Schmitt M.N., *Peacetime Cyber Responses and Wartime Cyber Operations Under International Law: An Analytical Vade Mecum*, (2017) 8 Harvard NSJ (Harvard National Security Journal) 239–282.
- Schmitt M.N., *'Virtual' Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law*, (2018) 19(1) Chicago JIL (Chicago Journal of International Law) 30–67.
- Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare: Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

¹²⁹ R. Cumbley, V. Havard-Williams and T. Cassels, 'UK – Reflections on the WannaCry cyber attack', Linklaters, July 2017, available at: <https://www.linklaters.com/pl-pl/insights/publications/tmt-news/tmt-news---june-2017/uk---reflections-on-the-wannacry-cyber-attack> (accessed 9 July 2018).

Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations Prepared by the International Groups of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2017).

Streszczenie

Atak z użyciem oprogramowania szantażującego WannaCry jako naruszenie prawa międzynarodowego

Słowa kluczowe: wirus *WannaCry*, oprogramowanie szantażujące, grupa *Lazarus*, pojęcie i zakres suwerenności państw w cyberprzestrzeni, zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne państw, zakaz użycia siły w relacjach międzynarodowych.

Artykuł podejmuje temat cyberataku, dokonanego 12 maja 2017 r. przy użyciu wirusa oprogramowania szantażującego w postaci złośliwego wirusa *WannaCry*. Największy tego typu atak w historii objął do 300 tysięcy komputerów w ponad 150 krajach, powodując straty w wysokości przekraczającej jeden miliard dolarów USA. Podczas gdy zainfekowany komputer wyświetlał informację o zaszyfowaniu zawartości dysku, odzyskanie danych było możliwe (ale nie gwarantowane) po wpłaceniu „okupu”, czyli określonej sumy pieniędzy, płatnej w Bitcoinach. W wyniku ataku ucierpiały zarówno tysiące podmiotów prywatnych, jak i sieci rządowe oraz przedsiębiorstwa państwowe. Wśród tych ostatnich do szczególnie poszkodowanych należały brytyjska publiczna służba zdrowia, rosyjskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych oraz sieci rządowe w Brazylii.

W grudniu 2017 r. sześć państw, w tym Stany Zjednoczone i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii, oficjalnie przypisało cyberatak z maja tr. Koreńskiej Republice Ludowo-Demokratycznej. Przypisanie odpowiedzialności nie było jednak równoznaczne z potwierdzeniem faktu naruszenia prawa międzynarodowego oraz wskazaniem jego zakresu. Poniższa analiza dokonuje takiej oceny z perspektywy wybranych zasad Karty Narodów Zjednoczonych: zasady suwerenności państw w cyberprzestrzeni, zakazu interwencji w sprawy wewnętrzne państw oraz zakazu użycia siły w relacjach międzynarodowych.

Kamil Frąckowiak

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6992-4904

Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie analizy przepisów kodeksu karnego skarbowego¹ (dalej: k.k.s.) w zakresie kryteriów podziału karnych skarbowych typów czynów zabronionych, a w szczególności w zakresie instytucji wypadku mniejszej wagi. Aby zrealizować niniejsze założenia opracowania, w pierwszej kolejności należy omówić pojęcie przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych jako bytów autonomicznych i niezależnych od przestępstw i wykroczeń powszechnych. Następnie należy przedstawić właściwe ustawowe kryteria podziału karnych skarbowych typów czynów zabronionych. Szczególną uwagę należy wreszcie poświęcić kryterium ocennemu kontrawencjonalizacji, które występuje w prawie karnym skarbowym jako wypadek mniejszej wagi. Przedmiotowe kryterium, wprowadzone do kodeksu karnego skarbowego jako instytucja suwerenna, może nasuwać pewne wątpliwości natury interpretacyjnej w konkretnych stanach faktycznych, co winno skutkować skupieniem na nim właściwej uwagi doktryny prawa karnego.

Pojęcie przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego

Wypada uściślić, że w polskim prawie karnym *sensu largo* występują cztery rodzaje czynów zabronionych. Należy do nich zaliczyć: przestępstwa powszechne, wykroczenia powszechne, przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Warto zauważyć, że wymienione czyny zabronione należy, w ramach prawa karnego, traktować rozłącznie. Trafnie przy tym twierdzi O. Włodkowski, że autonomiczność przywoływanych kategorii typów czynów

¹ Ustawa Kodeks karny skarbowy z 10 września 1999 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 1018).

zabronionych jest uzasadniona wieloma dystynkcjami². Wskazać należy, że o odrębności każdego z czynów zabronionych przesądził wyraźnie sam ustawodawca, określając w ramach jakiego reżimu odpowiedzialności prawnokarnej będą odpowiadać sprawcy właściwych czynów zabronionych. Tym samym sprawcy przestępstw powszechnych winni odpowiadać na gruncie zasad Kodeksu karnego³ (dalej: k.k.), sprawcy wykroczeń na gruncie Kodeksu wykroczeń⁴ (dalej k.w.), zaś sprawcy przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych na podstawie Kodeksu karnego skarbowego. Rację ma tym samym D. Mucha twierdząc, że k.k.s. jest jedyną ustawą na gruncie prawa karnego *sensu largo*, regulującą odpowiedzialność za oba rodzaje czynów zabronionych: przestępstwa i wykroczenia skarbowe⁵.

Uznać zatem należy, że pojęcia „przestępstwo skarbowe” i „wykroczenie skarbowe” są pojęciami autonomicznymi w stosunku do pojęć „przestępstwo” i „wykroczenie”. Uchwała Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 2005 r. zasadnie zwraca uwagę, że Kodeks karny skarbowy nie poprzestaje na samym zdefiniowaniu obu kategorii czynów, ale wprowadza zasady odpowiedzialności karnej bez odwoływania się do innych kodeksów (Rozdział 1 o intyulacji „Przepisy wstępne” – art. 1–15 k.k.s.). Zaznaczono w niej, iż pojęcie „przestępstwo” nie obejmuje przestępstwa skarbowego, tak jak pojęcie „wykroczenie” nie obejmuje wykroczenia skarbowego, albowiem Kodeks karny skarbowy wyraża pełną autonomię prawa karnego skarbowego⁶. V. Konarska-Wrzošek w uzupełnieniu rozważań w zakresie odrębności czynów zabronionych skarbowych od powszechnych wskazuje, że mając na uwadze treść art. 53 § 1 *in fine* k.k.s., należy zaznaczyć, że „określenie czynu zabronionego jako przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może mieć miejsce tylko w Kodeksie karnym skarbowym”. W związku z przyjęciem wskazanej zasady k.k.s. ma charakter hermetyczny, w tym sensie, że jest wyłącznym źródłem przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, czego nie można powiedzieć o Kodeksie karnym (vide art. 116 k.k.) lub Kodeksie wykroczeń (vide art. 48 k.w.), albowiem oba akty prawne znajdują zastosowanie do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną.

Dodatkowo należy zauważyć, że w art. 20 k.k.s. (z zastrzeżeniem zawartym w art. 20 § 2 k.k.s.) i art. 46 k.k.s. zawarto zasadę, iż do czynów skarbowych nie mają zastosowania przepisy części ogólnej Kodeksu karnego ani części szczególnej Kodeksu wykroczeń.

² O. Włodkowski, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym*, „Monitor Podatkowy” 2014, nr 7, s. 23.

³ Ustawa Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1600, t.j.).

⁴ Ustawa Kodeks wykroczeń z 20 maja 1971 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 821, t.j.).

⁵ D. Mucha, *Paserstwa skarbowe w polskim prawie karnym skarbowym*, Opole, 2019, s. 127.

⁶ Uchwała SN z 4.04.2005, sygn. akt I KZP 7/05, OSNKW 2005, Nr 5, poz. 44; F. Prusak, *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, [w:] M. Bojarski (red.), *System prawa karnego*, tom 11, Warszawa 2014, s. 11.

Ustawa Kodeks karny skarbowy dokonuje podziału czynów zabronionych i zagrożonych karami na przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Zgodnie z art. 1 k.k.s. ustawodawca statuuje odpowiedzialność za przestępstwa skarbowe jako „odpowiedzialność karną skarbową za przestępstwa skarbowe”, a odpowiedzialność za wykroczenia skarbowe określa ogólnie jako „odpowiedzialność za wykroczenia skarbowe”. Jest to swoisty dualizm czynów zabronionych. Ten dwuczłonowy podział jest dodatkowo podkreślany w k.k.s. poprzez użycie w każdym z przepisów o obu kategoriach czynów zabronionych pod groźbą kary zwrotu: „przestępstwo skarbowe i wykroczenie skarbowe”⁷.

Przechodząc do omawiania szczegółowych definicji przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego należy przywołać art. 53 § 2 k.k.s., zgodnie z którym przestępstwo skarbowe to „czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności”, zaś zgodnie z § 3 wykroczeniem skarbowym jest „czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny określonej kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia. Wykroczeniem skarbowym jest także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi”.

Przestępstwem skarbowym i wykroczeniem skarbowym jest tylko taki czyn społecznie szkodliwy i zagrożony karą, który jest zabroniony przez Kodeks karny skarbowy oraz który jednocześnie polega na naruszeniu przepisów w zakresie prawa podatkowego, celnego, dewizowego lub hazardowego⁸.

Kodeks karny skarbowy dokonał zgrupowania czynów zabronionych w czterech jednostkach redakcyjnych ustawy, tj. rozdziałach, w części szczególnej na przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji (rozdział 6), przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami (rozdział 7), przeciwko obrotowi dewizowemu (rozdział 8) oraz przeciwko organizacji gier hazardowych (rozdział 9).

Słusznie w piśmiennictwie zwraca się uwagę, że wskazane czyny zabronione w ujęciu kryminologicznym należy zakwalifikować raczej do kategorii drobnej i średniej przestępczości⁹. Obie kategorie czynów zabronionych na gruncie k.k.s. stanowią podobne w swej istocie czyny *mala prohibita*, albowiem penalizują zachowania naruszające normy finansowe (podatkowe, celne, dewizowe lub hazardowe).

Należy odnotować, że część szczególna k.k.s. jest wspólna zarówno dla przestępstw skarbowych, jak i wykroczeń skarbowych. Materię przestępstw i wykroczeń skarbowych reguluje bowiem łącznie.

⁷ S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 29.

⁸ F. Prusak, *Szczególnie...*, op. cit., s. 10–11.

⁹ O. Włodkowski, op. cit., s. 24.

Z tych względów ustawodawca zdecydował się na zabieg legislacyjny, polegający na komasacji w ramach jednego artykułu typów czynu zabronionego będących przestępstwami skarbowymi i typów czynu zabronionego stanowiących wykroczenia skarbowe. Kryterium tego podziału oparte jest na odmienności zagrożenia sankcją karną oraz koncepcji bitypu¹⁰ lub inaczej „przepełowienia” konkretnych typów czynów zabronionych.

Kryteria podziału karnych skarbowych typów czynów zabronionych

Pierwszym wyznacznikiem podziału czynów karnoskarbowych (kontra-wencjonalizacji) na przestępstwa i wykroczenia skarbowe jest zagrożenie karą – odmienne w przypadku obu czynów. Przestępstwo skarbowe zagrożone jest karą grzywny w stawkach dziennych, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności, z kolei wykroczenie skarbowe zagrożone jest karą grzywny określoną kwotowo. Jeżeli k.k.s. nie stanowi inaczej, kara grzywny za przestępstwo skarbowe wynosi od 10 do 720 stawek dziennych, przy czym stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia ani też przekraczać jej czterystukrotności, kara ograniczenia wolności wynosi od 1 miesiąca do 2 lat, zaś kara pozbawienia wolności od 5 dni do 5 lat. W przypadku wykroczeń skarbowych kara grzywny może być wymierzona w granicach od jednej dziesiątej do dwudziestokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia, chyba że k.k.s. stanowi inaczej.

Drugim wyznacznikiem podziału jest rozgraniczenie przestępstw z uwagi na „przepełowienie czynu”. Istotą typów „przepełowionych” jest rozgraniczenie regulowanej materii na podobne przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, w zależności od spełnienia kryteriów rzeczowych lub ocennych¹¹. F. Nalikowski podaje, że prawo karne skarbowe operuje dwoma różnymi kryteriami przepełowienia karnych skarbowych czynów zabronionych z uwagi na konieczność dostosowania unormowań prawnych do charakteru chronionego dobra prawnego (bezpośredniego przedmiotu ochrony)¹². Konstrukcja „czynów przepełowionych” jest efektem kontra-wencjonalizacji, inaczej zwanej depenalizacją częściową, czyli takiej zmiany normatywnej, która skutkuje przekształceniem przestępstwa w wykroczenie¹³.

¹⁰ I. Nowicka, *Wykroczenia będące czynami przepełowionymi w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Szczytno 2010, s. 41–45.

¹¹ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 345.

¹² F. Nalikowski, *Wysokość podatku narażonego na uszczuplenie*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 2, s. 94.

¹³ D. Mucha, op. cit., s. 127.

a) Ustawowy próg należności publicznoprawnej lub wartości przedmiotu czynu jako kryterium przepołowienia czynu karnoskarbowego

Kryterium rzeczowe kontrawencjonalizacji opiera się na ustawowym progu określonym w art. 53 § 6 w zw. z art. 53 § 3 k.k.s. zdanie pierwsze, to znaczy, że w przypadku wykroczenia skarbowego – jeśli Kodeks karny skarbowy takie rozwarstwienie czynu karnoskarbowego w danym przepisie przewiduje – kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej (podatku, cła) albo wartości przedmiotu czynu (wartości dewizowe, wygrane pieniężne) nie przekracza pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia w czasie popełnienia owego czynu zabronionego¹⁴. Szczególny charakter kryterium rzeczowego wyraża się w okoliczności, iż wysokość kwoty należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie decyduje o kwalifikacji prawnej konkretnego czynu zabronionego. Kwantyfikatory stopnia społecznej szkodliwości czynu są zatem uwzględniane przy ocenie tegoż stopnia społecznej szkodliwości, lecz w ramach uprzednio przyjętej kwalifikacji prawnej czynu jako przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe. Zwrócić należy uwagę, że wśród kwantyfikatorów stopnia społecznej szkodliwości, zawartych w art. 53 § 7 k.k.s. znajduje się m.in. wysokość uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Tym samym w ramach oceny sędziowskiej czynu, wysokość należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej przez sprawcę zostaje powtórnie uwzględniona przy wymierzaniu sprawcy kary zgodnie z dyrektywami z art. 12 § 2 k.k.s.¹⁵. Przyznać rację należy F. Nalikowskiemu, że praktycznie niemożliwe wydaje się być wyeliminowanie znamion ocenianych przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości, mimo iż priorytet należy przyznać kryterium rzeczowemu, rozumianemu jako wysokość należności publicznoprawnej¹⁶.

b) Wypadek mniejszej wagi jako kryterium przepołowienia czynu karnoskarbowego

Kryterium ocenne kontrawencjonalizacji występuje w prawie karnym skarbowym jako wypadek mniejszej wagi. W odróżnieniu zatem od rozwiązań stosowanych w prawie karnym powszechnym, wypadek mniejszej wagi

¹⁴ S. Baniak, *Prawo...*, op. cit., s. 31.; Kryterium rzeczowe nie ma aktualnie większego znaczenia w obowiązującym stanie prawnym przy przypisywaniu odpowiedzialności jedynie za popełnienie czynów karnoskarbowych z rozdziału 9 skierowanym przeciwko organizacji gier hazardowych, albowiem k.k.s. nie wprowadza podziału z uwagi na to kryterium.

¹⁵ Należy odnotować, że w katalogu kwantyfikatorów stopnia społecznej szkodliwości obok wysokości należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie ustawodawca nie wskazał wartości przedmiotu czynu zabronionego.

¹⁶ F. Nalikowski, op. cit., s. 96.

na gruncie Kodeksu karnego skarbowego nie stanowi typu uprzywilejowanego przestępstwa podstawowego, lecz powoduje przekształcenie czynu zabronionego w wykroczenie skarbowe¹⁷.

Instytucja wypadku mniejszej wagi określona jest w art. 53 § 8 k.k.s., który brzmi: „w rozumieniu kodeksu wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, które w konkretnej sprawie, ze względu na jej szczególne okoliczności – zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe – zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu, w szczególności gdy uszczuplona lub narażona na uszczuplenie należność publicznoprawna nie przekracza ustawowego progu z § 6, a sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, albo sprawca dopuszczający się czynu zabronionego, którego przedmiot nie przekracza kwoty małej wartości, czyni to z pobudek zasługujących na uwzględnienie”.

Trafnie wskazuje O. Włodkowski, że ustawodawca wprowadzając w art. 53 § 8 k.k.s. definicję legalną „wypadku mniejszej wagi”, przywiązuje należyta wagę do funkcji gwarancyjnej prawa karnego skarbowego. Należy odnotować, że na gruncie prawa karnego powszechnego zdefiniowanie wypadku mniejszej wagi zostało pozostawione doktrynie i orzecznictwu¹⁸. Niemniej jednak, ze względu na użycie klauzul generalnych, instytucja wypadku mniejszej wagi również na gruncie k.k.s. może sprawiać problemy interpretacyjne w konkretnych stanach faktycznych.

Problematyka wypadku mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym

Wypadek mniejszej wagi jest drugim zasadniczym kryterium kontrawencjonalizacji o charakterze ocennym. Odwołuje się do materialnego elementu struktury deliktu skarbowego, czyli jego społecznej szkodliwości. Na

¹⁷ Należy odnotować, że współcześnie w doktrynie nie ma pełnej zgody co do postrzegania wypadku mniejszej wagi jako typu uprzywilejowanego w Kodeksie karnym. Por. K. Banasik, *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 9, s. 45–56; J. Brzezińska, *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Tom XXXI, AuWr No 3591, 2014, s. 37–50; E. Plebanek, *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2011, s. 1–14; A. Zelga, *Wypadki mniejszej wagi w kodeksie karnym*, „Palestra” 1972, 16/1 (169), s. 58–67; B. Stefańska, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1, s. 48–63; P. Lewczyk, *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 7–8, s. 28–38; K. Doroszevska, *Znaczenie klauzuli „wypadku mniejszej wagi” w polskim prawie karnym*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych UAM Poznań, Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2016, nr 6, s. 103–115.

¹⁸ O. Włodkowski, op. cit., s. 25–26.

aprobataę zasługuje jednoznaczne rozstrzygnięcie kwestii określenia natężenia materialnej cechy „wypadku mniejszej wagi” jako niskiego stopnia społecznej szkodliwości¹⁹. Kryterium to ustala sąd na podstawie wszystkich okoliczności sprawy, przez pryzmat art. 53 § 8 k.k.s. Wskazany w tym przepisie katalog okoliczności decydujących o uznaniu danego czynu za wypadek mniejszej wagi ma charakter otwarty, z uwagi na zastosowanie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”. Kryterium rozgraniczającym przestępstwo skarbowe od wykroczenia skarbowego jest właśnie stopień społecznej szkodliwości. Jeżeli okaże się, że jest on niski, czyn zabroniony stanowi wykroczenie skarbowe. Zdaniem T. Grzegorzcyka „niski oznacza wyższy niż znikomy, ale niższy niż taki, który nie jest znaczny”²⁰, w myśl regulacji z art. 1 § 2 k.k.s., że „nie jest przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”.

Institucja wypadku mniejszej wagi decyduje zatem o bezprawności czynu, albowiem uznanie danego zachowania za wypadek mniejszej wagi nie powoduje jego całkowitej dekryminalizacji²¹.

Jeśli chodzi o zakres stosowania przedmiotowego kryterium ocenego w Kodeksie karnym skarbowym, to jest on znaczący, albowiem aktualnie występuje w Kodeksie karnym skarbowym przy 33 wykroczeniach skarbowych ujętych w Części szczególnej, tj. w art. 56a § 2, art. 56c § 2, art. 56d § 2, art. 57b § 2, art. 60 § 4, art. 61 § 2, art. 62 § 5, art. 64 § 7, art. 66 § 2, art. 67 § 4, art. 68 § 3, art. 69a § 2, art. 69c § 2, art. 70 § 5, art. 75b § 3, art. 80 § 4, art. 80c § 2, art. 80d § 2, art. 80e § 2, art. 80 f § 5, art. 83 § 2, art. 85 § 4, art. 90 § 3, art. 94 § 3, art. 95 § 2, art. 97 § 4, art. 106d § 2, art. 106j § 2, art. 106l § 2, art. 107 § 4, art. 107a § 2, art. 107b § 2 i art. 110a § 3.

W piśmiennictwie trafnie zauważa się wadliwość definicji legalnej wypadku mniejszej wagi, w zakresie jej techniczno-legislacyjnej konstrukcji²².

Po pierwsze wynika z niej, że nie czyn zabroniony, a wykroczenie skarbowe cechuje niski stopień społecznej szkodliwości. Niskim stopniem społecznej szkodliwości odznaczać się winien zaś sam czyn zabroniony²³. *De lege ferenda* należałoby zatem zmienić początek definicji legalnej, aby zaimek przymiotny „który” odnosił się do czynu zabronionego, nie zaś do wykroczenia skarbowego. W aktualnym stanie prawnym treść przepisu art. 53 § 8 k.k.s brzmi: „(...) wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, **które** w konkretnej sprawie (...) zawiera niski stopień spo-

¹⁹ J. Brzezińska, op. cit., s. 45.

²⁰ T. Grzegorzcyk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2009, LEX/el., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 3.

²¹ O. Włodkowski, op. cit., s. 27.

²² G. Łabuda, [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2017, komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 1; A. Piaseczny, A. Wielgolewska, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2012, komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 3.,

²³ G. Łabuda, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 1.

leczej szkodliwości czynu (...)”. W ocenie autora niniejszego opracowania treść przepisu po nowelizacji powinna brzmieć: „(...) wypadek mniejszej wagi jest to czyn zabroniony jako wykroczenie skarbowe, **który** w konkretnej sprawie (...) zawiera niski stopień społecznej szkodliwości czynu (...)”.

Po drugie wskazuje się, że poprzez wprowadzenie do Kodeksu karnego skarbowego legalnej definicji wypadku mniejszej wagi i uwzględnienie kryterium niskiej szkodliwości jako elementu przepoławienia określonego czynu w wykroczenie skarbowe spowodowało, że w ocenie ustawodawcy nie ma przestrzeni pomiędzy stopniem niskim a znikomym. Wynika to z faktu, że w Kodeksie karnym skarbowym jednoznacznie przyjęto, że nie jest przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.s.).²⁴

Po trzecie, konstrukcja definicji wypadku mniejszej wagi jest niespójna z art. 53 § 3 k.k.s., który definiuje wykroczenie skarbowe. Dosłowne ujęcie § 8 sugeruje, że nieprzekroczenie ustawowego progu nie jest wystarczające dla oceny danego przypadku jako wypadku mniejszej wagi, podczas gdy w świetle § 3 takie zdarzenie zawsze stanowi wykroczenie. Tym samym wydaje się, przynajmniej pozornie, że nie ma racjonalnego wyjaśnienia, dlaczego w § 8 ustawodawca wprowadził dodatkowy wymóg dokonania ustaleń przez sąd – mimo nieprzekroczenia ustawowego progu – czy sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowoprawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach²⁵. Wnioskować zatem należy, że wypadek mniejszej wagi nie będzie zazwyczaj odgrywać większej roli w sytuacji, gdy kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartości przedmiotu czynu nie przekracza pięciokrotnej wartości najniższego minimalnego wynagrodzenia, albowiem „mieści się” w ustawowej definicji wykroczenia skarbowego z art. 53 § 3 k.k.s.

L. Wilk twierdzi, że dopiero w sytuacji przekroczenia ustawowego progu sąd powinien poddać ocenie pobudki sprawcy, stopień zlekceważenia przez sprawcę porządku finansowo-prawnego lub reguł ostrożności²⁶. Jest to jednak pogląd zbyt daleko idący. W aktualnym stanie prawnym wypadek mniejszej wagi nie jest dopełnieniem treści art. 53 § 3 k.k.s. określającej wykroczenie skarbowe w ramach kryterium ilościowego (rzeczowego), lecz odrębną konstrukcją prawną, która umożliwi zakwalifikowanie czynu zabronionego jako wykroczenie skarbowe w ramach kryterium ocenego, jeśli konkretny przepis w części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego wprowadza taką możliwość. Dlatego też sąd powinien, mimo wątpliwości autora co do zasad-

²⁴ Ibidem.

²⁵ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2018, Legalis/El., komentarz do art. 107 k.k.s., teza 7.

²⁶ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 107 k.k.s., teza 7.

ności wprowadzania tego ustawowego wymogu, poddawać wskazane wyżej okoliczności prawnokarnej ocenie w każdym stanie faktycznym.

Jednakże należy się zgodzić z L. Wilkiem, że z uwagi na wprowadzenie przez ustawodawcę tak elastycznych kryteriów ocennych, nie można *a priori* założyć, w jakich okolicznościach czyn będzie stanowić przestępstwo, a kiedy wykroczenie skarbowe, co należy poddać krytyce²⁷.

Nie można zgodzić się z J. Michalskim, że ocena czy stopień społecznej szkodliwości czynu jest niski, jest bezprzedmiotowa, albowiem zdecydował o tym sam ustawodawca, kierując się kryterium ilościowym²⁸. Ustawodawca wprowadził bowiem celowo w 33 przepisach części szczególnej k.k.s. instytucję wypadku mniejszej wagi. Tym samym uznać należy, że w tych przypadkach samo odniesienie się do ustawowego progu jest niewystarczające lub niekiedy niemożliwe. Szczególnie, że niektóre z wykroczeń skarbowych nie opierają się bezpośrednio na wysokości uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie przez sprawcę należności publicznoprawnej, jak np. wykroczenie nieprowadzenia wbrew obowiązkowi księgi z art. 60 § 4 k.k.s., wykroczenie nierzetelnego prowadzenia księgi z art. 61 § 2 k.k.s., czy wykroczenie nielegalnego organizowania gry hazardowej lub uczestniczenia w zagranicznej grze hazardowej z art. 107 § 4 k.k.s. Tym samym należy dokonać w takich sytuacjach oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu, wychodząc poza kryterium rzeczowe, tj. ustawowego progu. Należy dokonać ustaleń w ramach kryterium ocennego, albowiem wymaga tego obowiązująca konstrukcja wypadku mniejszej wagi.

Przykładowo w sytuacji popełnienia czynu skarbowego z art. 107 § 2 k.k.s. i uzyskania przez uczestnika zagranicznej gry hazardowej wygranej pieniężnej, której wysokość nie przekracza ustawowego progu, czyn nie zawsze stanowić będzie wypadek mniejszej wagi (art. 107 § 2 w zw. z art. 107 § 4 k.k.s.), albowiem należy dokonać ustaleń w zakresie „ocennych” szczególnych okoliczności – zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych, tj. określić m.in., czy sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowo-prawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Wynik takich ustaleń może doprowadzić do wniosku, że nie mamy do czynienia z zachowaniem o niskim stopniu społecznej szkodliwości, np. z uwagi na wysokość środków przeznaczanych dotychczas na nielegalną grę hazardową przez sprawcę, czas oraz częstotliwość brania udziału w grze, a także w sytuacji, gdy uczestnik gry traktuje wygrane pieniężne jako drogę do łatwego osiągnięcia zysków lub trudni się hazardem w sposób „zawodowy”.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Por. J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe”*, 2000, LEX/el., komentarz do art. 107 k.k.s., teza 2.

Po czwarte, niezrozumiałe jest wprowadzenie przez normodawcę, przy instytucji wypadku mniejszej wagi, dwóch różnych kryteriów kwotowych: związanych raz z pięciokrotną, a raz z dwustukrotną wysokością najniższego wynagrodzenia, czyli kwotą małej wartości. Należy w tym kontekście zwrócić uwagę na użycie w przepisie art. 53 § 8 k.k.s. alternatywy rozłącznej poprzez wprowadzenie spójnika „albo”. W ocenie autora niniejszego opracowania zastosowanie przez normodawcę alternatywy rozłącznej przy konstruowaniu przedmiotowego przepisu przy jednoczesnym wskazaniu dwóch różnych kryteriów kwotowych skutkuje tym, że mamy do czynienia tak naprawdę z dwoma „wariantami” wypadku mniejszej wagi.

Pierwszy wariant dotyczy bowiem ustawowego progu, który wynosi pięciokrotność minimalnego wynagrodzenia z tym obwarowaniem, że sposób i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie wskazują na rażące lekceważenie przez sprawcę porządku finansowo-prawnego lub reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Drugi zaś wariant dotyczy „progu” małej wartości przedmiotu czynu z dodatkowym obwarowaniem, aby zachowanie wystąpiło z pobudek zasługujących na uwzględnienie, czyli dotyczy elementu o charakterze podmiotowym. Tym samym wysokość należności publicznoprawnej lub wartości przedmiotu czynu uznać należy za pierwszoplanowy kwantyfikatory przy rozstrzyganiu, z którym wariantem wypadku mniejszej wagi mamy do czynienia.

Należy odnotować, że ustawodawca przy kryterium kwotowym pięciokrotnej wysokości minimalnego wynagrodzenia nie posłużył się pojęciem wartości przedmiotu czynu zabronionego, a jedynie należności publicznoprawnej. Zdaniem autora niniejszego opracowania należy wnioskować, że z uwagi na posłużenie się zwrotem „w szczególności” w treści definicji z art. 53 § 8 k.k.s. przedmiotowe kryterium można odnieść również do wartości przedmiotu czynu zabronionego²⁹. Odmienna, wąska wykładnia prowadziłaby do konkluzji, w której wypadek mniejszej wagi, gdy mamy do czynienia z wartością przedmiotu czynu zabronionego (wartości dewizowe, wygrane pieniężne) może aktywować się wyłącznie wtedy, gdy sprawca działa jedynie z pobudek „zasługujących na uwzględnienie”, czyli w ramach drugiego kryterium kwotowego. Dla kontrastu, przy pobudkach „nagannych” dane zachowanie nie mogłoby zostać nigdy uznane za wykroczenie skarbowe jako wypadek mniejszej wagi, albowiem ustawodawca *expressis verbis* nie odnosi się do

²⁹ Odmiennie L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 7, T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 3 oraz F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Tom I. Komentarz (art. 1–53 k.k.s.), 2006, LEX/el., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 8, którzy uznają, że kryterium kwotowe 5-krotności odnosi się wyłącznie do progu należności publicznoprawnej. J. Michalski z kolei skłania się ku tezie, że wypadek mniejszej wagi przy kwocie małej wartości dotyczy zarówno wartości przedmiotu czynu, jak i należności publicznoprawnych: J. Michalski, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 2.

wartości przedmiotu czynu zabronionego. Przy rozstrzygnięciu powyższych wątpliwości należy mieć również na uwadze definicję wykroczenia skarbowego z art. 53 § 3 k.k.s., gdzie normodawca „powiązał” ustawowy próg zarówno z należnością publicznoprawną, jak i wartością przedmiotu czynu zabronionego.

Dyskusyjne jest jednak, czy drugie kryterium kwotowe wypadku mniejszej wagi (rozumiane jako mała wartość przedmiotu czynu) może dotyczyć, obok wartości przedmiotu czynu, także należności publicznoprawnych, albowiem ustawodawca odniósł się w definicji legalnej jedynie do wartości przedmiotu czynu zabronionego i nie posłużył się zwrotem „w szczególności”. Należy odnotować, że w rozdziale 6 k.k.s., który dotyczy przestępstw i wykroczeń skarbowych przeciwko obowiązkowi podatkowemu i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji, ustawodawca wprowadził wykroczenia skarbowe jako wypadki mniejszej wagi wtedy, gdy są związane z uszczupleniem należności publicznoprawnych, jak np. art. 64 § 7 k.k.s., który polega m.in. na bezprawnym wyprowadzaniu ze składu podatkowego wyrobów akcyzowych nieoznaczonych znakami akcyzy, z przeznaczeniem do dokonania ich dostawy wewnątrzspółnotowej lub eksportu. Z kolei wobec czynów polegających na bezpośrednim uszczupleniu czy na narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej, np. art. 54 § 3 k.k.s., ustawodawca nie zastosował konstrukcji wypadku mniejszej wagi, lecz kryterium ustawowego progu należności³⁰. Przy tych czynach wystąpienie małej wartości należności publicznoprawnej (np. art. 54 § 2 k.k.s.) powoduje, że mamy do czynienia z przestępstwem skarbowym w typie uprzywilejowanym, nie zaś z wykroczeniem skarbowym. Przyjmując zatem, że w przypadku kwoty małej wartości mielibyśmy do czynienia, w zależności od rodzaju czynu zabronionego, raz z wykroczeniem skarbowym, a raz z przestępstwem skarbowym w typie uprzywilejowanym, byłoby to niekonsekwencją ze strony ustawodawcy, gdyż powodowałoby brak wewnętrznej spójności Kodeksu karnego skarbowego i taki pogląd należy odrzucić. Tym samym zaaprobować należy pogląd, że drugie kryterium kwotowe (mała wartość) wypadku mniejszej wagi może dotyczyć jedynie wartości przedmiotu czynu.

W zakresie przesłanki pobudek zasługujących na uwzględnienie L. Wilk wskazuje, że przepis nie mówi o szczególnym, lecz zwykłym uwzględnieniu, zatem można uwzględnić wszystkie te pobudki, które nie zasługują na potępienie³¹. Nieco odmiennie wskazuje T. Grzegorzczak, który konstatuje, że mają to być pobudki, które należałoby uznać za szlachetne i niejako „usprawiedliwiające”³². Należy jednak zauważyć, że kryminalizowanym zachowa-

³⁰ G. Łabuda, [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 1.

³¹ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 9.

³² T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, op. cit., komentarz do art. 53 § 8 k.k.s., teza 3.

niom przeciwko obowiązkom z obszaru prawa finansowego, szczególnie prawa dewizowego i hazardowego, bardzo rzadko towarzyszą szlachetne czy nawet pozytywne pobudki, które to mają być główną „siłą napędową” zachowania sprawcy przy wypadku mniejszej wagi. Z tych względów praktyczne zastosowanie drugiego wariantu wypadku mniejszej wagi, ze zrozumiałych względów, ma nikłe zastosowanie w praktyce sądowej. *De lege ferenda* postulować należy usunięcie wariantu wypadku mniejszej wagi, związanego z kryterium małej wartości jako wyraz racjonalnego podejścia do odpowiedzialności karnoskarbowej. Wystąpienie u sprawcy wskazanych pobudek, w stanie faktycznym nadal podlegałoby uwzględnieniu w ramach oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu z uwagi na obecność kwantyfikatora związanego z motywacją sprawcy wśród okoliczności podmiotowych zawartych w art. 53 § 7 k.k.s., lecz byłoby rozpatrywane w ramach kryterium ilościowego (rzeczo-wego).

Wnioski

Instytucja wypadku mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym stanowi przykład uregulowania przez ramy prawa karnego skarbowego kategorii drobnych czynów zabronionych. Należy pozytywnie ocenić dążenie normodawcy do zmniejszenia zakresu zagrożenia ustawowego czynów zabronionych o niskim stopniu społecznej szkodliwości i decyzję o wprowadzeniu definicji legalnej pojęcia w prawie karnym skarbowym.

Dzięki zastosowaniu kryterium ocenego kontrawencjonalizacji udało się bez wątpienia uniknąć kazuistyki przepisów karnoskarbowych w części szczególnej k.k.s. Należy jednak podjąć dalsze działania, zmierzające do bardziej precyzyjnego opisanego przedmiotowej konstrukcji normatywnej. Krytyka techniki legislacyjnej definicji wypadku mniejszej wagi nie przekreśla jednak w żadnym stopniu korzyści płynących z wprowadzenia go do Kodeksu karnego skarbowego.

Zdaniem autora niniejszego artykułu, *de lege ferenda* należałoby zmienić początek definicji, aby zaimek przymiotny „który” odnosił się do czynu zabronionego, nie zaś do wykroczenia skarbowego.

Należy również postulować usunięcie wariantu wypadku mniejszej wagi, związanego z kryterium małej wartości i pobudkami zasługującymi na uwzględnienie. Sugestia autora dotycząca usunięcia przedmiotowego wariantu z treści przepisu art. 53 § 8 k.k.s. jest podyktowana, jak sygnalizowano szerzej we wcześniejszej części opracowania, „oderwaniem” wymogu występowania dodatnich pobudek w działaniu sprawcy od realiów przestępczości skarbowej oraz jej „ekonomicznego” charakteru.

Wykaz literatury

- Banasik K., *Typ uprzywilejowany czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 9.
- Baniak S., *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009.
- Brzezińska J., *Kilka uwag o „wypadku mniejszej wagi”*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, tom XXXI, Wrocław 2014.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.
- Doroszevska K., *Znaczenie klauzuli „wypadku mniejszej wagi” w polskim prawie karnym*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych UAM Poznań, Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2016, nr 6.
- Lewczyk P., *Wypadek mniejszej wagi w polskim kodeksie karnym (uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 7–8.
- Łabuda G., [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2017, LEX/el.
- Michalski J., *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe”*, 2000, LEX/el.
- Mucha D., *Paserstwa skarbowe w polskim prawie karnym skarbowym*, Opole, 2019.
- Nalikowski F., *Wysokość podatku narażonego na uszczuplenie*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 2.
- Grzegorzczak T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2009, LEX/el.
- Nowicka I., *Wykroczenia będące czynami przepołowionymi w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Szczytno 2010.
- Piaseczny A., Wielgolewska A., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, 2012, LEX/el.
- Plebanek E., *Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag w sporze o charakter instytucji i jego praktyczne konsekwencje*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 5.
- Prusak F., *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, [w:] M. Bojarski (red.), *System prawa karnego*, tom 11, Warszawa 2014.
- Stefańska B., *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1.
- Włodkowski O., *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym skarbowym*, „Monitor Podatkowy” 2014, nr 7.
- Zelga A., *Wypadki mniejszej wagi w kodeksie karnym*, „Palestra” 1972, 16/1 (169).

Summary

A minor accident in fiscal criminal law

Key words: a minor accident, contravenalisation, semi-forbidden acts.

The author analyses the provisions of the Fiscal Criminal Code in the scope of criteria for the division of criminal fiscal types of offences. Particular attention is devoted to the criterion for assessing contravenalisation, which occurs in fiscal criminal law as a minor accident. It postulates, among others, removing the minor accident variant related to the low-value criterion and the consideration of the motives. This is dictated by the “detachment” of the requirement for positive motives in the offender’s actions from the realities of fiscal crimes and its “economic” nature.

Jacek Gerwatowski

Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach

ORCID: 0000-0002-9127-7528

Bezpieczeństwo informacyjne w jednostkach samorządu terytorialnego

Wprowadzenie

W obecnej chwili wykorzystanie komputera jako narzędzia pracy, komunikacji czy rozrywki jest niemal powszechne. Jednak niestety bardzo często poziom świadomości użytkowników na temat tego, jak przebiega proces wymiany informacji w sieci jest zbyt niski. Co za tym idzie niezadowolająca jest też wiedza dotycząca zagrożeń i pułapek związanych z nieodpowiednim użytkowaniem narzędzi, jakim są Internet i systemy informatyczne. Rodzajów zagrożeń, które czyhają na nieświadomego użytkownika komputera podłączonego do Internetu jest naprawdę wiele. Można zaryzykować stwierdzenie, że nawet najlepsze oprogramowanie antywirusowe nie gwarantuje bezpieczeństwa, jeżeli użytkownik nie ma świadomości potencjalnych zagrożeń. Co więcej, jeśli mamy do czynienia z brakiem świadomości zagrożeń ze strony użytkownika, lub z ich bagatelizowaniem, zasadnym wydaje się stwierdzenie, że to człowiek staje się w tej sytuacji najsłabszym punktem systemu. Wykonywanie zadań, zarówno przez jednostki samorządu terytorialnego, jak i przedsiębiorstwa komercyjne, wymaga najczęściej przetwarzania związanych z nimi zbiorów danych. Proces ten wymaga zaangażowania zasobów organizacji o wymiernej wartości. Straty związane z naruszeniem bezpieczeństwa informacji trudno oszacować. W rezultacie możemy mieć do czynienia z różnego typu następstwami – utratą płynności funkcjonowania organizacji, utratą własności intelektualnej, koniecznością wypłacenia odszkodowań oraz konsekwencjami prawnymi¹. W odróżnieniu od tak zwanych „przeciętnych użytkowników” urzędnik powinien cechować się wyższym poziomem świadomości możliwych zagrożeń i co z tego wynika, być na nie podatny w zdecydowanie mniejszym stopniu. Zagrożenia bezpieczeństwa systemów

¹ P. Jatkiewicz, *Uwarunkowania zarządzania systemem bezpieczeństwa informacji w jednostkach samorządu terytorialnego*, praca doktorska, Uniwersytet Gdański, 2012, s. 8; T. Szatkowski (red.), *Bezpieczeństwo danych w sektorze publicznym*, Warszawa 2016, s. 57.

informatycznych, niezależnie od ich źródła, wywołane zarówno wskutek działań przestępczych, działań terrorystycznych czy niezamierzonych błędów, w szerszej skali mogą prowadzić do powstania zakłóceń w świadczeniu usług, które są dzisiaj uznawane za podstawowe, czyli w dostawach wody, usługach z zakresu opieki zdrowotnej, dostawach energii elektrycznej i usługach telefonii komórkowej.²

Mamy do czynienia z sytuacją, w której w coraz większym stopniu codzienne życie, interakcje społeczne i gospodarka uzależnione są od sprawnie funkcjonujących technologii informacyjno-komunikacyjnych. Technologie te stanowią obecnie fundament wzrostu gospodarczego i są zasobem o krytycznym znaczeniu. Opierają się na nich praktycznie wszystkie sektory gospodarki, począwszy od sektora finansowego, poprzez opiekę zdrowotną, energetykę i transport. Funkcjonowanie biznesu w wielu przypadkach opiera się na nieprzerwanej dostępności Internetu i na sprawnym funkcjonowaniu systemów informatycznych³. Należy rozgraniczyć pojęcia bezpieczeństwo informatyczne i bezpieczeństwo informacyjne. Chociaż są one ze sobą powiązane, nie należy używać ich zamiennie, ponieważ są to dwa odrębne pojęcia, pomiędzy którymi występują istotne różnice.

1. Pojęcie bezpieczeństwa w wymiarze informacyjnym i informatycznym

Pojęcie bezpieczeństwa może być definiowane w dwojaki sposób: w ujęciu negatywnym jako stan, w którym istotne z punktu widzenia podmiotu wartości nie są zagrożone, czyli jako przeciwieństwo zagrożenia. Bezpieczeństwo w ujęciu pozytywnym obejmuje kształtowanie pewności przetrwania, posiadania i swobód rozwojowych podmiotu, czyli jest rozumiane jako stan umożliwiający jednostce kreatywny rozwój⁴. Bezpieczeństwo nie jest danym „raz na zawsze” stanem mającym trwały charakter. Wręcz przeciwnie – jest dynamicznym, podlegającym ciągłym zmianom procesem społecznym, w ramach którego podmioty starają się doskonalić mechanizmy zapewniające im poczucie bezpieczeństwa. Bezpieczeństwo może być analizowane jedynie w określonym przedziale czasowym. Nie ma możliwości osiągnięcia „całkowitego bezpieczeństwa”. Termin bezpieczeństwo jest pojęciem, które może być analizowane na wielu zróżnicowanych płaszczyznach. Na każdej płaszczyź-

² Zob. Wspólny Komunikat do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Strategia bezpieczeństwa cybernetycznego Unii Europejskiej: otwarta, bezpieczna i chroniona cyberprzestrzeń* z dnia 7.02.2013, s. 3.

³ Ibidem, s. 2.

⁴ K. Gołaś, *Pojęcie bezpieczeństwa*, <http://geopolityka.net/pojecie-bezpieczenstwa/> (data dostępu: 25.09.2019).

nie mogą istnieć luki w systemie bezpieczeństwa, powodujące spadek jego poziomu.

Pojęcie „bezpieczeństwo informacyjne” nie doczekało się jednoznacznej wykładni. Często bywa błędnie utożsamiane z bezpieczeństwem informatycznym. W rezultacie tego sposobu rozumienia problemu informacja byłaby chroniona jedynie tam, gdzie ma ona postać elektroniczną. Tymczasem na bezpieczeństwo informacyjne składa się szereg innych procesów, w trakcie których informacja jest generowana, modyfikowana i przesyłana (także w formie werbalnej)⁵. Problematyka bezpieczeństwa informacyjnego obejmuje zarówno zabezpieczenia przed niepożądaną ingerencją w informacje i dane osobowe, jak również formy zabezpieczenia systemów teleinformatycznych przed destrukcyjnymi działaniami zewnętrznymi i wewnętrznymi obiektów.

Jednym z warunków bezpieczeństwa informacyjnego jest uzasadnione zaufanie podmiotu do jakości oraz dostępności pozyskiwanej i wykorzystywanej informacji, pojęcie bezpieczeństwa informacyjnego dotyczy zatem podmiotu (człowieka, organizacji), który może być zagrożony utratą zasobów informacyjnych albo otrzymaniem informacji o nieodpowiedniej jakości⁶.

Z pojęciem bezpieczeństwa związane są terminy: wyzwanie, szansa, ryzyko oraz zagrożenie. Wyzwanie jest pojęciem o najszerszym znaczeniu, zawierającym w sobie zarówno szanse, jak i zagrożenia. Wyzwanie można zdefiniować jako określoną sytuację lub informację o tej sytuacji. To, czy stanie się ono szansą, czy zagrożeniem, zależy od tego, czy we właściwym miejscu i czasie ta informacja zostanie właściwie odczytana i zinterpretowana, w efekcie czego zostaną podjęte adekwatne działania. Jeśli tak się dzieje, wyzwanie staje się szansą. W przeciwnym razie może stać się zagrożeniem⁷.

W związku z rozwojem elektroniki, powszechnością urządzeń zapewniających dostęp do Internetu, rozwojem sieci społecznościowych, informacja stała się narzędziem, czynnikiem dającym wiedzę, ale i mającym decydujący wpływ na bezpieczeństwo obywateli, organizacji, a nawet całych państw. Należy zwrócić uwagę nie tylko na pozytywny, ale i negatywny aspekt rozwoju nowych technologii. Postęp techniczny powoduje zmianę natury zagrożeń na świecie, gdyż w czasach powszechnego dostępu do technik informatycznych, rodzą się nowe niebezpieczeństwa⁸. Są one ściśle powiązane

⁵ K. Liderman, *Bezpieczeństwo informacyjne*, Warszawa 2012, s. 22, L Więcaszek-Kuczyńska, *Wybrane regulacje prawne w obszarze zagrożeń bezpieczeństwa informacyjnego. Część pierwsza. Obronność*, „Zeszyty Naukowe” 3 (11)/2014, s.141.

⁶ K. Liderman, op. cit., s. 22.

⁷ Por. M. Cieślarczyk, *Kultura bezpieczeństwa i obronności*, Siedlce 2011, s. 120–122.

⁸ K. Liderman, op. cit., s. 21–22.

z użytkowaniem sieci informatycznych i systemów informacyjnych, np. przestępstwa wykorzystujące komputer jako narzędzie, utrata informacji związana z włamaniami komputerowymi, złośliwymi kodami i wirusami, szpiegostwem czy sabotażem. Przykładem nowego rodzaju zagrożeń jest cyberterrorizm⁹.

Cyberprzestępczość¹⁰ jest jedną z najszybciej rozwijających się form przestępczości. Sprzyja temu specyficzny charakter sieci globalnej, który pozwala na częściową anonimowość sprawcy przestępstwa oraz łatwość dostępu do sieci. Jak wynika z danych policji w Polsce, w 2010 r. zgłoszono prawie 8 tysięcy przestępstw popełnionych w sieci, z czego w ponad 6 tysiącach przypadków zgłoszenia dotyczyły oszustw. W 2012 r. ogólna liczba przestępstw komputerowych oscylowała na poziomie 19 tysięcy, z czego około 3/4 przypadków stanowiły oszustwa. Według danych z 2015 r. liczba ta przekroczyła 20 tys. Znaczna liczba przestępstw komputerowych pozostaje ukryta w szarej strefie i nie zostaje ujęta w statystykach¹¹. Specyficzny charakter przestępstw popełnianych w cyberprzestrzeni powoduje, że wiele tego typu czynów pozostaje niewykrytych lub nie są one poprawnie identyfikowane jako przestępstwa. Można założyć, że powodem takiego stanu rzeczy jest, z jednej strony, sam użytkownik komputera lub innego urządzenia, który nie zdaje sobie sprawy z tego, że padł ofiarą przestępstwa, z drugiej zaś zdarzenia, które są wykrywane i poprawnie kwalifikowane jako przestępne, ale nie zawsze zostają zgłoszone do ścigania¹². Według danych z 2011 r. łączna wartość globalnych strat ponoszonych na skutek popełniania cyberprzestępstw kształtuje się na poziomie 388 miliardów dolarów rocznie. Kluczowe dla zapewnienia bezpieczeństwa jest to, by właściwe podmioty były w stanie odpowiednio szybko zdefiniować źródło potencjalnych zagrożeń i podjąć adekwatne działania¹³. Niewystarczająca liczba pracowników, wykwalifikowanych w dziedzinie bezpieczeństwa informacyjnego, brak systemu finansowania przedsięwzięć na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa informacyjnego czy brak

⁹ Cyberprzestępczość obejmuje różnego rodzaju działalność, w której komputery i systemy informatyczne są wykorzystywane jako podstawowe narzędzie przestępcze lub są głównym celem działania przestępczego. Obejmuje tradycyjne przestępstwa (np. nadużycia finansowe, fałszerstwa), przestępstwa związane z treściami (np. dystrybucja w sieci pornografii dziecięcej) oraz przestępstwa typowe dla komputerów i systemów informatycznych (np. ataki na systemy informatyczne, w tym ataki prowadzące do zablokowania usług/systemów, oraz złośliwe oprogramowanie).

¹⁰ Por. K. Krassowski, *Kilka uwag o kryminalistyce w świecie informacji cyfrowej oraz stojących przed nią wyzwaniach*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, s. 153–154.

¹¹ Zob. M. Kliś, *Przestępczość w Internecie. Zagadnienia podstawowe*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1.

¹² J. Wasilewski-Przestępczość w cyberprzestrzeni – zagadnienia definicyjne, <https://www.abw.gov.pl/pl/pbw/publikacje/przeglad-bezpieczenstwa-7/1304,Przeglad-Bezpieczenstwa-Wewnetrznego-nr-15-8-2016.html> (data dostępu: 25.09.2019).

¹³ P. Bączek, *Zagrożenia informacyjne a bezpieczeństwo państwa polskiego*, Toruń 2006, s. 7.

efektywnego systemu kształcenia i szkolenia w zakresie bezpieczeństwa informacyjnego, stanowią potencjalne ryzyko¹⁴.

Na podstawie przytoczonych informacji, z dużym prawdopodobieństwem można wnioskować, że skala zysków, które potencjalnie generuje cyberprzestępczość czyni ten rodzaj działalności jedną z najbardziej dochodowych gałęzi przestępczości. Proceder ten przyciąga nie tylko drobnych złodziei czy oszustów, lecz także cybergangi, które wyspecjalizowały się w nowoczesnych technologiach lub „konwencjonalne”, zorganizowane grupy przestępcze, które chcą rozszerzyć swoją działalność. Przepęstwa dokonywane w cyberprzestrzeni zapewniają sprawcy wyższy poziom bezpieczeństwa niż inny rodzaj działalności przestępczej – zarówno jeśli chodzi o wymiar sprawiedliwości, ale również działania innych przestępców¹⁵. Techniki stosowane w cyberprzestępczości rozwijają się coraz szybciej, organy ścigania nie są w stanie zwalczać cyberprzestępczości przy użyciu przestarzałych narzędzi operacyjnych. Każdy słaby punkt systemów informatycznych może okazać się dla przestępcy potencjalnym atutem.

Zgodnie ze statystykami prowadzonymi przez policję, w 2016 r. stwierdzono 218 przestępstw dotyczących ujawnienia tajemnicy służbowej i zawodowej¹⁶, w 139 przypadkach zostało wszczęte postępowanie. W tym samym roku zostało wszczętych 3401 postępowań dotyczących naruszenia tajemnicy korespondencji¹⁷, w 2718 przypadkach stwierdzono popełnienie przestępstwa. W przypadku udaremniania lub utrudniania korzystania z informacji stwierdzono popełnienie 789 przestępstw tego rodzaju. Popełnienie przestępstw związanych z niszczeniem danych informatycznych stwierdzono w 6 przypadkach. W przypadku sabotażu komputerowego stwierdzone zostało popełnienie 38 przestępstw. Z kolei przestępstwo dotyczące wytwarzania programów komputerowych, służących do popełniania przestępstw, stwierdzono w 39 przypadkach¹⁸. Natomiast jeśli chodzi o rok 2017, postępowanie zostało wszczęte w 374 przypadkach, stwierdzono 179 przestępstw, wykryto 114. Globalna liczba przestępstw komputerowych w 2018 r. to 700 milionów¹⁹.

¹⁴ Doktryna Bezpieczeństwa Informacyjnego RP, https://www.bbn.gov.pl/ftp/dok/01/Projekt_Doktryny_Bezpieczenstwa_Informacyjnego_RP.pdf (data dostępu: 25.09.2019); D. Sołodow, *Regulacje prawne dotyczące bezpieczeństwa w sieci Internet (na przykładzie prawa internetowego Federacji Rosyjskiej)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31, s. 197–208.

¹⁵ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość. Wybrane aspekty prawnokarne i kryminalistyczne*, praca doktorska, Uniwersytet w Białymstoku 2017, s. 74.

¹⁶ Art. 266 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

¹⁷ Ibidem, art. 267.

¹⁸ Przepęstwa przeciwko ochronie informacji, <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno-14> (data dostępu: 25.09.2019).

¹⁹ A. Bera, *83 przerażające statystyki dotyczące cyberprzestępczości*, <https://safeatlast.co/blog/cybercrime-statistics/> (data dostępu: 25.09.2018).

Zwalczanie cyberprzestępczości w państwach członkowskich Unii Europejskiej jest wspierane między innymi przy pomocy programów finansowania, w identyfikowaniu braków i zwiększaniu zdolności w zakresie prowadzenia dochodzeń i zwalczania cyberprzestępczości²⁰. Komisja wspiera organy zapewniające kontakty między środowiskiem naukowym/akademickim, podmiotami odpowiedzialnymi za egzekwowanie prawa i sektorem prywatnym. Współpracuje również z utworzonym w ramach Europolu, Europejskim Centrum ds. Walki z Cyberprzestępczością (EC3) oraz z Eurojustem, w celu dostosowania rozwiązań politycznych do najlepszych praktyk z punktu widzenia operacyjnego²¹. Z uwagi na wielowymiarowy charakter zagrożeń należy wykorzystywać synergię między cywilnymi i wojskowymi koncepcjami dotyczącymi ochrony krytycznych zasobów cybernetycznych. Działania te powinny być wspierane przez bliższą współpracę między rządami, sektorem prywatnym i środowiskiem akademickim w UE oraz prace badawczo-rozwojowe²². Wsparciem w tych działaniach ma być program „Horyzont 2020”²³. Podstawę współpracy międzynarodowej w dziedzinie zwalczania cyberprzestępczości stanowi konwencja budapeszteńska. Współpraca obejmuje między innymi wymianę najlepszych praktyk, dzielenie się informacjami, wydawanie wczesnych ostrzeżeń, wspólne ćwiczenia w zakresie reagowania na incydenty.

Istotną regulacją w zakresie cyberbezpieczeństwa jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylene rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie).

ENISA, m.in. poprzez oferowane doradztwo i pomoc, niezależność naukowo-techniczną oraz przejrzystość procedur działania, ma stanowić ośrodek wiedzy fachowej w dziedzinie cyberbezpieczeństwa. Katalog zadań i celów ENISA jest obszerny. Jako przykładowe cele ENISA można wymienić²⁴:

– wsparcie w zakresie budowy potencjału i gotowości w całej Unii, poprzez pomoc instytucjom, organom i jednostkom organizacyjnym Unii, jak

²⁰ W 2013 r. – w ramach programu „Zapobieganie i walka z przestępczością” (ISEC). Po 2013 r. – w ramach Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego (instrument w ramach wieloletnich ram finansowych).

²¹ Zob.: Strategia bezpieczeństwa cybernetycznego Unii Europejskiej: otwarta, bezpieczna i chroniona cyberprzestrzeń z dnia 7.02.2013, s. 11–14.

²² Zob. *ibidem*, s. 13.

²³ Zob. Horyzont 2020, http://www.kpk.gov.pl/?page_id=59 (data dostępu: 25.09.2019).

²⁴ Szerzej na ten temat zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17.04.2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylene rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie).

również państwom członkowskim oraz interesariuszom z sektora publicznego i prywatnego w zwiększeniu ochrony ich sieci i systemów informatycznych, tworzeniu i ulepszaniu cyberodporności i zdolności reagowania oraz w rozwijaniu umiejętności i kompetencji w dziedzinie cyberbezpieczeństwa;

- propagowanie współpracy, w tym wymiany informacji i koordynację na poziomie unijnym, pomiędzy państwami członkowskimi, instytucjami, organami i jednostkami organizacyjnymi Unii oraz odpowiednimi interesariuszami z sektora publicznego i prywatnego w kwestiach związanych z cyberbezpieczeństwem;

- przyczynianie się do zwiększania zdolności w zakresie cyberbezpieczeństwa na poziomie unijnym w celu wspierania działań państw członkowskich służących zapobieganiu cyberzagrożeniom i reagowaniu na nie, w szczególności w przypadku incydentów transgranicznych;

- propagowanie wysokiego poziomu wiedzy na temat cyberbezpieczeństwa, w tym cyberhigienę i umiejętności cyfrowe wśród obywateli, organizacji i przedsiębiorstw.

Z kolei do zadań ENISA należy między innymi²⁵:

- wspieranie państw członkowskich przy wdrażaniu konkretnych, dotyczących cyberbezpieczeństwa, aspektów polityki i prawa Unii, związanych z ochroną danych i prywatnością, w tym poprzez zapewnianie doradztwa Europejskiej Radzie Ochrony Danych na jej wniosek;

- pomoc państwom członkowskim w ich staraniach na rzecz poprawy w zakresie zapobiegania cyberzagrożeniom i incydentom, ich wykrywania i analizowania oraz zdolności reagowania na cyberzagrożenia i incydenty – poprzez zapewnianie państwom członkowskim wiedzy fachowej;

- udzielanie pomocy państwom członkowskim w opracowywaniu krajowych strategii w zakresie bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych, jeżeli zwrócono się o taką pomoc na podstawie art. 7 ust. 2 dyrektywy (UE) 2016/1148, oraz promowanie działania na rzecz upowszechniania tych strategii i odnotowywanie postępów w ich wdrażaniu w całej Unii w celu propagowania najlepszych praktyk;

- przeprowadzanie analizy powstających technologii i przedstawianie tematycznych ocen dotyczących spodziewanego społecznego, prawnego, gospodarczego i regulacyjnego wpływu innowacji technologicznych na cyberbezpieczeństwo.

E. Nowak i M. Nowak definiują bezpieczeństwo informacyjne jako stan warunków zewnętrznych i wewnętrznych dopuszczających, aby państwo swobodnie rozwijało swoje społeczeństwo informacyjne. Za warunki osiągnięcia bezpieczeństwa informacyjnego przywołani autorzy przyjmują:²⁶

²⁵ Ibidem.

²⁶ L. Więcaszek-Kuczyńska, *Zagrożenia bezpieczeństwa informacyjnego, obronność*, „Zeszyty Naukowe” 2 (10)/2014, s. 4.

- niezagrożone strategiczne zasoby państwa;
- decyzje organów władzy podjęte na podstawie wiarygodnych, istotnych informacji;
- niezakłócony przepływ informacji pomiędzy organami państwa;
- niezakłócone funkcjonowanie sieci teleinformatycznych tworzących krytyczną infrastrukturę teleinformatyczną państwa;²⁷
- zagwarantowaną przez państwo ochronę informacji niejawnych i danych osobowych obywateli;
- zasadę, że prawo do prywatności obywateli jest nienaruszane przez instytucje publiczne;
- swobodny dostęp obywateli do informacji publicznej.

Pojęcie bezpieczeństwa informacyjnego jest stosowane także do informacji spoza systemu teleinformatycznego, pojawiających się na nośnikach kiedyś standardowych, np. dokumentach papierowych, mikrofilmach, a polityka bezpieczeństwa informacji obejmuje proces korzystania z informacji bez względu na sposób jej przetwarzania i dotyka zarówno systemów prowadzonych tradycyjnie (archiwa, kartoteki, dokumenty papierowe), jak i systemów komputerowych²⁸.

W skład systemu teleinformatycznego wchodzi urządzenia, narzędzia, metody postępowania i procedury stosowane przez wyspecjalizowanych pracowników, w sposób zapewniający bezpieczne wytwarzanie, przechowywanie, przetwarzanie lub przekazywanie informacji²⁹. Sieć teleinformatyczna to organizacyjne i techniczne połączenie systemów teleinformatycznych³⁰. Sieci i systemy służące do przetwarzania informacji niejawnych podlegają akredytacji bezpieczeństwa teleinformatycznego przez służby ochrony państwa.

2. Klasyfikacja zagrożeń bezpieczeństwa informacyjnego

Zagrożenia można sklasyfikować w następujący sposób³¹:

- siły natury (pożar, powódź, epidemie), błędy ludzi i ich działania według błędnych lub niewłaściwych procedur, celowe, szkodliwe działanie ludzi, awarie sprzętu komputerowego, awarie oprogramowania, awarie zasilania;

²⁷ Do infrastruktury krytycznej państwa zaliczane są między innymi systemy informacyjne państw i przedsiębiorstw.

²⁸ A. Nowak, W. Scheffs, *Zarządzanie bezpieczeństwem informacyjnym*, Warszawa 2010, s. 40.

²⁹ Art. 3 ustawy z dnia 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2005 r. Nr 64, poz. 565).

³⁰ Zob. *Sieć teleinformatyczna*, http://www.archiwistyka.pl/artykuly/slownik/siec_teleinformatyczna (data dostępu: 25.09.2019).

³¹ P. Bączek, *Zagrożenia informacyjne a bezpieczeństwo państwa polskiego*, Toruń 2006, s. 72–73.

– zagrożenia losowe – klęski żywiołowe, katastrofy, wypadki, które wpływają na stan bezpieczeństwa informacyjnego organizacji (np. pożar budynku, w którym przechowywane są nośniki informacji);

– tradycyjne zagrożenia informacyjne – szpiegostwo, działalność dywersyjna lub sabotażowa, ofensywa dezinformacyjna prowadzona przez obce państwa lub osoby, podmioty, organizacje;

– zagrożenia technologiczne – zagrożenia związane z gromadzeniem, przetwarzaniem i przekazywaniem informacji w sieciach teleinformatycznych (m. in. cyberterroryzm);

– zagrożenia odnoszące się do praw obywatelskich osób lub grup społecznych, m.in. sprzedaż informacji, przekazywanie informacji podmiotom nieuprawnionym, naruszanie przez władze prywatności, bezprawne ingerencje służb specjalnych, ograniczenie jawności życia publicznego.

Przykładowymi technikami włamań do systemów informacyjnych są³²:

– celowe inicjowanie awarii;
– wywoływanie fałszywych alarmów (uśpienie czujności);
– atak słownikowy³³;
– wirusy, robaki³⁴, konie trojańskie, inne aplikacje destabilizujące sprawność systemu;

– programy wykorzystujące błędy w systemach operacyjnych i oprogramowaniu użytkowym;

– nieuprawnione ujawnienie informacji, tzw. wyciek lub przeciek;
– działalność grup celowo manipulujących przekazem informacji;
– walka informacyjna³⁵.

Często sami możemy zaobserwować działania, które przez brak wiedzy lub świadomości użytkowników prowadzą do ujawnienia bądź utraty ważnych informacji, np. tak oczywiste działania, jak naklejenie na monitor kartki z hasłami dostępu do stanowiska pracy, kont czy portali społecznościowych, bałagan na biurku, pozostawianie bez nadzoru dokumentów firmowych, finansowych lub handlowych, wyrzucanie na śmietnik korespondencji z istotnymi dla podmiotu informacjami, zagubienie nośnika danych. Informacje takie, jak wyniki sprzedaży, oferty, dane osobowe i finansowe, prawnie zastrzeżone szczegóły techniczne, plany podróży i transportu oraz wiele

³² A. Żebrowski, W. Kwiatkowski, *Bezpieczeństwo informacji III Rzeczypospolitej*, Kraków 2000, s. 73.

³³ Zob. Securelist, *atak słownikowy*, https://www.securelist.pl/glossary/7415,atak_slownikowy.html (data dostępu: 25.09.2019).

³⁴ Zob. Omegasoft, *Jak działa robak komputerowy*, <https://www.omegasoft.pl/Robak-komputerowy> (data dostępu: 25.09.2019).

³⁵ A. Żebrowski, *Walka informacyjna wsparciem terroryzmu islamskiego*, <http://geopolityka.net/andrzej-zebrowski-walka-informacyjna-wsparciem-terroryzmu-islamskiego/> (data dostępu: 13.11.2018).

innych, których ujawnienie może spowodować szkody, są często przesyłane jako niechronione, nawet wtedy, kiedy pracownik posiada dostęp do chronionego systemu poczty elektronicznej. Podobne skutki może ponadto spowodować używanie haseł o niewystarczającym stopniu trudności. Każdego roku jest tworzona lista najczęściej używanych haseł w Internecie³⁶. Takie zachowania możemy zaobserwować praktycznie w codziennym życiu. Dlatego ważna jest świadomość istniejących zagrożeń, korzystanie w sposób mądry i odpowiedzialny z możliwości, które daje technologia. Dla podniesienia poziomu bezpieczeństwa informacyjnego ważne jest, by ta kwestia była postrzegana jako priorytet, również przez firmy zajmujące się tworzeniem oprogramowania czy dostawców usług informacyjnych. Takim samym podejściem muszą wykazywać się też producenci urządzeń.

Mimo opisanych wcześniej zagrożeń związanych z rozwojem nowych technologii nie należy jednak zapominać o korzyściach, jakie ten rozwój ze sobą niesie. Niewątpliwie wśród takich korzyści należy wymienić rozwój potencjału naukowego. Kolejnym plusem jest szybkość przesyłania i dostępu do informacji czy możliwość szybkiej komunikacji z ludźmi na całym świecie. Nie bez znaczenia jest też rola technologii informacyjnych w przedsiębiorstwie. Dzięki niej może ono bardziej efektywnie realizować swoje zadania, poprzez automatyzację, przyspieszenie przebiegu procesów, redukcję kosztów. Zastosowanie nowych technologii pozwala na dotarcie do nowych grup klientów i wprowadzenie na rynek innowacyjnego produktu.

Dzięki zapewnieniu dostępu do usług publicznych drogą elektroniczną świadczenie usług administracyjnych może stać się bardziej produktywnie i efektywne. Możliwe będzie zapewnienie najwyższej jakości usług dla obywateli i firm, przy możliwie najniższych kosztach dla podatników, a w rezultacie obsługa społeczeństwa stanie się tańsza i szybsza³⁷. Rozwój systemu e-administracji (e-government)³⁸ może wpłynąć na odbiurokratyzowanie, odformalizowanie, dostępność, sprawność oraz szybkość działania administracji³⁹. Komunikacja pomiędzy organem a obywatelem zostałaby pozbawiona zbędnych formalności, a to wpłynęłoby na oszczędność kosztów, a przede wszystkim czasu.

W konsekwencji urzędy mogłyby stać się bardziej przyjazne dla obywatela. Jednak warunkiem, aby tak się stało jest zmiana sposobu podejścia

³⁶ Lista najpopularniejszych haseł w 2017 r., <https://pclab.pl/news76521.html> (data dostępu: 25.09.2019).

³⁷ M. Butkiewicz, *Internet w instytucjach publicznych. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2006, s. 60.

³⁸ R. Biskup, M. Ganczar, *Komunikacja elektroniczna w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 1, s. 59.

³⁹ Szerzej na ten temat: W. Kasprzak, *Zagrożenie bezpieczeństwa cyfrowego Polski na przykładzie cyberwojny w Estonii*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31, s. 109–110.

kadr do załatwiania spraw oraz prowadzenie aktywnych działań podnoszących świadomość obywateli na temat użyteczności rozwiązań elektronicznych⁴⁰.

3. Zadania jednostek samorządu terytorialnego w zakresie ochrony bezpieczeństwa informacyjnego

3.1. Dostęp do informacji publicznej i jego ograniczenia

Termin informacja publiczna został zdefiniowany jako każda informacja o sprawach publicznych. W szczególności są to informacje o: polityce wewnętrznej i zagranicznej, organach władzy publicznej, informacja o stanie państwa, samorządów i ich jednostek organizacyjnych, majątku publicznym⁴¹. Do udostępniania informacji publicznych zobowiązane są między innymi podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego, jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego albo podmioty reprezentujące zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa⁴².

Prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje każdemu i obejmuje uzyskanie informacji publicznej przetworzonej w zakresie istotnym dla interesu publicznego, wgląd do dokumentów urzędowych oraz posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej.

Udostępnienie informacji publicznej następuje w drodze publikacji w BIP, wyłożenia czy wywieszenia w miejscach ogólnie dostępnych, zainstalowanie w tych miejscach urządzenia umożliwiającego zapoznanie się z tą informacją, jak również udzielenie jej w formie pisemnej lub ustnej. Dotyczy to również udostępniania materiałów, w tym audiowizualnych i teleinformatycznych, dokumentujących posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej⁴³. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji nakłada obowiązek, aby informacje publiczne zawarte w BIP były dostępne dla odwiedzających przez całą dobę bez przerwy, z wyjątkiem sytuacji awaryjnych. W przypadku awarii, brak dostępności dla odwiedzających strony BIP nie może przekraczać 24 godzin. Strony BIP muszą mieć zaimplementowane rozwiązania chroniące przed celowym spowolnieniem lub uniemożli-

⁴⁰ Szerzej na ten temat zob. D. Fleszer, *Funkcjonowanie Elektronicznej Administracji na Przykładzie EPUAP*, „Roczniki Administracji i Prawa” Rok XII (2012), s. 119–138.

⁴¹ Zob. art. 6 ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198).

⁴² Ibidem, art. 4.

⁴³ Por. K. Wilko, *Jakie są zasady udostępniania informacji publicznej*, https://samorząd.infor.pl/temat_dnia/387047,Jakie-sa-zasady-udostepniania-informacji-publicznej.html (data dostępu: 25.09.2019).

wieniem dostępu do ich zasobów. Podmioty prowadzące BIP mają obowiązek wyznaczenia osób odpowiedzialnych za zmiany treści udostępnionej informacji publicznej. Mają one dostęp do panelu administracyjnego strony BIP w oparciu o mechanizmy identyfikacji i autoryzacji, nad którymi nadzór sprawuje administrator BIP. Do zadań administratora należy również kontrola w każdy powszedni dzień, dziennika zmian treści strony, w który musi być ona wyposażona i który działa w sposób automatyczny. Strony BIP winny być chronione przez programowy lub programowo-sprzętowy moduł bezpieczeństwa, zapobiegający zniszczeniu lub nieuprawnionej modyfikacji informacji publicznych, zawartych w BIP. Nie później niż dobę po zaistnieniu zmiany treści informacji jest wykonywana kopia bazy informacji na odrębnym nośniku danych⁴⁴.

Prawo dostępu do informacji publicznej w określonych na podstawie ustawy sytuacjach podlega ograniczeniu. Przesłanki do ograniczenia tego prawa stanowi między innymi ochrona wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochrona porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa⁴⁵. W art. 22 ustawy o dostępie do informacji publicznej wskazano m.in. następujące „tajemnice”, które mogą być powodem ograniczenia: ochrona danych osobowych, tajemnica służbowa, skarbowa, statystyczna. Wymienione przykłady nie stanowią zamkniętego katalogu, ograniczenie dostępu do informacji publicznej może też wynikać z przepisów innych ustaw.

3.2. Ochrona informacji niejawnych

Termin informacja niejawna został zdefiniowany jako informacja, której nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania⁴⁶. Zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, podmiotami ustawy z mocy prawa są m.in.:

- Sejm i Senat;
- Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej;
- organy administracji rządowej, w tym Prezes Rady Ministrów, ministrowie;

⁴⁴ Por. M. Grzegorzczak, *Zasady działania i wymagania techniczne BIP*, <http://www.bip.nia.org.pl/page/17/zasady-dzialania-i-wymagania-techniczne-bip.html> (data dostępu: 16.11.2018).

⁴⁵ Por. art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483). Por. art 5. ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198).

⁴⁶ Art. 1 ustawy z dnia 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228).

– organy jednostek samorządu terytorialnego, a także inne podległe im jednostki organizacyjne lub przez nie nadzorowane, w tym wójtowie, burmistrzowie i prezydenci miast, radni;

- sądy i trybunały;
- Narodowy Bank Polski.

Za ochronę informacji niejawnych odpowiada kierownik jednostki organizacyjnej, która je przetwarza oraz powołany przez niego pełnomocnik do spraw ochrony informacji niejawnych⁴⁷. Do zadań pełnomocnika, jego zastępcy oraz wyspecjalizowanej komórki zwanej pionem ochrony należy⁴⁸:

– zapewnienie ochrony informacji niejawnych, w tym ich ochrony fizycznej;

– zapewnienie ochrony systemów i sieci teleinformatycznych, w których są wytwarzane, przetwarzane, przechowywane lub przekazywane informacje niejawne;

– kontrola ochrony informacji niejawnych oraz przestrzegania przepisów o ochronie tych informacji;

– okresowa kontrola ewidencji, materiałów i obiegu dokumentów;

– szkolenie pracowników w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Informacje niejawne o przyznanej klauzuli tajności mogą być wytwarzane, przetwarzane, przekazywane oraz przechowywane w warunkach, które uniemożliwiają ich nieuprawnione ujawnienie. Warunki te określa rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie organizacji i funkcjonowania kancelarii tajnych oraz sposobu i trybu przetwarzania informacji niejawnych. Kancelaria tajna powinna być zlokalizowana w strefie bezpieczeństwa – obszarze o ograniczonym dostępie osób trzecich i spełniać określone w rozporządzeniu warunki dotyczące budowy i wyposażenia w środki ochrony fizycznej.

Wyróżniamy następujące klauzule tajności: ściśle tajne, tajne, poufne i zastrzeżone⁴⁹. Chronione bez względu na upływ czasu pozostają dane identyfikujące funkcjonariuszy, żołnierzy i pracowników służb i instytucji uprawnionych do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz osób, które udzielały im pomocy⁵⁰. Dostęp do informacji niejawnych mogą mieć jedynie osoby uprawnione, posiadające poświadczenie bezpieczeństwa wydane przez odpowiednie służby, po przeprowadzeniu postępowania sprawdzającego, które przeszły odpowiednie szkolenie oraz jednostki organizacyjne wykonujące umowy związane z ich przetwarzaniem⁵¹. Jednostki te mają jed-

⁴⁷ Ibidem, art. 14.

⁴⁸ Ibidem, art. 15.

⁴⁹ Ibidem, art. 5.

⁵⁰ Ibidem, art. 7.

⁵¹ Por. M. Cyrankiewicz, *Kto może mieć dostęp do informacji niejawnych*, <https://www.rp.pl/artykul/941574-Kto-moze-miec-dostep-do-informacji-niejawnych.html> (data dostępu: 25.09.2019); *Bezpieczeństwo przemysłowe*, <https://bip.abw.gov.pl/bip/informacje-niejawne-1/nadzor-nad-sytemem-oc/bezpieczenstwo-przemysl/148,BEZPIECZENSTWO-PRZEMYSLOWE.html> (data dostępu: 25.09.2019); *Bezpieczeństwo osobowe*, http://www.iniejawna.pl/pomoc/przyc_pom/6_bezpieczenstwo_osobowe.html (data dostępu: 25.09.2019).

nak obowiązek zapewnienia odpowiednich warunków ochrony potwierdzonych świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego, wydawanym przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego lub Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

4. Obowiązki inspektora ochrony danych oraz administratora bezpieczeństwa systemów informatycznych

4.1. Obowiązki inspektora ochrony danych

Inspektor ochrony danych jest powołany przez administratora danych osobowych w celu sprawowania nadzoru nad bezpieczeństwem danych osobowych w firmie lub organizacji⁵². Wypełnia również zadania, wskazane w ustawie o ochronie danych osobowych oraz rozporządzeniach wykonawczych⁵³. Do zadań inspektora ochrony danych należy między innymi informowanie administratora, podmiotu przetwarzającego oraz pracowników, którzy przetwarzają dane osobowe, o obowiązkach spoczywających na nich na mocy RODO oraz innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych i doradzanie im w tym zakresie, monitorowanie przestrzegania RODO, innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych oraz polityk administratora danych lub podmiotu przetwarzającego w dziedzinie ochrony danych osobowych, w tym podział obowiązków, działania zwiększające świadomość, szkolenia personelu uczestniczącego w operacji przetwarzania oraz powiązane z tym audyty⁵⁴.

Dotychczas, powołanie inspektora ochrony danych nie było obowiązkowe, jednak z dniem 25 maja 2018 r. weszło w życie rozporządzenie ogólne Parlamentu Europejskiego w sprawie ochrony danych osobowych. Jego celem jest ujednoczenie przepisów dotyczących ochrony danych osobowych na terenie całej Unii Europejskiej. Rozporządzenie nakłada na administratorów danych konieczność powołania takiego podmiotu w organizacji.

Jego powołanie stało się obowiązkowe dla trzech rodzajów podmiotów. Po pierwsze są to wszystkie podmioty sektora publicznego, z wyłączeniem

⁵² *Niezbędnik administratora bezpieczeństwa informacji*, Warszawa 2017, s. 7.

⁵³ Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11.05.2015 r. w sprawie trybu i sposobu realizacji zadań w celu zapewniania przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych przez administratora bezpieczeństwa informacji (Dz.U. z 2015 r., poz. 745); rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11.05.2015 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez administratora bezpieczeństwa informacji rejestru zbiorów danych (Dz.U. z 2015 r., poz. 719).

⁵⁴ Szerzej na ten temat: *RODO – Inspektor Ochrony Danych Osobowych zamiast Administratora Bezpieczeństwa Informacji*, <http://4itsecurity.pl/blog/2-Dane-osobowe/93-rodo-inspektor-ochrony-danych-osobowych-zamiast-administratora-bezpieczenstwa-informacji.html> (data dostępu: 25.09.2019).

sądów. Drugą grupę podmiotów stanowią podmioty, które przetwarzają dane osobowe na dużą skalę i stanowi to ich główny profil działalności, jak również te podmioty, które przetwarzają dane na ich zlecenie. Do trzeciej grupy należą podmioty, których głównym profilem działalności jest przetwarzanie danych osobowych, danych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa (tak zwanych wrażliwych danych) oraz podmioty, które na ich zlecenie zajmują się przetwarzaniem takich danych⁵⁵.

4.2. Obowiązki administratora systemów informatycznych

Administrator systemów informatycznych⁵⁶ współpracuje z inspektorem ochrony danych oraz dba o bezpieczeństwo przetwarzanych danych pod kątem teleinformatycznym. Funkcja administratora systemów informatycznych nie wynika wprost z przepisów prawa, ukształtowała się w ramach praktyki. Osobą pełniącą funkcję administratora systemów informatycznych może być pracownik zatrudniony w firmie na podstawie umowy cywilnoprawnej lub umowy o pracę (osoba z wewnątrz organizacji) lub ktoś spoza niej (tzw. outsourcing ASI). Osoba z wewnątrz organizacji, oprócz odpowiedniej wiedzy w zakresie IT⁵⁷, powinna posiadać nadane upoważnienie do przetwarzania danych osobowych. Do zadań administratora systemów informatycznych należy⁵⁸:

– systematyczne kontrolowanie zastosowanych środków technicznych i organizacyjnych, zapewniających ochronę przetwarzanych danych osobowych, odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną, w szczególności kontrola pod kątem zabezpieczenia danych przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych, zgodnie z ustawą o ochronie danych osobowych, powinny być sprawdzane przynajmniej raz na 5 lat;

⁵⁵ K. Gałaj-Emiljańczyk, *Administrator bezpieczeństwa informacji, Inspektor ochrony danych, Kompetencje, obowiązki i odpowiedzialność*, Gdańsk 2017, s. 22; art. 37 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

⁵⁶ D. Lisiak-Felicka, M. Szmit, *Cyberbezpieczeństwo administracji publicznej w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2016, s. 29.

⁵⁷ Technologia informacyjna (ang. information technology, IT) – całokształt zagadnień, metod, środków i działań związanych z przetwarzaniem informacji. Stanowi połączenie zastosowań informatyki i telekomunikacji, obejmuje również sprzęt komputerowy oraz oprogramowanie, a także narzędzia i inne technologie związane ze zbieraniem, przetwarzaniem, przesyłaniem, przechowywaniem, zabezpieczaniem i prezentowaniem informacji.

⁵⁸ Zob. *Przykładowy katalog zadań administratora systemów informatycznych (ASI)*, <http://cognitio.edu.pl/przykladowy-katalog-zadan-administratora-systemow-informatycznych-asi/> (data dostępu: 25.09.2019).

– zapewnienie ciągłości działania systemu, w tym zabezpieczenie zbiorów danych oraz programów służących do przetwarzania danych osobowych poprzez systematyczne wykonywanie kopii zapasowych. Wykonane kopie należy przechowywać w miejscu zabezpieczającym je przed nieuprawnionym dostępem, modyfikacją, uszkodzeniem lub zniszczeniem, na zaszyfrowanych nośnikach zewnętrznych, przechowywanych w zabezpieczonym przed dostępem osób nieupoważnionych miejscu, w innej strefie pożarowej niż dane oryginalne. Kopie zapasowe należy usuwać niezwłocznie po ustaniu ich użyteczności;

– zapewnienie awaryjnego źródła zasilania oraz zabezpieczenie przed zakłóceniami w sieci zasilającej systemów informatycznych, służących do przetwarzania danych osobowych, których nagła przerwa w pracy mogłaby spowodować utratę danych lub naruszenie ich integralności. Do tego celu najczęściej wykorzystywane jest urządzenie typu UPS, podtrzymujące sieć oraz serwery, przynajmniej krytycznych systemów, do czasu ich bezpiecznego wyłączenia;

– nadzór nad naprawą oraz likwidacją urządzeń komputerowych – urządzenia, dyski lub inne elektroniczne nośniki informacji zawierające dane osobowe przeznaczone do likwidacji pozbawia się wcześniej zapisu tych danych, a w przypadku, gdy nie jest to możliwe, uszkadza się w sposób uniemożliwiający ich odczytanie. Urządzenia, dyski lub inne elektroniczne nośniki informacji zawierające dane osobowe, przeznaczone do naprawy, pozbawia się wcześniej zapisu tych danych w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie, albo naprawia się je pod nadzorem osoby upoważnionej;

– zabezpieczenie systemów służących do przetwarzania danych osobowych przed działaniem oprogramowania złośliwego, którego celem może okazać się uzyskanie nieuprawnionego dostępu do danych⁵⁹, również do systemów teleinformatycznych znajdujących się na służbowych smartfonach czy tabletach;

– zabezpieczenie pomieszczenia serwerowni przed dostępem osób nieuprawnionych na czas nieobecności w nim osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych⁶⁰,

– ochrona przed zagrożeniami pochodzącymi z sieci publicznej poprzez wdrożenie fizycznych lub logicznych zabezpieczeń chroniących przed nieuprawnionym dostępem, w tym m.in.⁶¹:

– rozdzielenia sieci na podsieci ze względu na grupy użytkowników, usług informatycznych i systemów,

– stosowanie filtracji MAC adresów urządzeń, które mogą uzyskać dostęp do sieci,

⁵⁹ J. Kowalewski, M. Kowalewski *Zagrożenia informacji w cyberprzestrzeni, cyberterroryzm*, Warszawa 2017, s. 39–59.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 137–149.

⁶¹ *Zasady ochrony przed cyberatakami*, http://www.ue.wroc.pl/pracownicy/5066/zasady_ochrony_przed_cyberatakami.html (data dostępu: 25.09.2019).

- odseparowanie bezprzewodowej sieci dla gości,
- nadzorowanie stosowania zasady „czystego ekranu”⁶².

Podsumowanie

Informacja może przybierać wiele postaci, między innymi postać elektroniczną, werbalną czy postać tradycyjnych dokumentów papierowych. Musi być skutecznie chroniona przed niepożądaną ingerencją, dotyczy to również szeregu procesów, w których jest generowana, modyfikowana i przesyłana. Należy stale udoskonalać procedury i narzędzia przeciwdziałające zagrożeniom bezpieczeństwa informacyjnego, aby w konsekwencji nie dopuścić do wystąpienia dezinformacji, którą w najprostszy sposób można zdefiniować jako celowe przekazanie fałszywej informacji wprowadzającej odbiorców w błąd. Dezinformacja odgrywa znaczną rolę, zarówno w sferze obronności, jak również w środkach masowego przekazu czy polityce. Celem dezinformacji jest kształtowanie określonego typu postrzegania, którego efektem jest podejmowanie przez ofiarę dezinformacji działań korzystnych dla dezinformującego.

Znaczny wpływ na poprawę poziomu bezpieczeństwa informacyjnego ma kształtowanie świadomości na temat potencjalnych zagrożeń. Dotyczy to nie tylko pracowników administracji i urzędów, którzy na co dzień w swojej pracy wykorzystują zbiory danych, generują i przetwarzają informacje, ale również społeczeństwa jako całości. Żadne, nawet najbardziej zaawansowane i kompleksowe narzędzia i procedury, nie zapewnią nam bezpieczeństwa, jeżeli sami nie będziemy potrafili mądrze i odpowiedzialnie podejść do tego zagadnienia i zadbać o zwiększenie poziomu bezpieczeństwa informacyjnego w swoim najbliższym otoczeniu.

Wykaz literatury

- Bączek P., *Zagrożenia informacyjne a bezpieczeństwo państwa polskiego*, Toruń 2006.
- Biskup R., Ganczar M., *Komunikacja elektroniczna w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 1.
- Butkiewicz M., *Internet w instytucjach publicznych. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2006.
- Cieślarczyk M., *Kultura bezpieczeństwa i obronności*, Siedlce 2011.
- Gałąj-Emiljańczyk K., *Administrator bezpieczeństwa informacji, Inspektor ochrony danych, Kompetencje, obowiązki i odpowiedzialność*, Gdańsk 2017.
- Jatkiewicz P., *Uwarunkowania zarządzania systemem bezpieczeństwa informacji w jednostkach samorządu terytorialnego*, praca doktorska, Uniwersytet Gdański, 2012.

⁶² M. Kaleta, *Podstawowe zasady przetwarzania danych na co dzień*, <http://itls.pl/252/podstawowe-zasady-przetwarzania-danych-na-co-dzien/> (data dostępu: 25.09.2019).

- Kasprzak W., *Zagrożenie bezpieczeństwa cyfrowego Polski na przykładzie cyberwojny w Estonii*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31.
- Fleszer D., *Funkcjonowanie Elektronicznej Administracji na Przykładzie EPUAP*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr XII.
- Kliś M., *Przestępczość w Internecie. Zagadnienia podstawowe*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1.
- Kowalewski J., Kowalewski M., *Zagrożenia informacji w cyberprzestrzeni, cyberterroryzm*, Warszawa 2017.
- Krassowski K., *Kilka uwag o kryminalistyce w świecie informacji cyfrowej oraz stojących przed nią wyzwaniach*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015.
- Liderman K., *Bezpieczeństwo informacyjne*, Warszawa 2012.
- Lisiak-Felicka D., Szmit M., *Cyberbezpieczeństwo administracji publicznej w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Kraków 2016.
- Niezbędnik administratora bezpieczeństwa informacji*, praca zbiorowa, Warszawa 2017.
- Nowak A., Scheffs W., *Zarządzanie bezpieczeństwem informacyjnym*, Warszawa 2010.
- Sołodow D., *Regulacje prawne dotyczące bezpieczeństwa w sieci Internet (na przykładzie prawa internetowego Federacji Rosyjskiej)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 31.
- Szatkowski T. (red.), *Bezpieczeństwo danych w sektorze publicznym*, Warszawa 2016.
- Wasilewski J., *Cyberprzestępczość. Wybrane aspekty prawnekarne i kryminalistyczne*, praca doktorska, Uniwersytet w Białymstoku, 2017.
- Więcaszek-Kuczyńska L., *Wybrane regulacje prawne w obszarze zagrożeń bezpieczeństwa informacyjnego. Część pierwsza. Obronność*, „Zeszyty Naukowe” 3 (11)/2014, ISSN 2299-2316.
- Więcaszek-Kuczyńska L., *Zagrożenia bezpieczeństwa informacyjnego, obronność*, „Zeszyty Naukowe” 2 (10)/2014, ISSN 2299-2316.
- Żebrowski A., Kwiatkowski W., *Bezpieczeństwo informacji III Rzeczypospolitej*, Kraków 2000.

Summary

Information safety in local government units

Key words: safety, information safety, information security threats, cyber-terrorism, public information.

This article analyses issues in the field of information and IT security and attempts to explain what is meant by information security and presents potential opportunities and threats in this field. The article discusses various types of information security threats, from those with a “traditional” character, such as espionage, through to threats resulting from the development of new technologies, e.g. cyber-terrorism and threats resulting from the activities of natural forces. The article presents the tasks of public administration and local government units in the field of information security resulting, *inter alia*, from the provisions of the Act on access to public information or regulations on the protection of personal data.

Adam Habuda

Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences

Unit of Environmental Law

ORCID: 0000-0002-7306-6217

The Right to the Environment in the Republic of Poland*

1. The shape of the Polish environmental law

Polish environmental law has constitutional fundaments, but the main part of the legal regulation in this area is contained in ordinary law. The two most important acts determining the Polish environmental law are Act on the Environmental Protection of 2001¹ and the Nature Conservation Act of 2004². They are of a cross-cutting nature and cover essentially all elements of the environment. The Act on the Environmental Protection is more focused on the use of the environment, while the Nature Conservation Act focuses on conservation – its basic part concerns forms of nature conservation.

A number of other legal acts pertain to individual resources (elements) of the environment. For example, the Water Law Act of 2017³ governs the protection and use of water. The 1991 Forest Act⁴ governs Forest protection. The Waste Act of 2012⁵ covers waste protection. In total, dozens of laws directly related to the environment can be identified.

1.1. The constitutional basis for environmental protection in Poland

The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997 in five places refers directly to the environment and its protection⁶.

* The text was created as a result of the research project „Natura 2000 areas in Polish, Czech and Slovak law. Comparative analysis, financed by the Polish National Center for Science, No. UMO-2014/13 / B / HS5 / 01318.

¹ T. jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1396

² T. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1614 ze zm.

³ T. jedn. Dz. U. z 2018r., poz. 2268ze zm.

⁴ T. jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2129 ze zm.

⁵ T. jedn. Dz. U. z 2019r., poz. 701.

⁶ Previously, the 1952 Constitution entered the environment in two places: Art. 12: The Polish People's Republic provides protection and rational development of the natural environment, which

Art. 5 states that the Republic of Poland protects the independence and inviolability of its territory, assures freedom and the rights of man and the citizen and the security of citizens, protects the national heritage and ensures environmental protection, guided by the principle of sustainable development.

In paragraph 3 of Art. 31 we read that restrictions on the use of constitutional freedoms and rights can only be established by statute and only if they are necessary in a democratic state for its security or public order, or for the protection of the environment, public health and morals, or freedom and rights of other people. These limitations cannot affect the substance of freedoms and rights.

Article 68, and specifically paragraph 4 thereof, provides that public authorities are obliged to fight against epidemics and to prevent the negative effects of environmental degradation on health.

The environment in whole is devoted art. 74 of the Polish Basic Law: Public authorities are pursuing policies that ensure ecological safety for modern and future generations. Environmental protection is the responsibility of the public authorities. Everyone has the right to information on the condition and the environment. Public authorities support citizens' actions to protect and improve the environment.

According to article 86, everyone is obliged to care for the condition of the environment and is responsible for the deterioration caused by him. The law determines the principles of this liability.

It can be assumed that whenever the legislator speaks of the environment in the Constitution, it also means nature. This is justified in the often-overlooked view that nature is part of the environment, and that the basic act is a framework act and quite general. It is common ground that the protection of the environment is in the public interest. It may be added that it is a very important public interest, since the legislator places the task of the state in the form of environmental protection already in art. 5 Constitutions.

This task of the state is not correlated, however, with the citizen's right to claim the appropriate state (good) of the environment from the state. In other words, we cannot talk about the subjective right of citizens in terms of the proper state of the environment.

Although the design of the subjective rights of citizens in the field of public law was not one of the prerogatives recognized in socialist law, the Polish Constitution of 1952 in Art. 71 meant that citizens were entitled to benefit from the value of the environment.

This difference, apparently speaking in favor of the previous Constitution, should be seen in the light of all the political solutions of the People's

is a national good; Art. 71: Citizens of the People's Republic of Poland have the right to use the value of the environment and to protect it.

Republic of Poland where civil rights and freedoms were not in practice the most important values. Rather, it seems to be difficult to grasp the right to the environment of the right quality in terms of subjective law applicable in the courts.

This is a problem not only in Poland. Also in European law neither the EU Treaty nor the EC Treaty formulates individual rights to the environment.

More broadly, M. Kenig-Witkowska concludes that there is no provision in international law or EU law for a provision which would be the basis for claims arising from such a right⁷. The individual's right to the environment can not be derived from the case law of the Court of Justice of the European Union, which admits that the protection of the environment is one of the general objectives of the Community but does not entail the right of EU citizens to the environment⁸.

Environmental protection is also linked to the constitutional principle of sustainable development, which in principle determines environmental protection. Namely, such is the use of the environment (because it is not possible to be comprehensive, absolute protection of the environment, rather rational, limited and above all wise use) that will guarantee and be in harmony with sustainable development.

The concept of sustainable development hides a rather flexible content, which is probably justified given the variability of protective and economic needs. The concept of sustainable development requires that the environment be treated as a value in the production process as well as capital and labor. This means that industry must ensure growth while maintaining a balance between ecology and the market. The concept of sustainable development will be integrated into the everyday life of the economy when the economic leaders fully understand and apply not only the principles on which economic development depends but also the principles on which the natural balance and the state of the environment are based, between economy and the environment⁹.

In addition, art. 5 of the Constitution is included in the so-called. programming norms. Programming norms set the goals and stages of state action and means of their implementation. These are sometimes called deferred or indirect use laws. They give flexibility to the legal order, and their main addressee is the parliament on whose pace and means of their imple-

⁷ M. Kenig-Witkowska, *Prawo do środowiska w prawie międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 9, *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2005, p. 26–29.

⁸ C-240/83 *Procureur de la République v. Association de Défense de Brûleurs de Huiles Usagées*, ECR 1985/531.

⁹ J. Sommer, *Prawo ochrony środowiska w Polsce*, Wrocław 1993.

mentation depends. They usually express not definite or partially undefined¹⁰.

Despite the general principle of direct application of the Constitution, art. 5 is an exception that needs clarification and detail in ordinary legislation.

In Polish legislation the definition of sustainable development is contained in art. 3 Act of Environmental Protection. This is understood as the socio-economic development in which the process of integrating political, economic and social activities takes place, with the preservation of the natural balance and the sustainability of fundamental natural processes, in order to guarantee the ability to meet the basic needs of particular communities or citizens of both modern Generations as well as future generations.

The mention by the Constitution of the term “sustainability” as well as the number of references to this term in other acts requires it to be regarded as one of the most important terms in nature and environment protection¹¹.

This notion, as well as the concept of sustainable development itself, can be regarded as “the cause of the content of the law (the will of the states)”. At the World Conference in Rio de Janeiro in 1992, the concept of sustainable development was recognized as the basic concept of human development, which has since then significantly influenced national legislation and international law.

In general, the view of the Constitution of the Republic of Poland in terms of regulation of the environment, including nature, demonstrates that nature, the environment, and their protection are treated by the legislature as important and in the public interest.

The influence of international law and scientific thought in the field of nature and the environment is reflected in the Polish constitutional terms (sustainable development, ecological safety). Environment, nature are treated as constitutional values. Environmental protection is explicitly recognized as an obligation of public authorities.

It is not absolutized at this point – and rightly so, with complete protection, civilization development, including economic ones, could not be possible.

It must be borne in mind that the protection of the environment (nature) is not the only value protected by the Constitution and must be considered by reference to other rights and obligations of citizens as well as the obligations of the state¹².

¹⁰ J. Boć (red.), *Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, p. 23.

¹¹ Zob. Z. Bukowski, *Zrównoważony rozwój w systemie prawa*, Toruń 2009, p. 24.

¹² M. Mazurkiewicz, *Regulacja konstytucyjna ochrony środowiska w Polsce*, “Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka” 1997, nr 2, p. 13.

1.2. Statutory sources of Polish environmental law

The Polish law on environmental protection consists of the following regulations:

- 1) regulations governing protection against pollution (emission rights)
- 2) regulations regulating the protection of natural phenomena (nature conservation law)
- 3) regulations governing the use of nature resources
- 4) regulations governing procedural and organizational issues
- 5) regulations regulating product control from the point of view of environmental protection requirements¹³.

In general, the Law of 2001 states the Environmental Protection Law expresses all of the foregoing directions of environmental law. It has been conceived as a quasi-code act that has a leading role in the legal environment. It is a continuum of the concept of a comprehensive law, which was already the 1980 law¹⁴.

The Act lays down certain general principles applicable to specific areas of environmental protection and establishes common environmental protection institutions (eg, rules on legal liability), but also covers exhaustive regulation of other parts of the environment, particularly those related to emission rights. Particularly noteworthy is the novelty in our tradition of trying to separate the environmental protection regulations (Title II) from the anti-pollution regulations (Title III). The approach taken is aimed at ensuring horizontal coherence (between water, air, etc.) while maintaining internal consistency within each of the environmental components of vertical harmonization¹⁵.

The law aims to ensure the integration of regulations in two ways: 1) through norms that play the role of fundamental norms within the whole scope of environmental law, which are subject to all other norms in this field, 2) ordering the application of its provisions on the regulation of other environmental laws.

2. Attempts to construct the right to the environment on the basis of the Constitution

The currently binding Constitution of the Republic of Poland does not directly create a subjective right to the environment. In general, there are also no convincing arguments to attempt to interpret such legislation from

¹³ J., Sommer, *Efektywność prawa ochrony środowiska – problemy udatności jego struktury*, Wrocław 2005, p. 39–40.

¹⁴ L. Łustacz, *Kompleksowa ochrona środowiska*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 3.

¹⁵ Zob. J. Jendrośka, M. Bar, *Prawo ochrony środowiska. Podręcznik*, Wrocław 2005, p. 520–523.

the provisions of the Constitution, particularly those relating to the environment and its protection. As Tomasz Bojar-Fijałkowski points out, the Constitution of the Republic of Poland quite freely defines the state's obligations in the field of environmental protection, imposing on them the obligation to secure and organize such protection. Only specific laws clarify in which areas state bodies take an active role¹⁶.

Neither the letter nor the spirit of the Basic Law in force in Poland constitutes a condition for conclusions about a constitutionally guaranteed public subjective right to the environment.

Leszek Garlicki, well-known Polish constitutionalist, correctly stated that the Constitution of the Republic of Poland does not guarantee the general right of individuals to live in a healthy environment, because its creators want to avoid the clause of unreal shape and difficult to determine legal consequences¹⁷.

This is particularly evident if we refer to those provisions of the Constitution of the Republic of Poland, which public subjective rights create.

I mean here, by way of example, art. 68 sec. 1 stating that everyone has the right to health or art. 66 sec. 1 announcing everyone's right to safe and hygienic working conditions. Only the constitutional right to information about the protection of the environment, but it is a construction completely different from the postulate of the subjective right to the environment, can be treated as a public subjective right.

An additional argument is historical: the Polish Basic Law does not contain a provision similar to the Constitution of the Polish People's Republic introduced by the amendment of 10 February 1976 – Art. 71 stated that citizens of the Polish People's Republic have the right to use the value of the environment and to protect it¹⁸.

In Polish legal literature there are attempts to link the right to environment with two concepts: ecological security and environmental justice.

2.1. Ecological security as a source of the right to the environment

In contemporary Polish legal literature, voices emanating from the environment of the state's tasks (responsibilities) in the form of environmental protection or the pursuit of ecological security are emerging. Such views, though interesting, are not convincingly justified.

¹⁶ T. Bojar-Fijałkowski, *O wycofywaniu się państwa z aktywności w sferze ochrony środowiska i gospodarki komunalnej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 37, p. 111.

¹⁷ L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.

¹⁸ The nature of this law was thoroughly analyzed in the legal literature of the 1980s: J. Sommer, *Prawo jednostki do środowiska – aspekty prawne i polityczne*, Warszawa 1990; W. Radecki, *Obywatelskie prawo do środowiska w Konstytucji PRL*, Jelenia Góra 1984.

According to Piotr Korzeniowski, since there is an obligation to ensure ecological security, we therefore have the right to environmental protection and indirectly also the right to the environment. The right to environmental protection is directly linked to the right to the environment. The right to environment is an instrument of subjective right for ecological security¹⁹.

2.2. Environmental justice as a source of the right to the environment

Environmental law is also linked to the concept of environmental justice. Ecological justice is not a legal term, it is not the wording of the Constitution of the Republic of Poland nor in the ordinary legislation.

In the Polish legal literature, Janina Ciechanowicz-McLean and Piotr Korzeniowski were probably the most keenly interested in environmental justice.

According to J. Ciechanowicz-McLean, the essence of environmental justice is not only a narrowly understood environmental protection but, above all, its equal treatment, together with social development and historical justice, which together should create environmental justice. Ecological justice is most often linked to the activity of movements and ecological organizations that can protect the environment from the possibility of using it as a common good. It is manifested, for example, by providing a broad social contribution to environmental protection, in particular social participation in environmental protection, and environmental information²⁰.

Piotr Korzeniowski sees ecological justice in terms of the axiological foundations of the legal forms of using the environment. In his opinion, environmental justice is one of the values of environmental law, in addition to biodiversity, sustainable development or a high level of environmental protection²¹.

The author proposes to consider ecological justice – as I have understood his view – on three levels:

1. In connection with the legal forms of use of the strategic natural resources of the country referred to in the Act of 6 July 2001, About preserving the national character of strategic natural resources of the country (the resources listed in Article 1 of the Act).

2. In relation to the administrative regulation of the use of the environment, the different forms of environmental use take into account the various

¹⁹ P. Korzeniowski, *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony środowiska*, Łódź 2012, p. 381–382.

²⁰ J. Ciechanowicz-McLean, *Environmental Justice jako rodzaj sprawiedliwości*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, Tom XXXV, p. 119.

²¹ P. Korzeniowski, *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony środowiska*, Łódź 2012, p. 249.

aspects of environmental justice, and environmental justice is in particular the basis for a rationalized,

3. In connection with the use of forms of nature conservation, where environmental justice is perceived as the basis of the function of nature conservation law. Notes that in order to ensure ecological justice within the framework of the legal regulation of the use of nature resources, there is a way of accomplishing the objectives of nature conservation²².

Looking at three distinctive levels, each based on the use of the environment, it is easy to come to the conclusion that environmental justice – in the view of Piotr Korzeniowski – is a model of the use of different environmental resources that will be fair.

Unparalleled considerations will be found in regard to justice in general, regarded as value in social relations, including the value of the law and the legal system. Legal and philosophical literature provides many definitions of justice, beginning with antiquity²³. In order to address these considerations, the basis for them and the limits should be based on a certain definition of justice.

To this end, following the views of Kazimierz Ajdukiewicz, I acknowledge that justice is lawfulness, understood both as *lex* and as *ius*²⁴, and – in support of Maria Ossowski's position – justice is the adoption and observance of certain rules for the distribution of goods, distribution of burdens, mutual benefits²⁵.

Environmental justice is such a state; it is justice, in which the three conditions must be met together:

1. Legal regulations, including environmental law, are respected, both in terms of their letter and what is under the letter (the spirit of law)

2. Access to and use of environmental resources is governed by rules that are either explicitly expressed in environmental laws or can be derived from them through logical interpretations.

3. Establishing these rules respects such concepts and principles as the principle of sustainable development, the principle of treating the environment as a common good, the principle of pursuing such policies that will ensure ecological security, the principle of equity between the generations, which can be deduced from this part The Constitution on ecological security, which orders not only contemporary but also future generations, or from the

²² P. Korzeniowski, *Sprawiedliwość ekologiczna w prawnej regulacji korzystania z zasobów środowiska*, [in:] M. Stahl (red.), M. Kasiński (red.), K. Właźlak (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015, p. 695–705.

²³ R. Tokarczyk, *Sprawiedliwość: próba syntetycznej systematyzacji zagadnień*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, Tom XXXV, p. 13–50.

²⁴ K. Ajdukiewicz, *O sprawiedliwości*, [in:] K. Ajdukiewicz, *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985, p. 368.

²⁵ M. Ossowska, *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1985, p. 139.

fragments of the Introduction to the Constitution, which refers to the gratitude of ancestors, the reference to the traditions of the First and Second Republic, and the obligation to convey to the future generations all the precious things, over a thousand years of accomplishment.

It is worth mentioning that the use of the concept of “environmental justice” is a simplification, a sort of redirection of the legal language and its concepts towards policy.

First of all, because the word “ecological” is colloquially understood as being compatible with nature, not harmful to the environment.

In the meantime, ecology is a science about the structure and function of nature, which deals with the study of interactions between organisms and their environment and between them.

In this context, the first impression that comes after hearing the phrase “environmental justice” leads us towards a fair use of environmental resources. In this sense, environmental justice is a policy principle, as is the principle of sustainable development, or the principle of ecological security. These last two concepts still have a stronger legal position, because they are directly contained in the legal texts. Meanwhile, the principle of environmental justice must be interpreted.

In this sense, environmental justice is not a source of subjective rights for an individual. Anyway, you can see that the Constitutional Court does not generally use this term; He also spends a lot of time on ecological safety or sustainable development.

However, if we assume that:

1) Environmental law is not only about protection but above all regulating the use of the environment – and then it is better to use the term environmental law instead of environmental law, which is clear from the laws and doctrines of other states.

2) justice, especially intergenerational is an element of the concept of sustainable (sustainable) development, as Magdalena Kenig-Witkowska writes²⁶,

3) ecological does not have to be “pro-environmental”, but taking account of the relationship between man and his environment,

then we can come to the conclusion that ecological justice is in fact close to the notion of sustainable development. In other words, justice, especially intergenerational and ecological, is the basis for sustainable development.

On such a legal background, environmental justice can be treated as a principle of law in a directive context, that is a directive of conduct which we decode from the legal text or derive from the legal norms interpreted from that text and which is consequently legally binding, ie the legal principle of

²⁶ M.M. Kenig-Witkowska, *Międzynarodowe prawo środowiska*, Warszawa 2011, p. 29–30.

strict sense. It is therefore not a misuse of interpretations to use the term “principle of environmental justice”.

This is a second degree principle, decoded from a number of other constitutional principles: the principles of social justice, the rule of law, the principle of sustainable development, the principle of solidarity (and not only intergenerational but also within generational). There is a doctrinal justification, and there is a necessary and substantive link between the above principles and the principle of environmental justice.

It is therefore difficult to recognize that there is a manifestation of inflation in the sense of unnecessary multiplication of the law and, consequently, the neglect of their significance for the process of interpretation in relation to other constitutional norms.

According to some, such arbitrariness in deriving, and the creation of them in violation of logic and systematics, lead them to be treated as non-textual rules governed by the principles of equity and justice²⁷.

It seems that the Polish Constitutional Court does not treat ecological justice as a firm legal principle, the source of subjective rights for the individual. In essence, it does not directly refer to ecological justice, and thus does not confirm its status as a constitutional principle of law. It seems to treat ecological justice as a policy principle, a way of doing things to protect the environment.

Despite less ideological treatment of ecological justice, some of the judgments of the Tribunal will find some structural elements that can actually be categorized as a model of ecological justice as a model for its comprehension. The fact that the Tribunal does not use this concept directly, or rather forces its finding in its case-law of the essential elements that promote the achievement of ecological justice, does not mean that the Court is against the pursuit of environmental justice. This can be explained as follows.

First of all, the Constitutional Court does not want to multiply in the legal discourse the expressions quite blurred, not expressly expressed by the constitutional legislator, but also by the ordinary legislator.

Secondly, the very concept of justice (without adjectives), the Court uses sparingly and even temperately – probably because the excess of axiology and attempts to interpret the notion of vaguely unclear do not break the Constitution and patterns of constitutional control.

It seems that, based on a number of statements by the Court relating to the environment and its protection as a legal value, it is possible to approximate environmental justice and read guidelines that will allow it to be seen not only in the context of environmental policy, but also in the context of environmental law.

²⁷ L. Morawski, *Zasada państwa prawnego – próba reinterpretacji*, „Acta UNC Prawo” 1995, nr 35, p. 21.

3. The manifestations of the right to environment in ordinary legislation

It seems that instead of general “right to the environment” it is better to use the construction of many individual rights to certain environmental resources.

In this context, it is possible to indicate the right to use particular environmental resources:

For example, in the Forest law of 1991, the right of access to the Treasury State’s forests (art. 26).

For example, in the 2004 Nature Conservation Act, the right of access to certain forms of nature conservation (art. 12. Par. 1).

For example, in the Act of 2017 Water Law – the right to universal use of water (art. 32).

Let us note, however, that in the abovementioned legislation it is not protection, only the individual’s right to use certain environmental resources, and it can be considered whether it is a subjective right, of course, in a balanced manner, taking into account the protection requirements.

4. The right of access to forests and the right of access to water as an example of realisation of right to the environment

The subject of the right to the environment will always be a specific good, not a collection of them. There is no doubt that legal protection can only be given because of the threat or infringement of a particular good, sometimes indicated by the person whose rights have been violated, but always determined by the court. Different positions cannot be justified by lack of individualization. Such a good thing will be the forest.

The core of Polish forestry legislation is the Forest Act of 28 September 1991.

Article 26 of the Forest Act provides that forests owned by the State Treasury, with certain exceptions, are made available to the public.

Article 27 states that forests owned by the State Treasury are made available (with specific exceptions) for harvesting forest fodders, for their own needs, but also for industrial purposes – it is however conditional upon the conclusion of an agreement with the superintendent.

Article 28 states that a forest owner who is not a State Treasury may, by means of an appropriate sign, prohibit access to his forest.

There are therefore legal grounds for constructing a public subjective right as the right of access to the Treasury forest.

The question is what is the content of “forest access rights”. Hypothetically, one can distinguish the following situations:

- 1) the right of access to the state forest, that is actually entering the area legally recognized as a forest (for recreation, nature, walking, etc.), in fact,
- 2) the right to harvest forest fodder for own use in the state forest,
- 3) the right to place apiaries – in the latter case the provisions of the Act only stipulate that this is in the state forest free of charge and the detailed rules of such localization will define the executive act.

Forests and public access rights appear to be a more rational and real example of a legal instrument than the enigmatic, postulate, and political slogan of the “subjective right to the environment”. More than a demand for environmental protection or a claim for existence in a suitable environment, it should be read as a right to use the environment (of course, with other constitutional principles, with the principle of sustainable development).

Similar conclusions can be derived from the analysis of the right of access to water. In either case, the laws make quite clear what can be enforced and what is demanded, and to whom the claim is made. And in this sense they allow the construction of effective and real subjective law.

5. Summary and conclusions

Different philosophical and political bases allow you to create a multifacetedness of the right to environment, and allow – depending on how you look:

- see human rights in the environment as collective law (collective – regarding group of people and quality of life) and interpersonal and intergenerational solidarity,

- see individual law that the individual can oppose the state, which leads to the individual’s right to the environment as a subjective right or even a public subjective right.

If we respect such a distinction, and separate – of course an important political-ideological sphere, strictly legal, the status and content of the law of the environment will be more transparent. It is simply that the laws which make up the law of the environment as collective must not be interpreted hastily as the creation of the subjective right, the right of the individual. It seems that these provisions of the Polish Constitution, which relate to the environment and its protection, treat the environment primarily in terms of collective law.

It can be argued that the attempts to construct public subjective law into the environment under the Polish law are doomed to failure.

First of all, because they assume too much uncertainty and imprecision (what is good, right, good environment?).

Secondly, in fact, we do not have a claim, which is an instrument for the effective application of a certain positive behaviour – and thus the postulated design does not fall within the accepted definition of a public subjective right.

Thirdly, it is not certain what it is about to walk: whether the right to demand protection of the environment (ie living in a friendly environment) or the right to use the environment and its value). Two marked variants (postulates) will pay more attention.

This first postulate is derived from the Stockholm Declaration, and is more political and declarative than legal. In the first point, the declaration formulates the principle that a person has the right to freedom, equality, and adequate living conditions in an environment that would allow for a decent life in prosperity; Man has a serious responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.

The second one can be combined with the Socialist Constitution of the Polish People's Republic and the above mentioned provision on the right to use the value of the natural environment. In short, the value of the environment does not have to be purely aesthetic and purely natural, but can be interpreted as a resource from which man can (and must) benefit. If we look at the statutory definitions of the environment or the natural environment, then we have there m. Elements such as minerals, water, land and other elements of diversity; When we read the definition of environmental protection contained in the Act of 27 April 2001 Environmental Protection Law, the management of environmental resources is planned in the first place.

That is why, when we talk about the right to environment, its content should be less perceived as a right to environmental protection or as a right to live in an environment that provides a dignified living environment but as a right to use the environment. The right to the environment is the right to regulate access to various goods.

Such a position was presented by Jerzy Sommer (supporting foreign literature) while writing that the right to environmental protection was reduced to the right to participate in decision-making processes, including the right to cooperate, while the right to live in a dignified man's environment. This is a formulation so general that it cannot be given a different meaning than the legal and political idea.

Contemporary jurisprudence also deals with the design of a "subjective right to the environment" with a reserve. The right to the environment as individual, individual and individual rights can only be sought in the manner provided for by art. 74 Constitution almost everyone to information about the protection and state of the environment.

The Constitution also does not give grounds for talking about the special protection of any element of the environment, although there have been at-

tempts to amend the essential law in such a direction, nor do they authorize the construction of a subjective right to any element of the environment. In the years 2013–2015 there was a political discussion in Poland, which in turn found legal endorsement in the form of a parliamentary vote on the amendment of the Constitution, concerning the introduction into the Basic Law of the statute expressing the special protection of the forests of the State Treasury. The proposed amendment did not obtain the necessary majority.

Wykaz literatury

- Ajdukiewicz K., *Język i poznanie*, t. 1, Warszawa 1985.
- Boć J. (red.), *Komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998.
- Bojar-Fijałkowski T., *O wycofywaniu się państwa z aktywności w sferze ochrony środowiska i gospodarki komunalnej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 37.
- Bukowski Z., *Zrównoważony rozwój w systemie prawa*, Toruń 2009.
- Ciechanowicz-McLean J., *Environmental Justice jako rodzaj sprawiedliwości*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, Tom XXXV.
- Garlicki L. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.
- Jendrośka J., Bar M., *Prawo ochrony środowiska. Podręcznik*, Wrocław 2005.
- Kenig-Witkowska M., *Prawo do środowiska w prawie międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 9.
- Kenig-Witkowska M., *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2005.
- Kenig-Witkowska M., *Międzynarodowe prawo środowiska*, Warszawa 2011.
- Korzeniowski P., *Bezpieczeństwo ekologiczne jako instytucja prawna ochrony środowiska*, Łódź 2012.
- Łustacz L., *Kompleksowa ochrona środowiska*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 3.
- Mazurkiewicz M., *Regulacja konstytucyjna ochrony środowiska w Polsce*, „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka” 1997, nr 2.
- Morawski L., *Zasada państwa prawnego – próba reinterpretacji*, „Acta UNC Prawo” 1995, nr 35.
- Ossowska M., *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1985.
- Sommer J., *Prawo ochrony środowiska w Polsce*, Wrocław 1993.
- Sommer J., *Efektywność prawa ochrony środowiska – problemy udatności jego struktury*, Wrocław 2005.
- Stahl M., Kasiński M., Właźlak K. (red.), *Sprawiedliwość i zaufanie do władz publicznych w prawie administracyjnym*, Warszawa 2015.
- Tokarczyk R., *Sprawiedliwość: próba syntetycznej systematyzacji zagadnień*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2016, Tom XXXV.

Streszczenie

Prawo do środowiska w Rzeczypospolitej Polskiej

Słowa kluczowe: prawo do środowiska, prawo środowiska, konstytucja, prawo dostępu do lasu, sprawiedliwość ekologiczna, bezpieczeństwo ekologiczne.

Artykuł skupia się na rozumieniu prawnym terminu „prawo do środowiska”. Autor analizuje owo sformułowanie w kontekście Konstytucji RP oraz odnosząc się do ustawodawstwa zwykłego z zakresu ochrony przyrody. Zaznacza, że źródła prawa do środowiska można poszukiwać w koncepcji sprawiedliwości ekologicznej oraz w terminie „bezpieczeństwo ekologiczne”. Konkluduje, że są wątpliwości co do mówienia o ogólnym prawie do środowiska, i że lepiej chyba używać terminu „prawo do poszczególnych wartości środowiska, w tym przyrody”.

Stanisław Hoc

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4248-3664

Wymiana agentów wywiadu – aspekty prawne i polityczne

Przyjmuje się, że agent jest najwyższej kategorii i najbardziej wykwalifikowanym osobowym źródłem informacji służby specjalnej, głównie wywiadowczej, niebędącym jej kadrowym pracownikiem. Agent może działać prowadzony bezpośrednio przez centralę, oficera rezydentury legalnej lub nielegalnej bądź pośrednika. Grupa agentów działająca dla tej samej służby i realizująca wzajemnie uzupełniające się zadania zwana jest siatką agenturalną lub wywiadowczą¹.

Często w publikacjach terminem „agent” określa się kadrowych pracowników służb specjalnych, co nie jest zgodne z terminologią używaną w wielu służbach. Dla rozważań zawartych w artykule przyjmuję termin „agent”, obejmując nim zarówno agentów *sensu stricto* jak i pracowników (funkcjonariuszy) służb specjalnych, realizujących zadania wywiadowcze, niekorzystających z „przykrycia” dyplomatycznego. „Przykrycie” to oficjalna pozycja społeczna i zawodowa agenta lub oficera wywiadu, także nielegalnego, pozorująca wobec otoczenia normalną i wiarygodną egzystencję.

Zagadnienie wymiany agentów wywiadu jest ważne, ponieważ w przypadku szpiegostwa w wyznaczaniu konsekwencji prawnych czynu uznanego za udowodniony, prawo karne nie jest jedynym ich „gospodarzem” czy „dyspozytorem”. W tych wszystkich przypadkach o zmianie kary decydują względy użyteczne, o charakterze politycznym.

Za skutki wynikające z działalności szpiegowskiej nie odpowiada w zasadzie państwo, które wykorzystuje swoich agentów, lecz sami agenci.

W praktyce międzynarodowej wykształciła się zasada, że państwa osądzają ujętych agentów na podstawie swego prawa wewnętrznego i nie podejmują żadnych kroków dyplomatycznych przeciwko państwu, którego agenci prowadzili działalność szpiegowską. Oczywiście, państwa są zainteresowane w uwolnieniu swoich wartościowych agentów odbywających karę za granicą

¹ J.H. Larecki, *Wielki leksykon tajnych służb świata. Organizacje wywiadu, kontrywiadu i policji politycznych, terminologia profesjonalna i żargon operacyjny*, Warszawa 2017, s. 27 in.

lub tymczasowo tam aresztowanych. Wynika to m.in. z troski o ich bezpieczeństwo i z potrzeby ochrony własnych interesów. Stąd już dawno wykształciła się zwyczajowa zasada wymiany agentów wywiadu. Procedury tej – jak dotychczas – nie uregulowano żadnymi aktami prawa wewnętrznego lub międzynarodowego. Mimo to wymiana, o której mowa, funkcjonuje, aczkolwiek jest uwarunkowana przesłankami głównie natury politycznej². Może ona dotyczyć obywateli własnego państwa, cudzoziemców lub bezpaństwowców aresztowanych lub skazanych za działalność wywiadowczą. W zakresie wymiany agentów wywiadu wykorzystywana jest instytucja prawa łaski, wykonywana najczęściej przez głowy państwa, którą w Polsce stosuje Prezydent RP. Zdaniem S. Waltosia³, ułaskawienie może nastąpić m.in. celem uzyskania wzajemności w stosunkach międzynarodowych.

SN w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 31 maja 2017 r. I KZP 4/17 stwierdził: „1. Prawo łaski, jako uprawnienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej określone w art. 139 zdanie pierwsze konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, może być realizowane wyłącznie wobec osób, których winę stwierdzono prawomocnym wyrokiem sądu (osób skazanych). Tylko przy takim ujęciu zakresu tego prawa nie dochodzi do naruszenia zasad wyrażonych w treści art. 10 w zw. z art. 7, art. 42 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 175 ust. 1 i art. 177 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. II. Zastosowanie prawa łaski przed datą prawomocności wyroku nie wywołuje skutków procesowych”⁴.

TK w wyroku z dnia 17.07.2018 r. sygn. akt K 9/17 stwierdził, że „Prezydent może ułaskawić każdego na każdym etapie postępowania. Zdaniem Trybunału żaden sąd nie może doprecyzować prezydenckiego prawa łaski, a akt łaski nie wymaga uzasadnienia”. Od orzeczenia zdanie odrębne złożył sędzia L. Kieres, stwierdzając, że „jeżeli prawo przewiduje karę, to sprawca powinien ponieść odpowiedzialność. Dopiero od tej odpowiedzialności może go uwolnić akt łaski. Prawo łaski stosuje się do osób skazanych. Musi być kara, która ma być darowana, i wina puszczona w niepamięć”, L. Kieres za-

² S. Hoc, *Zagadnienia odpowiedzialności karnej za szpiegostwo*, Warszawa 1985, s. 196 i n., idem, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002, s. 180 i n.

³ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2001, s. 552.

⁴ OSNKW 2017, z. 7, poz. 37, vide: R. Zawłocki, *Glosa polemiczna do uchwały Sądu Najwyższego dotyczącej prezydenckiego prawa łaski z dnia 31 maja 2017 r. sygn. akt I KZP 4/17*, „WPP” 2018, nr 2, s. 117 in., M. Masternak-Kubiak, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. (sygn. akt I KZP 4/17, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6, J. Kluza, Glosa aprobująca od uchwały Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17, „Młoda Palestra” 2017, nr 4, P. Dziwiński, Granice prezydenckiego prawa łaski w świetle metody historyczno-prawnej. Na marginesie uchwały Sądu Najwyższego, I KZP 04/17, „Forum Prawnicze” 2017, nr 3, A. Duda, A. Węglorz, *Zakres przedmiotowy prawa łaski z art. 139 Konstytucji (o niedopuszczalności stosowania abolicji indywidualnej)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 1, K. Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP. Historia, regulacja, praktyka*, Warszawa 2013.*

rzucal wyrokowi, że „maksymalizuje uprawnienia prezydenta kosztem uszczuplenia praw sądów”⁵.

Przepisy k.p.k. przewidują dwa rodzaje postępowania ulaskawieniowego: na podstawie prośby o ulaskawienie oraz z urzędu.

Decydującym czynnikiem wpływającym na pozytywne dokonanie wymiany agentów wywiadu jest – jak sądzę – określony klimat polityczny, dlatego też trudno przewidywać terminy wykonania takich operacji.

Wymiana agentów wywiadu występuje w sytuacji, gdy:

– obce państwo prowadzące działalność szpiegowską przeciwko innemu państwu poniosło w tej dziedzinie znaczne straty i dąży do ustalenia przyczyn owych strat oraz odzyskania części najbardziej wartościowej kadry,

– następuje polityczne zbliżenie czy „odwilż” w stosunkach między państwami pozostającymi dotąd w pewnym konflikcie, wspartym obustronną aktywną działalnością szpiegowską, przy czym publiczne ujawnianie działań wywiadowczo-kontrwywiadowczych obu stron byłoby niewskazane.

Praktykę wymiany agentów wywiadu warto zilustrować kilkoma charakterystycznymi operacjami tego typu.

Mjr Jerzy Sosnowski od 1926 r. kierował placówką In.3 Referatu Zachód II Oddziału Sztabu Głównego Wojska Polskiego, której stałą siedzibą było polskie poselstwo w Berlinie⁶. W lutym 1934 r. został aresztowany przez kontrwywiad niemiecki podczas przyjęcia w jego berlińskim mieszkaniu (Lutzowufer 36) i skazany 16 lutego 1936 r. na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Wraz z nim aresztowano jego trzy najlepsze agentki: Benitę Urszulę von Falkenhayn (kuzynkę generała von Falkenhayna – szefa Sztabu Generalnego), Renatę von Natzmer (zaufaną funkcjonariuszkę Inspektion 6 Reichswehry) i Irenę von Jena (pracownicę oddziału budżetowego Reich-

⁵ Dz.U., poz. 1387.

⁶ W. Kozaczuk, *Bitwa o tajemnice, Służby wywiadowcze Polski i Rzeszy Niemieckiej 1922–1939*, Warszawa 1977, s. 160 i n.; M. Zgórnjak, „In-3” – *Sprawa Jerzego Sosnowskiego*, „Studia Historyczne” 1970, z. 4; H. Ćwięk, *Rotmistrz Sosnowski. As wywiadu Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2019; W. Kurpis, *Berlińska misja*, Warszawa 1967; K. Paduszek, *Polski Dreyfus czy międzynarodowy szpieg? Mjr Jerzy Sosnowski-Nalęcz przed sądem polskim*, „Przegląd Historyczno-Wojskowy” 2008, nr 2; P. Wiczorkiewicz, *Sprawa rotmistrza Sosnowskiego*, „Mówią Wieki” 1996, nr 11–12; A. Krzak, „Afera Sosnowskiego”. *Nowe spojrzenie na działalność placówki wywiadowczej In-3 i jej kierownika – mjr. Jerzego Sosnowskiego*, [w:] P. Kołakowski (red.), A. Peptoński (red.), *Wywiad wojskowy II Rzeczypospolitej*, Kraków 2011; idem, *Jerzy Sosnowski – obraz życia i działalności wywiadowczej w opracowaniu pt. „Afera Sosnowskiego” (Synopsis)*, [w:] P. Kołakowski (red.), A. Peptoński (red.), *Za kulisami wywiadu i dyplomacji. Polski wywiad wojskowy 1918–1945*, Kraków 2014; M. Zacharski, *Rotmistrz*, Poznań 2011; S. Koper, A. Biedrzycki, *Polscy szpiedzy*, Warszawa 2018, s. 13 i n.; W. Bułhak, P. Pleskot, *Szpiedzy PRL-u*, Kraków 2014; K. Graczyk, *Operacja „Reichswehra ministerium”. Misja majora Jerzego Sosnowskiego*, Warszawa 2017; L. Gondek, *Wywiad Polski w III Rzeszy. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2011; P. Kołakowski, A. Krzak, *Sprawa majora Jerzego Sosnowskiego w świetle dokumentów analitycznych Oddziału II SGWP i zeznań Franza Heinricha Pfeifera*, Warszawa 2015; M. Zacharski, *Operacja Reichswehra. Kulisy wywiadu II RP*, Poznań 2013.

swehry). Sąd wojskowy w Berlinie skazał Benitę von Falkenhayn i Renatę von Natzmer na karę śmierci (wyroki wykonano), a Irenę von Jena na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Jerzego Sosnowskiego zdemaskowała Maria Kurse – aktorka, jedna z jego ostatnio zwerbowanych agentek, którą Abwehra posłużyła się do rozpracowania kontaktów polskiego oficera wywiadu. Rząd polski rozpoczął tajne rozmowy z rządem niemieckim w sprawie wymiany majora Sosnowskiego na skazanych w Polsce agentów wywiadu niemieckiego. Rozmowy te zakończyły się powodzeniem i 23 kwietnia 1936 r. mjr Sosnowski został wymieniony na moście granicznym w Zbąszyniu za siedmiu agentów Abwehry, w tym jedną kobietę Elżę Ogórek i jej męża, skazanych za działalność szpiegowską w Polsce na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Rządy polski i niemiecki obustronnie powstrzymywały się od interwencji dyplomatycznej.

Po powrocie do kraju przeciwko J. Sosnowskiemu wszczęto śledztwo, a w dniu 29.03.1938 r. wymieniony stanął przed Wojskowym Sądem Okręgowym w Warszawie. W dniu 17.06.1939 r. ogłoszono wyrok skazujący J. Sosnowskiego na 15 lat więzienia za zdradę i wieloletnią współpracę z Abwehrą, 200 000 zł grzywny z zamianą, w razie jej nieuiszczenia, na karę więzienia, pozbawienie praw obywatelskich przez 10 lat, wydalenie z wojska oraz objęcie dozorem policyjnym przez 5 lat. Wyrok nie był prawomocny, oskarżony zapowiedział złożenie apelacji, która nie została rozpatrzona w związku z wybuchem wojny. Z informacji historyków wynika, że został uwięziony w Związku Sowieckim (2.11.1939) i zmarł 26.03.1942 r. w więzieniu w Saratowie, niewątpliwie był zmuszony do współpracy z NKWD⁷.

Zdaniem A. Krzaka⁸ losy J. Sosnowskiego, zwłaszcza „zbrodnia sądowa” jaką popełniono na jego osobie, powinny być przestrożą również i dzisiaj dla polityków oraz tzw. ekspertów, którzy jeszcze niedawno oskarżali oficerów wywiadu i kontrwywiadu wojskowego o działania przeciwko Rzeczypospolitej.

W 1962 r. na moście Glienicke na Haweli, który łączy Poczdam z zachodnioberlińską dzielnicą Zehlendorf, pilot samolotu szpiegowskiego U-2, F.G. Powers, stracony 1 maja 1960 r. nad Świerdłowskiem, skazany na 10 lat pozbawienia wolności w Moskwie, został wymieniony na pułkownika Rudolfa Abła, skazanego w USA za działalność szpiegowską.

R. Abel wysłany został za granicę w celu realizacji określonych zadań wywiadowczych. Jako „uciekinię” ze Związku Radzieckiego początkowo mieszkał w Europie Zachodniej, by następnie poprzez Amerykę Południową przenieść się do USA. Celem jego misji było przeniknięcie do amerykańskich ośrodków planujących działania przeciwko ZSRR i innym państwom Europy

⁷ H. Cwiąg, op. cit., s. 179.

⁸ A. Krzak, „Afera Sosnowskiego”..., op. cit., s. 172.

Wschodniej. Aresztowany został w 1956 r. w wyniku zdrady R. Hayhanena – oficera KGB. Na swojego obrońcę wybrał znanego adwokata amerykańskiego J.B. Donovanna, byłego szefa amerykańskiego wywiadu (OSS), który po dłuższym namyśle podjął się tej trudnej obrony. Sąd skazał R. Abła na karę śmierci, a wyrok został zatwierdzony przez Sąd Najwyższy USA. Adwokat R. Abła zwrócił się do prezydenta D. Eisenhowera o zastosowanie prawa łaski. „Panie prezydencie – uzasadniał swą prośbę adwokat – Pan jako wojskowy najbardziej może ocenić sytuację. Co będzie, jeśli za rok albo dwa Rosjanie aresztują naszego człowieka lub człowieka sojuszników przyłapanych na robocie szpiegowskiej u siebie w kraju albo w którymś z państw satelickich. Na kogo wówczas taka osoba będzie wymieniona?” Wymierzona kara śmierci została zamieniona na 30 lat pozbawienia wolności, a w rezultacie wymiany R. Abel powrócił do ZSRR⁹. Wymianę zorganizował J.I. Drozdow, późniejszy naczelnik Zarządu S KGB, kierujący rosyjskimi agentami działającymi pod przykrywką działalności innego rodzaju (tzw. nielegalami), który w 1995 r. opublikował w Moskwie swoje wspomnienia pt. „Nużnaja rabota”. Wraz z R. Ablem wymieniono także F. Pryora, aresztowanego w NRD.

W październiku 1981 r. władze RFN przekazały władzom NRD oficera wywiadu NRD G. Guillaume’a¹⁰, aresztowanego w 1974 r. pod zarzutem działalności szpiegowskiej na rzecz NRD i skazanego na karę 13 lat pozbawienia wolności. Jego żona Christel za podobną działalność została skazana na karę 8 lat pozbawienia wolności.

Do RFN G. Guillaume przybył w 1956 r. podając się za uciekiniera politycznego, działał w szeregach SPD, w 1970 r. został zatrudniony w jej bońskiej centrali, a w 1973 r. znalazł się w najbliższym otoczeniu kanclerza W. Brandta. 6 maja 1974 r. W. Brandt podał się do dymisji motywując ten krok aresztowaniem swego osobistego referenta w Urzędzie Kanclerskim G. Guillaume’a pod zarzutem szpiegostwa na rzecz NRD. G. Guillaume po aresztowaniu oświadczył, że jest oficerem wywiadu NRD. Na procesie przeważnie milczał. Ze strony NRD nie ujawniono żadnych szczegółów, ograniczając się do ogólnego stwierdzenia, że istnienie i działanie wywiadu NRD jest faktem znanym. W ramach wymiany G. Guillaume został 4 października 1981 r. przekazany na moście Glienicke władzom NRD, dokąd już wcześniej, po upływie terminu kary, wyjechała jego żona. Przedterminowe zwolnienie G. Guillaume’a nastąpiło na mocy podpisanego przez prezydenta RFN aktu ulaskawienia, podyktowanego także względami humanitarnymi (ciężka choroba). Według ówczesnego federalnego ministra do spraw stosunków wewnętrzniemieckich, E. Frankego, władze NRD zwolniły 30 agentów wywiadu zachodniemieckiego.

⁹ J. Piekalkiewicz, *Dzieje szpiegostwa*, Warszawa 1999, s. 472–476.

¹⁰ Ibidem, s. 512–515.; B.T. Wieliński, *Kanclerz RFN pod kontrolą NRD*, „Magazyn Historyczny” lipiec 2013, nr 2(3), s. 60 i n.

W zamian za 25 osób skazanych w Polsce i NRD za szpiegostwo USA zwolniły 11 czerwca 1985 r. 4 osoby skazane za takie same przestępstwa w Stanach Zjednoczonych¹¹. Wymiana ta (największa od zakończenia II wojny światowej), przygotowywana przez trzy lata, odbyła się na moście Glienicke, a w jej przeprowadzenie zaangażowany był adwokat W. Vogel, który brał już udział w poprzednich wymianach (około 160 osób).

Władze amerykańskie uwolniły: skazanego w 1981 r. na karę dożywotniego pozbawienia wolności oficera polskiego wywiadu – M.Z.¹², obywatela bułgarskiego – P. K., aresztowanego w 1983 r. i skazanego na karę 10 lat pozbawienia wolności za usiłowanie zdobycia tajnych dokumentów z dziedziny atomistyki, A.Z. – obywatela Niemieckiej Republiki Demokratycznej, skazanego w 1985 r. na karę 8 lat pozbawienia wolności oraz A.M. – obywatelkę NRD, aresztowaną w 1984 r. i skazaną na karę 10 lat pozbawienia wolności.

Natomiast strona polska przekazała 5 osób: skazanych – w 1982 r. B.W.¹³ i w 1984 r. J.J. na 25 lat pozbawienia wolności, N.A. – skazanego w 1984 r. na 15 lat pozbawienia wolności, L.C.¹⁴ skazanego w 1980 r. i J.P. – w 1976 r. na 25 lat pozbawienia wolności za działalność szpiegowską na rzecz wywiadu USA. W trakcie wymiany J.P. odmówił oddania się w ręce władz amerykańskich i zdecydował się na powrót do kraju. Rada Państwa PRL zastosowała wobec nich akt łaski, polegający na darowaniu reszty kary, na podstawie art. 499 § 1 k.p.k. z 1969 r.

¹¹ „Życie Warszawy” z 13.06.1985 r.: „Der Spiegel” z 17.06.1985 r., s. 86–90; „Stern” z 27.06.1985 r., s. 110–111.

¹² M. Zacharski, *Nazywam się Zacharski. Marian Zacharski wbrew regułom*, Poznań 2009, s. 5 i n., M.J. Sulick, *American spies. Espionage against the United States from the Cold War to the present*, Washington, 2013, s. 54–58, S. Koper, A. Biedrzycki, op. cit., s. 161 i n., W. Bułhak, P. Pleskot, op. cit., s. 403 i n. Według M. Zacharskiego otrzymywał on od konsula informację, iż prowadzone są w jego sprawie czynności przez W. Vogela mające na celu uwolnienie z więzienia, przy aktywnym wsparciu M. Wolfa szefa wywiadu NRD. Jednocześnie FBI podejmowało wobec niego próby werbunku w więzieniu. Termin wymiany był planowany w grudniu 1984 r., ale został przesunięty z powodu nacisków FBI i CIA na Departament Stanu. W dniu 22 maja 1985 r. W. Vogel wraz z małżonką Helgą odwiedził M. Zacharskiego w więzieniu, negocjował on umowę o wymianie w imieniu rządu NRD z administracją amerykańską. Natomiast w dniach 30 i 31 maja 1985 r. w Berlinie doszło do narady niemiecko-polskiej w sprawie warunków wymiany agentów. Termin wymiany ustalony został na 11 czerwca 1985 r. Po wymianie Departament Stanu USA wydał oświadczenie, w którym nazwał wymianę „znaczącym sukcesem amerykańskiej dyplomacji”. M. Zacharski, *Nazywam się Zacharski...*, op. cit., s. 374 i n.

¹³ P. Skubisz, *Płotka w sieci. Bogdan Walewski, czyli polski dyplomata i amerykański szpieg*, [w:] W. Skóra (red.), P. Skubisz (red.), *Studia nad wywiadem i kontrwywiadem w XX wieku*, t. 3, Szczecin 2016, s. 593 in., W. Bułhak, P. Pleskot, op. cit., s. 357 in.

¹⁴ P. Skubisz, „Z całą surowością prawa...” *Historia Leszka Chrosta – współpracownika wywiadu amerykańskiego*, [w:] W. Skóra (red.), P. Skubisz (red.), *Studia nad wywiadem i kontrwywiadem w XX wieku*, t. 2, Szczecin 2015, s. 631 in., T. Awłasewicz, *Lowcy szpiegów. Polskie służby kontra CIA*, Warszawa 2018, s. 34 in.

W porozumieniu o wymianie określono, że w ślad za wymienianymi mogą wyjechać i ich rodziny (małżonki, nieletnie i pełnoletnie dzieci, ich rodzice i inni krewni, termin wyjazdu – do 20.07.1985 r.).

W 2009 r. Okręgowa Komisja Ścigania Zbrodni Przeciwko Narodowi Polskiemu wszczęła postępowanie w sprawie bezprawnego przetrzymywania w areszcie wymienionych osób do ich wymiany, czyli do 11.06.1985 r. Uchwały Rady Państwa o ulaskawieniu zostały podjęte wobec J.P. – 2.11.1984 r., natomiast wobec J.J., M.Z., B.W., N.A., L.C. – 10.12.1984 r. Postępowanie zostało umorzone w dniu 23.04.2012 r. wobec nieuchylenia immunitetu Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu.

11 lutego 1986 r. na mocy porozumienia między USA i RFN a ZSRR, Czechosłowacją, NRD i Polską, na moście Glienicke dokonano kolejnej wymiany agentów wywiadu. Za czterech agentów zachodnich służb specjalnych, którzy odsiadywali wyroki w państwach Europy Wschodniej, wymieniono pięciu agentów z tych państw więzionych w krajach zachodnich¹⁵.

NRD zwolniła: W.G. aresztowanego w 1980 r. i skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności za szpiegostwo na rzecz CIA, D.N. aresztowanego w 1981 r. i skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności za szpiegostwo na rzecz BND. CSRS zwolniła J.J. – obywatela czechosłowackiego, skazanego na 12 lat pozbawienia wolności za szpiegostwo na rzecz BND. ZSRR zwolnił A. Sz. skazanego 14 lipca 1978 r. na karę 13 lat pozbawienia wolności przez Kolegium ds. Karnych Sądu Najwyższego ZSRR za zdradę ojczyzny w formie szpiegostwa.

Niemcy Zachodnie zwolniły: D.S. – obywatela NRD skazanego na 4 lata pozbawienia wolności za szpiegostwo na rzecz NRD, J.S. – pracownika radzieckiej misji handlowej w Kolonii skazanego na 3 lata pozbawienia wolności w 1985 r. za szpiegostwo na rzecz ZSRR, J.K.¹⁶ – oficera polskiego wywiadu aresztowanego w marcu 1985 r. w RFN pod zarzutem szpiegostwa na rzecz PRL. USA zwolniły Karla i Hanę K. – obywateli CSRS aresztowanych w 1984 r. w USA pod zarzutem prowadzenia działalności szpiegowskiej.

Wymianom tym środki masowej informacji nadały szczególną rangę propagandową, powodując, iż stały się one wydarzeniami sensacyjnymi. Sam mechanizm wymiany wszedł już do zwyczajów międzynarodowych; wykształciły się zasady (niekodyfikowane) jej przeprowadzania, funkcjonuje też grupa specjalistów zajmująca się tymi sprawami¹⁷. Oczywiście, ze zrozumiałych względów czynności tego rodzaju wymagają dyskrecji.

Warto zwrócić uwagę na sprawę E. Pope'a, skazanego 6 grudnia 2000 r. w Moskwie na karę 20 lat kolonii karnej o zaostrzonym reżimie za szpiego-

¹⁵ „Życie Warszawy” z 12.02.1986 r.

¹⁶ S. Koper, A. Biedrzycki, op. cit., s. 233 in., W. Bułhak, P. Pleskot, op. cit., s. 129 in.

¹⁷ Por. np. N.F. Pötzl, *Basar der Spione. Die geheimen Missionen des DDR – Unterhändlers Wolfgang Vogel*, Berlin 1997.

stwo na rzecz USA (zbieranie informacji o supertorpedach „szkwał”). Oskarżony wystąpił z prośbą o ulaskawienie do Prezydenta FR. Specjalna Komisja przy Prezydencie FR poparła tę prośbę, nazywając jednocześnie szpiegowaniem to, co się działo wokół pierwszej po zakończeniu zimnej wojny sprawy tego rodzaju. Zwrócono też uwagę na negatywne skutki skazania dla kontaktów ze Stanami Zjednoczonymi¹⁸. W grudniu 2000 r. Prezydent FR W. Putin podpisał dekret o ulaskawieniu ze względów humanitarnych E. Pope’a, który niezwłocznie opuścił więzienie Lefortowo i powrócił do kraju. Przy tej sprawie pojawiły się spekulacje, iż E. Pope może być wymieniony na A. Amesa, skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności za działalność szpiegowską na rzecz FR, jednak doradca B. Clintona ds. bezpieczeństwa narodowego, S. Berger oświadczył, że taka możliwość w ogóle nie jest brana pod uwagę.

W lutym 2010 r. prezydent B. Obama został poinformowany przez FBI i CIA o wykryciu siatki rosyjskich agentów. Przygotowywano wówczas scenariusze, także pozakarne, rozwiązania tej sprawy. W dniu 28.06.2010 r. FBI w Arlington, Nowym Jorku, Bostonie i New Jersey zatrzymało 10 osób¹⁹, w tym cztery małżeństwa (część z nich to nielegalowie²⁰, mający fikcyjne życiorysy lub nazwiska osób nieżyjących). Z oskarżenia przekazanego przez FBI wynikało, że „Trwające wiele lat śledztwo FBI wykazało, że w USA działa siatka nielegalów, którzy żyją i pracują w Ameryce tylko w jednym, dalekosiężnym celu. Ich celem było stanie się Amerykanami w stopniu wystarczającym do tego, by otrzymywać źródła informacji z kręgów decyzyjnych USA”. Mieli też służyć wsparciem logistycznym innym szpiegom – np. szukając nowych skrytek dla nich, przekazując im pieniądze i sprzęt, a także wykonując inne usługi dla wywiadu. Przedstawiono im zarzut prania brudnych pieniędzy oraz naruszenie ustawy o rejestracji przedstawicieli obcych rządów.

W lipcu 2010 r. na lotnisku Schwechat w Wiedniu 10 agentów Rosji na czele z A. Chapman, zatrzymanych w USA, zostało wymienionych na 4 obywateli FR, skazanych za szpiegostwo na rzecz innych państw, wcześniej osoby te ulaskawił Prezydent D. Miedwiediew, była to największa wymiana agentów między USA a Rosją od czasów zimnej wojny. Osoby te to Siergiej S., Igor S., Giennadij W., Aleksandr Z. Jednemu z nich ETPC przyznał 20.000 E jako zadośćuczynienie za uchybienia, jakich w stosunku do niego dopuściły się sądy w Rosji (Igor S. pracownik Akademii Nauk [RAN] w 2004 r. został

¹⁸ „Rzeczpospolita” z 9–10.12.2000 r.

¹⁹ *Szpiedzy z Rosji*, „Gazeta Wyborcza” 29.06.2010, *Wpadka rosyjskiej siatki*, „Gazeta Wyborcza” z 30.06.2010, *Szpiedzy bez maski*, „Gazeta Wyborcza” z 1.07.2010.

²⁰ Nielegal-oficer, kadrowy pracownik wywiadu działający w warunkach głębokiej konspiracji na terenie obcego państwa, poza oficjalnymi strukturami przedstawicielstwa swego kraju. J. Larecki, *Wielki leksykon służb specjalnych świata*, Warszawa 2007, s. 429.

skazany na 15 lat pozbawienia wolności za przekazywanie tajnych informacji na temat rosyjskiego programu nuklearnego brytyjskiej firmie, która miała być – według FSB – „przykrywką” dla CIA). Po wymianie obie strony obiecały, że nie podejmą „żadnych kroków odwetowych”, takich jak zamrożenie stosunków czy wydalenie dyplomatów²¹. Do takich oświadczeń należy podchodzić z dużą rezerwą, gdyż szpiegostwem zajmują się państwa nawet wobec sojuszników²².

E. Kohver – oficer Kaitseoilitseiamet (KaPo) – Urzędu Policji Bezpieczeństwa Estonii 5 września 2014 r. został uprowadzony na terytorium FR podczas operacji wywiadowczej w lesie na granicy z Rosją, gdzie miał się spotkać ze swoim informatorem. Niewątpliwie była to operacja specjalna FSB (provokacja wobec estońskiego funkcjonariusza), gdyż służby estońskie nabierają doświadczenia w zakresie kontrwywiadu. Został skazany w 2015 r. w Pskowie na karę 15 lat pozbawienia wolności za szpiegostwo, nielegalne przekroczenie granicy i przemyt broni. Natomiast w 2012 r. został skazany w Estonii A. Dressen – b. oficer KaPo za zdradę państwa na 16 lat pozbawienia wolności. W wyniku podjętych działań służb rosyjskich i estońskich w dniu 26.09.2015 r. dokonano ich wymiany na moście na rzece Piusa w miejscowości Koidula.

W dniu 11.02.2018 r. w miejscowości Koidula dokonano wymiany skazanych za szpiegostwo – ob. Estonii R. Susiego, skazanego w Rosji na 12 lat pozbawienia wolności za szpiegostwo i ob. FR – A. Zinzenkę skazanego w maju 2017 r. w Estonii na karę 5 lat pozbawienia wolności za szpiegostwo na rzecz Rosji. R. Susi został zatrzymany w Moskwie na lotnisku, gdy po przylocie z Tallina zmierzał do Tadżykistanu, zajmował się handlem i biznesem, akt oskarżenia dot. lat 2004–2007.

Warto przedstawić sytuację, która nosi pewien wymiar wymiany szpiegów, aczkolwiek wobec braku możliwości naukowej weryfikacji informacji medialnych, na których ją oparto, należy mieć na uwadze fakt, że nie została ona zdementowana.

W maju 2015 r. w jednym z hoteli w Brześciu został zatrzymany przez KDB kpt. X²³ (nie ujawniono nazwiska) z 18. pułku rozpoznawczego w Białymstoku, przebywający tam prywatnie, mający rodzinę na Białorusi. Dwie doby później (!) oficer ten został skazany na podstawie art. 358¹ k.k. Biało-

²¹ W. Radziwonowicz, B. Węglarczyk, *Wymiana szpiegów w Wiedniu*, „Gazeta Wyborcza” z 7.07.2010.

²² P. Schweizer, *Friendly spies. How America's Allies Are Using Economic Espionage to Steal Our Secrets*, New York 1993, idem, *Szpiedzy wśród przyjaciół. Jak sojusznicy wykradają Amerykanom tajemnice technologiczne*, Warszawa 1997.

²³ tvn24.pl „most szpiegów” między Polską a Białorusią. Kulisy tajnej operacji 29.03.2016, W. Czuchnowski, *Zabrał jej belki*, „Gazeta Wyborcza” z 12.08.2016, idem, *Degradacja. Za służbę?*, „Gazeta Wyborcza” z 12.08.2016, idem, *Zdegradowana major: Odchodzę ze służby*, „Gazeta Wyborcza” z 13–15.08.2016.

rusi²⁴ za szpiegostwo na karę 7 lat pozbawienia wolności. Wcześniej wielokrotnie przebywał na terenie FR., Ukrainy i Białorusi (dokument wiedeński). Wspomniany dokument przewiduje, że państwa europejskie przekazują sobie informacje o konwencjonalnych siłach zbrojnych, organizacji, uzbrojeniu i planowaniu obronnym. Informację o zatrzymaniu otrzymali krewni za pośrednictwem Interpolu, następnie sprawą zajęły się ABW i SKW. Operacja uwolnienia oficera miała wymiary: dyplomatyczny, prawny i operacyjny. W MSZ powstał zespół koordynujący działania dyplomatyczne w sprawie oficera, z udziałem m.in. konsula z placówki w Grodnie. W maju 2015 r. Minister Obrony Narodowej zdecydował, że główną rolę ze strony służb odegra SKW. ABW i SKW przyjęły hipotezę, że kpt X został zatrzymany dlatego, że w polskich zakładach karnych przebywało już kilku szpiegów białoruskich. Białorusini przedstawili swoje warunki uwolnienia kpt X, twierdząc, że mieli dowody jego szpiegowskiej działalności przeciwko Białorusi. Jednym z nich był powrót do Mińska Siergieja H., który pełnił funkcję wicekonsula w jednej z białoruskich placówek dyplomatycznych w Polsce. Od początku 2015 r. przebywał on w areszcie pod zarzutem szpiegostwa na rzecz Białorusi (miał być członkiem rodziny jednego z rosyjskich generałów). Prokuratura Apelacyjna w Katowicach przedstawiła mu wówczas zarzut z art. 130 § 2 k.k. Do ABW zgłosił się student, polskiego pochodzenia studiujący na jednej z polskich uczelni, który stwierdził, że jest nakłaniany do prowadzenia szpiegostwa na rzecz Białorusi. Nakłaniającym miał być Siergiej H., którego następnie zatrzymała ABW. W połowie czerwca 2015 r. do sprawy włączył się M. Biernacki – sekretarz stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Wraz z ministrami ON i SZ zaczął intensywnie pracować nad uwolnieniem polskiego oficera, rozpoczęły się rozmowy ze stroną białoruską. Ustalono, że zostanie zachowana zasada adekwatności (polski oficer będzie musiał spędzić w więzieniu tyle samo co Siergiej H.). Na przeszkodzie stanęło jednak polskie prawo. Rozważano 2 rozwiązania: 1. Białorusina miałby ułaskawić Prezydent RP, 2. zmiana kwalifikacji prawnej czynu tak, aby mógł wyjść z więzienia szybciej.

Wspomniany scenariusz M. Biernacki omówił z Prezydentem A. Dudą i Szefem BBN. Prezydent wskazał, że najprościej będzie zmienić kwalifikację prawną czynu, dlatego też M. Biernacki zwrócił się o pomoc do z-cy Prokuratora Generalnego. W rozmowach brał udział także A. Seremet – Prokurator Generalny, następnie katowiccy prokuratorzy i sąd przystali na ten plan, zmieniono zarzut na art. 130 § 1 k.k. Siergiej H. złożył wniosek o dobrowolne poddanie się karze, prokurator na to przystał, sąd orzekł karę 1 roku pozba-

²⁴ Art. 358¹ k.k. Tajna współpraca cudzoziemca lub bezpieczeństwa ze służbą specjalną, organami bezpieczeństwa lub wywiadowczymi państwa obcego, organizacji międzynarodowej lub obcej związana z popełnieniem działań skierowanych na wyrządzenie szkody bezpieczeństwu narodowemu Republiki Białorusi przy braku znamion innych szczególnie ciężkich przestępstw przeciwko państwu (działalność agenturalna) podlega karze pozbawienia wolności od 3 do 7 lat.

wienia wolności, zaliczając na jej poczet 9 miesięcy tymczasowego aresztowania. Jesienią 2015 r. Siergiej H. został przekazany władzom białoruskim. Tymczasem kpt X nadal przebywał w więzieniu. Na przełomie X/XI 2015 r. na Białorusi przebywali M. Biernacki i Szef ABW D. Łuczak, była to pierwsza od wielu lat wizyta. Białorusini obiecywali sprawę doprowadzić do końca, próbując jednak przedstawiać nowe warunki. Po wyborach M. Biernacki w powyższej sprawie konsultował się z M. Kamińskim – ministrem koordynatorem ds. służb specjalnych i Szefem ABW, którzy przejęli sprawę do dalszego prowadzenia. Kpt X w lutym 2016 r. wrócił do kraju. Prezydent A. Łukaszenka ułaskawił go, a służby odstawiły do granicy. Zdaniem dziennikarzy śledczych tvn24, M. Dudy i R. Zielińskiego, T. Siemoniak – b. MON miał stwierdzić: „Sprawa żołnierza z Białegostoku znalazła się w centrum uwagi wielu rządowych służb i instytucji. Jej rozwiązanie zawdzięczamy ich dobremu współdziałaniu i zdolności do zachowania tajemnicy. Nie mogę ujawnić jakichkolwiek szczegółów, ale ta sprawa dobrze świadczy o jakości polskich służb specjalnych i dobrej koordynacji ich pracy”.

Według informacji FSB i niektórych mediów rosyjskich w dniu 25.06.2019 r. Sąd Miejski w Moskwie skazał za szpiegostwo obywatela polskiego, przedsiębiorcę, Mariana R., na karę 14 lat kolonii karnej o surowym rygorze. Wyrok ten uprawomocnił się 12.09.2019 r. Wymieniony został zatrzymany w kwietniu 2018 r. w Moskwie, „miał poszukiwać możliwości zdobycia tajnych części systemu raketowego S-300, aby następnie wywieźć je do Polski”. Stawiane są pytania, czy była to nieudana operacja polskich wojskowych służb specjalnych? Służby odmawiają komentarza, co jest zrozumiałe. MSZ ogranicza się do zapewnienia, że sprawę R. zna, udziela mu niezbędnej pomocy konsularnej oraz jest w kontakcie z nim i jego bliskimi, nikt nie zaprzecza rosyjskim oskarżeniom.

Media rosyjskie podały, że 4 lipca 2019 r. został zatrzymany A. Worobiov, doradca przedstawiciela prezydenta Rosji w Uralskim Okręgu Federalnym, pod zarzutem zdrady stanu na rzecz RP, u którego znaleziono polski paszport i specjalny sprzęt nagrywający²⁵.

Może powstać więc poważny problem, czy istnieją szanse na przedterminowe zwolnienie M.R., przy braku „zamienników”, czyli Rosjan skazanych w Polsce za szpiegostwo. Jak zauważa G. Rzeczkowski „Jedyna nadzieja w Amerykanach, którzy tego typu „trofea” posiadają i którym może zależeć, by ratować reputację swego najwierniejszego sojusznika na wschodniej flance NATO”.

Z powyższych rozważań wynika, że wymiana agentów wywiadu ma aspekt polityczny i prawny, jest wykorzystywana w praktyce nie tylko okre-

²⁵ CEZ, *Sezon na polskich szpiegów?*, „Angora” nr 29/2019, s. 72–73, W. Radziwonowicz, *Polska siatka szpieguje w Rosji?*, „Gazeta Wyborcza” z 9.07.2019 r., s. 9, G. Rzeczkowski, *Szpiony i pionierzy*, „Polityka” nr 32/3222/ 7.08–12.08.2019 r., s. 18–20

su zimnej wojny, ale również obecnie. Muszą istnieć jednak odpowiednie warunki, czyli „podaż” agentów do wymiany i wola polityczna odstępowania od rozwiązań prawno-karnych. Być może mogłaby być ona ograniczana, gdyby zaczęły funkcjonować przepisy prawne wprowadzające w Polsce instytucję szpiega koronnego i terrorysty koronnego, pozwalające na ich przewerbowywanie²⁶, ale póki co jest to sfera objęta niejawnością.

Problematyka szpiegostwa pozostaje także w zainteresowaniu prawa międzynarodowego publicznego. W październiku 2019 r. Rosja i Litwa wymieniły szpiegów. Po trwających ponad rok rokowaniach, wymieniono 5 osób, w tym oficera FSB skazanego w Wilnie, 2 obywateli Litwy skazanych w Moskwie, obywatela Norwegii skazanego w Moskwie. W parlamencie litewskim odbyła się debata na ten temat, zgłoszono projekt zmian k.k., aby doprecyzować prawo łaski względem osób skazanych za szpiegostwo²⁷.

Brakuje wyraźnych norm prawa międzynarodowego, zabraniających uprawiania szpiegostwa. Jedyne w odniesieniu do przedstawicieli dyplomatycznych określa się w tym aspekcie zakres ich działania. Prawo międzynarodowe nie zajmuje się w zasadzie problemem szpiegostwa w czasie pokoju. Brak jest w tym względzie umów międzynarodowych, istnieją jedynie pewne normy prawa zwyczajowego. Nie ma też normy, która zabraniałaby działalności szpiegowskiej. Nie może nią być artykuł 1 ust. 2 Karty NZ, zobowiązujący członków ONZ do rozwijania „przyjaznych stosunków między państwami”. Należy przyjąć, że w prawie międzynarodowym publicznym obowiązuje zasada, w myśl której państwa zobowiązane są do przestrzegania suwerenności terytorialnej innych państw i do powstrzymania się od narzucania swej władzy zwierzchniej innym państwom. W praktyce państwa (sądy) osadzają ujętych agentów na podstawie swego prawa wewnętrznego i nie podejmują w zasadzie żadnych kroków dyplomatycznych przeciwko państwom, których agenci prowadzili działalność szpiegowską. Wymiana agentów wywiadu uwarunkowana jest wieloma względami: prawnymi, politycznymi, utylitarnymi. Wypracowano przy tym pewne reguły głównie na zasadzie zwyczaju. Decydujące będą względy polityczne i interesy narodowe a niekiedy także sojusznicze (NATO). Dlatego też wprowadzenie regulacji prawnych dotyczących wymiany agentów wywiadu wydaje się być dyskusyjne i mało realne.

²⁶ S. Hoc, *O tak zwanym szpiegu i terrorystyce koronnym*, [w:] J. Giezek (red.), D. Gruszecka (red.), T. Kalisz (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego tom XLIII. Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, Wrocław 2017, s. 153 in.

²⁷ Por. np.: Z. Baheri, Ali Sh. Fard, *Status of espionage form the perspective of international laws with em countries diplomatic and cosular realations*, „Journal Scientific Research and Development” 2/1/2015, J. Beim, *Enforcing a Prohibition on International Espionage*, „Chicago Journal of International Law” vol. 18, no 2, 2018, A.J. Radsan, *The Unresolved Equastion of Espionage International Law*. Michigan Journal of International Law 2007, vol. 28.

Wykaz literatury

- Awłasewicz T., *Łowcy szpiegów. Polskie służby kontra CIA*, Warszawa 2018.
- Baheri Z., Fard Ali Sh, *Status of espionage form the perspektive of international laws with em phasis on countries diplomatic and consular realations*, „Journal Scientific Research and Development” 2/1/2015.
- Beim J., *Enforcing a Prohibition on International Espionage*, „Chicago Journal of International Law” 2018, vol. 18, no 2.
- Bulhak W., Pleskot P., *Szpiegzy PRL-u*, Kraków 2014.
- Czuchnowski W., *Degradacja. Za służbę?*, „Gazeta Wyborcza” z 12.08.2016 r.
- Czuchnowski W., *Zabrał jej belki*, „Gazeta Wyborcza” z 12.08.2016 r.
- Czuchnowski W., *Zdegradowana major: Odchodzę ze służby*, „Gazeta Wyborcza” z 13.08.2016 r.
- Ćwięk H., *Rotmistrz Sosnowski. As wywiadu Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2010.
- Duda A., Węglorz A., *Zakres przedmiotowy prawa łaski z art. 139 Konstytucji (o niedopuszczalności stosowania abolicji indywidualnej)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 1.
- Dziwiński P., *Granice prezydenckiego prawa łaski w świetle metody historyczno-prawnej. Na marginesie uchwały Sądu Najwyższego I KZP 04/17*, „Forum Prawnicze” 2017, nr 3.
- Gondek L., *Wywiad Polski w III Rzeszy. Sukcesy i porażki*, Warszawa 2011.
- Graczyk K., *Operacja „Reichswehra ministerium”. Misja Majora Jerzego Sosnowskiego*, Warszawa 2017.
- Hoc S., *O tak zwanym szpiegu i terroryście koronnym*, [w:] J. Giezek, (red.), D. Gruszczyńska (red.), T. Kalisz (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka.*, tom XLIII, Wrocław 2017.
- Hoc S., *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, Opole 2002.
- Hoc S., *Zagadnienia odpowiedzialności za szpiegostwo*, Warszawa 1985.
- Kluza J., *Glosa aprobująca do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. I KZP 4/17*, „Młoda Palestra” 2017, nr 4.
- Koper S., Biedrzycki A., *Polscy szpiegzy*, Warszawa 2018.
- Kołąkowski P., Krzak A., *Sprawa majora Jerzego Sosnowskiego w świetle dokumentów analitycznych Oddziału II SGWP i zeznań Franza Heinricha Pfeifera*, Warszawa 2015.
- Kozaczuk W., *Bitwa o tajemnice. Służby wywiadowcze Polski i Rzeszy Niemieckiej 1922–1939*, Warszawa 1977.
- Kozłowski K., *Prawo łaski Prezydenta RP. Historia. Regulacja. Praktyka*, Warszawa 2013.
- Krzak A., *„Afera Sosnowskiego”. Nowe spojrzenie na działalność placówki wywiadowczej In-3 i jej kierownika – mjr. Jerzego Sosnowskiego*, [w:] P. Kołąkowski (red.), A. Peplowski (red.), *Wywiad wojskowy II Rzeczypospolitej*, Kraków 2011.
- Krzak A., *Jerzy Sosnowski – obraz życia i działalności wywiadowczej w opracowaniu pt. „Afera Sosnowskiego” (Synopsis)*, [w:] P. Kołąkowski (red.), A. Peplowski (red.), *Za kulami wywiadu i dyplomacji. Polski wywiad wojskowy 1918–1945*, Kraków 2014.
- Kurpis W., *Berlińska misja*, Warszawa 1967.
- Larecki J., *Wielki leksykon służb specjalnych świata*, Warszawa 2007.
- Larecki J.H., *Wielki leksykon tajnych służb świata. organizacja wywiadu, kontrwywiadu i policji politycznych, terminologia profesjonalna i żargon operacyjny*, Warszawa 2017.

- Masternak-Kubiak M., *Glosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. (sygn. akt I KZP 4/17)*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 6.
- Paduszek K., *Polski Dreyfus czy międzynarodowy szpieg? Mjr Jerzy Sosnowski-Nałęcz przed sądem polskim*, „Przegląd Historyczno-Wojskowy” 2008, nr 2.
- Piekalkiewicz, *Dzieje szpiegostwa*, Warszawa 1999.
- Pötzl N.F., *Basar der Spione. Die geheimen Missionen des DDR – Unterhandlers Wolfgang Vogel*, Berlin 1997.
- Radziwonowicz W., Węglarczyk B., *Wymiana szpiegów w Wiedniu*, „Gazeta Wyborcza” z 7.07.2010 r.
- Radziwonowicz W., *Polska siatka szpieguje w Rosji?*, „Gazeta Wyborcza” z 9.07.2019 r., Rzeczkowski G., *Szpiiony i pionowy*, *Polityka*” nr 32/3222/7.08–12.08.2019 r.
- Skubisz P., *Płotka w sieci. Bogdan Walewski, czyli polski dyplomata i amerykański szpieg*, [w:] W. Skóra (red.), P. Skubisz (red.), *Studia nad wywiadem i kontrwywiadem w XX wieku*, t. 3, Szczecin 2016.
- Sulick M.J., *American spies. Espionage against the United States from the Cold War to the present*, Washington 2013.
- Waltoś S., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2001.
- Wieczorkiewicz P., *Sprawa rotmistrza Sosnowskiego*, „Mówią Wieki” 1996, nr 11–12.
- Wielński B.T., *Kanclerz RFN pod kontrolą NRD*, „Magazyn Historyczny” nr 2(3) lipiec 2013.
- Zacharski M., *Nazywam się Zacharski. Marian Zacharski wbrew regułom*, Poznań 2009.
- Zacharski M., *Operacja Reichswehra. Kulisy wywiadu II RP*, Poznań 2013.
- Zacharski M., *Rotmistrz*, Poznań 2011.
- Zawłocki R., *Glosa polemiczna do uchwały Sądu Najwyższego dotyczącej prezydenckiego prawa łaski z dnia 31 maja 2017 r. sygn. akt I KZP 4/17*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2018, nr 2.
- Zgórniak M., „*In-3*” – *Sprawa Jerzego Sosnowskiego*, „Studia Historyczne” 1970, z. 4.

Summary

Exchange of intelligence agents – the legal and political aspects

Key words: agent, pardon, special services, network of spies, spying activity.

The author considers the problem of exchanging intelligence agents in international and criminal law. The institution of exchanging intelligence agents is a legal custom, but there are also several regulations connected with pardons. The theoretical issues are enriched with examples from different countries.

Tomasz Jakubiak

Papieski Wydział Teologiczny w Warszawie Sekcja św. Jana Chrzciciela

ORCID: 0000-0003-4781-686X

Prawna skuteczność zgody małżeńskiej wyrażonej bez obecności duchownego uprawnionego do asystowania przy zawarciu małżeństwa jako przejaw elastyczności ustawodawcy kościelnego we wspieraniu instytucji małżeństwa

Kościół katolicki od zawierających małżeństwo – jeśli podlegają stanowionemu przez niego prawu – wymaga dla jego ważności wyrażenia zgody małżeńskiej z zachowaniem określonej prawem formy¹. W dużym uproszczeniu polega ona na tym, że – jeśli jedna ze stron jest katolikiem² – zgoda małżeńska musi zostać wyrażona wobec uprawnionego duchownego i dwóch świadków (kan. 1108 § 1 KPK, kan. 828 § 1 KKKW)³. Tak opisana forma zawarcia małżeństwa nazywana jest zwykłą formą kanoniczną zawarcia małżeństwa. Nie należy jej utożsamiać z formą liturgiczną zawarcia małżeństwa⁴.

Życie jednak niesie ze sobą takie sytuacje, kiedy zachowanie zwyczajnej formy kanonicznej nie jest możliwe albo jest bardzo utrudnione. W związku z tym ustawodawca kościelny, uwzględniając prawo naturalne nupturientów do zawarcia małżeństwa oraz dobro duchowe katolików, dopuszcza okolicz-

¹ W. Góralski, *Kościelne prawo małżeńskie*, Warszawa 2006, s. 227.

² Kan. 1117 KPK od dnia 8 kwietnia 2010 r. obowiązuje w nowym brzmieniu – Benedictus XVI, *Litterae apostolicae motu proprio datae Quaedam in Codice Iuris Canonici immutantur. Omnium in mentem*, 26.10.2009, AAS 102 (2010), s. 8–10; kan. 834 § 1 KKKW.

³ Odnotować należy, że na mocy decyzji papieża Franciszka kan. 1108 KPK został uzupełniony o paragraf trzeci, stanowiący: „Tylko kapłan ważnie asystuje przy małżeństwach zawieranych pomiędzy stronami wschodnimi lub pomiędzy stroną łacińską i stroną wschodnią albo katolicką albo niekatolicką” (*Solus sacerdos valide assistit matrimonio inter partes orientales vel inter partem latinam et partem orientalem sive catholicam sive non catholicam*) – Franciscus, *Litterae Apostolicae Motu Proprio Datae De Concordia Inter Codices*, 31.05.2016, AAS 108 (2016), s. 602–606.

⁴ *Rituale Romanum ex decreto Sacrosancti Oecumenici Concilii Vaticani II Renovatum Auctoritate Pauli PP. VI Editum Ioannis Pauli PP. II Cura Recognitum. Ordo celebrandi Matrimonium*, Editio typica altera, Typis Vaticanis 1991, Libreria Editrice Vaticana 2008, (dalej jako *Ordo celebrandi Matrimonium*).

ności, w których zgoda małżeńska wyrażona bez obecności uprawnionego duchownego staje się prawnie skuteczna i tym samym stwarza węzeł małżeński. W większości wymienione zostały one w kan. 1108 § 1 KPK i kan. 828 § 1 KKKW, jako wyjątki od ogólnej zasady, według której najwyższy prawodawca za ważne uznaje małżeństwa zawarte wobec dwóch świadków i kompetentnego duchownego.

W związku z powyższym, autor postawił sobie za cel przybliżenie wymienionych w przywołanych kanonach instrumentów prawno-kanonicznych, które gwarantują prawną skuteczność zgody małżeńskiej wyrażonej bez obecności duchownego uprawnionego do asystowania przy zawarciu małżeństwa. Ze względu na ograniczoną objętość artykułu pozostałe, analogiczne instrumenty prawne, opisane w innych kanonach kodeksu, zostaną pominięte.

1. Zawarcie małżeństwa wobec dwóch zwykłych świadków

1.1. Prawo kościelne

Pierwszy z wyjątków⁵, jaki został przewidziany przez ustawodawcę w kan. 828 § 1 KKKW, gdy zgoda małżeńska nieprzyjęta przez uprawnionego duchownego jest prawnie skuteczna, dotyczy sytuacji opisanej w kan. 832 KKKW. Wyjątek ten znany jest również w systemie prawnym Kościoła łacińskiego. W kan. 1108 § 1 KPK wymieniony jest jako trzeci (por. kan. 1116 KPK). Zgodnie z decyzją ustawodawcy, jeśli osoba kompetentna do asystowania jest nieosiągalna lub nie można do niej się udać bez poważnej niedogodności, chcący zawrzeć prawdziwe małżeństwo może je ważne i godziwie zawrzeć wobec samych świadków, gdy zachodzi niebezpieczeństwo śmierci albo gdy roztropnie się przewiduje, że te okoliczności będą trwały przez miesiąc.

Gwarantując ważność tak zawartych małżeństw, ustawodawca kościelny zachęca nupturientów, by – jeśli to możliwe – poprosili obecnego duchownego (w KKKW: kapłana) nieupoważnionego (w KKKW: niekompetentnego) do asystowania przy zawarciu małżeństwa, aby razem ze zwykłymi świadkami był obecny w trakcie wyrażania zgody małżeńskiej.

Należy zauważyć, że podczas gdy duchownym kompetentnym do asystowania przy zawarciu małżeństwa w Kościele łacińskim może być również diakon – chyba że mamy do czynienia z sytuacją, gdy jeden z nupturientów

⁵ Pierwszy z wyjątków, który został przewidziany przez ustawodawcę w kan. 1108 § 1 KPK, dotyczy uzupełnienia brakującego *facultas* do asystowania przy zawarciu małżeństwa (kan. 144 KPK). Instrument ten nie dotyczy jednak materii stanowiącej przedmiot badań, ponieważ ostatecznie, dzięki uzupełnieniu upoważnienia, forma kanoniczna jest zachowana.

jest obrządku wschodniego katolickiego lub akatolickiego – to według systemu prawa katolickich Kościołów wschodnich owym duchownym może być wyłącznie kapłan.

Aby móc zawrzeć małżeństwo zgodnie z normą zapisaną w kan. 828 § 1 KKKW i kan. 1116 KPK, musi zachodzić niemożliwość wyrażenia zgody małżeńskiej przed uprawnionym duchownym bądź możliwość ta ma być utrudniona do tego stopnia, że powoduje poważne trudności⁶. Bez znaczenia pozostaje, czy niemożliwość wypowiedzenia zgody przed uprawnioną osobą dotyczy tylko konkretnej pary, czy większości osób znajdujących się w danym miejscu⁷. Niebezpieczeństwo śmierci (*periculo mortis*) oznacza stan, w którym istnieje uzasadniona możliwość, że śmierć w najbliższym czasie nastąpi, chociaż nie jest to zupełnie pewne⁸.

Poza niebezpieczeństwem śmierci, aby zawrzeć małżeństwo wobec zwykłych świadków, oprócz braku kwalifikowanego świadka, konieczne jest istnienie moralnej pewności, opartej na powszechnej wiedzy lub dochodzeniu, że brak świadka lub niemożliwość udania się do niego bez poważnej niedo- godności trwać będzie przez miesiąc⁹.

O tym, jak wielką wagę prawodawca przykładła do tego, aby małżeństwa zawierane w tych nadzwyczajnych okolicznościach były ważne, świadczy upoważnienie do udzielania dyspens, jakie otrzymali duchowni towarzyszący wyrażeniu zgody małżeńskiej wobec dwóch zwykłych świadków – o których jest mowa w kan. 1116 § 2 KPK i kan. 832 § 2 KKKW. Należałoby rozważyć, czy po dodaniu przez papieża Franciszka w 2016 r. do kan. 1108 KPK paragrafu trzeciego, władza ta nadal jest przyznawana diakonom łańcim, towarzyszącym zawarciu małżeństwa przez nupturienta należącego do obrządku wschodniego katolickiego lub akatolickiego.

1.2. Małżeństwo konkordatowe

Mówiąc o nadzwyczajnej formie zawarcia małżeństwa warto odnotować, że prawodawca polski w art. 9 § 2 KRiO dopuścił skuteczność prawną małżeństw zawieranych w niebezpieczeństwie śmierci, nawet gdyby nie zostało przedstawione „zaświadczenie stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa” sporządzone przez kierownika urzędu stanu cy-

⁶ T. Jakubiak, *Nadzwyczajna forma zawarcia małżeństwa według Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 i 1983 r.*, „*Ius Matrimoniale*” 25 (2014) n. 2, s. 51–53.

⁷ R. Navarro-Valls, *The Form of the Celebration of Marriage*, [w:] Á. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña (red.), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Montreal–Chicago 2004, s. 1471–1472.

⁸ T. Jakubiak, *Nadzwyczajna...*, op. cit., s. 54.

⁹ Pontificia Commissio ad Codicis Canones Authentice Interpretandos, *Responsa ad proposita dubia*, n. 8, 10.11.1925, AAS 17 (1925), s. 583; F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 2, Opole 1958, s. 295; kan. 202 § 1 KPK.

wilnego¹⁰. Nie jest jednak oczywiste, czy norma ta ma zastosowanie, gdy wyrażeniu zgody małżeńskiej wobec dwóch zwykłych świadków towarzyszy duchowny, o którym wspominają kan. 1116 § 2 KPK i kan. 832 § 2 KKKW.

Ponieważ KRiO w artykułach regulujących możliwość zawarcia małżeństwa w formie religijnej nie wprowadza rozróżnienia na duchownych posiadających *facultas* i nieposiadających, można dojść do wniosku – dokonując literalnej analizy tekstu ustawy – że w niebezpieczeństwie śmierci również duchowny nieposiadający upoważnienia mógłby być tym duchownym – wspomnianym przez KRiO – przed którym nupturienti składają zapewnienie, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa oraz w którego obecności oświadczają wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (KRiO, art. 1 § 2). Ów duchowny, niezwłocznie po złożeniu oświadczenia woli jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, mógłby sporządzić „Zaświadczenie stwierdzające, że oświadczenia zostały złożone w jego obecności w trakcie zawarcia związku małżeńskiego podlegającego prawu wewnętrznemu Kościoła katolickiego”¹¹. Zaświadczenie wraz z nim podpisywaliby dwaj pełnoletni świadkowie obecni przy złożeniu oświadczeń (KRiO, art. 8 § 2). Duchowny towarzyszący zawarciu małżeństwa w nadzwyczajnej formie przekazywałby także Zaświadczenie do urzędu stanu cywilnego (KRiO, art. 8 §3).

Na taką interpretację przepisów KRiO pozwala art. 1 § 2 KRiO. Zapisane jest w nim, że małżeństwo, aby wywierało skutki cywilne, musi zostać zawarte zgodnie z prawem wewnętrznym Kościoła. Jak zostało wcześniej wykazane, normy regulujące możliwość zawarcia małżeństwa w nadzwyczajnej formie wchodzi do systemu prawa kanonicznego. Ponadto znowelizowana 24 lipca 1998 r. Ustawa o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego w art. 15a również dopuszcza zawarcie małżeństwa w nadzwyczajnej formie w niebezpieczeństwie śmierci. Przywołany artykuł stanowi, że jeżeli zostaną spełnione wymagania określone w KRiO, małżeństwo zawarte w formie przewidzianej przez prawo kanoniczne wywiera takie skutki, jak małżeństwo zawarte przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Zatem i ten dokument pozwala sądzić, że małżeństwa zawierane przy zachowaniu stanu faktycznego opisanego w kan. 1116 §1 n. 1, § 2 KPK lub kan. 832 § 1 n. 1, § 2 KKKW mogą

¹⁰ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., art. 10 (Dz.U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318); ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 682 z późn. zm.); ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, art. 1 (Dz.U. z 1998 r. Nr 117, poz. 757).

¹¹ „Zaświadczenie stwierdzające, że oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński zostały złożone w obecności duchownego” (inaczej: „Zaświadczenie stanowiące podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego”), dalej jako Zaświadczenie.

wywierać skutki na gruncie prawa polskiego, jeśli zostaną spełnione wymagania KRiO, a jak ukazano wcześniej, KRiO nie przekreśla takiej możliwości.

Sytuacja komplikuje się jednak, kiedy odwołamy się do Obwieszczenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 lutego 2015 r.¹² Zgodnie z nim do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński upoważnieni są: ordynariusz miejsca (biskup diecezjalny, administrator apostolski, administrator diecezji, wikariusz generalny, wikariusz biskupi), biskup polowy, proboszcz, administrator parafii, duchowny odpowiednio delegowany. Jeśliby przyjąć, że przez duchownego odpowiednio delegowanego rozumiemy tutaj duchownego posiadającego *facultas* do asystowania przy zawarciu małżeństwa, oznaczałoby to tym samym, że duchowny towarzyszący przy zawarciu małżeństwa w nadzwyczajnej formie nie ma prawa przyjąć oświadczenia, o którym jest mowa w art. 1 § 2 KRiO. Nie jest bowiem duchownym odpowiednio delegowanym. Tym samym małżeństwo zawarte wobec takiego duchownego – zgodnie z prawem wewnętrznym Kościoła katolickiego – nie mogłoby wywołać skutków na gruncie prawa polskiego. Za takim rozumieniem zwrotu „duchowny odpowiednio delegowany” przemawiają również informacje rozesłane przez Sekretarza Generalnego Episkopatu Polski w dniu 20 marca 2015 r. do kanclerzy kurii diecezjalnych (Informacja, p. 10a)¹³. Mówiąc o tym dokumencie, trzeba mieć także na względzie, że posiada on jedynie walor interpretacji nieautentycznej. Zawiera praktyczne wskazówki, celem aplikowania do życia zmieniającego się z dniem 1 marca 2015 r. prawa państwowego¹⁴.

W tym miejscu trzeba również odwołać się do kolejnego przepisu. Art. 15a Ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego stanowi, że osobę duchowną, przed którą składa się oświadczenia o zawarciu małżeństwa, określa prawo kanoniczne¹⁵. Kan. 1116 § 2 KPK stanowi natomiast, że duchowny nieposiadający upoważnienia do asystowania przy zawarciu małżeństwa powinien zostać poproszony i razem ze świadkami być przy zawieraniu małżeństwa. A zatem oświadczenie, o którym stanowi art. 1 § 2 KRiO, mogłoby zostać złożone w jego obecności.

¹² Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 5 lutego 2015 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński oraz sporządzania zaświadczeń stanowiących podstawę sporządzania aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, M.P. z 2015 r., poz. 230, wraz z Załącznikiem.

¹³ Sekretarz Generalny Konferencji Episkopatu Polski, *Informacja Sekretariatu Konferencji Episkopatu Polski dotycząca kwestii małżeńskich*, SEP – D/9.1.2-13, 20.03.2015, wraz z: *Informacja o zmianie przepisów dotyczących zawierania małżeństw wyznaniowych ze skutkami cywilnymi (tzw. małżeństwa konkordatowe)* [wersja poprawiona] (dalej jako: Informacja).

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, art. 15a, ust. 3 pkt 2 (Dz.U. z 1989 r. Nr 29, poz. 154); ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw..., art. 6.

Nieco trudniejsza w interpretacji jest natomiast norma zapisana w KKKW. W kan. 832 § 2 KKKW ustawodawca określił, że w przypadku nieobecności kapłana uprawnionego do asystowania przy zawieraniu małżeństw i błogosławienia ich należy poprosić jakiegokolwiek kapłana, by pobłogosławił małżeństwo zawarte w nadzwyczajnej formie. Z normy tej nie wynika, czy kapłan ten jest obecny w trakcie wyrażania zgody i czy w związku z tym (w myśl prawa kanonicznego i art. 15a Ustawy o stosunku państwa do Kościoła) mógłby być duchownym przyjmującym oświadczenie, o którym mowa w art. 1 § 2 KRiO. Wątpliwości rozwiewa odwołanie się do kan. 832 § 3 KKKW. Z jego treści wynika, że małżeństwo, o którym mowa w kan. 832 § 2 KKKW, zawierane jest wobec dwóch świadków i kapłana błogosławiącego. Zatem dostrzegamy w tym miejscu wyraźną kolizję norm prawa: KRiO, art. 1, Ustawy o stosunku państwa do Kościoła Katolickiego, art. 15a oraz Obwieszczenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 lutego 2015 r. Podczas gdy pierwsze normy odwołują się wprost do przepisów prawa kościelnego jako tych, które mają pomóc określić, kto jest uprawniony do przyjmowania oświadczenia, o którym mowa w art. 1 § 2 KRiO, Obwieszczenie zawiera zamknięty katalog upoważnionych osób.

Kolejna kolizja prawa dotyczy norm wymieniających stanowiska, których zajmowanie upoważnia do sporządzania zaświadczeń stanowiących podstawę do sporządzenia aktu małżeństwa. Według cytowanego obwieszczenia ministra z dnia 5 lutego 2015 r. są to: ordynariusz miejsca (biskup diecezjalny, administrator apostolski, administrator diecezji, wikariusz generalny, wikariusz biskupi), biskup polowy, proboszcz, administrator parafii, wikariusz lub inny duchowny odpowiednio delegowany w zastępstwie proboszcza. Wcześniejsze rozporządzenie w tej sprawie zawierało zwrot: „duchowny w zastępstwie proboszcza”¹⁶. Warto nadmienić, że w znowelizowanym dnia 24 lipca 1998 r. Prawie o aktach stanu cywilnego (art. 27 ust. 2) ustawodawca stwierdzał: „Osoba zajmująca jedno z tych stanowisk jest duchownym w rozumieniu przepisów o zawarciu małżeństwa”¹⁷. Przywołany przepis art. 27 ust. 2 został jednak derogowany dnia 28 listopada 2014 r.¹⁸

Po opublikowaniu w 2015 r. przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji wykazu stanowisk, które upoważniają do sporządzenia Zaświadczenia oraz po derogacji w 2014 r. przywołanego art. 27 ust. 2 Prawa o aktach stanu cywilnego nastąpiło widoczne ograniczenie liczby osób uprawnionych

¹⁶ Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, (M.P. z 2008 r. Nr 18, poz. 191, wraz z Załącznikiem).

¹⁷ Cyt. ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, art. 27 ust. 2 (t.j. Dz.U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264 ze zm.); ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw..., art. 3.

¹⁸ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach...

do sporządzenia Zaświadczenia. Już nie „duchowny w zastępstwie proboszcza”, lecz „duchowny odpowiednio delegowany w zastępstwie proboszcza” ma prawo taki dokument przygotować. Zatem duchowny, o którym mowa w kan. 1116 § 2 KPK i kan. 832 § 2 KKKW, nie mógłby tego uczynić.

W tym miejscu warto przywołać również inny dokument. Z informacji rozesłanej przez Sekretarza Generalnego Episkopatu Polski w dniu 20 marca 2015 r. do kanclerzy kurii diecezjalnych wynika, że Zaświadczenie może być wypełnione przez duchownego innego niż ten, przed którym było zawierane małżeństwo (Informacja, p. 6). Zatem Zaświadczenie mógłby sporządzić każdy duchowny wymieniony w obwieszczeniu ministra z 2015 r., mimo że małżeństwo byłoby zawarte w obecności duchownego nieposiadającego *facultas* do asystowania przy jego zawarciu. Niejasna pozostaje jednak kwestia, czy ów duchowny towarzyszący zawarciu małżeństwa może przyjąć oświadczenie woli, o którym w art. 1 § 2 KRiO.

Na zakończenie tej części rozważań sięgnijmy jeszcze do Instrukcji dla duszpasterzy dotyczącej małżeństwa konkordatowego z dnia 15 listopada 1998 r.¹⁹ Jedną z części tego dokumentu poświęcona została „procedurze w niebezpieczeństwie śmierci”. Czytamy w niej, że „jeżeli przy zawieraniu małżeństwa był obecny duchowny, o którym mówi kan. 1116 § 2 KPK i kan. 832 § 2 KKKW, po imieniu i nazwisku duchownego zamiast stanowiska podaje się formułę: duchowny w zastępstwie proboszcza, obecny przy małżeństwie zawartym w niebezpieczeństwie śmierci” (Instrukcja p. IV, 26b). Z przywołanego tekstu nie wynika, czy mowa w nim o duchownym przyjmującym oświadczenie, czy też sporządzającym Zaświadczenie. Analiza osobnego punktu 18 Instrukcji, do której odwołuje się p. 26, pozwala uznać, że chodzi o duchownego upoważnionego do przygotowania Zaświadczenia. Wskazania zawarte w Instrukcji były zgodne ze stanem prawnym obowiązującym w Polsce w dniu jej ogłoszenia (do wejścia w życie obwieszczenia z 2015 r.)²⁰. Jediną niezgodność z przepisami państwowymi stanowiło stwierdzenie, że duchowny podpisujący Zaświadczenie powinien być określany zwrotem „duchowny w zastępstwie proboszcza, obecny przy małżeństwie

¹⁹ Konferencja Episkopatu Polski, *Instrukcja dla duszpasterzy dotycząca małżeństwa konkordatowego*, 15.11.1998, „Dokumenty Konferencji Episkopatu Polski” 1998, s. 231–237 (dalej jako Instrukcja).

²⁰ Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 4 listopada 1998 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, (M.P. z 1998 r. Nr 40, poz. 554, wraz z Załącznikiem); Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 marca 2004 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, (M.P. z 2004 r. Nr 22, poz. 392, wraz z Załącznikiem); Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk...

zawartym w niebezpieczeństwie śmierci” zamiast „duchowny w zastępstwie proboszcza”.

W Informacjach rozesłanych przez Sekretarza Generalnego Episkopatu Polski kwestia małżeństw konkordatowych zawieranych w niebezpieczeństwie śmierci nie została podjęta. Zauważono w nich, że nowe obwieszczenie ministra z dnia 5 lutego 2015 r. „zasadniczo nie wnosi nic nowego w przedmiotowej kwestii, ale doprecyzowuje, zgodnie z przepisami prawa kanonicznego, terminologię dotyczącą nazw stanowisk, których pełnienie daje prawo do przyjęcia oświadczeń, sporządzenia i podpisania zaświadczenia” (Informacja, n. 10). Jak wykazano powyżej, owo doprecyzowanie zwrotu „duchowny w zastępstwie proboszcza” przez zastąpienie go terminem „duchowny odpowiednio delegowany w zastępstwie proboszcza” – w szczególności w katalogu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński – wydaje się zmianą znoszącą możliwość zawarcia małżeństwa konkordatowego w niebezpieczeństwie śmierci przed duchownym nieupoważnionym do asystowania przy nim.

Najprostszym sposobem usunięcia opisanych wątpliwości wydaje się uzupełnienie w Obwieszczeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 2015 r. wykazu stanowisk upoważniających do przyjmowania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński oraz sporządzania Zaświadczenia o stanowisko: „duchowny, o którym mowa w kan. 1116 KPK lub kan. 832 KKKW”.

2. Małżeństwo strony katolickiej z akatolicką obrzędkiem wschodniego, zawarte z udziałem akatolickiego kapłana

Kolejny wyjątek dopuszczony w kan. 1108 § 1 KPK i kan. 828 § 1 KKKW stanowi możliwość zawarcia małżeństwa przez stronę katolicką w obecności kapłana akatolickiego. W kan. 1127 § 1 KPK i kan. 834 § 2 KKKW – do których odwołują się przywołane normy – prawodawca uznał, że gdy strona katolicka zawiera małżeństwo z osobą ochrzczoneą należącą do obrządku wschodniego niekatolickiego, do ważności wystarcza udział świętego szafarza (*interventus ministri sacri*). W KKKW doprecyzowane zostało, że owym szafarzem jest kapłan, który udziela błogosławieństwa. Małżeństwa zawarte w ten sposób bez uzyskania dyspensy od formy kanonicznej są ważne, ale niegodziwie zawarte.

W literaturze przedmiotu nie ma zgodności co do sposobu interpretowania przywołanych przypisów. Doktryna nie potrafi osiągnąć jednomyślności m.in. w tym:

– czy szafarzem (kapłanem) może być: a) chrześcijanin jakiegokolwiek wyznania, b) kapłan strony akatolickiej, c) kapłan należący do jakiegokolwiek obrządku wschodniego,

– czy udział szafarza ma być aktywny, czy wystarczy udział pasywny,

– czy konieczni są dwaj świadkowie zwykli, czy też nie,

– czy zastrzeżenie „z zachowaniem innych wymogów prawa” odnosi się do: a) prawa Kościoła katolickiego, b) prawa Kościoła obrządku wschodniego niekatolickiego, c) prawa obydwu Kościołów jednocześnie, d) prawa Kościoła katolickiego (w całości) z wyjątkiem tego, jak prawo Kościoła akatolickiego określa osobę uprawnioną do asystowania przy zawarciu małżeństwa, e) prawa Kościoła katolickiego z wyjątkiem tego, jak prawo Kościoła akatolickiego określa formę zawarcia małżeństwa²¹.

Wymieniając skrajne opinie na temat interpretacji kan. 1127 § 1 KPK 1983, warto odwołać się do Nowickiej²². Uważała ona, że „zwolnienie od formy zwyczajnej w małżeństwie mieszanym ze stroną prawosławną jest przewidziane tylko w przypadku, w którym małżeństwo jest zawierane w Kościele prawosławnym. Zachowanie wszystkiego, co jest przez prawo wymagane do zachowania, oznacza respektowanie prawa Kościoła, w którym małżeństwo jest zawierane. Jeśli jest zawierane (...) w Kościele, do którego należy strona wschodnia akatolicka – wówczas należy wziąć pod uwagę normy w tymże Kościele obowiązujące”²³.

Przytoczony pogląd wydaje się potwierdzać instrukcja procesowa *Dignitas connubii*²⁴. Zgodnie z art. 2 wspomnianego dokumentu, małżeństwo strony katolickiej i strony ochrzczonej niekatolickiej regulowane jest: prawem Bożym, prawem kanonicznym oraz prawem własnym Kościoła lub wspólnoty kościelnej, do której należy strona akatolicka, jeśli ta wspólnota posiada wła-

²¹ R. Navarro-Valls, *Mixed Marriages*, [w:] *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, vol. 3/2, dz. cyt., s. 1512; W. Góralski, *Małżeństwa mieszane*, [w:] W. Góralski, E. Górecki, J. Krukowski, J. Krzywda, P. Majer, B. Zubert (red.), *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. 3.2, Poznań 2011, s. 334; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II. Prawo małżeńskie*, t. 3, Olsztyn 1996, s. 204; W. Góralski, *Małżeństwo*, [w:] P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz (opr.), *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. 3, Lublin 1986, s. 312; W. Góralski, *Kościelne prawo...*, op. cit., s. 289; J. P. Beal, *Mixed marriages*, [w:] J. P. Beal, J. A. Coriden, T. J. Green, *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York 2000, s. 1348; J. M. Serrano, *De matrimoniis mixtis*, [w:] P. V. Pinto (red.), *Studium Romanae Rote. Corpus Iuris Canonici. I. Commento al Codice di Diritto Canonico*, Libreria Editrice Vaticana 2001, s. 669–670; P. M. Gajda, *Prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Tarnów 2005, s. 218; U. Nowicka, *Kanoniczna forma zawarcia małżeństwa z prawosławnym wg KPK i KKKW*, „Prawo Kanoniczne” 52 (2009) nr 3–4, s. 260.

²² T. Jakubiak, *Naprawienie zaistniałego stanu rzeczy po zawarciu małżeństwa przez stronę łacińską ze stroną akatolicką obrządku wschodniego bez dyspensy od formy kanonicznej przy udziale świętego szafarza*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23 (2013) nr 4, s. 124.

²³ Cyt. U. Nowicka, *Kanoniczna forma...*, op. cit., s. 260.

²⁴ A. Stankiewicz, *Instrukcja*, [w:] T. Rozkrut (red.), *Komentarz do Instrukcji procesowej „Dignitas Connubii”*, Sandomierz 2007, s. 11–34.

sne prawo małżeńskie (art. 2 §2, n. 1), prawem, jakiego używa wspólnota kościelna, do której należy strona akatolicka, jeśli ta wspólnota nie ma własnego prawa małżeńskiego (art. 2 §2, n. 2). Biorąc pod uwagę niniejszą normę, bez większych trudności można przyjąć, że zastrzeżenie „z zachowaniem innych wymogów prawa” oznacza, iż w tym, co dotyczy formy kanonicznej, należy przestrzegać prawa własnego Kościoła, do którego strona akatolicka należy, w tym zaś, co dotyczy przeszkód i wad zgody, należy przestrzegać prawa Bożego, prawa Kościoła katolickiego oraz pozytywnego prawa Kościoła akatolickiego drugiej strony²⁵. Z art. 4 § 1 n. 2 instrukcji *Dignitas connubii* wnioskujemy także, że – jeśli chodzi o formę zawarcia małżeństwa – małżeństwo musi być zawarte z zachowaniem świętego obrzędu i prawa własnego Kościoła, do którego należy strona akatolicka.

O tym, jaką rolę w tradycji Kościołów wschodnich katolickich i niekatolickich odgrywa święty obrzęd, a w szczególności błogosławieństwo, jakiego udziela kapłan przy zawieraniu małżeństwa (o którym wprost była mowa w kan. 834 § 2 KKKW), naucza KKK. Czytamy w nim: „w tradycjach Kościołów wschodnich kapłani lub biskupi, którzy przewodniczą ceremonii, są świadkami wzajemnej zgody małżonków, ale ich błogosławieństwo jest konieczne także dla ważności sakramentu” (KKK, n. 1623)²⁶.

Zważywszy na to, co do tej pory zostało powiedziane, „udział świętego szafarza”, o którym jest mowa w kan. 1127 § 1 KPK, należy interpretować – zgodnie z brzmieniem kan. 834 § 2 KKKW – jako błogosławieństwo kapłana. Tak samo należałoby pojmować sformułowanie zapisane w art. 4 § 4 n. 1 *Dignitas connubii*: „byleby tylko małżeństwo było zawarte z zachowaniem świętego obrzędu”. Jak zauważa Nowicka: „Zgoda, która jest przyczyną sprawczą każdego zwyczajnego kontraktu, nie może – wedle koncepcji prawosławnej – mieć mocy ustanowienia sakramentu. Tym właśnie małżeństwo «w Panu» różni się od związku cywilnego, że jest ono uświęcone przez łaskę Bożą, ta z kolei nie może zstąpić na małżonków inaczej, jak poprzez kapłańskie błogosławieństwo. Innymi słowy, przymierze małżeńskie nie staje się sakramentem z mocy wzajemnej zgody małżonków, ale poprzez interwencję duchownego, który jest jego szafarzem”²⁷.

Biorąc pod uwagę, że przy zawieraniu małżeństwa przed duchownym akatolickim – zgodnie z decyzją ustawodawcy – należy przestrzegać prawa Kościoła, do którego należy strona akatolicka obrządku wschodniego, samo wyrażenie zgody przez nupturientów i udzielenie błogosławieństwa przez kapłana może okazać się niewystarczające do ważnego zawarcia małżeń-

²⁵ Cyt. A. Stankiewicz, *Instrukcja, [w:] Komentarz do Instrukcji...*, op. cit., s. 25–26.

²⁶ U. Nowicka, *Stwierdzenie stanu wolnego wiernych prawosławnych na forum Kościoła katolickiego*, Warszawa 2012, s. 33, 231; T. Jakubiak, *Obrzęd zawarcia małżeństwa w nadzwyczajnej formie*, „*Ius Matrimoniale*” 25 (2014) nr 3, s. 32–35.

²⁷ U. Nowicka, *Stwierdzenie stanu...*, op. cit., s. 33.

stwa. Nie jest bowiem wykluczone, że Kościół, do którego należy strona akatolicka, ma w swoim prawie jeszcze inne warunki określające – używając katolickiej terminologii – formę prawną zawarcia małżeństwa, które mogą wpływać na ważność zawartego małżeństwa.

3. Świecki asystujący przy zawarciu małżeństwa

Instrumentem prawnym, istniejącym wyłącznie w systemie prawa Kościoła łacińskiego, umożliwiającym ważne zawarcie małżeństwa bez obecności uprawnionego duchownego, jest możliwość zawarcia małżeństwa w obecności dwóch zwykłych świadków oraz kompetentnego świeckiego.

W kan. 1108 § 1 KPK ustawodawca zamieścił odwołanie do kan. 1112 § 1 KPK. Kanon ten – w brzmieniu zmienionym przez papieża Franciszka w 2016 r. – stanowi: „Gdzie nie ma kapłanów i diakonów, biskup diecezjalny, uzyskawszy – po wcześniejszej pozytywnej opinii Konferencji Episkopatu – zezwolenie (*licentia*) Stolicy Apostolskiej, może delegować świeckich (*delegare laicos*) do asystowania przy zawieraniu małżeństw, z zachowaniem tego, co zostało przepisane w kan. 1108 § 3”²⁸. Zastrzeżenie uczynione przez ustawodawcę w kan. 1112 § 1 KPK, że przy delegowaniu świeckich do asystowania przy zawieraniu małżeństwa należy przestrzegać normy zapisanej w kan. 1108 § 3 KPK, oznacza, że delegacja nie może obejmować swoim zakresem małżeństw zawieranych przez stronę katolicką obrządku łacińskiego ze stroną obrządku wschodniego katolickiego lub niekatolickiego. Sposób udzielenia delegacji reguluje kan. 1111 § 2 KPK²⁹.

Uzyskanie przez biskupa diecezjalnego zezwolenia Stolicy Apostolskiej jest warunkiem koniecznym do tego, by delegacja została dokonana w sposób ważny (kan. 127 § 2 KPK). Praktyka Stolicy Apostolskiej pokazuje, że od wymogu uzyskania opinii Konferencji Episkopatu są odstępstwa, lecz dotyczą one krajów misyjnych³⁰.

Aby zrozumieć *ratio legis* niniejszej normy, należy sięgnąć do dokumentów wydanych przez Stolicę Apostolską w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku. Wtedy ustosunkowała się ona do licznych próśb, jakie kierowali do niej ordynariusze diecezjalni. Pytali o możliwość zmiany przepisów KPK 1917 tak, by w szczególnych sytuacjach katolicy świeccy delegowani przez ordynariuszy lub proboszczów mogli asystować przy zawarciu małżeństwa,

²⁸ Franciscus, *De Concordia Inter Codices...*, op. cit., s. 602–606.

²⁹ Sacra Congregatio pro Clericis, *Instructio de quibusdam quaestionibus circa fidelium laicorum cooperationem sacerdotum ministerium spectantem Ecclesia de mysterio*, art. 10, 15.08.1997, AAS 89 (1997), s. 873.

³⁰ R. Gosiewski, *Zawarcie małżeństwa coram assistente laico*, „Roczniki Nauk Prawnych” 27 (2017) nr 3, s. 135.

przy jednoczesnej obecności dwóch zwykłych świadków. Prośby były umotywowane troską duszpasterską o osoby pragnące założyć rodzinę zgodnie z prawem, gdy w danym rejonie brakowało kapłanów i diakonów uprawnionych do asystowania przy zawarciu małżeństwa. Zaznaczano, że wśród wiernych brakuje przekonania o możliwości zawierania małżeństwa w nadzwyczajnej formie, o ile w ogóle mają oni wiedzę na temat istnienia normy zapisanej w kan. 1098 KPK 1917. Zdaniem ordynariuszy, wątpliwości wiernych wywołane były również tym, że zawarcie małżeństwa wobec dwóch zwykłych świadków, w okolicznościach opisanych w kan. 1098 KPK 1917, pozbawione jest jakiegokolwiek znaku ukazującego religijny i sakramentalny charakter.

Do przytoczonych prośb Kongregacja Dyscypliny Sakramentów początkowo (w grudniu 1971 r.) ustosunkowała się negatywnie. Zasugerowała jednak, aby tam, gdzie jest utrudniony kontakt wiernych z duchownymi ze względu na duże odległości, ordynariusze wyznaczyli „kwalifikowanych” wiernych, którzy mimo tego, że nie będą świadkami kanonicznymi wyposażonymi w autorytet Kościoła, będą wypełniać czynności (*opus*) kościelne. Ich obecność, święty obrzęd sprawowany przy zawarciu małżeństwa i pouczenie o treści kanonu 1098 KPK 1917 upewniałyby wiernych, że zawierają ważne małżeństwo, mimo braku uprawnionego duchownego³¹.

W maju 1974 r. Kongregacja Dyscypliny Sakramentów zmieniła zdanie. Wychodząc naprzeciw przedstawianym przez ordynariuszy argumentom, nadała kongregacjom Dyscypliny Sakramentów i Ewangelizacji Narodów specjalne uprawnienie. Otrzymały one władzę zezwalania ordynariuszom na powierzanie świeckim funkcji świadka urzędowego przy kanonicznej celebracji zawarcia małżeństwa. Uprawnienie przyznane świeckim nie zwalniało duchownych uprawnionych do asystowania przy zawarciu małżeństwa z wypełniania ciężących na nich obowiązków – osobiście lub przez innego, delegowanego duchownego. Świecki mógł asystować tylko wtedy, gdy nie mógł uczynić tego uprawniony duchowny³². W tym samym roku został również przygotowany obrzęd zawarcia małżeństwa przed świeckim świadkiem kwalifikowanym przez Kongregację Kultu Bożego³³. Obecnie w rozdziale III

³¹ Kongregacja Dyscypliny Sakramentów, *Instrukcja na temat kanonicznego zawierania małżeństwa w szczególnych wypadkach wobec samych tylko świadków*, 7.12.1971, [w:] E. Sztarfrowski (opr.), *Posoborowe prawodawstwo kościelne (dokumenty prawno-liturgiczne)*, t. VI, z. 2, Warszawa 1975, s. 361–367.

³² Sacra Congregation for the Discipline of Sacraments, *Lay Person as Official (Qualified) Witness*, 15.05.1974, *Canon Law Digest*, J.I. O'Connor (red.), vol. 8, *Officially Published Documents Affecting the Code of Canon Law 1978–1981*, Illinois 1978, s. 816; D.W. Antonio, *An Inculturation Model of the Catholic Marriage Ritual*, The Liturgical Press, Collegeville Minnesota 2002, s. 34.

³³ Sacra Congregatio pro Cultu Divino, *Normae Ordo celebrandi matrimonium coram teste qualificato laico*, [w:] *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici editae*, vol. V, kol. 6954–6956.

Ordo celebrandi Matrimonium jest zamieszczony specjalny obrzęd: *Ordo celebrandi Matrimonium coram assistente laico*³⁴. W tłumaczeniu polskim rozdział ten nie został uwzględniony, gdyż w Polsce nie ma potrzeby delegowania świeckich do asystowania przy zawarciu małżeństwa³⁵.

Po promulgacji kodeksu przez Jana Pawła II w 1983 r. subsydiarny i nadzwyczajny charakter funkcji świeckiego świadka urzędowego pozostał w mocy³⁶. Jak zauważa Stolica Apostolska, aktualnie delegowanie świeckich jako świadków urzędowych do celebracji zawarcia małżeństwa (*delegati fedeli laici come testes qualificati per la celebrazione di matrimoni*) ma miejsce głównie w Ameryce Łacińskiej, zwłaszcza w Brazylii³⁷.

Mimo że według kanonistów zawarcie małżeństwa wobec dwóch zwykłych świadków i świeckiego delegowanego jest uważane za realizację zwykłej formy zawarcia małżeństwa, zdaniem autora warto tę instytucję prawa uwzględnić w niniejszych badaniach³⁸. Należałoby bowiem zastanowić się, czy delegacja świeckiego (o której mówi kan. 1112 § 1 KPK) i delegowanie duchownego (o którym jest mowa w kan. 1108 § 1 i kan. 1111 § 1 KPK) są dokładnie takimi samymi aktami władzy Kościoła. Czy świecki jest delegowany do asystowania przy zawarciu małżeństwa jako świadek urzędowy zawarcia małżeństwa czy też jako nadzwyczajny świadek urzędowy? Czy uprawnienie, o którym mowa w *Ordo celebrandi Matrimonium* n. 25 i 120 (jakie świecki otrzymuje do bycia świadkiem), jest co do natury takie samo jak uprawnienie otrzymane przez duchownego, o którym jest mowa w kan. 1111 § 1 KPK? W literaturze funkcjonuje bowiem przekonanie, że *facultas*, o której wspomina ustawodawca w kan. 882, 883, 966, 1111 § 1 KPK, oznacza nadanie szafarzowi uprawnienia do wykonywania władzy święceń w stosunku do określonych wiernych, a w tym przypadku *facultas* nadawane jest świeckiemu³⁹.

Podsumowanie

Ustawodawca kościelny, dostrzegając przewagę prawa naturalnego osób do zawarcia małżeństwa nad prawem pozytywnym oraz kierując się dobrem duchowym strony katolickiej, zgodził się, że istnieją okoliczności domagające

³⁴ *Ordo celebrandi Matrimonium*, n. 118–151.

³⁵ *Obrzędy sakramentu małżeństwa dostosowane do zwyczajów diecezji polskich*, Wydanie trzecie według drugiego wydania wzorcowego, Katowice 1996.

³⁶ *Sacra Congregatio pro Clericis, Ecclesia de mysterio...*, op. cit., art. 10 § 1.

³⁷ *L'Adunanza «Plenaria» della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti*, 1–4.03.2005, „Notitiae” 41 (2005) nr 3–4, s. 184–185.

³⁸ R. Gosiewski, op. cit., s. 133.

³⁹ T. Jakubiak, *Upoważnienie do słuchania spowiedzi wg Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 roku*, „Warszawskie Studia Teologiczne” 25 (2012) n. 2, s. 35–38.

się uznania za skuteczną zgodę małżeńską wyrażoną bez obecności duchownego uprawnionego do asystowania przy zawarciu małżeństwa⁴⁰.

Najbardziej wyrazisty przykład jego troski o dobro małżeństwa i elastyczności w tworzeniu prawa stanowią normy prawne umożliwiające zawarcie małżeństwa wyłącznie wobec dwóch zwykłych świadków (kan. 1116 KPK, kan. 832 KKKW). Ponieważ aplikowanie ich w życie wiązało się z trudnościami, prawodawca przewidział możliwość przyznania biskupom diecezjalnym władzy delegowania świeckich do asystowania przy zawarciu małżeństwa (kan. 1112 KPK). Wprowadzając w życie ten instrument prawny, kierował się troską o dobro duchowe wiernych żyjących w dużych odległościach od ośrodków duszpasterskich. Aby usunąć wątpliwości oraz występujące wśród wiernych lęki przed korzystaniem z możliwości zawarcia małżeństwa wobec dwóch świadków zwykłych, zdecydował się na dopuszczenie świeckich do pełnienia funkcji świadka urzędowego przy zawarciu małżeństwa. W ten sposób systemowo rozwiązał komplikacje występujące przy aplikacji w życie norm zapisanych w kan. 1116 KPK. Promulgując kan. 1112 KPK, wyeliminował – w rejonach, gdzie występuje brak duchownych i gdzie delegowano świeckich do asystowania przy zawarciu małżeństwa – konieczność zaistnienia warunków opisanych w kan. 1116 § 1 n. 1–2 KPK.

Wykluczenie możliwości zawierania małżeństw wobec świeckiego świadka urzędowego przez łacinników z osobami przynależącymi do obrządków wschodnich podyktowane zostało uszanowaniem tradycji Kościołów wschodnich, które do ważności zawarcia małżeństwa wymagają obecności kapłana i udzielenia przez niego błogosławieństwa.

Dla zapobieżenia nieważnym małżeństwom zawieranim przez katolików z niekatolikami obrządków wschodnich, w sytuacji gdy dostrzeżono wzrost liczby małżeństw mieszanych, ustawodawca uznał za ważne małżeństwa wyżej wspomnianych osób, zawarte przy obecności i z błogosławieństwem księdza niekatolickiego. Tym samym pragnął zapewnić trwałość, świętość związku małżeńskiego oraz spokój domowy⁴¹. Na promulgację tego prawa miała również wpływ ścisła komunia istniejąca pomiędzy Kościołem katolickim i akatolickimi Kościołami obrządków wschodnich⁴².

Oprócz przywołanych instytucji prawnych, objętych niniejszymi badaniami, prawodawca dopuścił także możliwość udzielenia dyspensy od formy kanonicznej (kan. 1127 § 2 KPK, kan. 835 KKKW) oraz uważnienia mał-

⁴⁰ R. Navarro-Valls, *The Form...*, op. cit., s. 1470.

⁴¹ Sacrosanctum Concilium Oecumenicum Vaticanum II, *Decretum de Ecclesiis Orientalibus Catholicis Orientalium Ecclesiarum*, n. 18, 21.11.1964, AAS 57(1965), s. 82; Sacra Congregatio Pro Ecclesia Orientali, *Decretum de matrimoniis mixtis inter catholicos et orientales baptizatos acatholicos Crescens matrimoniorum*, 22.02.1967, AAS 59 (1967), s. 165–166.

⁴² Secretariatatus ad Christianorum Unitatem Fovendam, *Directorium ad ea quae a Concilio Vaticano Secundo de re oecumenica promulgata sunt exsequenda*, n. 48, 14.05.1967, AAS 59 (1967), s. 588.

żeństw (kan. 1156–1165 KPK, kan. 843–852 KKKW), co w perspektywie umożliwi również powstanie ważnego węzła małżeńskiego bez wyrażenia zgody przed uprawnionym duchownym.

Dzięki wymienionym rozwiązaniom prawnym ustawodawca zabezpieczył dobro duchowe oraz pokój sumienia wiernych. Jednocześnie uniknął konsekwencji, które mogą być następstwem zbyt rygorystycznego aplikowania do życia ogólnych i formalnych wymagań prawa. W kanonicznym porządku prawnym zaoferował rozwiązania, które czynią prawo bardziej elastycznym⁴³.

Jak wykazały zaprezentowane wyniki badań, prawo kościelne i państwowe regulujące opisane instytucje prawne wymaga doprecyzowania, a chwilami nawet uzupełnienia.

Wykaz literatury

- Antonio D. W., *An Inculturation Model of the Catholic Marriage Ritual*, The Liturgical Press, Collegville Minnesota 2002.
- Bączkiewicz F., *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 2, Opole 1958.
- Beal J. P., *Mixed marriages*, [w:] J. P. Beal, J. A. Coriden, T. J. Green, *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York 2000.
- Gajda P. M., *Prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Tarnów 2005.
- Góralski W., *Kościelne prawo małżeńskie*, Warszawa 2006.
- Góralski W., *Małżeństwa mieszane*, [w:] W. Góralski, E. Górecki, J. Krukowski, J. Krzywda, P. Majer, B. Zubert (red.), *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. 3.2, Poznań 2011.
- Góralski W., *Małżeństwo*, [w:] P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz (opr.), *Komentarz do Kodeksu prawa kanonicznego*, t. 3, Lublin 1986.
- Gosiewski R., *Zawarcie małżeństwa coram assistente laico*, „Roczniki Nauk Prawnych” 27(2017) nr 3.
- Jakubiak T., *Nadzwyczajna forma zawarcia małżeństwa według Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 i 1983 r.*, „Ius Matrimoniale” 25 (2014) n. 2.
- Jakubiak T., *Naprawienie zaistniałego stanu rzeczy po zawarciu małżeństwa przez stronę łacińską ze stroną akatolicką obrządku wschodniego bez dyspensy od formy kanonicznej przy udziale świętego szafarza*, „Roczniki Nauk Prawnych” 23 (2013) nr 4.
- Jakubiak T., *Obrzęd zawarcia małżeństwa w nadzwyczajnej formie*, „Ius Matrimoniale” 25(2014) nr 3.
- Jakubiak T., *Upoważnienie do słuchania spowiedzi wg Kodeksu prawa kanonicznego z 1983 roku*, „Warszawskie Studia Teologiczne” 25 (2012) n. 2.
- Navarro-Valls R., *Mixed Marriages*, [w:] A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña (red.), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, vol. 3/2, Montreal–Chicago 2004.

⁴³ A. Viana, *Power of Governance*, [w:] Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, vol. 1, op. cit., s. 883–884.

- Navarro-Valls R., *The Form of the Celebration of Marriage*, [w:] Á. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña (red.), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Montreal–Chicago 2004.
- Nowicka U., *Kanoniczna forma zawarcia małżeństwa z prawosławnym wg KPK i KKKW*, „Prawo Kanoniczne” 52 (2009) nr 3–4.
- Nowicka U., *Stwierdzenie stanu wolnego wiernych prawosławnych na forum Kościoła katolickiego*, Warszawa 2012.
- Pawluk T., *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II. Prawo małżeńskie*, t. 3, Olsztyn 1996.
- Serrano J.M., *De matrimoniis mixtis*, [w:] P. V. Pinto (red.), *Studium Romanae Rote. Corpus Iuris Canonici. I. Commento al Codice di Diritto Canonico*, Libreria Editrice Vaticana 2001.
- Stankiewicz A., *Instrukcja*, [w:] T. Rozkrut (red.), *Komentarz do Instrukcji procesowej „Dignitas Connubii”*, Sandomierz 2007.
- Viana A., *Power of Governance*, [w:] Á. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña (red.), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Montreal–Chicago 2004, vol. 1.

Summary

The Legal Validity of Marital Consent Expressed Without the Presence of a Clergyman Authorized to Assist at the Marriage as an Expression of the Church Legislator’s Flexibility in Supporting the Institution of Marriage

Key words: marital consent, canonical form of marriage, church law on marriage.

The Catholic Church requires that for marriage to be validly contracted, the contracting parties – provided that they are subject to its legal regulations – must manifest their consent in the presence of two witnesses and a clergyman authorized to assist at the celebration of marriage. Real life situations sometimes make it impossible, however, or significantly hinder observance of the ordinary canonical form of the celebration of marriage. For this reason, the church legislator allows for circumstances in which marital consent manifested without observance of this form becomes legally valid and thus creates the marital bond. Most of these exceptions are mentioned in canons 1108 § 1 CIC and 828 § 1 CCEO.

The author of this text discusses the canon law instruments described in the above-mentioned canons which guarantee the legal validity of marital consent expressed in the absence of a clergyman authorized to assist at the marriage. Due to the limited space available in the article, the other analogous legal instruments described in other canons of the Code (dispensation from the canonical form and convalidation of marriage) have been omitted.

Olgierd Jakubowski

Stowarzyszenie Konserwatorów Zabytków

ORCID: 0000-0002-5530-1025

Karnoprawna ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w wybranych państwach europejskich – zarys zagadnienia

Wstęp

Przestępczość przeciwko dziedzictwu kulturowemu przybiera wiele form. Wśród czynów zagrażających jego elementom, takich jak przemyt, kradzieże czy fałszerstwa, szczególnie dotkliwe w skutkach są następstwa przestępstw związanych ze zniszczeniem lub uszkodzeniem dóbr kultury. Gdy świat obiegła informacja o domniemanym spaleniu skradzionych z muzeum Kunsthal w Rotterdamie 16 października 2012 r. dzieł Pabla Picassa, Henri Matisse'a, Claude'a Moneta, Dyrektor Narodowego Muzeum Historii Rumunii nazwał ten czyn „zbrodnią przeciwko ludzkości”¹. To emocjonalne wystąpienie jeszcze kilka lat temu mogło wydawać się przesadą. Obecnie, w dobie ataków islamskich terrorystów na obiekty będące częścią światowego dziedzictwa, nabiera ono nowego znaczenia. Fakt, iż prokuratorzy Międzynarodowego Trybunału Karnego stawiają zarzuty przestępstw wojennych malijskim dżihadystom, którzy niszczyli zabytki Timbuktu a ich sprawca zostaje skazany² wskazuje na skalę zagrożenia³. Na tym tle istotne jest postawienie pytania o obowiązujące w państwach europejskich regulacje prawne, mające odstraszyć potencjalnych sprawców tego typu czynów. Analizując rozwiązania, dotyczące karnoprawnej ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w wybranych krajach Europy warto rozważyć, czy istniejące przepisy będą skutecznym narzędziem w przypadku nasilenia się tego zjawiska w naszym obszarze geograficznym⁴.

¹ Zob. <http://www.bbc.com/news/world-europe-23349744> (data dostępu: 28.12.2018).

² Zob. K. Wierczyńska, A. Jakubowski, *Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case*, „Chinese Journal of International Law” 2017, nr 16(4).

³ Zob. <http://www.timeslive.co.za/thetimes/2016/03/02/Timbuktu-destroyer-in-dock-for-war-crimes> (data dostępu: 28.12.2018).

⁴ Autor prowadził swoje rozważania nad zagadnieniem na podstawie materiałów zgromadzonych w trakcie prowadzonego pod kierunkiem dr. hab. Piotra Steca, prof. UO badania, mającego na celu sporządzenie analizy rozwiązań prawnych, dotyczących ochrony zabytków ruchomych dla

Ochrona dziedzictwa kulturowego w Unii Europejskiej

Regulacje prawne dotyczące ochrony dziedzictwa kulturowego w Unii Europejskiej jedynie pośrednio odnoszą się do zagrożenia zniszczeniem lub uszkodzeniem dóbr kultury. Rozwiązania systemowe dotyczą w szczególności kontroli obrotu dobrami kultury⁵. W poszczególnych unormowaniach istnieją jednak rozwiązania, które mogą ograniczać zjawisko niszczenia dziedzictwa na terenie Wspólnoty. Przykładem może być rozporządzenie Rady (WE) nr 116/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie wywozu dóbr kultury⁶. Uregulowano w nim zewnętrzny aspekt przepływu dóbr kultury, tj. dotyczący przypadków, w których dobro kultury jest wywożone poza terytorium Unii Europejskiej. Uzyskania pozwolenia na wywóz poza terytorium Wspólnoty wymagają te dobra kultury, które zostały wyszczególnione w aneksie do rozporządzenia. O ile w większości przypadków wprowadzono wymóg, by dobro kultury posiadało określony wiek (więcej niż 100 lat) oraz określoną wysoką wartość (np. środki transportu i rzeźby, zbiory – 50 000 euro, obrazy 150 000 euro, mozaiki i rysunki 15 000 euro), to wprowadzono również kategorie dóbr kultury, które niezależnie od wartości materialnej, po spełnieniu progu wieku wymagają pozwolenia. Takimi dobrami kultury, wskazanymi w aneksie, będą przedmioty archeologiczne⁷, rozczłonkowane pomniki⁸, inkunabuły i manuskrypty oraz archiwa. Dwie pierwsze z wymienionych kategorii, które w przypadku spełnienia wymogu wieku – 100 lat, zawsze będą wymagały pozwolenia na wywóz poza Unię Europejską, powinny podlegać szczególnej kontroli właśnie ze względu na fakt występowania zjawisk grabieży i niszczenia stanowisk archeologicznych oraz niszczenia i uszkodzania dóbr kultury, które w formie rozczłonkowanej są łatwiejsze do wywiezienia. Wskazane zapisy rozporządzenia Rady (WE) nr 116/2009 powodują, iż ma ono również pewne znaczenie w kontekście ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniami, gdyż utrudnia swobodny obrót elementami pozyskanymi za pomocą tego przestępstwa.

wybranych krajów europejskich. Powyższe badanie było przeprowadzone w ramach Krajowego Programu Ochrony Zabytków i Opieki nad Zabytkami na lata 2014–2017 r. Częścią ww. badania było opracowanie poszerzające temat raportu – A. Jakubowski, O. Jakubowski, *Analiza regulacji prawnokarnych w zakresie ochrony dziedzictwa kultury w wybranych państwach europejskich*, obejmująca systemy prawne Włoch, Francji, Austrii, Niemiec oraz Wielkiej Brytanii. Materiały niepublikowane.

⁵ Szerzej O. Jakubowski, *Zjawisko przemytu dóbr kultury*, „Archiwum Kryminologii” 2014, tom XXXVI.

⁶ Dz. Urz. UE z 2009 r. L 39, s. 1.

⁷ Zapis w aneksie dotyczy w szczególności „Przedmiotów archeologicznych mających więcej niż 100 lat, które pochodzą z: wykopalisk i odkryć lądowych lub podwodnych; terenów archeologicznych; zbiorów archeologicznych”.

⁸ Zapis w aneksie dotyczy w szczególności „Elementów stanowiących integralną część pomników artystycznych, historycznych lub religijnych, które zostały rozczłonkowane, mające więcej niż 100 lat”.

Podobny, pośredni wpływ na ograniczenie zjawiska niszczenia stanowisk archeologicznych oraz cennych zabytków mają przepisy odnoszące się do zakazu przywozu lub wprowadzenia na terytorium Wspólnoty oraz wywozu lub usunięcia z terytorium Wspólnoty i obrotu handlowego iracką własnością kulturalną i innymi artykułami o znaczeniu archeologicznym, historycznym, kulturalnym oraz o wyjątkowym znaczeniu naukowym i religijnym⁹. Podobne rozwiązania zastosowano w stosunku do przywozu, wywozu, przenoszenia lub świadczenia usług pośrednictwa związanych z przywozem, wywozem lub przenoszeniem dóbr kultury Syrii oraz innych przedmiotów o znaczeniu archeologicznym, historycznym, kulturowym, religijnym lub o wyjątkowym znaczeniu naukowym¹⁰. Pomimo iż normy prawne dotyczą obrotu dobrami kultury, ograniczają również możliwość sprzedaży na rynku sztuki obiektów pochodzących ze zniszczonych stanowisk archeologicznych czy zabytków nieruchomych.

Także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/60/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego, zmieniającej rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 (wersja przekształcona)¹¹, która wprowadziła szczegółowe zasady zwrotu dóbr kultury nielegalnie wywiezionych z terytorium państwa członkowskiego, istnieją rozwiązania prawne mające na celu zapobieżenie zniszczeniom poszukiwanych obiektów. W szczególności z art. 5 ust 4 ww. aktu wynika, iż organy centralne państw członkowskich współpracują ze sobą oraz wspierają konsultacje między właściwymi organami państw członkowskich. W szczególności m.in. podejmują wszelkie niezbędne środki, we współpracy z zainteresowanym państwem członkowskim, w celu fizycznego zachowania dobra kultury. Zapisy dyrektywy 2014/60/UE¹² przyczyniły się do implementowania do niektórych ustaw krajowych przepisów karnych penalizujących niszczenie takich obiektów (np. rozwiązania niemieckie).

Niezależnie od wskazanych przypadków możliwości wykorzystania regulacji wspólnotowych do ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem,

⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1210/2003 z dnia 7 lipca 2003 r. dotyczące niektórych szczególnych ograniczeń w stosunkach gospodarczych i finansowych z Irakiem oraz uchylające rozporządzenie (WE) nr 2465/96 (Dz.U. L 169 z 08.07.2003, s. 6).

¹⁰ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1332/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. zmieniające rozporządzenie (UE) nr 36/2012 w sprawie środków ograniczających w związku z sytuacją w Syrii (Dz.U. L 335 z 14.12.2013, s. 3–7).

¹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/60/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie zwrotu dóbr kultury wyprowadzonych niezgodnie z prawem z terytorium państwa członkowskiego, zmieniającej rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 (wersja przekształcona: Dz. Urz. UE L 159 z 28.05.2014, ze zm.). Dalej jako: Dyrektywa 2014/60/UE.

¹² Analogiczne rozwiązanie istniało w artykule 4 ust 4 poprzednio obowiązującej dyrektywy Rady 93/7/EWG z 15 marca 1993 r. o zwrocie dóbr kultury nielegalnie przemieszczonych z terytorium Państwa Członkowskiego, OJ L 74, 27.3.1993.

należy jednoznacznie wskazać, iż przepisy te mają podstawową funkcję, związaną z ochroną dóbr kultury przed nielegalnym wywozem i kradzieżami. Kwestia dewastacji dziedzictwa nie jest w tym przypadku traktowana priorytetowo. Także w strategicznych dokumentach, takich jak np. Konkluzje Rady w sprawie zapobiegania przestępstwom przeciwko dobrom kultury i zwalczania tych przestępstw¹³, skupiono się na problemach związanych z nielegalnym obrotem, przemytem czy kradzieżami dzieł sztuki, nie wskazując w treści problemu wandalizmu. Na skutek takiego podejścia zakres karnoprawnej ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem jest regulowany odmiennie w różnych systemach prawnych państw europejskich¹⁴.

Karnoprawna ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w ustawodawstwie francuskim

Podstawowym aktem regulującym ochronę dziedzictwa kulturowego we Francji jest Kodeks dziedzictwa (fr. *Code du patrimoine*; dalej: CP) z dnia 20 lutego 2004 r. Akt ten zastąpił sześć poprzednio obowiązujących regulacji odnoszących się do ochrony dziedzictwa kulturowego, co miało na celu ujednoczenie przepisów dotyczących tej materii¹⁵. W tym akcie prawnym zawarto przepisy dotyczące poszczególnych aspektów dziedzictwa, zdefiniowanego w artykule L-1 tego aktu, jako wszelkie dobra ruchome, jak i nieruchomości znajdujące się w prywatnych i publicznych kolekcjach, które posiadają wartość historyczną, artystyczną, archeologiczną, estetyczną, naukową lub techniczną. CP dzieli się na księgi, które są podzielone na tytuły, te z kolei na rozdziały. W poszczególnych księgach CP uregulowano ochronę poszczególnych części dziedzictwa kulturowego, znajdują się w nich także przepisy penalizujące poszczególne czyny zabronione godzące w dziedzictwo kulturowe. Karnoprawna ochrona dóbr kultury znajduje się również w innych aktach prawnych. Wskazać tu należy przede wszystkim francuski kodeks karny (fr. *Code pénal*; dalej: fr. k.k.)¹⁶ jako główny akt prawny, w którym zlokalizowane jest obowiązujące we Francji prawo karne materialne. Pomimo iż w kodeksie karnym nie znajduje się legalna definicja przestępstwa, to jednak na podstawie występujących w nim elementów w doktrynie uznaje

¹³ Konkluzje zostały przyjęte przez Radę ds. WSiSW w dniu 13 grudnia 2011 r. (dokument 17555/11).

¹⁴ Na zakres przepisów mają wpływ również normy prawa międzynarodowego, takie jak m.in. konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z Regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego (1954).

¹⁵ Zob. A. Dobrzyń, *Ochrona dziedzictwa kultury we Francji*, „Ochrona Zabytków” 2007, nr 3, s. 79.

¹⁶ Publikacja ordonans nr 92-683 dnia 22.7.1992 r.

się za nie „działanie lub zaniechanie, które społeczeństwo zakazuje pod groźbą kary”¹⁷.

Klasyfikując przestępstwa przyjmuje się różne kryteria, takie jak waga (fr. *gravité*) czynu, rodzaj winy, forma czynu, sposób działania sprawcy, przedmiot ochrony prawnej¹⁸. Art. 111-1 fr. k.k. dzieli przestępstwa ze względu na odpowiedzialność karną na zbrodnie, występki i wykroczenia. O ile zbrodnia może być popełniona wyłącznie z winy umyślnej, występki zarówno z winy umyślnej, jak i nieumyślnej, to w odniesieniu do wykroczeń w ogóle nie występuje kryterium ich kwalifikowania w oparciu o formę winy¹⁹. W przypadku wykroczeń należy wskazać, iż zasadniczą karą jest grzywna kwotowa, a same wykroczenia dzielą się na 5 klas (art. 131-13). Zgodnie z tym podziałem, w przypadku 1 klasy kwota nałożonej grzywny może wynosić do 38 euro; 2 klasy – do 150 euro; 3 klasy – do 450 euro; 4 klasy – do 750 euro; 5 klasy – do 1500 euro.²⁰ Oprócz grzywny sprawcom wykroczeń grożą również wskazane w kodeksie kary dodatkowe²¹. Przepisy penalizujące czyny zabronione związane z niszczeniem dziedzictwa kulturowego znajdują się zarówno w fr. k.k., jak i w CP. Odnoszą się one do różnego typu dóbr kultury.

Artykuły 322-1 do 322-4-1 fr. k.k. określają, jakim karom podlegają sprawcy przestępstw polegających na zniszczeniu, obniżeniu wartości lub uszkodzeniu dziedzictwa. W przepisach tych znajdują się wskazania dotyczące zakresu i sposobu stosowania tych norm w kontekście wartości chronionych przez ww. kodeks. W szczególności, zgodnie z ustępem pierwszym artykułu 322-1 fr. k.k., zniszczenie, obniżenie wartości lub uszkodzenie cudzego mienia podlega karze 2 lat pozbawienia wolności oraz karze grzywny w wysokości 30 000 euro, chyba że wynikiem jest powstanie nieznacznej szkody. W ustępie drugim tego artykułu wskazano, iż wykonywanie napisów, znaków lub rysunków bez uprzedniego zezwolenia na ścianach, pojazdach, drogach publicznych lub ruchomościach miejskich podlega karze grzywny w wysokości 3 750 euro i karze wykonania pracy społecznej, gdy wynikiem jest powstanie nieznacznej szkody. W treści art. 322-2 fr. k.k. postanowiono natomiast, że przestępstwo określone w akapicie pierwszym art. 322-1 podlega karze 3 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 45 000 euro, a przestępstwo określone w akapicie drugim tego samego artykułu podlega karze grzywny w wysokości 7 500 euro i karze wykonania pra-

¹⁷ Zob. X. Pin, *Droit pénal général*, wyd. 6, Paris 2015.

¹⁸ M. Rogacka-Rzewnicka, *Prawo karne*, [w:] A. Machowska, K. Wojtyczek (red.), *Prawo francuskie*, Kraków 2004, tom I, s. 463–464.

¹⁹ Ibidem, s. 466.

²⁰ W ramach 5 klasy w przypadku recydywy grzywna może być zwiększona do 3000 euro.

²¹ M. Budyn-Kulik, *Model ścigania sprawcy wykroczenia w wybranych państwach*, Warszawa 2012, s. 8.

cy społecznej, gdy mieniem zniszczonym, o obniżonej wartości lub uszkodzonym jest rejestr lub oryginał dokumentu wydanego przez organ władzy publicznej. Gdy przestępstwo określone w akapicie pierwszym art. 322-1 popełniono w związku z prawdziwą lub zakładaną przynależnością lub brakiem przynależności osoby będącej właścicielem lub użytkownikiem tego mienia do określonej grupy etnicznej, narodu, rasy lub religii, przewidziane kary zwiększa się do 3 lat pozbawienia wolności i kary grzywny w wysokości 45 000 euro.

Zgodnie z treścią art. 322-3 fr. k.k. przestępstwo określone w pierwszym akapicie art. 322-1 podlega karze do 5 lat więzienia i karze grzywny w wysokości 75 000 euro, a przestępstwo określone w akapicie drugim tego samego artykułu podlega karze grzywny w wysokości 15 000 euro i karze wykonania pracy społecznej, gdy wystąpiła jedna z dodatkowych wskazanych w ustawie przesłanek, takich jak m.in. popełnienie czynu przez kilka osób działających jako sprawcy lub współsprawcy.

Przestępstwo zniszczenia, obniżenia wartości lub uszkodzenia mienia spenalizowane w art. 322-1 fr. k.k. dotyczy sytuacji, w której sprawca nie jest właścicielem mienia. Odmienne natomiast skonstruowano przepis w art. 322-3-1 fr. k.k., zgodnie z którym „kto doprowadza do zniszczenia, zmniejszenia wartości lub uszkodzenia podlega karze siedmiu lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 100 000 euro”. Karę podwyższa się do 10 lat pozbawienia wolności i 150 000 euro grzywny, jeżeli czyny te dotyczą:

- nieruchomości lub ruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii na mocy przepisów kodeksu dziedzictwa lub sklasyfikowanego dokumentu pochodzącego z archiwów prywatnych na mocy przepisów tego samego kodeksu;

- odkrycia archeologicznego dokonanego podczas prac wykopaliskowych lub przypadkowo, terenu, na którym przeprowadzane są prace archeologiczne lub budynku kultu religijnego;

- dobra kultury z publicznego obszaru ruchomości lub które jest wystawione, zachowane lub złożone, nawet tymczasowo, bądź to w jednym z muzeów Francji, bibliotece, mediatece lub archiwum, bądź też w miejscu podlegającym osobie publicznej lub osobie prywatnej prowadzącej działania w interesie publicznym, bądź też w budynku kultu religijnego.

Karę podwyższa się do 10 lat pozbawienia wolności i 150 000 euro grzywny, jeśli przestępstwo zostało popełnione w okolicznościach określonych w art. 322-1 fr. k.k., odnoszących się do sytuacji, gdy czyn popełniony został przez kilka osób działających jako sprawcy lub współsprawcy. Kary grzywny określone w art. 322-3-1 fr. k.k. mogą ulec podwyższeniu aż do połowy wartości dobra, które uległo zniszczeniu, uszkodzeniu lub doznało uszczerbku wartości. Art. L114-3 CP wskazuje dodatkowo, iż w razie potrzeby dostęp z miejsc lub obiektów określonych w powyższym artykule karnym może być

zamknięty, a wyjście użytkowników i zwiedzających może podlegać kontroli aż do przybycia funkcjonariusza policji sądowej.

Odmienne regulacje dotyczą ochrony materiałów archiwalnych. Stosowne przepisy znajdują się w księdze drugiej CP (art. L214-1 do L214-10) oraz we francuskim kodeksie karnym, przy czym regulacje zawarte w CP mają charakter uzupełniający, a nie szczególny w stosunku do postanowień ogólnych zawartych we fr. k.k. Świadczą o tym sformułowania typu „*bez uszczerbku dla stosowania przepisów kodeksu karnego*” zawarte w poszczególnych postanowieniach CP w omawianej materii. Spenalizowano tam m.in. przestępstwo zniszczenia archiwów prywatnych, uznanych (fr. *classés*) za archiwa historyczne (art. L214-6). Sprawca takiego czynu podlega karze pozbawienia wolności do 3 lat oraz grzywny w wysokości 45 000 euro. Takiej samej karze podlega również osoba odpowiedzialna za archiwa publiczne, która doprowadziła do ich uszkodzenia lub zniszczenia. Jeśli jednak czyn ten wynikał z jej niedbalstwa, to podlega ona karze jednego roku pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 15000 euro (art. L214-3 CP).

Istotne dla zagadnienia karnoprawnej ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem są czyny zabronione dotyczące ochrony zabytków i obszarów chronionych, stypizowane w księdze szóstej kodeksu dziedzictwa. Zgodnie z art. L624-1 CP karze grzywny w wysokości 3 750 euro podlega ten, kto narusza przepisy dotyczące:

- modyfikacji, bez uprzedniego uzyskania opinii, nieruchomości wpisanej do rejestru dodatkowego;
- zbywania nieruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii;
- zbywania ruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii;
- udostępniania ruchomości sklasyfikowanych jako zabytki historii;
- przenoszenia, zbywania, modyfikacji, bez uprzedniego uzyskania zezwolenia, ruchomości wpisanej do rejestru dodatkowego na liście ruchomości sklasyfikowanych jako zabytek historii.

Zgodnie z treścią art. L624-2 CP karze grzywny w wysokości 3 750 euro (bez uszczerbku dla powództwa o odszkodowanie, które można wnosić przeciwko osobom, które zlecają wykonanie prac lub zastosowanie środków z naruszeniem przedmiotowych przepisów) podlega ten, kto narusza przepisy dotyczące:

- skutków propozycji sklasyfikowania nieruchomości jako zabytku historii;
- skutków doręczenia wniosku o wywłaszczenie;
- modyfikacji nieruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii;
- nowych budowli i służebności;
- modyfikacji ruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii.

Istotną kwestią jest fakt, iż Minister Kultury lub osoba przez niego delegowana może nakazać przywrócenie do stanu poprzedniego miejsca na koszt sprawców. Posiada również uprawnienie do wniesienia o nakazanie przy-

wrócenia do stanu poprzedniego do właściwego sądu, który może ewentualnie ustalić wysokość kary pieniężnej, bądź też nakazać wykonanie z urzędu przez organ administracji na koszt sprawców.

Powyższe przestępstwa stwierdza się na wniosek Ministra Kultury. Stwierdzenie popełnienia przestępstwa może nastąpić na podstawie protokołów sporządzanych przez konserwatorów lub pracowników ochrony nieruchomości lub ruchomości sklasyfikowanych jako zabytki historii, należycie zaprzysiężonych w tym celu.

Istotnym przepisem karnym mającym funkcję prewencyjną jest art. L624-6 CP, zgodnie z którym konserwator lub strażnik, który w wyniku ciężkiego zaniedbania dopuszcza do zniszczenia, rozbicia, uszkodzenia, zmniejszenia wartości lub uszczerbku bądź to nieruchomości, bądź też ruchomości sklasyfikowanej jako zabytek historii, podlega karze trzech miesięcy pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 3 750 euro.

Karnoprawna ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w ustawodawstwie włoskim

Podstawowym aktem regulującym ochronę dziedzictwa kulturowego we Włoszech jest Kodeks dóbr kultury i krajobrazu (wł. *codice dei beni culturali e del paesaggio*, znany także pod nazwą *codice Urbani*, dalej: CBCP)²² wprowadzony dekretem ustawodawczym nr 42 z dnia 22 stycznia 2004 r. W art. 2 CBCP zawarto podstawowe definicje dotyczące przedmiotu ochrony, tj. dziedzictwa kulturowego²³. Precyzyjne definicje odnoszące się do chronionych rzeczy znajdują się natomiast w rozdziale I CBCP²⁴. Ponadto, dobra kultury

²² G.U. 24 febbraio 2004, n. 45. Regulacje zawarte w CBCP doczekały się bardzo bogatej literatury. W niniejszym raporcie korzystano m.in. z kilku opracowań zwartych: M. Cammelli (red.), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, wyd. I, Bologna 2004, M. A. Sandulli (red.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, wyd. II, Mediolan 2012; M. B. Mirri, *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, wyd. 4, Viterbo 2014.

²³ „1. Dziedzictwo kulturowe składa się z dóbr kultury i dóbr krajobrazowych.

2. Dobrami kultury są nieruchomości i rzeczy ruchome o znaczeniu artystycznym, historycznym, etno-antropologicznym, archiwalnym i bibliograficznym (...) oraz inne rzeczy określone przez prawo lub na podstawie prawa jako świadectwa mające wartość cywilizacyjną.

3. Dobrami krajobrazowymi są nieruchomości i obszary (...), będące wyrazem wartości historycznych, kulturalnych, naturalnych, morfologicznych i estetycznych terytorium, oraz inne dobra określone przez prawo lub na podstawie prawa.

4. Dobra dziedzictwa kulturalnego o przynależności publicznej są przeznaczone do wykorzystania przez społeczeństwo, zgodnie z wymogami zastosowania instytucjonalnego, pod warunkiem, że nie sprzeciwiają się temu względy ochrony.”

²⁴ Zgodnie z art. 10 ust. 1: „Dobrami kultury są nieruchomości i rzeczy ruchome należące do Państwa, regionów, innych publicznych jednostek samorządu terytorialnego, jak również każdej jednostki i instytucji publicznej oraz prywatnych osób prawnych działających w celach niezarobkowych, w tym instytucji kościelnych o statusie cywilnoprawnym, o znaczeniu artystycznym, historycznym, archeologicznym i etnoantropologicznym.”

stanowią także inne typy dokumentów i zbiorów²⁵, a także inne rzeczy będące własnością osób prywatnych, zarówno te, które zostały uznane za dobra kultury przez właściwych miejscowo nadintendentów w odpowiednim oświadczeniu (decyzja administracyjna)²⁶, jak i te, które nie zostały wyraźnie uznane za dobra kultury w toku postępowania w sprawie oświadczenia, jeśli takie oświadczenie nie jest wymagane dla rzeczy wymienionych w art. 10 CBCP²⁷. Pomimo iż większość przepisów odnoszących się do czynów zabronionych, wymierzonych przeciwko dobrom kultury zostało skodyfikowanych w CBCP, który zawiera również regulacje dotyczące kar administracyjnych, niektóre z przestępstw mogą być również ścigane na podstawie kodeksu karnego (dalej: wł. k.k.)²⁸ oraz niektórych ustaw szczególnych²⁹.

Włoski kodeks karny dzieli przestępstwa (art. 39 w związku z art. 17 wł. k.k.) na występki i wykroczenia³⁰. Podział ten ma charakter formalny. Kryterium stanowi zagrożenie karą. Wykroczenie może zostać popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 42 wł. k.k.), w odróżnieniu do występków, które podlegają penalizacji, jeśli sprawca działał umyślnie. Zgodnie z treścią art. 17 wł. k.k. za wykroczenia przewidziane są następujące rodzaje kar: areszt (5 dni do 3 lat), kara pieniężna (od 2 do 1032 euro) oraz kary dodatkowe (zawieszenie uprawnień do wykonywania zawodu lub działalności oraz zakaz reprezentowania osób prawych i przedsiębiorstw, a także opublikowanie wyroku skazującego). Poza tymi podstawowymi różnicami należy wspomnieć, że organami właściwymi do orzekania w sprawach o wykroczenia są organy administracyjne, ale od ich orzeczeń przysługuje odwołanie do sądu³¹.

²⁵ Art. 10 ust. 2 CBCP:

„Dobrami kultury są również:

a) zbiory muzealne, pinakoteki, galerie i inne centra wystawiennicze należące do Państwa, regionów, innych publicznych jednostek samorządu terytorialnego, jak również każdej jednostki i instytucji publicznej;

b) archiwa i pojedyncze dokumenty Państwa, regionów, innych publicznych jednostek samorządu terytorialnego, jak również każdej jednostki i instytucji publicznej;

c) księgozbiory bibliotek należące do Państwa, regionów, innych publicznych jednostek samorządu terytorialnego, jak również każdej jednostki i instytucji publicznej, z wyjątkiem zbiorów, które pełnią funkcje bibliotek wskazanych w art. 47 ust. 2 rozporządzenia Prezydenta Republiki z dnia 24 lipca 1977 r., nr 616.”

²⁶ Art. 12-16 CBCP.

²⁷ Zob. także art. 11 CBCP (Rzeczy, do których stosuje się przepisy szczególne, dotyczące ochrony).

²⁸ Regio Decreto del 19 ottobre 1930, n. 1398, codice penale, G.U. 26 ottobre 1930, n. 251, con successive modifiche.

²⁹ http://www.carabinieri.it/internet/imagestore/cittadino/informazioni/tutela/culturale/Raccolta_normativa.pdf; <http://www.aboutius.it/sanzioni-penali-e-amministrative-per-la-difesa-dei-beni-culturali> (data dostępu: 2.11.2015).

³⁰ Zob. M. Budyn-Kulik, *Model...*, op. cit., s. 16–17.

³¹ *Ibidem*, s. 17.

Zgodnie z treścią art. 635 wł. k.k., kto niszczy cudzą rzecz (nieruchomość lub rzecz ruchomą) podlega karze więzienia do jednego roku lub karze grzywny w wysokości 309 euro. Przepięstwo to ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego. Jeśli jednak przestęstwo dotyczy budynków publicznych przeznaczonych do użytku publicznego lub sprawowania kultu religijnego, lub rzeczy o wartości historycznej lub artystycznej, to jest ono ścigane z urzędu i jest zagrożone karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 3 lat³².

W art. 733 wł. k.k. zdefiniowano wykroczenie polegające na szkodzie wyrządzonej narodowemu dziedzictwu archeologicznemu, historycznemu lub artystycznemu³³. W orzecznictwie³⁴ wskazuje się, iż przepis ten dotyczy wyłącznie czynu polegającego na zniszczeniu lub uszkodzeniu rzeczy, dokonanego przez jej właściciela lub posiadacza. Nie obejmuje on zatem czynów wymierzonych w mienie innych osób, w tym mienie państwowe i samorządowe. Zatem zakres przedmiotowy tego przepisu obejmuje tylko rzeczy należące, posiadane lub będące we władaniu osób prywatnych. Penalizowany czyn może być dokonany umyślnie albo nieumyślnie, przy czym w sposób oczywisty może tu wchodzić w grę zaniedbanie, prowadzące do zniszczeń lub uszkodzeń rzeczy. Sądy włoskie odnosiły się także do wykładni sformułowania „zabytkowi lub innej należącej do niego rzeczy, co do której stwierdzono znaczącą wartość”. Wskazywano w tym kontekście, że chodzi tu wyłącznie o rzeczy, które zostały już uznane w procedurze administracyjnej za posiadające wartość w rozumieniu przepisów o ochronie dóbr kultury, ale też inne, o ile dany „czyn spowodował szkodę w narodowym dziedzictwie archeologicznym, historycznym lub artystycznym”.

Regulacje dotyczące niszczenia dziedzictwa kulturowego zawarte w CBCP są odmiennego rodzaju, gdyż nie jest tu karana szkodliwość samego nagannego postępowania, ale nieposłuszeństwo wobec obowiązku administracyjnego, jakim jest uzyskanie pozwolenia organu administracji publicznej, skutkujące uszkodzeniem mienia chronionego. Zgodnie z treścią art. 169 ust. 1 CBCP (działania niezgodne z prawem)³⁵:

³² Podobnie, włoskie prawo penalizuje zniekształcenie i zanieczyszczenie rzeczy innych ludzi (art. 639 wł. k.k.), jeśli zatem przestęstwo zostało popełnione w stosunku do cudzej rzeczy o znaczeniu historycznym lub artystycznym, gdziekolwiek się ona znajduje lub odnośnie do nieruchomości zabytkowych, znajdujących się w centrach historycznych, to jest ono ścigane z urzędu i zagrożone karą pozbawienia wolności do jednego roku lub grzywny w wysokości do 1032 euro.

³³ „Kto niszczy, uszkadza lub w inny sposób wyrządza szkodę zabytkowi lub innej należącej do niego rzeczy, co do której stwierdzono znaczącą wartość i jeżeli ten czyn spowodował szkodę w narodowym dziedzictwie archeologicznym, historycznym lub artystycznym, podlega karze aresztu do jednego roku lub karze pieniężnej nie mniejszej niż 2065 euro. Dodatkowo może zostać orzeczony przepadek rzeczy, której stan uległ pogorszeniu lub w inny sposób została uszkodzona”.

³⁴ Zob. szerzej G.-L. Gamboni, *La protezione penale del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico italiano*, <http://www.ordineavvocatifirenze.eu/wp-content/uploads/2013/12/17.05.2013-La-protezione-penale-del-patrimonio-culturale-Gianluca-Gambogi.docx> (data dostępu: 20.11.2015).

³⁵ Podobny charakter ma także przepis art. 170 wł. k.k. (użytkowanie niezgodne z prawem), odnoszący się w praktyce do nieruchomości: „Karze aresztu od sześciu miesięcy do roku i karze grzywny od 775 euro do 38.734,50 euro podlega, kto przeznacza dobra kultury wskazane w art. 10

„1. Karze aresztu od sześciu miesięcy do roku i karze grzywny od 775 euro do 38.734,50 euro podlega:

a) kto bez pozwolenia burzy, usuwa, zmienia, odnawia lub wykonuje jakiegokolwiek rodzaju prace na dobrach kultury wskazanych w art. 10;

b) kto bez pozwolenia nadintendenta odłącza freski, herby, graffiti, inskrypcje, tabernakula i inne ornamenty budynków, wystawione lub nie na widok publiczny, chociażby nie było wydane oświadczenie przewidziane w art. 13;

c) kto wykonuje, w przypadkach wyjątkowo pilnych, prowizoryczne prace niezbędne do uniknięcia istotnych szkód na dobrach wskazanych w art. 10, bez niezwłocznego zawiadomienia o nich nadintendentury lub bez przesłania, w najkrótszym możliwym czasie, projektów prac docelowych w celu uzyskania pozwolenia.”

W CBCP wskazano również katalog kar administracyjnych dotyczących dóbr kultury (art. 160-166), uzupełniających system odpowiedzialności z tytułu naruszeń przepisów tego aktu normatywnego³⁶.

W odniesieniu do ruchomych dóbr kultury istotne znaczenie ma nakaz przywrócenia do stanu pierwotnego (art. 160-161 CBCP), jeżeli w wyniku naruszenia obowiązków ochrony i zachowania ustalonych przepisami CBCP dobro kultury doznało szkody. Ministerstwo nakazuje podmiotowi odpowiedzialnemu wykonanie na jego koszt prac niezbędnych do przywrócenia dobra do stanu pierwotnego. Gdy przywrócenie do stanu pierwotnego nie jest możliwe, podmiot odpowiedzialny jest zobowiązany wypłacić państwu sumę równą wartości rzeczy utraconej lub zmniejszeniu wartości rzeczy. Choć regulacje te odnoszą się w znacznej mierze do nieruchomości, to mogą mieć one znaczenie dla ruchomości, w szczególności do uszkodzenia rzeczy znalezionych w rozumieniu art. 91 CBCP.

Sankcja administracyjna w postaci wypłaty państwu sumy równej wartości dobra kultury, utraconego w wyniku naruszenia obowiązków ustalonych przepisami CBCP, może zostać nałożona na osobę lub osoby odpowiedzialne za taki czyn (utrata polega na zaginięciu dobra kultury, nie można go odnaleźć lub okazuje się, że opuściło ono terytorium Włoch, art. 163 CBCP). Karą administracyjną zapłaty sumy 103,50 do 620 euro zagrożone jest także naruszenie obowiązku przedłożenia właściwych dokumentów wywozowych po dokonaniu wywozu dobra kultury poza terytorium Unii Europejskiej w rozumieniu przepisów prawa unijnego (art. 166 CBCP).

Ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w związku z prowadzeniem działań wojennych została uregulowana w odmiennym akcie

do użytkowania niezgodnego z ich znaczeniem historycznym lub artystycznym lub szkodliwego dla ich zachowania lub integralności”.

³⁶ Zob. szerzej: F. Caggiano, *Depenalizzazione e sistema sanzionatorio amministrativo*, Napoli 2011.

prawnym. W związku z faktem, iż Republika Włoska ratyfikowała Konwencję haską o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 14 maja 1954 r.³⁷ oraz protokół I i II do niej, we włoskiej ustawie nr 105 z 2009 r.³⁸ wprowadzono katalog przestępstw wojskowych odnoszących się do uszkodzenia dóbr kultury w czasie konfliktów zbrojnych.

Karnoprawna ochrona dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w ustawodawstwie austriackim

Podstawowe przepisy regulujące ochronę dziedzictwa kulturowego w Austrii zawarte są w ustawie *Bundesgesetz betreffend den Schutz von Denkmalen wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung* (w skrócie: *Denkmalschutzgesetz*; dalej: DMSG)³⁹ obowiązującej jednolicie w całym państwie. Zgodnie z § 1 ust. 11 tej ustawy pojęcia „zabytek” oraz „dobro kultury” mają jednakowe znaczenie. Pod pojęciem zabytku rozumie się wszelkie wytworzone przez człowieka przedmioty ruchome i nieruchome o znaczeniu historycznym, artystycznym lub innym znaczeniu kulturowym, których utrzymanie leży w interesie publicznym (§ 1 ust. 1 DMSG). Pojęcie „zabytku” nie posługuje się kryterium określonego wieku danego przedmiotu⁴⁰. Istotnym jest, aby ze względu na znaczenie historyczne, artystyczne lub inne znaczenie kulturowe istniał interes publiczny (narodowy) w jego utrzymaniu. Interes ten występuje zawsze w przypadku obiektu rzadkiego bądź niepowtarzalnego, który wyróżnia się spośród innych podobnych zabytków lub jest przykładem zabytków określonego rodzaju bardzo dobrze lub dobrze zachowanych⁴¹. Ponadto § 1 ust. 2 DMSG określa, iż utrzymanie leży w interesie narodowym wówczas, gdy ma się do czynienia z zabytkiem, którego utrata oznaczałaby uszczerbek w austriackim zasobie/ stanie dóbr kultury pod względem jakości, wystarczającej ilości i różnorodności.

W związku z koniecznością implementacji Dyrektywy 2014/60UE oraz dostosowania przepisów wewnętrznych do postanowień konwencji UNESCO

³⁷ Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212.

³⁸ Legge del 16 aprile 2009, n. 45, Ratifica ed esecuzione del II Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, fatto a L'Aja il 26 marzo 1999, nonche' norme di adeguamento dell'ordinamento interno, G.U.8 maggio 2009, n. 105.

³⁹ Bundesgesetz betreffend den Schutz von Denkmalen wegen ihrer geschichtlichen, künstlerischen oder sonstigen kulturellen Bedeutung (Denkmalschutzgesetz – DMSG) StF: BGBl. Nr. 533/1923 (Ustawa o ochronie zabytków ze względu na ich znaczenie historyczne, artystyczne lub inne znaczenie kulturalne).

⁴⁰ C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, *Das österreichische Denkmalschutzrecht*, Wiedeń 2004, s. 36.

⁴¹ Ibidem, s. 41.

z 1970 r.⁴² austriacki ustawodawca wprowadził do sytemu prawnego odrębne przepisy dotyczące restytucji dóbr kultury poprzez regulacje ustawy Bundesgesetz über die Rückgabe unrechtmäßig verbrachter Kulturgüter (w skrócie: Kulturgüterrückgabegesetz; dalej: KGRG)⁴³.

Przepisy penalizujące czyny przeciwko dobrom kultury znajdują się przede wszystkim w DMSG. Oprócz tego są również zamieszczone w austriackim kodeksie karnym (z niem. *Strafgesetzbuch*, w skrócie: StGB)⁴⁴. Austriacki StGB dzieli czyny zabronione na zbrodnie i występki. Zgodnie z § 17 ust. 1 StGB zbrodniami są działania umyślne zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności lub karą pozbawienia wolności powyżej trzech lat. Wszystkie inne czyny zabronione są występkami (§ 17 ust. 2 StGB).

Zniszczenie cudzego zabytku stanowi kwalifikowany typ przestępstwa uszkodzenia rzeczy, który podlega karze przewidzianej w § 126 ust. 1 pkt. 3 StGB. Zgodnie z tym przepisem, karze pozbawienia wolności do lat dwóch lub karze pieniężnej do 360 stawek dziennych podlega, kto dopuszcza się uszkodzenia mienia będącego zabytkiem publicznym/narodowym bądź przedmiotu objętego ochroną zabytków. Szczególną ochroną objęte są również, zgodnie z § 126 ust. 1 pkt. 4 StGB, rzeczy o ogólnie uznanej wartości naukowej, etnologicznej, artystycznej lub historycznej, które znajdują się w powszechnie dostępnym zbiorze lub innym takim miejscu, bądź w budynku publicznym. Ponadto, zgodnie z ust. 2 § 126 StGB, kara pozbawienia wolności ulega zaostreniu w przypadku, gdy w wyniku czynu zabronionego wyrządzona szkoda przekracza kwotę 300 000 euro i wynosi od 6 miesięcy pozbawienia wolności do lat pięciu.

W austriackim kodeksie karnym wskazać należy także na przepis karny 180 ust. 1 pkt. 4 StGB który, mimo iż odnosi się w pierwszej kolejności do ochrony środowiska, wymienia również zabytki. Przepis ten stanowi: „Kto wbrew przepisom prawa lub nakazowi władzy zanieczyszcza wodę, ziemię lub powietrze w ten sposób, że przez to prowadzi do powstania kosztów lub innej szkody na cudzej rzeczy, na znajdującym się pod ochroną zabytków przedmiocie lub na zabytku przyrody przekraczających 50 000 euro, podlega karze pozbawienia wolności do 2 lat”.

Czyny związane z niszczeniem dóbr kultury w czasie konfliktów zbrojnych znajdują się także w austriackim kodeksie karnym. Zgodnie § 321c. StGB karze pozbawienia wolności od roku do dziesięciu lat podlega, kto

⁴² Konwencja UNESCO dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r. (Dz.U. z 1974 r. Nr 20, poz. 106.).

⁴³ Bundesgesetz über die Rückgabe unrechtmäßig verbrachter Kulturgüter (Kulturgüterrückgabegesetz – KGRG) StF: BGBl. Nr 19/2016 (Ustawa o zwrocie dóbr kultury przemieszczonych niezgodnie z prawem).

⁴⁴ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch-StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974.

w związku z konfliktem zbrojnym niszczy na dużą skalę lub przywłaszcza sobie dobra kultury w rozumieniu Konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktów zbrojnych. Tej samej karze podlega, kto dokonuje ataku na obiekty cywilne, włącznie z dobrami kultury, o ile są one jako takie chronione przez prawo międzynarodowe (§ 321e. ust.1 pkt. 4 StGB), jak również kto używa będącego pod szczególną ochroną dobra kultury lub jego bezpośredniego otoczenia do wsparcia działań militarnych (§ 321e. ust.1 pkt. 4 StGB).

Kwestie zniszczenia zabytku przez właściciela zostały uregulowane w § 37 ust. 1 DMSG, który stanowi, iż kto wbrew postanowieniom § 4 ust. 1 i § 5 ust. 1 DMSG zniszczy zabytek lub traktowany jako całość i objęty ochroną zespół (ensemble), bądź traktowane jako całości i objęte ochroną kolekcje, jeśli ten czyn nie podlega zgodnie z odrębnymi przepisami surowszej karze, podlega karze pieniężnej do 360 stawek dziennych. Na wypadek braku możliwości przewidzianego § 36 przywrócenia stanu pierwotnego lub nieprzywrócenia stanu pierwotnego mimo formalnego upomnienia, obok kary pieniężnej, przewiduje się karę zastępczą od wartości (niem. *Wertersatzstrafe*). Karę zastępczą od wartości przewiduje się także wówczas, gdy czyn zagrożony jest według innych postanowień karą surowszą. Wysokość kary zastępczej od wartości powinna odpowiadać kosztom, jakie musiałyby zostać poniesione celem ponownego odtworzenia lub odtworzenia przedmiotu o podobnej wartości lub w wyższej wysokości, odpowiadającym korzyściom uzyskanym w wyniku popełnionego czynu. Kara zastępcza od wartości winna być rozłożona na wszystkich uczestników czynu, stosownie do ich udziału przy uwzględnieniu zasad wymiaru kary (§§ 32 do 35 StGB).

Przez zniszczenie zabytku rozumie się, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt. 1 DMSG, jego faktyczne unicestwienie, nawet jeśli utrzymały się jego części, dla których ze względu na ich znaczenie nie istnieje interes publiczny w ich dalszym utrzymaniu. Zniszczenie pojedynczego zabytku będącego częścią kolekcji lub zbioru/ensemble, które zostały objęte ochroną ustawy DMSG jako całość, stanowi zawsze zmianę kolekcji lub zespołu/ensemble także wówczas, gdy kolekcja lub zespół/ensemble utraciły swoje znaczenie jako całość.

Za równoznaczne ze zniszczeniem traktuje się zaniechanie przez właściciela lub osobę odpowiedzialną za utrzymanie zabytku podjęcia koniecznych do utrzymania zabytku środków, które to zaniechanie dokonuje się przy oczywistym zamiarze doprowadzenia do zniszczenia, zważywszy, iż chodzi o środki możliwe do zastosowania przez właściciela bądź osobę odpowiedzialną, które nie wymagają lub wymagają jedynie nieznacznych środków finansowych (np. wymiany rozbitej dachówki, zamknięcia stojących otwarcie okien i tym podobnych; § 4 ust. 1 pkt. 2 DMSG).

Ustawodawca wyraźnie odróżnia zniszczenie od zmiany zabytku. Zniszczeniem jest pozbawienie/unicestwienie znaczenia zabytku. Faktyczne (ma-

terialne) zniszczenie nie jest konieczne by mówić o zniszczeniu⁴⁵. W przypadku zmian, chodzi o takie, które mogłyby wpłynąć na stan (substancje), wizerunek lub artystyczne oddziaływanie znajdujących się pod ochroną zabytków. Dlatego też zmiany te wymagają zezwolenia, zgodnie z § 5 ust. 1 DMSG, a ich dokonanie bez wymaganego zezwolenia podlega karze pieniężnej w wysokości do 50 800 euro (§37 ust. 2 pkt. 1 DMSG). Chodzi przy tym o zmiany, przy których wpływ na historyczne, artystyczne lub inne kulturalne znaczenie zabytku jest potencjalnie możliwy. Wystąpienie zmian mających wpływ na stan, wizerunek lub artystyczne oddziaływanie jest możliwe np. przy pracach restauratorskich. Jak wynika z orzecznictwa, pozwolenie na dokonanie zmian nie jest wymagane, gdy pozostaje bez wpływu na stan zabytku, np. w przypadku wycięcia drzwi w istniejącej już witrynie wystawowej szklanej ścianie⁴⁶. Wymagająca wydania zezwolenia zmiana zabytku nie musi być związana z trwałą ingerencją. Umieszczenie flagi lub szyldu reklamy na chronionym zabytku, jeśli wpłynie na wizerunek lub artystyczne oddziaływanie, będzie zmianą, dla której wymagane jest zezwolenie⁴⁷.

Zniszczenie zabytku dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy jego utrzymanie nie jest możliwe z powodów technicznych lub ekonomicznych⁴⁸. Zgoda na zniszczenie wydawana jest w sytuacji, gdy po uwzględnieniu stosunków ekonomicznych właściciela oraz możliwych dopłat nie jest możliwe utrzymanie zabytku⁴⁹. Przy ustalaniu możliwości ekonomicznych właściciela należy uwzględnić tylko koszty niezbędne do koniecznego utrzymania, do których zobowiązują właściciela przepisy o ochronie zabytków lub przepisy prawa budowlanego⁵⁰.

Zakończenie

W omówionych systemach prawnych państw europejskich unormowano przepisy mające na celu ochronę dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem. Pomimo widocznych różnic istnieją również cechy wspólne. Rozwiązania prawnokarne istnieją zarówno w ustawach dotyczących ochrony dzie-

⁴⁵ C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, *Denkmalschutzrecht...*, op. cit., s. 68.

⁴⁶ VwGH z dnia 18 lutego 1993, sygn. 92/09/0288; za: B C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, *Denkmalschutzrecht...*, op. cit., s. 69.

⁴⁷ VwGH z dnia 3 lutego 1958, sygn. 2571/55; za: B C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, op. cit., s. 69.

⁴⁸ VwGH z dnia 15 września 1994, sygn. 93/09/0035; za: B C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, op. cit., s. 75.

⁴⁹ VfGH z dnia 1 października 1986, sygn. B 164/85; za: B C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, op. cit., s. 75.

⁵⁰ VwGH z dnia 19 maja 1993, sygn. 89/09/0005; za: B C. Bazil, R. Binder-Krieglstein, N. Kraft, op. cit., s. 75.

dzictwa kulturowego, jak również w kodeksach karnych. W ocenie autora istnieje potrzeba zmiany w zakresie karnoprawnej ochrony zabytków w Polsce⁵¹. Analiza rozwiązań dotyczących karnoprawnej ochrony dziedzictwa kulturowego przed zniszczeniem w innych państwach europejskich może pomóc wypracować skuteczne ustawodawstwo w tym zakresie.

Wykaz literatury

- Bazil C., Binder-Kriegelstein R., Kraft N., *Das österreichische Denkmalschutzrecht*, Wiedeń 2004.
- Budyn-Kulik M., *Model ścigania sprawcy wykroczenia w wybranych państwach*, Warszawa 2012.
- Caggiano F., *Depenalizzazione e sistema sanzionatorio amministrativo*, Napoli 2011.
- Cammelli M., (red.), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, wyd. I, Bologna 2004.
- Dobrzyn A., *Ochrona dziedzictwa kultury we Francji*, „Ochrona Zabytków” 2007, nr 3.
- Jakubowski A., Jakubowski O., *Analiza regulacji prawno Karnych w zakresie ochrony dziedzictwa kultury w wybranych państwach europejskich*, [w:] P. Stec (red.), *Raport – analiza rozwiązań prawnych dotyczących ochrony zabytków ruchomych dla wybranych krajów europejskich – materiały niepublikowane*.
- Jakubowski O., *Zjawisko przemytu dóbr kultury*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. XXXVI.
- Jakubowski O., [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Mirri M. B., *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, wyd. 4, Viterbo 2014.
- Pin X., *Droit pénal général*, wyd. 6, Paris 2015.
- Rogacka-Rzewnicka M., *Prawo karne*, [w:] A. Machowska, K. Wojtyczek (red.), *Prawo francuskie*, Kraków 2004, t. 1.
- Sandulli M. A., (red.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, wyd. II, Mediolan 2012.

Summary

Protection of cultural heritage from destruction by criminal law rules in selected European countries – an outline of the issues

Key words: crime, national heritage, damage, cultural property.

Properly constructed criminal law provisions can prevent the destruction of heritage. The laws of the European Union are not an appropriate tool to reduce this phenomenon, although an analysis of criminal laws of indivi-

⁵¹ Szerzej: O. Jakubowski, *Karnoprawna ochrona zabytków – rozważania nad kierunkami zmian prawnych*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.

dual countries may help in developing effective solutions in the Polish legal system. This article presents the criminal law solutions to protect against the destruction of heritage in France, Italy and Austria. Comparison of the provisions in these European countries allows the effective scope of protection of their cultural property to be indicated and to assess the possibility of including some of the standards to the Polish system of heritage protection.

Emilia Jurgielewicz-Delegacz

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0002-3005-8401

Ewolucja odpowiedzialności nieletnich na przestrzeni lat

Celem opracowania jest omówienie ewolucji odpowiedzialności nieletnich na podstawie polskich regulacji prawnych, opracowanych po odzyskaniu przez Polskę niepodległości. Przedmiotem analiz są akty prawne opracowane po 1918 r. odnoszące się do przedmiotowego zagadnienia. Uwzględnione zostaną takie aspekty, jak określenie zakresu wiekowego nieletniego i jego odpowiedzialności za czyny zabronione prawem – w tym przesłanki wspomnianej odpowiedzialności oraz konsekwencje prawne.

Kodeks karny z 1932 r.¹

Podczas prac kodyfikacyjnych nad Kodeksem karnym z 1932 r. przyjęto początkowo, że nieletnim będzie osoba do 18 roku życia. Określono także, że do 28 roku życia można stosować środek w postaci umieszczenia w zakładzie wychowawczo-poprawczym². Projekt ten sukcesywnie uzupełniano, ponieważ w 1920 r., podczas X posiedzenia sekcji prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej wypracowano także przepis pozwalający na orzeczenie kary wobec nieletniego pomiędzy 14 a 18 rokiem życia. Jednocześnie wskazano warunek tej odpowiedzialności, którym było podjęcie działania „z rozeznanie” podczas popełnienia przestępstwa³. Określenie wieku nieletniości do 18 lat korespondowało z wiekiem pełnoletniości, która rozpoczynała się po ukończeniu 18 roku życia⁴. Jednakże kwestia ponoszenia odpowiedzialności karnej

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571 z późn. zm., dalej jako: k.k. z 1932 r.

² A. Lityński, *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991, s. 103.

³ B. Stańdo-Kawecka, *Zakład poprawczy w polskim prawie nieletnich*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 69.

⁴ W tamtym okresie w aktach prawnych dowolnie stosowano takie pojęcia, jak nieletni, małoletni, młodociany, jednakże z ich treści wynikało, iż wiek dorosłości – tym samym pełnoletniość

przez nieletnich nie była dla Komisji Kodyfikacyjnej zamkniętą sprawą. Chcąc dopracować przedmiotową kwestię, sekcja prawa karnego podjęła decyzję o skonsultowaniu tego zagadnienia z prawnikami z zagranicy.

Pokłosiem przeprowadzonych konsultacji z przedstawicielami prawa z Belgii, Francji i Szwajcarii było przedłożenie na XVIII posiedzeniu sekcji prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej w 1921 r. kolejnej wersji uregulowania odpowiedzialności nieletnich. Zaproponowane rozwiązanie stanowiło kompilację rozwiązań francusko-polskich, ustalono bowiem podział nieletnich na trzy grupy wiekowe. Pierwsza z nich to dzieci do 13 roku życia – niepodlegające odpowiedzialności karnej. Do drugiej zaliczono dzieci pomiędzy 13 a 17 rokiem życia – podlegające odpowiedzialności warunkowej, uzależnionej od ustalenia przez sąd działania przez sprawcę „z rozeznaniem”. Trzecią grupą były osoby od 17 do 21 roku życia, co do zasady miały one odpowiadać karne – tak samo jak dorośli sprawcy przestępstw – z zastrzeżeniem, iż nie można orzekać wobec nich kary dożywotniego więzienia, ani też kary śmierci. Wprowadzenie tzw. rozwiązania francusko-polskiego do projektu kodeksu karnego zyskało aprobatę specjalistów zagranicznych, chociażby podczas międzynarodowego kongresu ochrony dzieci, który odbył się w Brukseli w 1921 r.

Wspomniane rozwiązania z projektu weszły w życie. Kodeks karny z 1932 r. regulował odpowiedzialność nieletnich w Rozdziale XI zatytułowanym „Postępowanie z nieletnimi”. Art. 69 k.k. z 1932 r. stanowił, że karze nie podlegają nieletni, którzy:

- przed ukończeniem 13 lat popełnili czyn zabroniony pod groźbą kary,
- po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem 17 lat, popełnili czyn taki bez rozeznania.

Działanie bez rozeznania należało rozumieć jako nieosiągnięcie przez nieletniego rozwoju umysłowego, społecznego i moralnego w takim stopniu, by mógł rozpoznać znaczenie czynu (zrozumieć przestępczość danego czynu⁵) i kierować swoim postępowaniem. Owo rozeznanie było badane na podstawie oceny m.in. dojrzałości obywatelskiej, społecznej i kulturowej⁶. O tym, czy nieletni działał z rozeznaniem, czy też bez niego, decydował sąd na podstawie bezpośredniego kontaktu z oskarżonym – czyli podczas przesłuchania na rozprawie⁷.

– osiąga się po ukończeniu 18 roku życia. Np. art. 7 ustawy z dnia 23 kwietnia 1920 r. o ograniczeniach w sprzedaży napojów alkoholowych (Dz.U. Nr 37, poz. 210) stanowił, że zakazuje się sprzedaży lub podawania napojów alkoholowych m.in. nieletnim do 18 lat; art. 3 § 3 dekretu z dnia 29 sierpnia 1945 r. Prawo osobowe (Dz. U. z 1945 r. Nr 40, poz. 223) wskazywał, że osoba po ukończeniu 18 roku życia jest pełnoletnia i ma pełną zdolność do działań prawnych.

⁵ Wyrok SN z dnia 11 września 1933 r., sygn. akt: II K 601/33, OSN(K) 1933, nr 12, poz. 214.

⁶ O. Rataj, *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1, s. 134.

⁷ Wyrok SN z dnia 24 marca 1933 r., sygn. akt: II K 124/33, OSN(K) 1933, nr 5, poz. 100.

Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko SN⁸, który to wskazał, że wyrok uniewinniający ma wydać sąd, jeżeli ustalił po rozpoczęciu przewodu sądowego, że nieletni po ukończeniu 13 lat, ale przed ukończeniem 17 roku życia, popełnił czyn zabroniony pod groźbą kary bez rozeznania. Sąd Najwyższy stwierdził wówczas, iż podczas obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r. i Kodeksu postępowania karnego z 1928 r.⁹ utrwalił się pogląd, że określenie: „nie ulega karze” użyte w art. 69 § 1 k.k. z 1932 r., należy rozumieć jak zwrot „nie popełnia przestępstwa” z art. 25 § 1 k.k. z 1969 r. Wynikało to z założenia, że nieletni nie ponosi winy z powodu braku rozeznania, a zatem jego czyn nie stanowi przestępstwa. W takiej sytuacji, kiedy czynu nie popełniono, nie wszczynano postępowania, w wszczęte umarzano – na mocy art. 11 pkt 1 k.p.k. z 1928 r., zaś kiedy te okoliczności stwierdzano po rozpoczęciu przewodu sąd wydawał wyrok uniewinniający – art. 361 § 2 k.p.k. z 1928 r.

Zgodnie z art. 69 § 2 k.k. z 1932 r. sąd miał stosować wobec nieletnich tylko środki wychowawcze, takie jak: upomnienie, oddanie pod dozór rodzicom, dotychczasowym opiekunom lub specjalnemu kuratorowi albo umieszczenie w zakładzie wychowawczym. Dozór stosowany był najczęściej wobec nieletnich charakteryzujących się skłonnościami do popełniania przestępstw. Dlatego też osoby, pod których dozór oddawany był taki nieletni, miały otoczyć go szczególną opieką i poddać restrykcjom tak, by zabezpieczyć „porządek publiczny przed ewentualnością popełnienia przez niego przestępstwa”¹⁰. Co więcej, od sprawującego dozór rodzica wymagano bardziej starannej opieki i starannego kierownictwa, niż zwykła opieka rodzicielska i stosowane na co dzień środki wychowawcze. W przypadku niedopełnienia nałożonego obowiązku dozoru, osoba taka mogła być pociągnięta do odpowiedzialności za wykroczenie. Obowiązujące wówczas Prawo wykroczeń¹¹ w art. 17 stanowiło o wykroczeniu polegającym na niewykonywaniu obowiązków w stosunku do nieletniego, który został takiej osobie oddany pod dozór, skutkującym dopuszczeniem się przez nieletniego popełnienia przestępstwa. Jednakże, jak określił SN w 1934 r., odpowiedzialność z art. 17 Prawa o wykroczeniach zachodzić mogła jedynie wówczas, kiedy ustalono, że dokonanie przestępstwa przez nieletniego i oddanego pod dozór było wynikiem niewykonania przez sprawującego ten dozór obowiązków wynikających z tej instytucji¹².

Nieletniego, który po ukończeniu 13 lat, ale przed ukończeniem 17 popełnił z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary, sąd – na mocy art. 70

⁸ Uchwała SN z dnia 8 grudnia 1978 r., sygn. akt: VII KZP 36/78, OSNKW 1979, nr 1–2, poz. 5.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 z późn. zm. Dalej jako: k.p.k. z 1928 r.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 3 września 1934 r., sygn. akt: II K 793/34, OSN(K) 1935, nr 2, poz. 78.

¹¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Prawo o wykroczeniach, Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 572 z późn. zm.

¹² Wyrok SN z dnia 3 września 1934 r., sygn. akt: II K 793/34, OSN(K) 1935, nr 2, poz. 78.

k.k. z 1932 r. – skazywał na umieszczenie w zakładzie poprawczym. Instytucja ta nie była karą na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r., ponieważ nie była wymieniona w art. 37 k.k. z 1937 r., zawierającym katalog kar. W związku z tym, nie można było uznawać umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym za przesłankę do uznania istnienia recydywy, kiedy w przyszłości powracał do popełnienia przestępstwa¹³. Opisywana instytucja nie była uznawana za „zwykłą” karę (karę *sensu stricto*¹⁴), ale za środek reedukacji społecznej, dający możliwość racjonalnego wychowania zaniedbanych moralnie jednostek, w celu spowodowania ich poprawy i przygotowania do uczciwego życia¹⁵. Jeżeli nieletni poniżej 17 roku życia, który był umieszczony w zakładzie poprawczym, popełnił czyn zabroniony pod groźbą kary, to zarząd zakładu prowadził przeciwko niemu postępowanie dyscyplinarne (art. 78 k.k. z 1932 r.).

Warto również pamiętać, że nie można było utożsamiać zakładu wychowawczego z zakładem poprawczym. W jednym ze swoich wyroków SN¹⁶ podkreślił, że zakład poprawczy w stosunku do zakładu wychowawczego jest ostrzejszym środkiem oddziaływania w stosunku do nieletniego, który popełnił z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary. W orzecznictwie wskazywano, że umieszczenie w zakładzie poprawczym daje możliwość racjonalnego wychowania zaniedbanych moralnie jednostek, ma na celu poprawienie ich i przygotowanie do dalszego uczciwego życia, ponadto jest także polepszeniem możliwości życiowych, a co za tym idzie i doli skazanego¹⁷. Dlatego też przebywanie przez nieletniego w zakładzie wychowawczym nie stanowiło negatywnej przesłanki ku temu, by zastosować względem niego w przyszłości umieszczenie w zakładzie poprawczym. Zgodnie z art. 72 k.k. z 1932 r. nieletni pozostawał w zakładzie poprawczym do ukończenia 21 roku życia.

Warto jednak pamiętać, że zgodnie z art. 71 k.k. z 1932 r. sąd – wobec nieletniego, który popełnił z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary – miał również możliwość zastosowania środków wychowawczych. Jednakże warunkiem do zastosowania takiego rozwiązania było określenie, iż okoliczności czynu, charakter nieletniego albo warunki jego życia i otoczenia przemawiały za tym, że umieszczenie go w zakładzie poprawczym nie było celowe. W jednym z orzeczeń SN wskazał, że do nieletniego, który nie ukończył 17 lat, a dopuścił się np. pędzenia, bez właściwego zezwolenia, napoju wysokowego (alkoholowego) ze zboża, jego przetworów, ziemniaków, buraków cu-

¹³ Postanowienie SN z dnia 28 maja 1965 r., sygn. akt: Rw 401/65, OSNKW 1965, nr 10, poz. 112.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 18 czerwca 1946 r., sygn. akt: K 529/46, OSN(K) 1947, nr 3, poz. 61.

¹⁵ Postanowienie SN z dnia 7 maja 1965 r., sygn. akt: VI KZP 12/65, OSNPG 1965, nr 5, poz. 43.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 30 listopada 1967 r., sygn. akt: V KRN 846/67, LEX nr 167591.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 10 lutego 1948 r., sygn. akt: K 2696/47, OSN(K) 1949, nr 1, poz. 6.

krowych, cukru, melasy oraz innych surowców¹⁸, mogą być stosowane wyłącznie instytucje przewidziane w art. 70 i 71 k.k. z 1932 r.

Na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r. można było także zawiesić umieszczenie w zakładzie poprawczym. Rozwiązanie takie sąd mógł zastosować według swojego swobodnego uznania wobec nieletniego, który popełnił z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary – innej niż kara dożywotniego więzienia czy kara śmierci. Jeżeli sąd uznawał to za celowe, stosował zawieszenie umieszczenia w zakładzie poprawczym na okres próby od roku do lat 3 (art. 73 § 1 k.k. z 1932 r.). Jednakże podczas okresu próby – zgodnie z art. 73 § 2 k.k. z 1932 r. – sąd miał zastosować względem nieletniego środki wychowawcze. Odwołanie zawieszenia oraz umieszczenie go w zakładzie poprawczym mogło nastąpić w sytuacji, kiedy taki nieletni „źle się prowadził”. Wówczas sąd działał na wniosek zarządu zakładu wychowawczego, kuratora, ojca, matki lub opiekuna nieletniego lub też z własnej inicjatywy (art. 73 § 3 k.k. z 1932 r.). Jeżeli jednak w okresie próby odwołanie zawieszenia nie nastąpiło, skazanie uważano za niebyłe – art. 73 § 4 k.k. z 1932 r.

Na podstawie art. 74 § 1 k.k. z 1932 r. zarząd zakładu poprawczego miał możliwość – tytułem próby – umieścić na określony czas nieletniego poza zakładem. Mimo, iż nieletni znajdował się poza zakładem, traktowano go tak, jakby w nim przebywał, ponieważ zakład ciągle roztaczał nad nim ścisły dozór. Art. 74 § 3 k.k. z 1932 r. stanowił o możliwości odwołania umieszczenia nieletniego poza zakładem w każdej chwili.

Kolejny przepis – art. 75 k.k. z 1932 r. – stanowił, że wobec nieletniego, który przebywał w zakładzie poprawczym nie mniej niż 6 miesięcy, sąd na wniosek zarządu takiego zakładu lub z własnej inicjatywy może zastosować warunkowe zwolnienie wychowanka na czas określony. W takiej sytuacji jednak sąd oddawał nieletniego pod dozór kuratora. Odwołanie warunkowego zwolnienia mogło nastąpić na wniosek zarządu zakładu, kuratora, ojca, matki, opiekuna nieletniego lub z własnej inicjatywy sądu w sytuacji, kiedy nieletni w trakcie zwolnienia źle się prowadził. Jeżeli w okresie warunkowego zwolnienia odwołanie nie nastąpiło lub jeżeli warunkowo zwolniony ukończył 21 rok życia – skazanie uważano za niebyłe.

Kodeks karny z 1932 r. przewidywał możliwość orzeczenia wobec nieletniego, który ukończył 13 lat, ale nie ukończył jeszcze 17 roku życia, kary przewidzianej ustawą z nadzwyczajnym jej złagodzeniem. Instytucja ta była stosowana wówczas, kiedy popełnił on z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary, a postępowanie karne wszczęto po ukończonym przez niego 17 roku życia, zaś umieszczenie w zakładzie poprawczym nie było już celowe (art. 76 § 1 k.k. z 1932 r.). W takiej sytuacji nie można było orzekać kar dodatkowych (były nimi wówczas: utrata praw publicznych, utrata obywatel-

¹⁸ Art. 1 § 1 dekretu Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 12 grudnia 1944 r. o zwalczaniu potajemnego gorzelnictwa, Dz. U. z 1944 r. Nr 15, poz. 85.

skich praw honorowych, utrata prawa wykonywania zawodu, utrata praw rodzicielskich lub opiekuńczych, przepadek przedmiotów i narzędzi, ogłoszenie wyroku w pismach – art. 44 k.k. z 1932 r.) – za wyjątkiem przypadku przedmiotów majątkowych i narzędzi. Warto dodać, że zgodnie z art. 77 k.k. z 1932 r., jeżeli skazany na umieszczenie w zakładzie poprawczym ukończył – jeszcze przed rozpoczęciem wykonania wyroku – 20 lat, to nie można było go umieścić w zakładzie poprawczym, lecz sąd wymierzał mu karę zgodnie z zasadami opisanymi powyżej (art. 76 k.k. z 1932 r.).

Kodeks karny z 1969 r.¹⁹

W dniu 1 stycznia 1970 r. wszedł w życie kolejny Kodeks karny z 1969 r., w którym nie zawarto w taki szerokim zakresie – jak we wcześniejszym Kodeksie karnym – przepisów regulujących odpowiedzialność karną nieletnich. W trakcie prac kodyfikacyjnych uznano, że zasady postępowania z nieletnimi zostaną opracowane w odrębnym akcie prawnym²⁰. W związku z tym, również z dniem 1 stycznia 1970 r., weszła w życie ustawa o utrzymaniu w mocy na okres przejściowy niektórych dotychczasowych przepisów prawa karnego²¹. Zgodnie z art. 1 § 1 tego aktu, dopóki w odrębnej ustawie nie zostaną uregulowane sprawy zapobiegania i zwalczania demoralizacji przestępczości nieletnich, moc obowiązującą zachowują dotychczasowe przepisy dotyczące nieletnich, dopuszczających się czynów zabronionych pod groźbą kary przez ustawę. Przepis ten enumeratywnie wymieniał regulacje prawne, jakie mają dalej obowiązywać, a wśród nich m.in. wskazywał na art. 69–78 Kodeksu karnego z 1932 r., ze zmianami wynikającymi z art. 9 Kodeksu karnego z 1969 r.²²

W Kodeksie karnym z 1969 r. przyjęto regułę, że na zasadach określonych w tej ustawie odpowiadają tylko osoby, które dopuściły się czynu zabronionego po ukończeniu 17 roku życia (art. 9 § 1 k.k. z 1969 r.). Jednakże od tej zasady przyjęto wyjątek, ponieważ zgodnie z art. 9 § 2 k.k. z 1969 r., nieletni po ukończeniu 16 roku życia w określonych sytuacjach mogli ponieść

¹⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny, Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 z późn. zm. Dalej jako: k.k. z 1969 r.

²⁰ A. Saj, *Odpowiedzialność karna nieletnich*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2006, N 9/14, s. 46.

²¹ Ustawa z dnia 22 grudnia 1969 r. o utrzymaniu w mocy na okres przejściowy niektórych dotychczasowych przepisów prawa karnego, Dz. U. z 1969 r. Nr 37, poz. 311.

²² W dalszej części wspomniany artykuł odnosił się do regulacji związanych z postępowaniem karnym w zakresie odnoszącym się do nieletnich, wskazywał też, że w sprawach nieletnich nie stosuje się zarówno postępowania uproszczonego czy przyśpieszonego oraz warunkowego umorzenia postępowania, jak też przepisów o oskarżycielu posiłkowym, a środki wychowawcze w sprawach nieletnich sąd może stosować w składzie jednego sędziego.

odpowiedzialność. W uzasadnieniu projektu analizowanego kodeksu karnego podkreślono, że przepisy art. 9 § 2 i 3 k.k. z 1969 r. miały służyć uelastycznieniu granicy odpowiedzialności karnej. Jak podkreśla Z. Sienkiewicz, w ocenie projektodawców środki wychowawcze czy poprawcze niejednokrotnie okazywały się nieadekwatne wobec nieletnich, którzy dopuszczali się najcięższych przestępstw, a przy tym wykazywali poważny stopień zdemoralizowania²³. Rozwiązanie to spotkało się z wieloma głosami krytycznymi, m.in. uważano, że *ratio legis* tego przepisu nie nawiązywało do względów wychowawczych, a do „społecznego poczucia sprawiedliwości”, co wskazywać mogło na punitywny model systemu prawa karnego przyjętego w Kodeksie karnym z 1969 r.²⁴

Art. 9 § 2 k.k. z 1969 r. określał przesłanki, jakie musiał być spełnione, by nieletni mógł ponieść odpowiedzialność na gruncie tego kodeksu. Przesłanką o charakterze przedmiotowym było popełnienie przez nieletniego czynu wymienionego w katalogu w art. 9 § 2 k.k. z 1969 r.:

- zbrodni przeciwko życiu,
- zbrodni zgwałcenia,
- zbrodni rozboju,
- zbrodni przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu,
- umyślnego spowodowania ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

Jak widać ustawodawca nie precyzował dokładnie każdego czynu zabronionego, za jaki mógł odpowiadać nieletni – budziło to wiele trudności interpretacyjnych. Zastosowanie określenia „zbrodnia przeciwko życiu” pozwoliło jedną nazwą objąć więcej, aniżeli jeden typ czynu zabronionego. Analizując rozdział XXI pt. „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” Kodeksu karnego z 1969 r. zauważyć można było, że tylko przestępstwo zabójstwa – art. 148 § 1 – było zbrodnią, bowiem było zagrożone karą nie krótszą aniżeli 3 lata pozbawienia wolności (art. 5 § 2 k.k. z 1969 r. definiował zbrodnię). Poszukując jednak innych przykładów zabroni przeciwko życiu, można byłoby przytoczyć art. 126 § 1 k.k. z 1969 r., stanowiący o przestępstwie polegającym na dopuszczeniu się gwałtownego zamachu na życie funkcjonariusza publicznego lub działacza politycznego w celu wrogim Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Wskazane przestępstwo było zagrożone karą pozbawienia wolności nie krótszą niż 10 lat lub karą śmierci – była to zatem zbrodnia. Z. Sienkiewicz podaje, iż „niektórzy komentatorzy dopuszczali taką możliwość, inni natomiast mieli wyraźne wątpliwości w tej kwestii”²⁵. Ustawodawca wskazując

²³ Z. Sienkiewicz, [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa Karnego*, tom 5, Warszawa 2015, s. 372.

²⁴ A. Grześkowiak, *Postępowanie w sprawach nieletnich (polskie prawo nieletnich)*, Toruń 1986, s. 76.

²⁵ Z. Sienkiewicz, [w:] T. Kaczmarek (red.), op. cit., s. 373.

na zbrodnię zgwałcenia, zdaje się miał na myśli typ kwalifikowany, czyli przestępstwo zgwałcenia popełnione ze szczególnym okrucieństwem albo wspólnie z innymi osobami (art. 168 § 2 k.k. z 1969 r.). Jeżeli chodzi zaś o rozbój, to zbrodnią był zarówno typ podstawowy, jak i kwalifikowany – art. 210 k.k. z 1969 r. W rozdziale XX pt. „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz bezpieczeństwu w ruchu lądowym, wodnym i powietrznym” były dwie, wspomniane zbrodnie przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu – zostały one określone w art. 136 § 1 oraz 138 k.k. z 1969 r.

Kolejna przesłanka o charakterze przedmiotowym odnosiła się do okoliczności sprawy. Jeżeli np. działanie nieletniego było drastyczne, okrutne, zuchwałe²⁶, to przyczyniało się to do tego, że w odczuciu powszechnym nie zasługiwał on na ponoszenie odpowiedzialności na zasadach specjalnych – przewidzianych dla nieletniego – ale na zasadach ogólnych, określonych w Kodeksie karnym. Zakres tego określenia obejmował nie tylko układ obiektywnych okoliczności związanych ze sposobem zachowania sprawcy, rodzajem i rozmiarem szkody, a także inne okoliczności o charakterze subiektywnym (np. pobudka i motyw, którymi kierował się sprawca, stopień jego winy)²⁷. Przesłanka podmiotowa opierała się na właściwościach i warunkach osobistych sprawcy (np. weryfikowano, czy nieletni miał wcześniej konflikt z prawem, czy cieszy się nienaganną opinią)²⁸. Przy tej przesłance badano właściwości charakteru sprawcy, określano także stopień jego dojrzałości psychicznej, społecznej i moralnej oraz dotychczasowy tryb życia – jego warunki rodzinne i socjalne²⁹.

Ostatnia z przesłanego z omawianego przepisu wynikała z dyrektywy ustawowej i wiązała się przede wszystkim z przeszłością sprawcy, a zwłaszcza z bezskutecznością uprzednio stosowanych środków wychowawczych czy poprawczych (np. umieszczenie w zakładzie poprawczym³⁰). Musiał zatem zachodzić wysoki stopień deprawacji nieletniego sprawcy, trwający od dłuższego czasu³¹. W orzecznictwie jednak podkreślano, że wspomniana bezskuteczność uprzednio stosowanych środków wychowawczych lub poprawczych nie jest warunkiem *sine qua non* do przyjęcia odpowiedzialności nieletniego z art. 9 § 2 k.k. z 1969 r., świadczyło o tym słowo „zwłaszcza”, nadające stosowaniu środków wychowawczych lub poprawczych charakter przesłanki uzupełniającej (dodatkowej) podczas oceny nieletniego³². Opisane powyżej przesłanki miały być ustalone w toku postępowania przygotowawczego. To

²⁶ Wyrok SN z dnia 29 października 1977 r., sygn. akt: VI KRN 263/77, LEX nr 17034.

²⁷ Z. Sienkiewicz, [w:] T. Kaczmarek (red.), op. cit., s. 374.

²⁸ Wyrok SN z dnia 17 października 1973 r., sygn. akt: II KR 122/73, OSNKW 1974, Nr 3, poz. 40.

²⁹ Wyrok SN z dnia 13 grudnia 1973 r., sygn. akt: IV KR 321/73, LEX nr 21591.

³⁰ Wyrok SN z dnia 27 czerwca 1975 r., sygn. akt: IV KRN 8/75, LEX nr 63297.

³¹ Wyrok SN z dnia 9 sierpnia 1971 r., sygn. akt: I KR 125/71, LEX nr 16601.

³² Wyrok SN z dnia 8 maja 1972 r., sygn. akt: III KR 45/72, OSNKW 1972, Nr 10, poz. 156.

organ prowadzący postępowanie odpowiedzialny był za zebranie kompletnych danych o osobie nieletniego, zwłaszcza dotyczących jego zdrowia, stopnia rozwoju psychicznego i fizycznego, cech charakteru, sposobu zachowania się oraz przyczyn i stopnia jego demoralizacji, charakteru środowiska, warunków jego wychowania³³. Warto w tym miejscu wskazać także na art. 57 § 1 k.k. z 1969 r., zgodnie z którym sąd mógł zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary m.in. w stosunku do nieletniego odpowiadającego w myśl art. 9 § 2 k.k. z 1969 r. Co więcej, w art. 51 k.k. z 1969 r. znajdowała się dyrektywa sądowego wymiaru kary, wskazująca na to, że podczas wymierzania kary młodocianemu³⁴, sąd ma kierować się przede wszystkim tym, aby skazanego wychować, nauczyć zawodu i wdrożyć do przestrzegania porządku prawnego.

W analizowanym Kodeksie karnym wskazano, że sąd zamiast kary ma zastosować środki wychowawcze albo poprawcze przewidziane dla nieletnich – wobec sprawcy, który popełnił występki po ukończeniu lat 17, ale przed ukończeniem 18 roku życia – jeżeli zarówno okoliczności sprawy, jak właściwości oraz warunki osobiste sprawcy za tym przemawiają (art. 9 § 3 k.k. z 1969 r.).

Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z 1982 r.³⁵

Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich weszła w życie w dniu 13 maja 1983 r. Stało się to po okresie wieloletnich³⁶ sporów związanych z modelem postępowania, jaki planowano objąć tym aktem prawnym. Jak podaje P. Górecki, dyskusje dotyczyły tego, czy w stosunku do nieletnich pełniących czyn karalny stosować należy środki o charakterze karnym (kierunek jurydyczny) czy środki o charakterze wychowawczym (kierunek kryminologiczny). Ostatecznie przewagę zdobył ten drugi punkt widzenia, jednak w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich znajdują się także akcenty karnistyczne³⁷. Mimo wielu lat prac nad ustawą, ocenia się ją jako nieprecyzyjną i niekompleksową, ponieważ w kwestiach w niej nieunormowanych odsyła do przepisów procedury cywilnej czy karnej³⁸.

³³ Postanowienie SN z dnia 24 czerwca 1983 r., sygn. akt: III KZ 87/83, OSNKW 1983, Nr 12, poz. 97.

³⁴ Zgodnie z art. 120 § 4 k.k. z 1969 r. młodocianym był sprawca, który w chwili orzekania nie ukończył lat 21.

³⁵ Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz. U. z 2018 r. poz. 969 t.j. Dalej jako: u.p.n.

³⁶ Zob.: V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, LEX/el 2013.

³⁷ P. Górecki, *Nowelizacja ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, z. 4, s. 25.

³⁸ A. Wilkowska-Plóciennik, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa 2011, s. V.

W preambule tej ustawy podkreślono, iż ma ona na celu³⁹:

- przeciwdziałanie demoralizacji i przestępczości nieletnich,
- stworzenie warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem bądź z zasadami współżycia społecznego,
- dążenie do umacniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej i poczucia odpowiedzialności rodzin za wychowanie nieletnich na świadomych swych obowiązków członków społeczeństwa.

Preambuła ta zdaniem A. Bartha wskazuje, iż podstawą postępowania z nieletnim są trzy zasady. Pierwsza z nich to zasada dobra nieletniego, czyli dążenie do właściwego rozwoju osobowości młodego człowieka. Druga to zasada indywidualizacji, zgodnie z którą należy dążyć do ustalenia, czy istnieją okoliczności świadczące o demoralizacji nieletniego lub czy popełnił on czyn karalny i czy w związku z tym zachodzi potrzeba zastosowania środków przewidzianych przez ustawę. Zasada kontynuacji – ciągłości postępowania (zwana też zasadą ciągłej ochrony prawnej) – to ostatnia zasada, o jakiej wspomina przytaczany Autor. Polega ona na dążeniu do zatarcia różnic między postępowaniem rozpoznawczym a wykonawczym, poprzez utrzymanie ciągłości i spójności wszystkich fragmentów postępowania wobec nieletnich⁴⁰.

Zakres przedmiotowy tej ustawy został określony w art. 1, który wskazuje, że jej przepisy stosuje się w zakresie:

- zapobiegania i zwalczania demoralizacji – w stosunku do osób, które nie ukończyły lat 18;
- postępowania w sprawach o czyny karalne – w stosunku do osób, które dopuściły się takiego czynu po ukończeniu lat 13, ale nie ukończyły lat 17;
- wykonywania środków wychowawczych lub poprawczych – w stosunku do osób, względem których środki te zostały orzeczone, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez te osoby lat 21.

Wszystkie te kategorie osób uznane są na mocy ustawy za nieletnie⁴¹. Jeżeli taki nieletni wykaże przejawy demoralizacji lub dopuści się czynu karalnego, to podejmuje się działania przewidzianego w opisywanej ustawie.

Jedną z przesłanek uznania młodej osoby za nieletniego – na gruncie omawianych przepisów – nawiązuje do demoralizacji. Ustawa nie zawiera jej definicji. Jednakże na podstawie art. 4 § 1 u.p.n. można wnioskować, iż jest

³⁹ Zob.: R. Waluś, *Instrumenty prawne stosowane w przypadkach przestępczości nieletnich*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Pedagogika” 2015, nr 10, s. 69 i n.

⁴⁰ A. Bartha, *Nieletni przed sądem rodzinnym według ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Stadia postępowania i praktyka orzecznicza w zakresie przeciwdziałania demoralizacji oraz w sprawach o czyny karalne*, „Dziecko krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2018, Vol. 17, nr 1, s. 12–13.

⁴¹ Zob.: M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, LEX/el. 2012; R. Kupiński, I. Nowicka, *Granica wiekowa odpowiedzialności sprawcy za przestępstwa i wykroczenia*, „Ius et Administratio” 2004, z. 4, s. 83–94.

nią w szczególności naruszanie zasad współżycia społecznego, popełnienie czynu zabronionego, systematyczne uchylanie się od obowiązku szkolnego lub kształcenia zawodowego, używanie alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, uprawianie nierządu, włóczęgostwo, udział w grupach przestępczych.

Kolejna kategoria nieletnich – osoby pomiędzy 13 a 17 rokiem życia – bazuje na przesłance popełnienia czynu karalnego. Zgodnie z art. 1 § 2 pkt 2 jest nim czyn zabroniony przez ustawę, czyli: przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo wykroczenie określone w Kodeksie wykroczeń⁴² w: art. 50a (posiadanie niebezpiecznych przedmiotów w miejscu publicznym), art. 51 (zakłócanie spokoju, porządku publicznego, spoczynku nocnego albo wywoływanie zgorszenia w miejscu publicznym), art. 69 (niszczenie i uszkodzanie znaków umieszczonych przez organ państwowy), art. 74 (uszkodzanie znaków lub urządzeń zapobiegających niebezpieczeństwu), art. 76 (rzucanie kamieniami w pojazd mechaniczny będący w ruchu), art. 85 (samowolne ustawianie, niszczenie, uszkodzanie, usuwanie, włączanie lub wyłączanie znaków lub sygnałów drogowych), art. 87 (prowadzenie pojazdu przez osobę po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka), art. 119 (kradzież lub przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej do wartości 500 zł), art. 122 (paserstwo mienia do wartości 500 zł), art. 124 (niszczenie lub uszkodzenie mienia, jeśli szkoda nie przekracza 5000 zł), art. 133 (spekulacja biletami wstępu), art. 143 (utrudnianie korzystania z urządzeń przeznaczonych do użytku publicznego). Zauważyć w tym miejscu jednak należy, że odpowiedzialność za pozostałe wykroczenia może nastąpić tylko w ramach przypisania nieletniemu przejawu demoralizacji⁴³.

Na gruncie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich wobec nieletniego mogą być stosowane środki wychowawcze oraz środek poprawczy w postaci umieszczenia w zakładzie poprawczym. Ma to służyć zwalczaniu demoralizacji i przestępczości nieletnich. Do środków wychowawczych należą m.in. upomnienie, zobowiązanie do określonego postępowania – np. naprawienia wyrządzonej szkody, nadzór, zakaz prowadzenia pojazdu (art. 6 u.p.n.). Zasady ich stosowania, postępowanie przed sądem oraz postępowanie wykonawcze opisane są w dalszych przepisach ustawy.

Podsumowując podkreślić należy, że przepisy ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich pozwalają sklasyfikować system postępowania z nieletnimi w Polsce jako opiekuńczo-wychowawczo-ochronny, ukierunkowany na wychowanie nieletnich i ochronę ich przed demoralizacją oraz przestępczością. Co więcej, jak podkreśla V. Konarska-Wrzošek, regulacje te wyznaczają kierunek działalności orzeczniczej sądów rodzinnych, ponieważ orzeka-

⁴² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz. U. z 2018 r. poz. 618 t.j. z późn. zm.

⁴³ P. Górecki, S. Stachowiak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, LEX/el. 2007.

jąc w sprawach nieletnich muszą się odciąć od sprawowania tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości, który zmierza do ukarania jednostki za jej naganne zachowanie⁴⁴.

Kodeks karny z 1997 r.⁴⁵

W Kodeksie karnym z 1997 r. ustawodawca regulując kwestię odpowiedzialności karnej – podobnie jak w Kodeksie karnym z 1969 r. – utrzymał 17 lat jako górną granicę wiekową nieletniości, jednakże obniżył o 1 rok dolną granicę⁴⁶. Na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego nieletni po ukończeniu 15 lat może wyjątkowo odpowiadać na zasadach określonych w art. 10 § 2 k.k. Wskazuje się, że art. 10 § 2 k.k. jest wyjątkiem od reguły przyjmującej brak odpowiedzialności karnej nieletniego.

Konstrukcja art. 10 § 2 k.k. jest podobna do art. 9 § 2 k.k. z 1969 r. Przepis ten wskazuje na szczegółowe przesłanki odpowiedzialności nieletniego, takie jak: ukończenie przez niego 15 lat w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu zabronionego, zarzucany czyn zabroniony musi wypełniać znamiona jednego z wymienionych w art. 10 § 2 przestępstw, a okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste mają przemawiać za pociągnięciem nieletniego do odpowiedzialności karnej.

Jeżeli chodzi o czyny zabronione (kryterium przedmiotowe), za które może odpowiadać nieletni, to zostały one zawarte w katalogu zamkniętym, wymieniającym poszczególne typy czynów zabronionych, dzięki czemu jest to lepsze zabezpieczenie strony gwarancyjnej⁴⁷. Mowa tu o przestępstwach z:

- art. 134 k.k. – zamach na życie prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej,
- art. 148 § 1, 2 lub 3 k.k. – zabójstwo w typie podstawowym oraz kwalifikowanym, np. ze szczególnym okrucieństwem, w związku z wzięciem zakładnika, zgwałceniem albo rozbojem, w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie czy zabicie jednym czynem więcej niż jednej osoby,
- art. 156 § 1 lub 3 k.k. – spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w typie podstawowym oraz kwalifikowanym, kiedy jego następstwem jest śmierć człowieka,
- art. 163 § 1 lub 3 k.k. – spowodowanie niebezpiecznego zdarzenia dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach w typie pod-

⁴⁴ V. Konarska-Wrzošek, op. cit.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 t.j. z późn. zm. Dalej jako: k.k.

⁴⁶ B. Stańdo-Kawceka, *Odpowiedzialność karna nieletnich a nowy kodeks karny*, „Palestra” 1998, t. 42, nr 9–10, s. 18.

⁴⁷ A. Zoll, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 179.

stawowym oraz kwalifikowanym, kiedy jego następstwem jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób,

– art. 166 k.k. – zawładnięcie statkiem wodnym lub powietrznym,

– art. 173 § 1 lub 3 k.k. – sprowadzenie katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, zagrażającej życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach w typie podstawowym oraz kwalifikowanym, kiedy jego następstwem jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu,

– art. 197 § 3 lub 4 k.k. – zgwałcenie w typie kwalifikowanym np. wspólnie z inną osobą, wobec małoletniego poniżej 15 lat czy ze szczególnym okrucieństwem,

– art. 223 § 2 k.k. – dopuszczenie się czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego lub osobę do pomocy mu przybraną, w wyniku której nastąpił skutek w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu u wymienionych pokrzywdzonych,

– art. 252 § 1 lub 2 k.k. – wzięcie zakładnika w celu zmuszenia organu państwowego lub samorządowego, instytucji, organizacji, osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób do określonego zachowania się w typie podstawowym oraz kwalifikowanym, kiedy czyn ten łączył się ze szczególnym udręczeniem zakładnika,

– art. 280 k.k. – rozbój.

A. Zoll wskazuje, iż cechą wspólną wymienionych powyżej typów czynów zabronionych jest to, że są one umyślne i charakteryzują się bądź użyciem przemocy, bądź sprowadzeniem powszechnego niebezpieczeństwa. Można zatem wskazać, iż są to przestępstwa najpoważniejsze z punktu widzenia chronionych dóbr, o charakterze kryminalnym lub terrorystycznym⁴⁸.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności nieletniego na zasadach określonych w Kodeksie karnym jest fakt, że okoliczności sprawy (kryterium przedmiotowe) oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste (kryterium podmiotowe) mają za tym przemawiać, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Okolicznościami sprawy będą przede wszystkim: sposób popełnienia czynu (np. drastyczny, brutalny), a także motywacja, pobudka nieletniego sprawcy. Przez stopień rozwoju sprawcy należy przede wszystkim rozumieć poziom rozwoju intelektualnego, ale także poziom rozwoju moralnego i emocjonalnego. Jeśli zaś chodzi o „warunki i właściwości osobiste”, należy tu wziąć pod uwagę stan zdrowia i wiek oraz cechy osobowości sprawcy, charakteru, utrwalone sposoby reagowania na stres i sytuacje trudne. Przez właściwości osobiste sprawcy należy rozumieć cechy indywidualizujące nieletniego, w szczególności wyrażające się w jego poziomie rozwoju umy-

⁴⁸ Ibidem.

słowego, ilorazie inteligencji, stopniu demoralizacji oraz warunkach osobistych, co wykazać powinny przeprowadzone badania psychiatryczne, psychologiczne i osobopoznawcze⁴⁹. Warto także pamiętać, że warunkiem koniecznym zastosowania art. 10 § 2 k.k. nie jest uprzednie stosowanie wobec sprawcy środków wychowawczych lub poprawczych. Jeżeli jednak środki te zastosowano wobec nieletniego, to fakt ten stanowić będzie dodatkową okoliczność przemawiającą za potraktowaniem nieletniego na zasadach określonych w Kodeksie karnym. M. Budyn-Kulik wyjaśnia to w ten sposób, że skoro mimo poddania nieletniego oddziaływaniom wychowawczym lub/i poprawczym popełnił on czyn zabroniony, oznacza to, że środki te są bezskuteczne, a zatem należy zastosować oddziaływanie silniejsze, tj. karę⁵⁰.

Ustawodawca w art. 10 § 3 k.k. wskazał także, że w wypadku skazania nieletniego na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r., orzeczona wobec niego kara nie może przekraczać dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za przypisane sprawcy przestępstwo. Wspomnieć należy, że przepis ten budzi wiele wątpliwości dotyczących jego praktycznego stosowania w kontekście zagrożeń sankcjami alternatywnymi (karą pozbawienia wolności, karą 25 lat pozbawienia wolności i karą dożywotniego pozbawienia wolności). Większość przedstawicieli doktryny wyraża pogląd, że reguła z art. 10 § 3 k.k. dotyczy najsurowszej z kar zawartych w sankcji danego typu rodzajowego przestępstwa⁵¹. Co więcej, sąd może zastosować także nadzwyczajne złagodzenie kary. Z kolei w art. 10 § 4 k.k. przewidziany został wyjątek, pozwalający zastosować środki wychowawcze, lecznicze albo poprawcze przewidziane dla nieletnich wobec sprawcy, który popełnił występki po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18. Muszą za tym przemawiać jednak zarówno okoliczności sprawy, jak i stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste. Zastosowanie tych środków nie zmienia statusu sprawcy, tzn. nie staje się on ponownie nieletnim, lecz jedynie w sferze konsekwencji popełnionego czynu traktowany jest jak nieletni⁵². Obecny Kodeks karny wskazuje także zasady wymiaru kary wobec nieletniego lub młodocianego⁵³. Wymierzając sprawcy karę tego rodzaju, sąd ma kierować się przede wszystkim tym, aby go wychować (art. 54 § 1 k.k.). Zaś kiedy sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat, sąd nie może orzec kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 54 § 2 k.k.).

⁴⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 września 2012 r., sygn. akt: II AKa 245/12, LEX nr 1246618.

⁵⁰ M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018.

⁵¹ A. Grześkowiak, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019.

⁵² J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX/el. 2012.

⁵³ Zgodnie z art. 115 § 10 k.k. młodocianym jest sprawca, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończył 21 lat i w czasie orzekania w pierwszej instancji 24 lat.

W powyższym opracowaniu podjęto próbę zaprezentowania regulacji prawnych, stanowiących o odpowiedzialności nieletnich. Przeprowadzone analizy dowodzą, iż poszczególne podejścia i rozwiązania prawne ewoluowały, jednakże niekiedy wprowadzane nowe akty prawne zawierały nawiązania do tych, poprzednio już obowiązujących. Kodeks karny z 1932 r. przewidywał odpowiedzialność karą nieletniego, który po ukończeniu 13 lat, ale przed ukończeniem 17, popełnił z rozeznaniem czyn zabroniony pod groźbą kary. Kodeks karny z 1997 r. utrzymał ogólną zasadę, że odpowiedzialność karną ponosi się za czyny zabronione, popełnione po ukończeniu 17 lat. Jednakże obecny kodeks – podobnie jak ten z 1969 r. – przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej nieletniego w razie popełnienia przez niego przestępstw wymienionych taksatywnie w art. 10 § 2 k.k. Jednakże – w odróżnieniu od Kodeksu karnego z 1969 r. – ten obecny obniża granicę tej wyjątkowej odpowiedzialności na 15 lat. Jednakże dwa ostatnie analizowane kodeksy wskazują, że za taką odpowiedzialnością powinny przemawiać względy związane z okolicznościami sprawy i z osobowością sprawcy. Oprócz odpowiedzialności za wskazane w Kodeksie karnym przestępstwa, wobec nieletnich zdemoralizowanych czy popełniających czyny karalne mogą być zastosowane środki wychowawcze i poprawcze, przewidziane w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich z 1982 r.

Wykaz literatury

- Bartha A., *Nieletni przed sądem rodzinnym według ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Stadia postępowania i praktyka orzecznicza w zakresie przeciwdziałania demoralizacji oraz w sprawach o czyny karalne*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2018, Vol. 17, nr 1.
- Budyn-Kulik M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018.
- Giezek J., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, LEX/el. 2012.
- Górecki P., *Nowelizacja ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, z. 4.
- Górecki P., Stachowiak S., *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, LEX/el. 2007.
- Grześkowiak A., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2019.
- Grześkowiak A., *Postępowanie w sprawach nieletnich (polskie prawo nieletnich)*, Toruń 1986.
- Konarska-Wrzosek V., *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, LEX/el 2013.
- Kupiński R., Nowicka I., *Granica wiekowa odpowiedzialności sprawcy za przestępstwa i wykroczenia*, „Ius et Administratio” 2004, z. 4.
- Lityński A., *Wydział Karny Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej. Dzieje prac nad częścią ogólną kodeksu karnego*, Katowice 1991.

- Maraszek M., *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, LEX/el. 2012.
- Rataj O., *Projektowane zmiany w zakresie odpowiedzialności karnej nieletnich w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 1.
- Saj A., *Odpowiedzialność karna nieletnich*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2006, N 9/14.
- Sienkiewicz Z., [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa Karnego*, tom 5, Warszawa 2015.
- Stańdo-Kawecka B., *Odpowiedzialność karna nieletnich a nowy kodeks karny*, „Palestra” 1998, t. 42, nr 9–10.
- Stańdo-Kawecka B., *Zakład poprawczy w polskim prawie nieletnich*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1.
- Waluś R., *Instrumenty prawne stosowane w przypadkach przestępczości nieletnich*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Pedagogika” 2015, nr 10.
- Wilkowska-Płóciennik A., *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa 2011.
- Zoll A., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.

Summary

Evolution of juvenile responsibility over the years

Key words: juvenile responsibility, juvenile, evolution of juvenile responsibility.

This article describes the evolution of juvenile responsibility based on Polish legal regulations developed after Poland regained its independence. For this reason, the description is based on legal acts adopted after 1918. The article deals with such issues as the age of a juvenile, a juvenile's liability for acts prohibited by law, the consequences of juvenile delinquency. The analysed legal acts include penal codes from 1932, 1969 and 1997 and the act of 1982 on proceedings in juvenile cases.

Kazimiera Juszka

Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0002-8466-1716

Karol Juszka

Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie

ORCID: 0000-0001-7547-2449

Rola biegłego w przeprowadzaniu oględzin w sprawach o zabójstwo

Biegły w postępowaniu karnym, dzięki posiadanym przez niego wiadomościom specjalnym¹ pełni rolę procesową, która w zależności od potrzeb prowadzonego postępowania karnego może mieć istotne znaczenie przy przeprowadzaniu oględzin w sprawach o zabójstwo, które mają wpływ na wykrycie sprawców tych przestępstw. Udział biegłego w tytułowych oględzinach nie tylko nie pozbawia ich charakteru czynności procesowej, wyznaczonej przez art. 207–210 k.p.k.², ale stanowi przedmiot ciągłego zainteresowania

¹ T. Widła, *Metodyka ekspertyzy*, [w:] M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 30–31; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 13, Warszawa 2016, s. 397; D. Gruszecka, *Dowody*, [w:] J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 443–446; S. Kozdrowski, *Kryminalistyka. Zagadnienia wybrane*, Białystok 2015, s. 106; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych na wykrywalność sprawców zabójstw*, Kraków 2013, s. 126–128; D. Wilk, *Podstawowe pojęcia kryminalistyczne*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 45; A. Biederman-Zaręba, *Kryminalistyczne czynności procesowe*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 107; W. Piórkowska, *Technika kryminalistyczna BPA – zagadnienia praktyczne*, „Przeгляд Policyjny” 2014, nr 4, s. 127.

² S. Kozdrowski, op. cit., s. 145; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 402; D. Gruszecka, op. cit., s. 451; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 106–107; K. Juszka, *Propozycje kierunków zmian w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczytno 2015, s. 529; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 157; H.C. Lee, E. Pagliaro, *Ślady kryminalistyczne i badanie miejsca zdarzenia*, [w:] M. Goc, T. Tomaszewski, R. Lewandowski (red.), *Kryminalistyka – jedność nauki i praktyki. Przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2016, s. 12; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin procesowo-kryminalistycznych w sprawach zabójstw w propozycjach własnych reformy prawa karnego*, [w:] I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014, s. 517; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy sposobu przeprowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 535–536;

badawczego kryminalistyków, którzy oględziny z udziałem biegłego nazywają oględzinami złożonymi³. Specyfika oględzin w sprawach o zabójstwo w pełni uzasadnia udział biegłego w tej czynności w różnych konfiguracjach procesowych. Słusznie w literaturze wskazuje się, że biegły w trakcie oględzin może występować jako członek grupy oględzinowej, sporządzający protokół oględzin zwłok, a po oględzinach wydający opinię biegłego⁴, członek grupy oględzinowej będący konsultantem, członek grupy oględzinowej, w której wykorzystuje się jego wiadomości specjalne w zakresie specjalisty lub jako biegły *ad hoc*,⁵ będący w razie powołania członkiem grupy oględzinowej.

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki roli biegłego w specyfice przeprowadzania oględzin w sprawach o zabójstwo. Niniejsza prezentacja obejmuje doktrynalną oraz badawczą analizę form udziału biegłych w tytułowej czynności w celach wykrywczych i dowodowych, opartych także na badaniach własnych akt prokuratorskich i sądowych, dotyczących oględzin w sprawach o zabójstwo⁶. Realizacja procesowych i kryminalistycznych zasad udziału biegłego w oględzinach w sprawach o zabójstwo bezpośrednio wpływa na wynik oględzin i przebieg postępowania karnego.

Wskazane na wstępie formy udziału biegłego w oględzinach w sprawach o zabójstwo są realizowane przez skład grupy oględzinowej. Trafnie stwierdzono, że biegli sądowi lub biegli *ad hoc* są w razie powołania pełnoprawnymi członkami kierowanej przez prokuratora grupy oględzinowej, w sprawach o zabójstwo⁷. Zakres czynności biegłego podczas oględzin miejsca zdarzenia

A. Chodorowska, J. Stopińska, *Oględziny i otwarcie zwłok jako czynność dowodowa w polskim procesie karnym*, [w:] R. Sztuchmiller, J. Kasprzak, J. Krzywkowska (red.), *Dowodzenie w procesach karnych*, Olsztyn 2014, s. 173–174.

³ S. Kozdrowski, op. cit., s. 154; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 403–404; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 107.

⁴ K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 67–68, 144–146; K. Juszka, *Problematyka potrzeby przeprowadzenia oględzin a postulat maksymalnej określoności przepisu*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 390; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin...*, op. cit., s. 518; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, op. cit., s. 535, 541–542

⁵ T. Widła, op. cit., s. 33; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 398; D. Gruszecka, op. cit., s. 444; M. Zubańska, *Badania daktyloskopijne i genetyczne – TAK, badania poligraficzne i osmologiczne – NIE, czyli o postrzeganiu ekspertyz kryminalistycznych przez decydentów procesowych*, [w:] J. Moszczyński, D. Solodov, I. Soltyszewski (red.), *Przestępczość. Dowody. Prawo. Księga Jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejewskiego*, Olsztyn 2016, s. 307–308; J. Kabzińska, *Kryminalistyczne czynności procesowe*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 165.

⁶ K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit.; K. Juszka, *Jakość czynności kryminalistycznych*, Lublin 2007.

⁷ S. Kozdrowski, op. cit., s. 153–154; K. Juszka, *Propozycje kierunków zmian...*, op. cit., s. 530; H.C. Lee, E. Pagliaro, op. cit., s. 11; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 116; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 26; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin...*, op. cit., s. 518; K. Juszka, *Problematyka potrzeby przeprowadzenia oględzin...*, op. cit., s. 384–390; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, op. cit., s. 540.

wynika wprost z przepisów procesowych lub wskazań taktyki kryminalistycznej, a także może wynikać z uzgodnień między biegłym a kierownikiem grupy oględzinowej, w ramach zapewnienia efektywności wykonywania oględzin w sprawach o zabójstwo⁸.

Procesowe i taktyczne podstawy udziału biegłego w trakcie tytułowych oględzin są wyznaczone przede wszystkim poprzez sporządzenie protokołu oględzin zwłok w trakcie przeprowadzania oględzin miejsca przez grupę oględzinową. Biegły po zakończeniu oględzin miejsca może być powołany do wydania opinii, dotyczącej sekcji przedmiotowych zwłok⁹ lub do wydania innych opinii biegłych, których potrzeba wydania wyniku z wykonanych oględzin miejsca zdarzenia¹⁰.

Praktycznym i naukowym problemem związanym z dokumentacją procesową miejsca zdarzenia są zdarzające się przypadki niestosowania przepisów procesowych, które wyraźnie rozróżniają protokół oględzin miejsca zdarzenia, sporządzany przez organ procesowy i protokół oględzin zwłok, sporządzany przez organ procesowy z udziałem biegłego lekarza, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej. Należy podkreślić, że oba te protoko-

⁸ T. Widła, op. cit., s. 29–30; S. Kozdrowski, op. cit., s. 153–154; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 33; K. Juszka, K. Juszka, *Nieprzestrzeganie taktyki przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw skutkujące wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 139–140; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin...*, op. cit., s. 518; K. Juszka, K. Juszka, *Taktyczne czynniki związane z przeprowadzeniem oględzin w sprawach z art. 156 § 3 kodeksu karnego*, [w:] W. Kasprzak, A. Szczepowicz, A. Opalska (red.), *Bójka i pobicie. Aspekty prawno-kryminalistyczne*, Szczecin–Olsztyn 2015, s. 96–97; K. Juszka, *Propozycje kierunków zmian...*, op. cit., s. 530; H.C. Lee, E. Pagliaro, op. cit., s. 11; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 116; A. Smędra, J. Berent, *Oględziny zwłok na miejscu ich znalezienia z punktu widzenia medyka sądowego – teoria a rzeczywistość*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 9, s. 6, 23.

⁹ R. Kurek, *Rola prokuratora w czynnościach procesowo-kryminalistycznych oględzin zwłok na wybranych przykładach z praktyki*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach*, Toruń 2004, s. 189; S. Kozdrowski, op. cit., s. 149; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 403–404; D. Gruszecka, op. cit., s. 455; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 67–68, 144–146; K. Juszka, *Propozycje kierunków zmian...*, op. cit., s. 531; A. Chodorowska, J. Stopińska, op. cit., s. 172–187; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 121–123.

¹⁰ M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, wyd. 3, Warszawa 2017; E. Gruza, *Instytucje specjalistyczne jako podmiot opiniujący*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta Koleckiego*, Warszawa 2013, s. 85; J. Moszczyński, *Przejsie od badań jakościowych do ilościowych – nowy paradygmat kryminalistyki czy tylko akademicka dyskusja?*, [w:] J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Paradygmaty kryminalistyki*, Kraków 2016, s. 27; J. Moszczyński, *Wartość dowodowa ekspertyz kryminalistycznych*, [w:] R. Sztuchmiller, J. Kasprzak, J. Krzywkowska (red.), *Dowodzenie w procesach karnych*, Olsztyn 2014, s. 157–172; S. Kozdrowski, op. cit., s. 107–108; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 67–68, 144–146; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 398; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin...*, op. cit., s. 518; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, op. cit., s. 535–541–542; H.C. Lee, E. Pagliaro, op. cit., s. 22; M. Zubańska, op. cit., s. 312–313, 316; A. Chodorowska, J. Stopińska, op. cit., s. 173–187; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 121–123.

ły powinny być oddzielnie sporządzane na miejscu zdarzenia. W badaniach akt prokuratorskich i sądowych¹¹ wskazano niewłaściwą praktykę, polegającą na sporządzaniu protokołu miejsca zdarzenia, obejmującego także oględziny zwłok. Takie sporządzanie protokołu miejsca zdarzenia jest sprzeczne nie tylko z zasadami taktyki kryminalistycznej, ale także z przepisami procesowymi. Z analizy powołanych wyżej badań własnych akt prokuratorskich i sądowych, dotyczących oględzin w sprawach o zabójstwo wynika, że praktyka w tym zakresie wynika z zaniechania sporządzania osobnych protokołów oględzin zwłok, mimo udziału biegłego w oględzinach miejsca zdarzenia. Po zakończeniu oględzin miejsca zdarzenia mogą być powołani biegli sądowi w celu wydania opinii¹². Wybór biegłego z danej specjalności jest zdeterminowany analizą wyników oględzin miejsca zdarzenia. W takiej sytuacji biegły wydaje opinię odpowiadając na pytania organu procesowego, zawarte w postanowieniu o powołaniu biegłego¹³.

Biegły, jako członek grupy oględzinowej w sprawach o zabójstwo, może pełnić rolę konsultanta. Biegły pełniąc tę rolę bierze udział w przeprowadzaniu oględzin miejsca zdarzenia, udzielając porad, a także wskazówek co do sposobu przeprowadzania oględzin lub interpretacji wyników uzyskanych w drodze tej czynności¹⁴. Możliwość udziału biegłego w roli konsultanta w oględzinach miejsca zdarzenia realizuje zasady: obiektywizmu i szybkości działania, w kontekście zasady dokładności¹⁵. Należy podkreślić, że biegły

¹¹ K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 36; K. Juszka, *Jakość czynności kryminalistycznych...*, op. cit.

¹² M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), op. cit.; E. Gruza, *Instytucje...*, op. cit., s. 85; J. Moszczyński, *Przejęcie...*, op. cit., s. 27; J. Moszczyński, *Wartość dowodowa...*, op. cit., s. 157–172; S. Kozdrowski, op. cit., s. 107–108; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 125–155; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 398; D. Gruszecka, op. cit., s. 444–445; K. Juszka, *Zmiany w kształcie oględzin...*, op. cit., s. 518; K. Juszka, K. Juszka, *Doktrynalne podstawy...*, op. cit., s. 541–542; K. Juszka, K. Juszka, *Taktyczne czynniki...*, op. cit., s. 96–97; H.C. Lee, E. Pagliaro, op. cit., s. 22; M. Zubańska, op. cit., s. 312–313, 316; A. Chodorowska, J. Stopińska, op. cit., s. 173–187; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 121–123.

¹³ T. Widła, op. cit., s. 29–30; E. Gruza, *Instytucje...*, op. cit., s. 85; S. Kozdrowski, op. cit., s. 107–108; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 125–155; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 398; D. Gruszecka, op. cit., s. 445–446; K. Juszka, K. Juszka, *Taktyczne czynniki...*, op. cit., s. 96–97; H.C. Lee, E. Pagliaro, op. cit., s. 22; D. Wilk, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 45.

¹⁴ T. Widła, op. cit., s. 36–39; J. Moszczyński, *Przejęcie...*, op. cit., s. 26–43; D. Wilk, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 45; K. Witkowska, *Biegły w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1, s. 75; por. K. Sławik, *Wybrane aspekty z działalności biegłych, tłumaczy i specjalistów*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach*, Toruń, 2004, s. 48; M. Zubańska, op. cit., s. 305–319.

¹⁵ T. Hanausek, *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Warszawa 1994; B. Hołyst, *Kryminalistyka*, wyd. 12, Warszawa 2010, s. 474; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 228–234; J. Skorupka, *Zasady procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 156–159, 162–170; S. Kozdrowski, op. cit., s. 50; K. Juszka, *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 4, s. 47–56; K. Juszka, *Skanowanie 3D w realizacji zasad efektywnego przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki*.

pełniący funkcję konsultanta nie ma samodzielności w przeprowadzaniu oględzin i nie jest samodzielnym źródłem dowodowym, jednak jego uwagi należy wpisać do protokołu oględzin miejsca zdarzenia¹⁶. Wskazany brak samodzielności biegłego jako konsultanta wynika z tego, że oględziny miejsca zdarzenia są przeprowadzane przez organ procesowy, który swobodnie decyduje o ich przebiegu. Kierujący oględzinami może uwzględniać porady i wskazówki udzielone przez biegłego konsultanta¹⁷. Przedmiotowe porady i wskazówki biegłego mogą być podstawą tworzenia wersji kryminalistycznych¹⁸.

W literaturze zasadnie podnosi się, że biegły w ramach posiadanych wiadomości specjalnych może być członkiem grupy oględzinowej i pełnić w niej rolę specjalisty, jako niezbędnego dla oceny spostrzeżeń dokonywanych w trakcie oględzin miejsca zdarzenia¹⁹. Możliwość udziału biegłego w roli specjalisty w oględzinach miejsca zdarzenia realizuje zatem również zasadę obiektywizmu i zasadę szybkości działania w kontekście zasady dokładności²⁰. Biegły pełniący rolę specjalisty w oględzinach miejsca zdarzenia nie wykonuje ekspertyzy i nie wydaje opinii. Przedstawia uwagi do protokołu oględzin miejsca zdarzenia, dotyczące techniki ujawniania lub zabezpieczania śladów z punktu widzenia taktycznego i procesowego. Specyfika udziału biegłego w roli specjalisty, w związku z przeprowadzeniem tytułowych oglę-

Księga jubileuszowa Profesora Huberta Kolečkiego, Warszawa 2013, s. 119–121; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 38, 110; K. Juszka, K. Juszka, *Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach zabójstw w Polsce*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, nr 4, s. 216; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 108.

¹⁶ D. Wilk, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 45; K. Witkowska, op. cit., s. 16.

¹⁷ D. Wilk, *Podstawowe pojęcia...*, op. cit., s. 45; K. Witkowska, op. cit., s. 75; por. K. Sławik, op. cit., s. 48.

¹⁸ K. Juszka, *Wersja kryminalistyczna*, Kraków 1997; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 28, 40, 444, 84; K. Juszka, *Wybrane kryminalistyczne działania rozpoznawczo-wykrywcze*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 56–63; K. Witkowska, op. cit., s. 76; K. Juszka, *Wersja nieprawdopodobna*, [w:] J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz (red.), *Nauka wobec przestępczości. Księga ku czci Profesora Tadeusza Hanauska*, Kraków 2001, s. 87–90; K. Juszka, *Wpływ budowy wersji kryminalistycznej na wykrywalność sprawców przestępstw*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Rozprawy z Jałowcowej Góry*, Kraków 2004, s. 143–148; K. Juszka, *Wersja kryminalistyczna w ściganiu przestępczości ubezpieczeniowej*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Przestępczość ubezpieczeniowa*, Kraków 2005, s. 155–173; W. Piórkowska, op. cit., s. 130.

¹⁹ K. Witkowska, op. cit., s. 77; por. J. Gurgul, *Instytucja specjalisty w polskim procesie karnym. (Artykuł dyskusyjny)*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 119–120; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 397; J. Skorupka, *Zasady procesu karnego...*, op. cit., s. 443–446; S. Kozdrowski, op. cit., s. 106, 153–154.

²⁰ T. Hanausek, op. cit., s. 474; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 228–234; J. Skorupka, *Zasady procesu karnego...*, op. cit., s. 156–159, 162–170; S. Kozdrowski, op. cit., s. 50; K. Juszka, *Zasady dokumentacji...*, op. cit., s. 47–56. K. Juszka, *Skanowanie 3D...*, op. cit., s. 120–121; J. Gurgul, op. cit., s. 119–120; K. Juszka, *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych...*, op. cit., s. 38, 110; K. Juszka, K. Juszka, *Badawcza weryfikacja...*, op. cit., s. 216; A. Biederman-Zaręba, op. cit., s. 108.

dzin, polega na wzajemnej wymianie uwag taktycznych z kierownikiem grupy oględzinowej. Niniejsze uwagi powinny dotyczyć technicznej sfery pracy grupy oględzinowej, której usprawnienie jest możliwe dzięki wykorzystaniu wiedzy i umiejętności biegłego, objętych ściśle oznaczonymi wiadomościami specjalnymi. Powołanie biegłego w roli specjalisty jest niezbędne wtedy, kiedy specjaliści ujawniający i zabezpieczający ślady podczas oględzin na miejscu zdarzenia napotykają na rzadko spotykane ślady, przy których ujawnianiu i zabezpieczeniu konieczne jest uzyskanie wiadomości specjalnych biegłego.

Do udziału w oględzinach miejsca zdarzenia organ procesowy może powołać także biegłego *ad hoc*, na podstawie art. 195 k.p.k. Słusznie podkreśla się w doktrynie, że nie ma żadnej różnicy w traktowaniu i ocenie opinii biegłego, złożonej przez biegłego sądowego lub przez innego biegłego, powołanego w określonej sprawie przez organ procesowy²¹.

W konsekwencji, kierownik grupy oględzinowej korzysta z taktycznych wiadomości specjalnych biegłego, pełniącego rolę konsultanta w oględzinach miejsca zdarzenia, a z technicznych wiadomości specjalnych przy biegłym pełniącym rolę specjalisty w tych oględzinach.

Podsumowując, biegli są ważnymi członkami grupy oględzinowej w sprawach o zabójstwo. Wskazane w niniejszym artykule różnorodne formy udziału biegłego w oględzinach miejsca w sprawie o zabójstwo służą realizacji funkcji: dowodowej i wykrywczej, zgodnie z przepisami procesowymi i zaleceniami taktyki kryminalistycznej. Właściwe skorzystanie z wiadomości specjalnych, posiadanych przez biegłych, już na etapie przeprowadzania oględzin w sprawach o zabójstwo, ukierunkowuje proces wykrywania sprawcy, precyzowany w szczególności przy wydawaniu opinii biegłych na dalszych etapach postępowania karnego.

Wykaz literatury

- Biederman-Zaręba A., *Kryminalistyczne czynności procesowe*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013.
- Chodorowska A., Stopińska J., *Oględziny i otwarcie zwłok jako czynność dowodowa w polskim procesie karnym*, [w:] R. Sztymiler, J. Kasprzak, J. Krzywkowska (red.), *Dowodzenie w procesach karnych*, Olsztyn 2014.
- Gruszecka D., *Dowody*, [w:] J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017.
- Gruza E., *Instytucje specjalistyczne jako podmiot opiniujący*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta KołECKIEGO*, Warszawa 2013.

²¹ T. Widła, op. cit., s. 33; K. Witkowska, op. cit., s. 68; S. Waltoś, P. Hofmański, op. cit., s. 398; D. Gruszecka, op. cit., s. 444; M. Zubańska, op. cit., s. 307–308; J. Kabzińska, op. cit., s. 165.

- Gurgul J., *Instytucja specjalisty w polskim procesie karnym. (Artykuł dyskusyjny)*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12.
- Hanausek T., *Zarys taktyki kryminalistycznej*, Warszawa 1994.
- Holyst B., *Kryminalistyka*, Warszawa 2010.
- Juszka K., *Wersja kryminalistyczna*, Kraków 1997.
- Juszka K., *Wersja nieprawdopodobna*, [w:] J. Błachut, M. Szewczyk, J. Wójcikiewicz (red.), *Nauka wobec przestępczości. Księga ku czci Profesora Tadeusza Hanauska*, Kraków 2001.
- Juszka K., *Wpływ budowy wersji kryminalistycznej na wykrywalność sprawców przestępstw*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Rozprawy z Jałowcowej Góry*, Kraków 2004.
- Juszka K., *Wersja kryminalistyczna w ściganiu przestępczości ubezpieczeniowej*, [w:] J. Wójcikiewicz (red.), *Przestępczość ubezpieczeniowa*, Kraków 2005.
- Juszka K., *Jakość czynności kryminalistycznych*, Lublin 2007.
- Juszka K., *Zasady dokumentacji oględzin*, „Przegląd Policyjny” 2009, nr 4.
- Juszka K., *Analiza wpływu oględzin kryminalistycznych na wykrywalność sprawców zabójstw*, Kraków 2013.
- Juszka K., *Problematyka potrzeby przeprowadzenia oględzin a postulat maksymalnej określoności przepisu*, [w:] I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013.
- Juszka K., *Skanowanie 3D w realizacji zasad efektywnego przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] E. Gruza (red.), *Oblicza współczesnej kryminalistyki. Księga jubileuszowa Profesora Huberta Koleckiego*, Warszawa 2013.
- Juszka K., *Wybrane kryminalistyczne działania rozpoznawczo-wykrywcze*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013.
- Juszka K., *Zmiany w kształcie oględzin procesowo-kryminalistycznych w sprawach zabójstw w propozycjach własnych reformy prawa karnego*, [w:] I. Sepiolo-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014.
- Juszka K., *Badawcza weryfikacja przestrzegania zasad prowadzenia oględzin w sprawach zabójstw w Polsce*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2015, nr 4.
- Juszka K., *Juszka K., Doktrynalne podstawy sposobu przeprowadzenia oględzin w sprawach o zabójstwo*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015.
- Juszka K., *Juszka K., Taktyczne czynniki związane z przeprowadzeniem oględzin w sprawach z art. 156§3 kodeksu karnego*, [w:] W. Kasprzak, A. Szczechowicz, A. Opalska (red.), *Bójka i pobicie. Aspekty prawno-kryminalistyczne*, Szczecin–Olsztyn 2015.
- Juszka K., *Propozycje kierunków zmian w przeprowadzaniu oględzin w sprawach zabójstw*, [w:] J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (red.), *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, Szczytno 2015.
- Juszka K., *Juszka K., Nieprzestrzeganie taktyki przeprowadzania oględzin w sprawach zabójstw skutkujące wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Kabzińska J., *Kryminalistyczne czynności procesowe*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013.
- Kała M., Wilk D., Wójcikiewicz, (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017.

- Kozdrowski S., *Kryminalistyka. Zagadnienia wybrane*, Białystok 2015.
- Kurek R., *Rola prokuratora w czynnościach procesowo-kryminalistycznych oględzin zwłok na wybranych przykładach z praktyki*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach*, Toruń 2004.
- Lee H.C., Pagliaro E., *Ślady kryminalistyczne i badanie miejsca zdarzenia*, [w:] M. Goc, T. Tomaszewski, R. Lewandowski (red.), *Kryminalistyka – jedność nauki i praktyki. Przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2016.
- Moszczyński J., *Wartość dowodowa ekspertyz kryminalistycznych*, [w:] R. Sztymmler, J. Kasprzak, J. Krzywkowska (red.), *Dowodzenie w procesach karnych*, Olsztyn 2014.
- Moszczyński J., *Przeście od badań jakościowych do ilościowych – nowy paradygmat kryminalistyki czy tylko akademicka dyskusja?*, [w:] J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Paradygmaty kryminalistyki*, Kraków 2016.
- Piórkowska W., *Technika kryminalistyczna BPA – zagadnienia praktyczne*, „Przegląd Policyjny” 2014, nr 4.
- Skorupka J., *Zasady procesu karnego*, [w:] J. Skorupka (red.), *Proces karny*, Warszawa 2017.
- Sławik K., *Wybrane aspekty z działalności biegłych, tłumaczy i specjalistów*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach*, Toruń, 2004.
- Smędra A., Berent J., *Oględziny zwłok na miejscu ich znalezienia z punktu widzenia medyka sądowego – teoria a rzeczywistość*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 9.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016.
- Widła T., *Metodyka ekspertyzy*, [w:] M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017.
- Wilk D., *Podstawowe pojęcia kryminalistyczne*, [w:] D. Wilk (red.), *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013.
- Witkowska K., *Biegły w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1.
- Zubańska M., *Badania daktyloskopijne i genetyczne – TAK, badania poligraficzne i osmologiczne – NIE, czyli o postrzeganiu ekspertyz kryminalistycznych przez decydentów procesowych*, [w:] J. Moszczyński, D. Solodov, I. Sołtyszewski (red.), *Prześciepczość. Dowody. Prawo. Księga Jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejowskiego*, Olsztyn 2016.

Summary

Role of an expert witness during an inspection in murder cases

Key words: expert witness, inspection, murder, research of court cases, research of prosecutorial cases.

This article presents the role of an expert witness during an inspection in capital crimes. An analysis was conducted of court and prosecutorial records which involved inspections in murder cases. The presentation is concentrated on doctrinal and judicial analyses from a detective and evidential point of view in sequential stages of criminal proceedings.

Iga Kalinowska-Maksim

Kancelaria Adwokacka Adwokat Iga Kalinowska-Maksim

ORCID: 0000-0003-0931-2943

Wybrane prawnokarne aspekty ochrony praw autorskich

Prawa autorskie są prawami, które powszechnie występują w obrocie prawnym i mają na celu ochronę wszelkich przejawów twórczości ludzkiej. W obecnych czasach dostęp do rezultatów działalności twórczej jest nieograniczony. Media, Internet, prasa, smartfony i wszelkie aplikacje umożliwiają utrwalenie utworu w przeróżnych postaciach: filmu, fotografii, zapisu dźwięku, przerobienia już istniejących dzieł, jak również ich rozpowszechnianie, zwielokrotnianie, inspirowanie się nimi, czy zapisywanie. Wszelkie te formy działania narażone są na nadużycia. Dlatego też naruszenie tych praw podlega odpowiedzialności, zarówno cywilnej, jak i karnej. Warto poruszyć powyższy temat tak, by uchwycić najważniejsze znamiona przestępstwa, jak również podać konkretne przykłady, które mogą z pozoru stanowić przestępstwo, zaś nim w istocie nie być. Zasadne jest również zwrócenie uwagi na tendencję, jaką można zaobserwować w odniesieniu do praw autorskich. Z samej swej istoty są to prawa dość abstrakcyjne, dlatego też ich zakres można łatwo rozszerzać. Może prowadzić to do nadużywania ochrony wynikającej z tych praw.

Warto przybliżyć skalę przestępczości przeciwko prawom własności intelektualnej. W latach 2009–2011 prawomocnie skazano 7 004 osoby dorosłe za popełnienie czynów zabronionych przeciwko prawom własności intelektualnej¹. Natomiast w samym 2017 roku skazań tych było jedynie 116². Analizując skazania na tle wszystkich czynów zabronionych przeciwko prawom własności intelektualnej, skalę zjawiska można ocenić mając na względzie, że tylko w samym 2011 roku prawomocnie skazano 3 193 osoby dorosłe za popełnienie omawianych przestępstw, co stanowi 46% skazań w latach

¹ Oficjalny raport dotyczący ochrony praw autorskich i praw pokrewnych oraz innych praw własności intelektualnej w Polsce w latach 2009–2011, dostępny na stronie internetowej: <http://www.prawoautorskie.gov.pl/>.

² Skazania prawomocne – dorośli – z oskarżenia publicznego – wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w 2008–2017, raport dostępny na oficjalnej stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>.

2009–2011 za tego typu przestępstwa. Najczęściej orzekana jest kara pozbawienia wolności i kara grzywny samoistnej. Tylko w 2011 r. we wszystkich prokuraturach na terenie kraju wszczęto łącznie 3 296 spraw, dotyczących czynów zabronionych określonych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych³. Tak niewielka ilość spraw wynika z praktyki, którą zaobserwowano w raporcie. Z analiz Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że złożenie wniosku pokrzywdzonego o ściganie karne sprawcy naruszeń praw własności intelektualnej często służy jedynie jako środek nacisku na sprawcę. Celem, jaki chce zwykle osiągnąć pokrzywdzony, jest zaspokojenie roszczeń finansowych. Według raportu, sprawy najczęściej kończą się ugodą jeszcze przed wszczęciem postępowania sądowego. Wynika to przede wszystkim z tego, że po zaspokojeniu finansowym w wielu przypadkach wnioski o ściganie są wycofywane przez samych uprawnionych. Taka sytuacja dotyczy jednak tylko przestępstw ściganych na wniosek, do których należą: piractwo praw autorskich lub pokrewnych, z wyłączeniem sytuacji, w których sprawca uczynił sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu albo działalność tę organizuje lub nią kieruje, przygotowanie do piractwa praw własności intelektualnych, paserstwo tych praw, jak również wytwarzanie urządzeń lub ich komponentów przeznaczonych do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia skutecznych zabezpieczeń technicznych. Dążenie do realizacji jedynie roszczeń finansowych nie zawsze może być skuteczne, z uwagi na publicznoskargowy charakter pozostałych czynów zabronionych, których ściganie toczy się z urzędu. Wynika z tego, iż nie w każdej sytuacji związanej ze ściganie przestępstw przeciwko własności intelektualnej będzie mogło dojść do wycofania wniosku o ściganie. Z artykułu 122 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wynika *a contrario*, że plagiat, inne typy czynów zabronionych zawarte w art. 115, jak również typy kwalifikowane przestępstw, których typ podstawowy ścigany jest na wniosek oraz utrudnianie wykonania prawa do kontroli i nieumyślne paserstwo są przestępstwami ściganymi z urzędu⁴. Według doktryny stanowi to lukę w prawie, jako że paserstwo nieumyślne ścigane jest z urzędu, zaś typ podstawowy, cechujący się wyższą społeczną szkodliwością, na wniosek⁵. Z tego też względu do zakończenia postępowania, co do którego zostały zrealizowane znamiona przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, których ściganie odbywa się

³ Oficjalny raport dotyczący ochrony praw autorskich i praw pokrewnych oraz innych praw własności intelektualnej w Polsce w latach 2009–2011, dostępny na stronie internetowej: <http://www.prawoautorskie.gov.pl/>.

⁴ Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz.U.2006.90.631 ze zm.).

⁵ J. Raglewski, *Komentarz do art. 122 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych*, [w:] M. Bukowski (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Lex 2015, teza 3. W. Machała (red.), R. M. Sarbiński (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Lex 2019, teza 3.

z urzędu, może dojść jedynie w trybie środków przewidzianych w art. 338a, art. 387 albo art. 388 kodeksu postępowania karnego, ewentualnie sprawa może zakończyć się w wyniku postępowania mediacyjnego⁶.

Przestępczość związana ze sztuką, wynikająca z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych polega na godzeniu w prawa autorskie – majątkowe lub osobiste. Osobiste prawa autorskie to przede wszystkim prawo do oznaczenia dzieła – utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo anonimowo. Prawa te powstają już z chwilą ustalenia utworu, a nie jego utrwalenia i są nieograniczone w czasie⁷. Majątkowe prawa autorskie – są to prawa, które chronią ekonomiczne interesy właściciela utworu i są zbywalne. Obejmują przede wszystkim prawo do korzystania z dzieła i do jego rozpowszechniania na wszystkich polach eksploatacji, jak również prawo do wynagrodzenia⁸. Korzystanie z utworu polega przede wszystkim na utrwalaniu i rozpowszechnianiu dzieła, jak również zwielokrotnianiu go⁹. Prawo do rozporządzania daje podstawę do czerpania korzyści z eksploatacji¹⁰.

Na podstawie domniemania zawartego w art. 8 ustawy, twórcą dzieła jest osoba, której nazwisko w tym charakterze uwidoczniono na egzemplarzach utworu lub której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu¹¹. Istnieje więc duże ryzyko, że ustalone i utrwalone dzieło zostanie podpisane przez inną osobę. Takie zachowanie jest penalizowane na gruncie art. 115 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Złamanie tego prawa polega na przywłaszczeniu sobie autorstwa lub wprowadzeniu w błąd co do autorstwa. Przywłaszczenie oznacza, że sprawca podaje siebie jako autora dzieła. Nie jest w tym przypadku dopuszczalny, a więc i skuteczny, kontratyp zgody. Wynika to z istoty osobistych praw autorskich, którymi nie można dysponować, a co za tym idzie również zbyć¹². Oznacza to, że jeżeli autor dzieła w jakiegokolwiek formie sceduje je na inną osobę, wyrażając jednocześnie zgodę na podanie się za autora przez nabywcę dzieła, taka czynność prawna będzie nieważna i w dalszym ciągu nabywca będzie odpowiadał za przywłaszczenie autorstwa. Czyn zabroniony zostanie popełniony nie przez

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

⁷ J. Sieńczyło-Chlabicz, J. Banasiuk, J. Buchalska, *Prawo własności intelektualnej*, Warszawa 2014, str. 189.

⁸ A. Szewc, [w:] A. Szewc (red.), *Leksykon własności przemysłowej i intelektualnej*, Kraków 2003, str. 18.

⁹ J. Szczotka, [w:] M. Późniak-Niedzielska (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz–Warszawa–Lublin 2007, s. 58.

¹⁰ J. Sieńczyło-Chlabicz, op. cit., str. 97.

¹¹ Art. 8 ust. 2 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z dnia 4 lutego 1994 r. (Dz.U.2006.90.631 ze zm.).

¹² J. Barta (red.), R. Markiewicz (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. V, Komentarz Lex 2011, teza 10.

zbywcę dzieła, lecz przez osobę, która poda się jako autor dzieła. Druga postać czynu, penalizowanego w art. 115 ust. 1 omawianej ustawy, polega na wprowadzeniu w błąd odnośnie do autorstwa cudzego utworu. W tym wypadku działanie sprawcy nie będzie polegało na wskazaniu siebie jako autora, gdyż zachowanie to wyczerpuje znamiona przywłaszczenia sobie autorstwa¹³. Wprowadzenie w błąd zatem polegać może na wskazaniu jako twórcy dzieła innej osoby niż autor, lecz nie siebie. Taki przekaz może być dokonany m.in. słowem, gestem bądź też przy użyciu sfałszowanych dokumentów poświadczających nieprawdziwe okoliczności. Wprowadzenia w błąd co do autorstwa można również dokonać przez *facta concludentia*, tj. takie zachowanie sprawcy, z którego inna osoba sama może wyprowadzić błędny wniosek¹⁴. Karalne zachowanie może mieć postać działania lub zaniechania. W tym drugim wypadku może się ono wyrażać w tolerowaniu błędnej informacji o autorstwie dzieła, przy czym zgodnie z art. 2 Kodeksu karnego, odpowiedzialność w tym wypadku będzie ponosiła osoba, która miała prawny i szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi¹⁵.

Odnosząc się do strony przedmiotowej przestępstwa, należy stwierdzić, że plagiat nie zawsze musi polegać na całkowitym skopiowaniu utworu czy dzieła. Może dotyczyć to tylko pewnego fragmentu. Łatwiej uzmysłowić sobie istotę plagiatu w przypadku wszelkiego rodzaju dzieł literackich, czy prac dyplomowych. Jednakże na tym polu pojawiają się trudności w stosowaniu prawa, gdyż abstrakcyjne ujęcie przepisu nie wskazuje na to, jak obszerny może być to fragment dzieła. Wszelkie tego typu okoliczności muszą być rozpatrywane *in casu*¹⁶. Odpowiedzialności jednak nie będzie ponosiła osoba, która jedynie zainspirowała się dziełem pierwotnym. Zgodnie z art. 2 ust. 4 ustawy o prawie autorskim opracowaniem, którym rozporządzenie zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego, nie jest utwór inspirowany. Należy także mieć na uwadze, że istnieje instytucja dozwolonego użytku, dzięki której pewne formy korzystania z utworu są dozwolone bez zawierania w tym celu umowy¹⁷.

Przestępstwo plagiatu jest przestępstwem materialnym. Z jednej strony do przypisania znamion nie jest konieczne, by działanie sprawcy wzbudzało w odbiorcach przekonanie o tym, że faktycznie jest autorem danego dzieła. Sprawca wypełnia znamiona czynu w momencie, gdy dokonuje przywłaszczenia lub wprowadzenia w błąd co do autorstwa. Jego działanie może zatem być tak nieudolne, że nikt nie zostanie przekonany co do autorstwa sprawcy.

¹³ J. Raglewski, *Komentarz do art. 115 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych*, [w:] M. Bukowski (red.), op. cit., teza 5, 6.

¹⁴ J. Raglewski, *Komentarz do art. 115 ustawy...*, op. cit., teza 14.

¹⁵ Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

¹⁶ J. Raglewski, *Komentarz do art. 115 ustawy...*, op. cit., teza 5.

¹⁷ A. Opalska, M. Piątek, *Problematyka plagiatu w perspektywie prawa karnego i autorskiego – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 351–366.

Jednakże jednocześnie musi nastąpić skutek w postaci „uzewnętrznionego przywłaszczenia sobie przez plagiatora cudzego autorstwa”¹⁸. Samo podpisanie czyjegoś utworu swoim nazwiskiem i włożenie go „do szuflady” nie będzie wystarczające do przypisania znamion strony przedmiotowej.

Plagiat jest typowym przestępstwem, którego przedmiotem są dzieła literackie, jednakże zdarzają się przypadki, kiedy to twórczość w postaci fotografii, obrazu czy rzeźby staje się przedmiotem przestępstwa. Nie każde jednak dzieło, nawet identyczne, może być plagiatem. Dla przykładu warto przywołać dość głośną medialnie sprawę z 2013 r. Na festiwalu Art Moves, którego hasłem przewodnim było umieszczanie dzieł sztuki na billboardach, zwycięzcą został Thomas Rousset z Francji. Jego fotografia, która następnie zawisła na ulicy Torunia jako plakat pt. „Wspólnota czy jednostka? Wsparcie czy kontrola?” stała się obiektem podejrzeń o plagiat. Fotografia przedstawiała jajko w granatowym imadle i została stworzona specjalnie na konkurs festiwalowy. Pojawiły się podejrzania, iż praca ta stanowi plagiat dzieła z 1978 roku, pt. „Jajo w stalowych szczękach”, autorstwa polskiego antykomunistycznego artysty, Krzysztofa Bednarskiego. Praca polskiego artysty stanowiła instalację i przedstawiała jajo w czerwonym imadle, która miała ukazać sytuację Polski w komunistycznej rzeczywistości¹⁹. Międzynarodowe jury rozstrzygnęło tę kwestię uznając, że nie był to plagiat. U podstaw takiego werdyktu leży przede wszystkim technika wykonania – polski artysta stworzył instalację, Francuz zaś fotografię. Ponadto Rousset korzystał z innych źródeł inspiracji, chciał wyrazić zupełnie inne idee i z pewnością nie nawiązywał do sytuacji Polski w czasach komunizmu. Z powyższych względów, jak również ze względu na to, iż twierdził, że nie wiedział o istnieniu dzieła Bednarskiego, brak było podstaw, by przypisać zamiar plagiatu i postawić francuskiego artystę w stan oskarżenia. Uznano to jako przypadek sztuki równoległej lub też inspirację tymi samymi przedmiotami. Co więcej, w doktrynie uważa się, że przedmioty oczywiste, jak imadło i umieszczenie w nim jajka, nie może być chronione prawem autorskim. Ochronie może podlegać jedynie forma wyrażenia, a więc to, co twórcze²⁰. W przedmiotowej sytuacji mieliśmy do czynienia z dwoma zupełnie różnymi wyrazami sztuki, choć wizualnie bardzo podobnymi.

Równie ważne znaczenie ma przepis art. 116 i nawiązującego do niego artykułu 117 omawianej ustawy, regulujące odpowiednio tzw. piractwo praw autorskich i przygotowanie do tego czynu. Piractwo praw autorskich polega na rozpowszechnianiu cudzych przedmiotów praw własności intelektualnej bez zgody uprawnionego podmiotu albo wbrew jego warunkom, a w konse-

¹⁸ Ibidem, teza 13.

¹⁹ <http://rynekisztuka.pl/2013/10/08/final-oskarzen-thomasa-rousseta-o-plagiat/> (data dostępu: 26. 04.2016).

²⁰ Ibidem.

kwencji bez ponoszenia jakichkolwiek związanych z tym obciążeń finansowych. Przepis ma zatem na celu ochronę majątkowych praw autorskich²¹. Doniosłość omawianego przepisu jest bardzo duża, a to przede wszystkim ze względu na szeroki krąg możliwych pokrzywdzonych, a więc podmiotów, którym przysługują majątkowe prawa do utworu. Wśród tych podmiotów należy wyróżnić: autora (również współautorów), pracodawcę, producenta lub wydawcę dzieła zbiorowego. Odnosząc się do praw pokrewnych, należy wyróżnić: artystę wykonawcę, producenta fonogramu lub wideogramu czy organizację nadawczą w zakresie nadań. Pokrzywdzonym może być także licencjobiorca wyłączny, w zakresie tych pól eksploatacji, które objęte zostały umową licencyjną²².

Za piractwo praw autorskich sprawca będzie ponosił odpowiedzialność, gdy bez uprawnienia lub wbrew warunkom udostępni utwór. Zaostrzenie odpowiedzialności nastąpi, gdy sprawca będzie działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub uczyni sobie z takiej działalności stałe źródło dochodu, jak również, gdy będzie organizował lub kierował taką działalnością. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą rozpowszechnianie oznacza skierowanie do nieokreślonej liczby nieoznaczonych osób. Znamię to jest realizowane w momencie, gdy zamiarem bezpośrednim sprawcy jest czynienie utworu ogólnie znanym, powszechnie rozpoznawalnym, szeroko dostępnym i to niezależnie od tego, czy z utworem rzeczywiście zdołała zapoznać się znaczna liczba osób²³. Rozpowszechnianie nie musi odbyć się „publicznie” w rozumieniu, jakie zostało przyjęte w kodeksie karnym. Zamiarem sprawcy musi jednak być objęty cel w postaci uczynienia dzieła – utworu powszechnie znanym i udostępnianie go wielu osobom, lecz niekoniecznie naraz²⁴. Możliwe jest rozpowszechnianie utworu pojedynczo, kolejno znacznej liczbie osób, przykładowo listownie.

W przeciwieństwie do poprzednio wskazanego przestępstwa plagiatu, piractwo jest przestępstwem formalnym, a więc do jego znamion nie należy skutek. Nie jest konieczne wykazanie, że doszło do szkody, a więc, że zostały naruszone interesy ekonomiczne pokrzywdzonego²⁵. Warto podkreślić również, że ochronie nie podlega w tym przepisie prawo do wynagrodzenia za rozpowszechnianie. Jest to typowy stosunek zobowiązaniowy, podlegający ochronie na kanwie prawa cywilnego, jako że zachowanie to stanowi działanie wbrew warunkom umowy, nie zaś uprawnienia, jak wskazuje przepis²⁶.

²¹ J. Raglewski, *Komentarz do art. 116 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych*, [w:] M. Bukowski (ed.), op. cit., teza 3.

²² J. Raglewski, *Komentarz do art. 116 ustawy...*, op. cit., teza 3.

²³ Z. Cwiąkański, [w:] J. Barta (red.), R. Markiewicz (red.), op. cit., teza 9.

²⁴ Ibidem.

²⁵ J. Raglewski, *Komentarz do art. 116 ustawy...*, op. cit., teza 6.

²⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., I KZP 18/03, Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2006 r., V KK 263/05.

W artykule kolejnym – 117 przedmiotowej ustawy, występki sprowadza się w istocie do zachowania stanowiącego *sui generis* przygotowanie do popełnienia czynu zabronionego w postaci bezprawnego rozpowszechniania dzieła. Przepis ten penalizuje utrwalanie lub zwielokrotnianie bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom, cudzego utworu w wersji oryginalnej lub w postaci opracowania, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu lub nadania, w celu rozpowszechnienia. W ustępie 2 uregulowany jest typ kwalifikowany, którego wyższa karalność wynika z uczynienia sobie popełnienia przestępstwa piractwa praw autorskich, stałego źródła dochodu albo organizacji lub kierownictwa w takiej działalności przestępnej.

Paradoksalnie, nielegalne rozpowszechnianie, przykładowo plików muzycznych, jak się okazuje może wspomagać ich sprzedaż. Zwróciła na to uwagę Komisja Europejska, zauważając, iż łatwiejszy dostęp do muzyki sprawia, że więcej czerpie się jej również z legalnych źródeł. „Naukowcy oszacowali, że gdyby z Europy znikły strony „pirackie”, sklepy miałyby 2% mniej sprzedaży, więc i mniej zysków”²⁷. Niektórzy artyści przyłączają się do akcji udostępniania swoich plików muzycznych bez opłat, jako że wpływa to korzystnie na ich popularność i zwiększa zyski z innych działalności artystycznych, przykładowo takich, jak koncerty.

Na gruncie omawianego przepisu pojawia się ostatnimi czasy wątpliwość, czy dopuszczalna jest odpowiedzialność za rozpowszechnianie tatuazu. Tatuaz w dobie XXI wieku stał się sztuką i co do tego nie ma wątpliwości. Powstają wyjątkowe, unikatowe dzieła lub też ciało ozdabiają znane już powszechnie motywy, jak na przykład logo marek (McDonald’s, Adidas, Lacoste, Chanel itp.). Podstawowym pytaniem jest, kto posiada prawo do tatuazu? I kto może decydować o jego rozpowszechnianiu, a więc pokazywaniu innym. Z całą pewnością prawa osobiste posiada tatuator, który dzieło stworzył. Jeżeli jednak autorem projektu był sam nosiciel, to jest on autorem utworu – tatuazu, tatuażysta zaś jest wykonawcą²⁸. Wątpliwości pojawiają się w sprecyzowaniu, kto posiada prawa majątkowe do tego utworu.

W literaturze próżno szukać odwołań do niniejszej problematyki. W Internecie natomiast powstało mnóstwo mniej lub bardziej wartościowych opracowań, które starają się rozwiązać wątpliwości z tym związane. Jest to wbrew pozorom dość ważna kwestia, szczególnie, gdy celebryta, którego ciało zdobią tatuaze występuje w reklamie czy filmie. Niewątpliwie w takiej sytuacji rozpowszechnia on dzieło. W niedalekiej przyszłości ta nieuregulowana sytuacja prawna może stać się podstawą do licznych postępowań, zarówno cywilnych, jak i karnych. W Stanach Zjednoczonych Ameryki coraz częściej słyzy się o tego typu sprawach.

²⁷ <http://www.dobreprogramy.pl/Komisja-Europejska-potwierdza-nielegalne-pobieranie-wspomaga-sprzedaz-muzyki,News,40008.html> (data dostępu: 27.04.2016).

²⁸ E. Stawecka, <http://lexlog.pl/prawo-autorskie-do-tatuazu/> (data dostępu: 26.04.2016).

Trudności pojawiają się w sytuacji, gdy weryfikuje się stronę podmiotu, zgodnie z którą należy wykazać winę. Czy celem osoby noszącej tatuaż jest, by zapoznała się z tym dziełem duża liczba osób? Zamiarem takiej osoby jest oczywiście wzmocnienie przekazu poprzez wyemitowanie reklamy czy filmu, zawierających wizerunek znanej osoby. Wówczas tatuaż jest znakiem rozpoznawczym takiego celebryty, zwłaszcza gdy jest umieszczony w widocznym miejscu, jak w przypadku Mika Tysona (na twarzy). W takich sytuacjach można byłoby rozważyć, czy osoba ta godzi się na nielegalne rozpowszechnianie dzieła tatuażysty w prawnokarnym rozumieniu winy. Tatuaż wspomnianego boksera stał się ostatnio popularny za sprawą twórcy – S. Victora Whittmilla, który domagał się ogromnego odszkodowania od producenta filmu „Kac Vegas” – Warner Brothers, w którym wykorzystano identyczny motyw na twarzy jednego z aktorów. Sprawa zakończyła się ugodą²⁹. W Polsce przede wszystkim działania te będą podlegały odpowiedzialności cywilnej, jednakże przesłanki odpowiedzialności karnej mogą tu również zaistnieć.

Prawnokarna ochrona autorskich praw majątkowych ma na celu ochronę autora utworu, jak również podmiotów, które dysponują prawami majątkowymi. W obecnych czasach rola tych przepisów, współgrających i uzupełniających odpowiedzialność cywilną, jest coraz większa. Dzieje się tak przede wszystkim za sprawą coraz większych możliwości rozpowszechniania, powielania i dostępu do wszelkich form sztuki. Jednakże nie można pozwolić, by ochrona ta i jej realizacja były nadużywane ponad cele, które mają być dzięki nim spełnione. Wydaje się, że poruszony wyżej problem, polegający na byciu potencjalnym sprawcą przestępstwa z uwagi na noszenie tatuażu, wydaje się nadużywać to prawo. Warto zastanowić się, czy w tak krótkim czasie od wprowadzenia przepisów kryminalizujących plagiat czy piractwo, nie popadamy w skrajność nadmiernej ochrony, szukając pretekstów do naprawienia szkody.

Wykaz literatury

Autor nieznany, *Final oskarżeń Thomassa Rousseta o plagiat*, <http://rynekisztuka.pl/2013/10/08/final-oskarzen-thomasa-rousseta-o-plagiat/> (data dostępu: kwiecień 2016 r.).

Autor nieznany, *Komisja Europejska potwierdza: nielegalne pobieranie wspomaga sprzedaż muzyki*, www.dobreprogramy.pl (data dostępu: kwiecień 2016 r.).

Barta J. (red.), Markiewicz R. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 5, Komentarz Lex 2011.

Ćwiakalski Z., [w:] Barta J. (red.), Markiewicz R. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 5, Komentarz Lex 2011.

²⁹ A. Stach, <http://prawatworcow.pl/grafika/prawa-autorskie-do-tatuazu/> (data dostępu: 27.04.2016).

- Machała W. (red.), Sarbiński R. M. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Lex 2019, teza 3.
- Opalska A., Piątek M., *Problematyka plagiatu w perspektywie prawa karnego i autorskiego – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Raglewski J., *Komentarz do art. 122 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych*, [w:] Bukowski M. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Lex 2015.
- Rymar H., <http://rynekisztuka.pl/2013/10/08/final-oskarzen-thomasa-rousseta-o-plagiat/> (data dostępu: kwiecień 2016 r.).
- Sieńczyło-Chlabicz J., Banasiuk J., Buchalska J., *Prawo własności intelektualnej*, Lexis Nexis, Warszawa 2014.
- Stach A., *Prawa autorskie do tatuażu*, <http://prawatworcow.pl/> (data dostępu: kwiecień 2016 r.).
- Stawecka E., *Prawo autorskie do tatuażu*, <http://lexlog.pl/> (data dostępu: kwiecień 2016 r.).
- Szczotka J., [w:] Późniak-Niedzielska M. (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Zarys wykładu*, Bydgoszcz–Warszawa–Lublin 2007.
- Szenc A. (red.), *Leksykon własności przemysłowej i intelektualnej*, Kraków 2003.

Summary

Selected penal law aspects of copyrights

Key words: copyright, plagiarism, piracy, copyright to tattoos, penal law, composition.

This article refers to the issues associated with crimes against intellectual property that are regulated in the act of copyright and related rights. The most relevant questions connected with the application of the regulations, especially article 115 and 116 copyright and related rights and a few other acts discussed in the text. There was also an elaboration of the fundamental rights that are protected by this act. The topic, which was first elaborated from the theoretic view, was further collated with controversial practical examples. Development of the technology may cause problems with the application of the regulations. Plagiarism is mostly associated with literary compositions. In the article, an example of modern art was submitted. It appears that the issue of plagiarism is not very clear in practice, since it is possible to be inspired by the same subjects. Moreover, there are things that are not protected by copyright law, because of their common character. The availability and ease of re-enactment and reproduction of compositions that are protected by copyright involve significant risks and potential violations of these rights. An example was given in a case with tattoos and their copyrights, but also their penal law protection. The imprecise and abstract character of copyrights may be a starting point to abuse the protection of copyrights and related rights in civil as well as criminal law.

Aneta Kamińska-Nawrot
Akademia Pomorska w Słupsku
ORCID: 0000-0003-0270-2447

Przeszukanie osoby i kontrola osobista – po zmianach wynikających z wykonania wyroku TK¹

Wprowadzenie

Przeszukanie osoby to poszukiwawcza czynność dowodowa, która nierozłącznie związana jest ze stosowaniem przez organy procesowe przymusu, który ma zapewnić prawidłowy tok procesu karnego lub zmusić jego uczestników do spełnienia nałożonych przez ustawę obowiązków procesowych². W rzeczywistości jest środkiem, który kępuje swobodę postępowania lub całkowicie ją wyłącza, co niewątpliwie oznacza ingerencję w prawo do poszanowania przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka, nietykalności osobistej oraz prywatności (art. 30, art. 41 ust. 1, art. 50 Konstytucji RP³ i art. 8 EKPC⁴). Z tego też powodu w 1997 roku pojawił się przepis art. 227 k.p.k., który zabezpiecza osobę przed działaniami organów ścigania, wykarczającymi poza granice prawa bądź działającymi na granicy praworządności⁵. Dlatego z uwagi na charakter czynności, decyzje o zarządzeniu przeszukania

¹ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 407–408; Zob.: P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, tom I, *Komentarz do artykułów 1-296*, Warszawa 2011, s.1322; T. Grzegorzczak, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998, s. 98–101; M. Cieślak, *Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym*, „ZN UJ. Prace Prawnicze” 1960, nr 7, s. 101–102; W. Daszkiewicz, *Proces karny, część ogólna*, Poznań 1995, s. 301–302; K. Marszał, *Proces karny, zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 429–465; idem, *Przegląd środków i ich funkcji w polskim procesie karnym*, [w:] K. Amelung (red.), K. Marszał (red.), *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym*, Katowice 1990, s. 53.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁴ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. nr 61, poz. 284, uzup. Dz. U. z 1995 r. nr 36, poz. 175 i 176, zm. Dz. U. z 1995 r. nr 36 poz. 177 oraz Dz. U. z 1998 r. nr 147, poz. 962.

⁵ S. Waltoś, *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 374; B. Młodziejowski, *Taktyka przeszukiwania terenu, pomieszczeń i osób*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Warszawa 2006, s. 268–269.

powinny być podejmowane wyłącznie w ramach konieczności, a związana z nimi ingerencja w prywatność ograniczona do minimum⁶. Co więcej, przeszukiwanie powinno być stosowane jedynie na podstawie ustawy i w jej granicach, a rozszerzenie tego zakresu w ramach analogii powinno być zawsze zakazane. Ponadto musi być stosowane zgodnie z regułą umiaru w stosunku do pozostałych środków przymusu⁷. Natomiast nad legalnością i prawidłowością powinien zawsze czuwać niezawisły sąd, do którego osoby, których prawa w związku z przeszukaniem zostały naruszone, mogą wnosić o kontrolę tychże decyzji. Gwarancje te powinny być uruchamiane zawsze, gdy chodzi o ingerencję w konstytucyjnie chronione prawa i pozostaje poza wszelką dyskusją, iż z punktu widzenia właściwego funkcjonowania systemu prawnego państwa jako całości, a także ochrony praw osobistych każdego człowieka, mają one niebagatelne znaczenie.

Z uwagi na specyfikę przeszukania osoby, w demokratycznym państwie prawa nie powinny występować czynności do niego zbliżone, czy tym bardziej tożsame w skutkach. Niestety, w naszym systemie prawnym istnieje instytucja kontroli osobistej, która stanowi swoistego rodzaju substytut przeszukania osoby.

Pomimo tego, iż kontrola osobista jest czynnością administracyjno-porządkową, realizowaną poza procesem karnym, w zasadzie niewiele różni się od środka przymusu procesowego. Zezwala ona uprawnionym podmiotom na wyznaczanie granic praw osobistych człowieka, do niedawna jeszcze bez możliwości skontrolowania tych decyzji przez niezawisły sąd. Dlatego, od momentu jej wprowadzenia do systemu prawnego w 1983 r.⁸ wzbudza ogromne emocje i budzi szereg zastrzeżeń, nie tylko ze strony przedstawicieli świata nauki i osób, które stają się przedmiotem tych działań, ale także samych uprawnionych, którzy mogą także stać się ofiarami niewłaściwej legislacji.

Charakter prawny przeszukania osoby

Przed wejściem w życie wyroku TK⁹, przedstawiciele doktryny definicję przeszukania osoby wywodzili z art. 219 § 2 k.p.k.¹⁰, a w przypadku wykro-

⁶ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1240; por.: J. Grochowski, *Milicyjne przeszukiwanie pozaprocesowe a konstytucyjne prawa osobiste w PRL*, „Problemy Prawa Karnego” 1989, nr 15, s. 23–36.

⁷ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1257.

⁸ Ustawa z dnia 14 lipca 1983 r. o Urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów, Dz. U. z 1983 r. nr 38, poz. 172 – nieobowiązująca.

⁹ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1904 z późn. zm.).

czeń z art. 44 § 2 k.p.w.¹¹ Kryminaliści charakteryzowali je głównie przez pryzmat celów jako dokładne sprawdzanie pomieszczeń, innych miejsc, rzeczy lub osób w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym¹². Procesualności natomiast, na co zwrócił uwagę J. Grochowski,¹³ akcentowali dowodowy oraz przymusowy charakter czynności, które z punktu widzenia konstytucyjnie chronionych praw jednostki są bardzo znamienne¹⁴. Z tego też powodu cechy te wymagają regulacji prawnych, które zabezpieczałyby każdego uczestnika tej czynności.

Jednak w związku z tym, iż ustawodawca nie zdefiniował pojęcia przeszukania osoby i nie określił jego granic, przepisy te¹⁵ zostały uznane za niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i z dniem 23 czerwca 2019 r. przestały obowiązywać. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż w uwagi na brak definicji przeszukania osoby „(...) nie można ustalić w sposób precyzyjny, o jakie czynności faktycznie chodzi (np. czy przeszukiwanie osoby w rozumieniu k.p.k. obejmuje tylko oględziny powierzchni ciała połączone z obowiązkiem rozebrania się do naga, czy też może objąć dalsze drastyczne działania kontrolne)¹⁶. Ponadto Trybunał podzielił zdanie wnioskodawcy (RPO), że oprócz wymagań określonych z art. 31.ust. 3 Konstytucji przepisy powinny w sposób kompletny i precyzyjny określać także sposób przeprowadzania przeszukania¹⁷. Do chwili obecnej przepisy w tym

¹¹ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1713 z późn. zm.).

¹² Por. R. Łyżwa, *Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 304.

¹³ Zob.: J. Grochowski, *Definicja i elementy składowe instytucji przeszukania w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1990, nr 16, s. 87; Z. Uniszewski, *Przeszukanie. Problematyka kryminalistyczna*, Warszawa 2000, s. 43.

¹⁴ L. Hochberg, A. Murzynowski i L. Schaff, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959, s. 162; Zob.: L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej, wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953, 353–354; M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, tom I, Warszawa 1955, s. 303; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998 s. 489; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2014, s. 790; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgrzyzek, op. cit., s. 1240; K. Marszał, *Proces karny, zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 465; S. Waltoś, *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2002, s. 361; W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego, komentarz*, Warszawa 2005, s. 195; H. Paluszkiwicz, *Dowody*, [w:] K. Dudka, H. Paluszkiwicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2015, s. 266; R. Kmiecik, E. Skrzęto-wicz, *Proces karny, część ogólna*, Kraków–Lublin 1999, s. 339; J. Grochowski, *Definicja i elementy składowe...*, op. cit., s. 88–89; W. Radecki, S. Ziarczyk, *Przeszukanie i zatrzymanie rzeczy, jako procesowe czynności poszukiwawcze w postępowaniu karnym*, Legionowo 2002, s. 7.

¹⁵ Art. 219 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1904 z późn. zm.) oraz art. 44 [1]§ 2 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (t.j. Dz.U. z 2016, poz. 1713 z późn. zm.).

¹⁶ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

¹⁷ Wniosek RPO do TK z dnia 29 sierpnia 2014 r. (II.519.344.2014.ST) oraz Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

obszarze nie zostały doprecyzowane, podobnie jak inne regulacje, które z punktu widzenia podstawowych praw i wolności jednostki powinny zostać zmienione.

Ustawa karnoprocesowa do prowadzenia przeszukania, oprócz prokuratora i Policji, uprawnia w art. 312 k.p.k. także organy, którym przysługują uprawnienia Policji w zakresie prowadzenia postępowań przygotowawczych¹⁸ oraz inne organy, przewidziane w przepisach ustaw szczególnych¹⁹. Zatem obok służb, których zadaniem jest ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego państwa istnieją podmioty, które ustawodawca wyposażył w uprawnienie do dokonywania przeszukania. Taki przykład stanowią strażnicy Państwowej Straży Łowieckiej, strażnicy Państwowej Straży Rybackiej, funkcjonariusze straży parków czy strażnicy leśni. Oczywiście powinno być, że podmioty te, wzorem rozwiązań zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów²⁰, powinny w przypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego informować o tym fakcie organy ścigania i ewentualnie w trakcie przeprowadzanego przez nie przeszukania uczestniczyć w roli osób przybranych. Trzeba przecież pamiętać, że zawiadomienie organów ścigania o popełnieniu przestępstwa jest jednocześnie wypełnieniem prawnego obowiązku zawartego w art. 304 k.p.k. Zgodnie z jego treścią, organy te powinny przede wszystkim skupić się na podjęciu niezbędnych czynności do czasu przybycia organu powołanego do ścigania przestępstw lub do czasu wydania przez ten organ stosownego zarządzenia, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa. Nie powinno nasuwać najmniejszych wątpliwości, że uprawnienie do przeprowadzania przeszukania w przypadkach uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego, zgodnie z zasadami procedury karnej, należy do organów ścigania. Nadawanie tego rodzaju uprawnień podmiotom, które nie są do tego ani

¹⁸ Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1608 – art. 11 ust. 1 pkt 6; Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2387 z późn. zm. – art. 23 ust. 1 pkt 4; Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1556 – art. 64 ust. 1 i 2; ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2104 z późn. zm. – art. 14 ust. 1 pkt 4; ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 730 – art. 17 ust. 1 pkt 9.

¹⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1018 – art. 288 § 1 pkt 2; Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 o ochronie przyrody, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2340 z późn. zm. – art. 108 ust. 5 pkt 5–6; Ustawa z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 897 z późn. zm. – art. 39 ust. 2 pkt 4; Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach, tekst jedn. Dz. U. z 2018, poz. 2129 z późn. zm. – art. 47 ust. 2 pkt. 4; Ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1476 z późn. zm. – art. 23 pkt 4 lit. e; Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1667 – art. 91 ust. 11.

²⁰ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1667 – art. 91 ust. 11.

powołane, ani przygotowane, może powodować bardzo łatwe do przewidzenia skutki.

Powyższa analiza wskazuje, że do prowadzenia czynności przeszukania, które narusza między innymi konstytucyjną zasadę nienaruszalności nietykalności osoby, uprawnionych jest kilkanaście nieprokuratorskich podmiotów. Mimo tego, iż kwestia ta niejednokrotnie poruszana była na różnych forach²¹, ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie tej liczby. Wprowadził natomiast szereg obwarowań, które mają za zadanie zabezpieczyć obywateli przed nadużywaniem tego prawa przez wymienione organy²². Oprócz obowiązków organów, które są oczywiste i nie wymagają komentarza, znajdują się przepisy gwarancyjne. Wśród nich na szczególną uwagę zasługuje przepis art. 224 § 1 k.p.k. Jego gwarancyjny charakter oznacza, że w przypadku wydania przez osobę poszukiwanej rzeczy, istnieje możliwość zaprzestania przez organ dalszych czynności przeszukania²³. Według przedstawicieli doktryny informacja o celu przeszukania powinna być konkretna, tzn. powinna wskazywać, czego i w jakim celu się poszukuje. Jednak nie zawsze organ dokonujący przeszukania ma pełną wiedzę, co do rodzaju poszukiwanych przedmiotów. Wówczas sformułowanie celu przeszukania w sposób bardziej ogólny wydaje się uzasadnione i jednocześnie oznacza kontynuowanie przeszukania do momentu uzyskania przez organ przekonania, że wydano te przedmioty, które są poszukiwane²⁴. Natomiast, jeżeli organ posiada wiedzę na temat poszukiwanych przedmiotów oznaczonych indywidualnie, w momencie ich wydania, dalsze przeszukanie staje się bezprzedmiotowe. Należy mieć na uwadze, iż przeszukiwanie i odebranie przedmiotu zawsze wiążą się z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia konkretnego przestępstwa, a nie przestępstw w ogóle, czy – jeszcze szerzej – „czynu nielegalnego”. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w doktrynie, według której nie można poszukiwać wszystkiego i wszędzie, a sposób dokonania przeszukania powinien być przeprowadzony przy zastosowaniu metod najekonomiczniejszych, zmierzających zgodnie z zasadami logiki, wprost do uzyskania obiektu poszukiwanego²⁵. Krytyce należy poddać praktykę ujmowania w postanowieniu zakresu poszukiwań ogólnym sformułowaniem o konieczności znalezienia „przedmio-

²¹ Interpelacja nr 2255 posła Łukasza Gibały w sprawie nadużywania przez Policję i inne uprawnione organy instytucji przeszukania prowadzonego bez postanowienia sądu lub prokuratora, przekazana przy piśmie z dnia 29 lutego 2012 r., nr SPS-023-2255/12; A. Kasprzyk, *Przeszukiwanie nie zawsze legalne*, „Rzeczypospolita” z 23 grudnia 2003 r.; List Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Komendanta Głównego Policji z dnia 11 września 2006 r. w sprawie skarg dotyczących kontroli osobistej dokonywanej przez Policję, w celu wdrożenia stosownych czynności eliminujących z praktyki funkcjonariuszy Policji – www.hfhrpol.waw.pl.

²² K. Zgryzek, *Przeszukiwanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, „Palestra” 1977, nr 2, s. 44–45.

²³ P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s. 1247–1248.

²⁴ Ibidem, s. 1248.

²⁵ J. Grochowski, *Definicja i elementy składowe...*, op. cit., s. 95.

tów pochodzących z przestępstwa”, gdyż świadczyć to może o braku merytorycznych podstaw do zarządzenia przeszukania²⁶.

Kolejny gwarancyjny przepis zawarty został w art. 224 § 2 k.p.k. Zapewnia on udział w toku przeszukania osób niebędących stronami, co prowadzi niewątpliwie do większej dbałości o przestrzeganie praw stron oraz ograniczenia nieuzasadnionych zarzutów, co do nieprawidłowości wykonanej czynności²⁷. *Ratio legis* wprowadzenia instytucji tzw. osoby przybranej, było ustrzeżenie się organów procesowych przed nieuzasadnionymi skargami na sposób przeprowadzenia czynności przeszukania. Ponadto, w przypadku zaistnienia konieczności wyjaśnienia okoliczności dotyczących przeszukania lub zastrzeżeń, co do jego legalności, osoby te mogą być przesłuchane w charakterze świadków²⁸.

Ponadto, w przypadku dokonania przeszukania osoby w trybie art. 308 k.p.k., rygorem niezbędnym do spełnienia jest niezwłoczne zwrócenie się do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie tej czynności. Prokurator lub sąd, podejmując decyzję w przedmiocie zatwierdzenia przeszukania ustala, czy dokonanie przeszukania i zatrzymania rzeczy na podstawie nakazu kierownika właściwej jednostki Policji, a także innego organu uprawnionego lub legitymacji służbowej ich funkcjonariusza, było uzasadnione oraz czy postanowienie prokuratora o przeszukaniu nie mogło być uprzednio wydane, jak również czy czynności te zostały przeprowadzone i udokumentowane zgodnie z przepisami k.p.k. Jeżeli prokurator bądź sąd, z uwagi na różnego rodzaju nieprawidłowości, nie zatwierdzi przeszukania, wówczas zgodnie z treścią art. 230 § 1 k.p.k. zatrzymane rzeczy muszą zostać niezwłocznie zwrócone osobie uprawnionej, chyba że nastąpiło dobrowolne wydanie, a osoba ta nie złożyła wniosku o sporządzenie i dostarczenie jej postanowienia sądu lub prokuratora o zatwierdzeniu zatrzymania.

Jednak najważniejszym, z punktu widzenia interesów jednostki i jej gwarancji, jest przepis art. 236 k.p.k., który w ramach procedur odwoławczych wyszedł naprzeciw prawom i wolnościom osób dotkniętych ingerencjami prawa organów prowadzących postępowanie karne²⁹. Zgodnie z jego tre-

²⁶ J. Grajewski (red.), L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, System Informacji Prawnej LEX 2014.

²⁷ Z. Młynarczyk, *Przeszukanie i odebranie przedmiotów w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 4, s. 103, A. Kamińska-Nawrot, *Przeszukanie osoby a kontrola osobista – w kontekście zasady informacji prawnej*, „Security, Economy & Law” 2017, nr 4, s. 146–154.

²⁸ R.A. Stefański, R. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Warszawa 2003, t. I, s. 986.

²⁹ Zob. A. Kamińska-Nawrot, *Prawo do złożenia zażalenia na czynności związane z przeszukaniem w ramach art. 236 k.p.k. Niepokój związany ze zmianami*, [w:] S. Steinborn (red.), *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym – u progu nowych wyzwań*, Warszawa 2016, s. 404–411; idem, *Przeszukanie – środek przymusu procesowego ograniczający konstytucyjnie chronione prawa*, „Studia nad Bezpieczeństwem” 2016, s. 140–142; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., s.1274; K. Woźniewski, *Inicjatywa dowodowa w polskim prawie karnym procesowym*, Gdynia 2001, s. 146.

ścią osobom, których prawa zostały naruszone, przysługuje zażalenie na postanowienie dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności. Na etapie postępowania przygotowawczego, zażalenie na wydane postanowienia lub dokonane czynności rozpatruje sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w sprawie SK 11/99, wynikające z Konstytucji prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydawanych w pierwszej instancji „(...) stanowi bardzo istotny czynnik tzw. sprawiedliwości proceduralnej”³⁰. Na uwagę zasługuje fakt, iż przepis art. 236 k.p.k. odnosi się także do „innych czynności”, niemających postaci postanowień, a więc do zarządzeń, poleceń i czynności faktycznych, np. sposobu przeprowadzenia przeszukania (art. 217–227 k.p.k.), czasu przeprowadzenia czynności (art. 221 k.p.k.) czy naruszenia trybu przeszukania (art. 224 k.p.k.) itp. Określenie „inne czynności”, obejmuje również zarządzenie sprzedaży przedmiotów, wydane na podstawie art. 232 k.p.k., ale musi być ono także związane z przeszukaniem i zatrzymaniem rzeczy³¹. Osoby, których prawa zostały wówczas naruszone również mogą złożyć na tej podstawie zażalenie do sądu³². Osobą uprawnioną do wniesienia zażalenia na podstawie przepisów określonych w art. 236 k.p.k. jest każda osoba, której prawa zostały naruszone, a więc niekoniecznie osoba, którą postanowienie bezpośrednio dotyczy, o czym mowa w art. 459 § 3 k.p.k.³³. „Ustawodawca nie ogranicza się zatem tylko do zapewnienia ochrony osobom, których przeszukanie dotknęło bezpośrednio, ale także gwarantuje je tym, których prawa zostały naruszone pośrednio np. podczas przeszukania otworzono korespondencję nienależącą do osoby, której czynność dotyczy”³⁴. Prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe zostało także zagwarantowane w art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka³⁵.

Powyższa analiza wskazuje, że mimo imponującej listy podmiotów uprawnionych do przeszukania, braku definicji przeszukania osoby i sposobu jego przeprowadzania, a także istnienia kilku przepisów wymagających doprecyzowania, przepisy ustawy karnoprocesowej zawierają także gwaran-

³⁰ Wyrok TK z dnia 16 listopada 1999 r., SK 11/99, OTK 1999, nr 7, poz. 158; Zob. P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 109–149.

³¹ W. Grzeszczyk, op. cit., s. 206–207; Por. głosę aprobowaną J. Satki, OSN 2000, nr 10, s. 489–490.

³² Uchwała SN z 20.1.2000 r., I KZP 47/99, OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 25; OSP 2000, nr 10, s. 489 z aprobowanymi uwagami R.A. Stefańskiego, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2001, nr 2, s. 86.

³³ Zob. Uchwała SN z 20.1.2000 r., I KZP 46/99, Biuletyn SN 2000, nr 1, poz. 16.

³⁴ A. Kaznowski, *Problematyka przeszukania mieszkania*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 4, s. 76; Zob. Uchwała SN z 20.1.2000 r., I KZP 46/99, Biuletyn SN 2000, nr 1, poz. 16.

³⁵ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności a dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. nr 61, poz. 284, uzup. Dz. U. z 1995 r. nr 36, poz. 175 i 176, zm. Dz. U. z 1995 r. nr 36 poz. 177 oraz Dz. U. z 1998 r. nr 147, poz. 962.

cje prawne, które zabezpieczają jednostkę przed bezprawnymi działaniami organów ścigania.

Charakter prawny kontroli osobistej

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich³⁶ adresowany do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP szeregu przepisów, dotyczył także kontroli osobistej, która, podobnie jak przeszukiwanie osoby, mimo iż stanowi czynność administracyjno-porządkową, polegającą na kontrolowaniu i egzekwowaniu przestrzegania przepisów z zakresu działalności publicznej przez funkcjonariuszy różnych służb, ingeruje w konstytucyjne prawa jednostki³⁷.

Prawo, jak i warunki jej dopuszczalności określone zostały w ustawach regulujących działalność i zakres zadań tych służb, a więc bardzo różnie.

Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, iż w znacznej większości przepisów ustaw i rozporządzeń regulujących działalność i zakres zadań tych podmiotów, ustawodawca nie określił granic kontroli osobistej. Jedynie w rozporządzeniu³⁸ do ustawy o Policji³⁹ wskazana była granica, stanowiąca

³⁶ Wniosek RPO do TK z dnia 29 sierpnia 2014 r. (II.519.344.2014.ST).

³⁷ Zob.: S. Pieprzny, *Policja – organizacja i funkcjonowanie*, Kraków 2011; Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 161 z późn. zm.; Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1608 – art. 11 ust. 1 pkt 6; Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2387 z późn. zm. – art. 23 ust. 1 pkt 4; Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1556 – art. 64 ust. 1 i 2; Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2104 z późn. zm. – art. 14 ust. 1 pkt 4; ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 730 – art. 17 ust. 1 pkt 9; Ustawa z dnia 8 grudnia 2018 roku o Służbie Ochrony Państwa, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1091 – art. 21 pkt 3; Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 687 – art. 44 ust. 1 pkt 5; Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1018 – art. 288 § 1 pkt 2; ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 o ochronie przyrody, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 2340 z późn. zm. – art. 108 ust. 5 pkt 5–6; Ustawa z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 897 z późn. zm. – art. 39 ust. 2 pkt 4; Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach, tekst jedn. Dz. U. z 2018, poz. 2129 z późn. zm. – art. 47 ust. 2 pkt. 4; Ustawa z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1476 z późn. zm. – art. 23 pkt 4 lit. e; ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1667 – art. 91 ust. 11; Zob.: D. Szumiło-Kuleczycka, *Kontrola osobista, przeglądanie zawartości bagaży, przeszukiwanie (przyczynki do kwestii racjonalności legislacji)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 3, s. 34–36; J. Karaźniewicz, *Przeszukanie i czynności zbliżone do przeszukania w teorii i praktyce organów ścigania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne – Kraków, 25–28.9.2008*, Warszawa 2010, s. 282–283.

³⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów z dnia 29 września 2015 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 1565 – nieobowiązujący.

³⁹ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2017 r. poz. 2067.

zakaz odsłaniania przykrytych odzieżą części ciała. Ponadto, osoby kontrolowane pozbawione były prawa do złożenia do niezawisłego sądu, środka zażalenia na czynności organu. Przysługiwało im jedynie, tak jak w przypadku każdej innej czynności służbowej wykonywanej przez funkcjonariuszy, prawo do złożenia zażalenia na sposób przeprowadzenia czynności do właściwego miejscowo prokuratora, o czym funkcjonariusz zobowiązany jest poczytać osobę kontrolowaną⁴⁰.

Ponadto RPO zarzucił ustawodawcy, iż znaczna część przepisów regulujących materię ustawową zawarta została w aktach wykonawczych. Zwrócił także uwagę na zagrożenia płynące z faktu, iż niektóre z tych aktów prawnych, takie jak np. ustawa o Policji, w przypadku zaistnienia przestępstwa, nakładają na organy ścigania jednocześnie obowiązek dokonania kontroli osobistej, jak i czynności w trybie art. 308 k.p.k.⁴¹

Uwagę RPO zwrócił także fakt, iż uprawnione służby mogły przeprowadzać kontrolę osobistą w oparciu o bardzo zróżnicowane przesłanki. Raz było to uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary (Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencja Wywiadu), innym razem możliwość popełnienia przestępstw lub wykroczeń, zwłaszcza skierowanych przeciwko nienaruszalności granicy państwowej lub bezpieczeństwu w międzynarodowej komunikacji (Straż Graniczna), istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (Centralne Biuro Antykorupcyjne), istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego przez ustawę pod groźbą kary albo cel, jakim było ustalenie miejsca pobytu lub ujęcia poszukiwanej osoby (Żandarmeria Wojskowa), zapewnienie bezpieczeństwa ochranianych osób, obiektów i urzędów (Służba Ochrony Państwa) oraz zapewnienie bezpieczeństwa chronionych urzędów, a także obszarów, obiektów oraz przebywających w nich osób (Służba Kontrwywiadu i Służby Wywiadu). Dlatego współpraca tych służb, dla których kontrola osobista wiązała się z odmiennymi warunkami dopuszczalności niejednokrotnie narażona była na wzajemne wkraczanie w kompetencje i przerzucanie się odpowiedzialnością i w efekcie stawało pod znakiem zapytania skuteczność i sprawność działania w sytuacjach nadzwyczajnych.

Wyrok TK⁴², w zdecydowanej części podzielił zdanie Rzecznika i w zakresie, w jakim przepisy nie określały granic kontroli osobistej oraz nie przewidywały kontroli sądu nad zgodnością z prawem do dokonywania kontroli osobistej przez uprawnione do tego służby, uznał je za niekonstytucyjne⁴³.

⁴⁰ Zob.: D. Szumiło-Kulczycka, op. cit., s. 38.

⁴¹ Zob. Kamińska-Nawrot A., *Kontrola osobista*, „Studia nad Bezpieczeństwem” 2017, nr 2, s. 47–53.

⁴² Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

⁴³ Zob.: Art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2016 r. poz. 1643, poz. 1643, 1948 i 1955 oraz z 2017 r. poz. 60 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; Art. 11 ust. 2a lit. a ustawy o Straży

Jednak mając na względzie, iż analiza przepisów regulujących uprawnienie do dokonywania kontroli osobistej przez poszczególne podmioty znacznie przekroczyłaby określone ramy publikacji, przedmiotem rozważań będzie uprawnienie do dokonywania kontroli osobistej przez funkcjonariuszy

Granicznej jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 5 ust. 1–4, 6 i 7 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie kontroli granicznej dokonywanej przez funkcjonariuszy Straży Granicznej, Dz. U. nr 238, poz. 1729, z 2008 r. nr 223, poz. 1474 oraz z 2017 r. poz. 287 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 12 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych, Dz. U. z 2016 r. poz. 706 oraz z 2017 r. poz. 60 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; Art. 20 ustawy o strażach gminnych jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 10 ust. 1 pkt 2, ust. 3–6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 grudnia 2009 r. w sprawie zakresu i sposobu wykonywania przez strażników gminnych (miejskich) niektórych czynności, Dz. U. nr 220, poz. 1722 oraz z 2011 r. nr 222, poz. 1329 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 13 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu, Dz. U. z 2017 r. poz. 985: a) jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, b) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 9 i § 10 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 kwietnia 2002 r. w sprawie szczegółowego trybu wykonywania czynności przez funkcjonariuszy Biura Ochrony Rządu oraz korzystania przez nich z pomocy innych podmiotów, Dz. U. nr 57, poz. 519 są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 17 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. z 2016 r. poz. 1483 i 1948 oraz z 2017 r. poz. 244, 768 i 1086 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; Art. 24 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 19–21 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 grudnia 2001 r. w sprawie szczegółowego sposobu wykonywania niektórych uprawnień przez żołnierzy Żandarmerii Wojskowej, Dz. U. nr 157, poz. 1851 oraz z 2008 r. nr 182, poz. 1129 są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. z 2017 r. poz. 1920 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; Art. 23 ust. 7 pkt 1 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 29 ust. 1–3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie wydawania osobom poleceń określonego zachowania się, legitymowania, zatrzymywania, przeszukania, kontroli osobistej, przeglądania bagaży i sprawdzania ładunku oraz rejestrowania zdarzeń przez funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Dz. U. nr 86, poz. 733 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 44 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. z 2017 r. poz. 1978: a) jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, b) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Art. 14 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. z 2017 r. poz. 1993 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; Art. 14 ust. 7 pkt 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji; § 29 ust. 1–3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 lipca 2006 r. w sprawie wydawania osobom poleceń określonego zachowania się, legitymowania, zatrzymywania, przeszukania, kontroli osobistej, przeglądania bagaży i sprawdzania ładunku oraz obserwowania i rejestrowania zdarzeń przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Dz. U. nr 142, poz. 1014 jest niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Policji, wskazane w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji⁴⁴, zwanej dalej ustawą o Policji.

Zgodnie z wyrokiem TK⁴⁵, art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji⁴⁶, uznany został za niezgodny z art. 41 ust. 1 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji a art. 15 ust. 7 ustawy sprzeczny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

W związku z powyższym ustawodawca w przepisach ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw⁴⁷, wprowadził zmiany w art. 15 ust. 1 pkt 5, wskazując dodatkowe przesłanki stosowania kontroli osobistej oraz dodał art. 15d, w którym określił, na czym czynność ta polega. Ponadto zawarł w nim klauzulę minimalizowania zakresu ingerencji w dobra osoby kontrolowanej, wskazał sposób przeprowadzenia czynności, prawa i obowiązki kontrolującego i kontrolowanego, zasady i tryb jej dokonywania oraz prawo do sądowej kontroli legalności, zasadności oraz prawidłowości przeprowadzonej czynności kontroli osobistej, a także sposób postępowania z ujawnionymi przedmiotami stwarzającymi niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia lub mienia.

Ten legislacyjny zabieg, będący wykonaniem wyroku TK⁴⁸, co prawda przyznał osobie kontrolowanej prawo do złożenia środka zaskarżenia do sądu oraz zawarł kwestie materii ustawowej w przepisach rangi ustawy a nie rozporządzenia⁴⁹, o czym będzie mowa w dalszej części, stał się okazją do wprowadzenia innych, bardzo niepokojących zmian, które uczyniły z kontroli osobistej pozaprocesowe przeszukiwanie osoby.

Pomimo zastrzeżeń Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Trybunału Konstytucyjnego w kwestii przepisów dotyczących stosowania kontroli osobistej, w przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie zmian w tej materii. Nadal w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji, główną przesłanką podjęcia kontroli osobistej pozostaje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, które jednocześnie uruchamia działania Policji w ramach ustawy o Policji i kodeksu postępowania karnego. Dodatkowo czynność ta może być przeprowadzona w celu znalezienia broni lub innych niebezpiecznych przedmiotów mogących służyć do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary lub których posiadanie jest zabronione, lub przedmiotów mogących stanowić dowód w postępowaniu prowadzonym w związku z realizacją zadań Policji, lub w celu znalezienia przedmiotów, które podlegają przypadkowi w przypadku uzasadnionego przypuszczenia,

⁴⁴ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 161 z późn. zm.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

⁴⁶ Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

⁴⁷ Dz. U. z 2018 r., poz. 2399.

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017 r., poz. 2405.

⁴⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 września 2015 r. w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów, Dz. U. z 2015, poz. 1565 – nieobowiązujący.

że osoba posiada broń lub takie przedmioty, lub uzasadnionego przypuszczenia ich użycia do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary.

Pomijając kwestie niestosowania przez ustawodawcę zasad techniki prawodawczej, co czyni przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji nieczytelnym, główna przesłanka podejmowania kontroli osobistej pozostała niezmienna, chociaż po wydaniu wyroku TK⁵⁰ można było mieć nadzieję, iż przepis ten zostanie zmieniony w taki sposób, aby nie kolidował z przepisami kodeksu postępowania karnego⁵¹. Pozostałe przesłanki, z wyjątkiem kontroli osobistej przeprowadzonej w celu znalezienia przedmiotów mogących stanowić dowód w postępowaniu prowadzonym w związku z realizacją zadań Policji, wciąż pozostają celami kontroli osobistej przeprowadzonej w związku z zaistnieniem uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, zatem ich sztuczne wyodrębnienie nie znajduje najmniejszego uzasadnienia, a jedynie wprowadza chaos w przepisach.

Jednak największy niepokój wzbudzają przepisy art. 15d ustawy o Policji⁵², które określając zakres czynności faktycznych, obejmujących kontrolę osobistą, wyjątkowo głęboko ingerują w konstytucyjne prawa jednostki. Zgodnie z treścią art. 15d ust. 1 ustawy o Policji kontrola osobista polega na sprawdzeniu u osoby kontrolowanej:

- 1) odzieży i obuwia oraz przedmiotów, które znajdują się na jej ciele, bez odsłaniania przykrytej odzieżą powierzchni ciała,
- 2) bagażu oraz innych przedmiotów, które przy sobie posiada,
- 3) odzieży i obuwia oraz przedmiotów, które znajdują się na jej ciele, z odsłonięciem przykrytych odzieżą powierzchni ciała w celu oraz w zakresie niezbędnym do odebrania broni lub przedmiotów, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5, w przypadku gdy ujawniono ich posiadanie podczas sprawdzenia, o którym mowa w pkt 1 lub 2 i gdy do ich odebrania nie jest wystarczające zastosowanie czynności określonych w pkt 1 i 2,
- 4) jamy ustnej, nosa, uszu oraz włosów,
- 5) w szczególnie uzasadnionych przypadkach miejsc intymnych.

Przed wejściem w życie wyroku TK⁵³, w nieaktualnym już rozporządzeniu w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów z 2015 r.⁵⁴ zawarte były przepisy, które wskazywały granicę kontroli osobistej, jaką był zakaz odsłaniania przykrytej odzieżą części ciała. W praktyce, zakaz ten oznaczał tzw. sprawdzenie palpacyjne, bez zdejmowa-

⁵⁰ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017, poz. 2405.

⁵¹ Zob.: J. Grochowski, *Milicyjne przeszukanie pozaprocesowe...*, op. cit., s. 26–27; J. Karaźniewicz, op. cit., s. 280.

⁵² Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 161 z późn. zm.

⁵³ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017, poz. 2405.

⁵⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów z dnia 29 września 2015 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 1565 – nieobowiązujący.

nia ostatniej warstwy odzieży osłaniającej ciało, natomiast odsłonięcie polegało na podniesieniu do góry bluzki, nogawek spodni itp.

W tym miejscu warto przypomnieć, iż było to jedyne rozporządzenie, które zawierało przepisy, odróżniające kontrolę osobistą od przeszukania osoby. Jednak z uwagi na datę jego wydania, nie zostało ono poddane kontroli. Pomimo tego, ustawodawca posiłkując się krytycznymi uwagami Trybunału odnoszącymi się do przepisów regulujących prawo do kontroli osobistej innych służb, zdecydował się na jego uchylenie, ale część jego przepisów przeniósł do ustawy o Policji.

Zmiana przepisów⁵⁵ spowodowała, iż granica polegająca na zakazie odsłaniania przykrytej odzieżą części ciała przestała istnieć. Ustawodawca tylko pozornie ją wskazał, co potwierdza poniższa analiza. Otóż zmienione przepisy art. 15d ustawy o Policji wskazują dwie sytuacje. Pierwsza wskazana w art. 15d ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji dotyczy kontroli osobistej odzieży i obuwia oraz przedmiotów, które znajdują się na ciele osoby kontrolowanej, bez odsłaniania przykrytych odzieżą części ciała. Natomiast druga sytuacja określona w art. 15d ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji, ma miejsce wtedy, gdy w trakcie kontroli bez odsłaniania przykrytej odzieżą części ciała ujawniono broń lub przedmioty wskazane w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji, ale okazała się ona niewystarczająca i niezbędne stało się odsłonięcie ciała. W tym przypadku przepis wskazuje cel czynności, jakim jest konieczność odebrania tych przedmiotów. W tym miejscu rodzi się pytanie, w jakim celu podejmowana jest kontrola osobista w pozostałych przypadkach, wskazanych w pkt 1, 2, 4, 5 art. 15d ust. 1 ustawy o Policji? Nie ulega wątpliwości, że celem kontroli w każdym przypadku jest znalezienie broni bądź przedmiotów, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji, dlatego niezrozumiała jest taka konstrukcja przepisu.

Poza tym, mając na uwadze art. 15d ust. 1 oraz ust. 2 ustawy o Policji, stanowiący, iż „(...) Podczas sprawdzenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 i 5, osoba kontrolowana powinna być częściowo ubrana (...)” można wysnuć dwa zasadnicze wnioski. Po pierwsze, przepis razi niekonsekwencją ustawodawcy, trudno bowiem uznać, iż odsłonięcie przykrytych odzieżą części ciała jest tożsame z rozbieraniem osoby. Rozbieranie osoby częściowe czy całkowite zawsze wiązało się z jej przeszukaniem. Po drugie, zarówno w przypadku znalezienia podczas kontroli osobistej przedmiotów, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji, jak i w przypadku ich braku, ustawodawca przewidział wzrokowe lub manualne sprawdzenie jamy ustnej, nosa, uszu, włosów oraz miejsc intymnych osoby kontrolowanej. A więc w każdym przypadku, bez względu na wynik kontroli, funkcjonariusz może sprawdzać po-

⁵⁵ Ustawa z dnia 14 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2018 r., poz. 2399.

wyżej wskazane miejsca. Nie ulega wątpliwości, że aby sprawdzić miejsca intymne konieczne jest przynajmniej częściowe rozebranie osoby. Dlatego wątpliwości budzi konstrukcja przepisu pkt 3 art. 15 ust. 1 ustawy o Policji, w którym ustawodawca, mimo iż przepis dotyczy możliwości odsłaniania przykrytej odzieżą części ciała, nie uwzględnił w nim sprawdzenia miejsc intymnych, a zawarł je w odrębnym punkcie 5. Natomiast w art. 15d ust. 2 zdanie drugie wskazał, iż „(...) Podczas sprawdzenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 i 5, osoba kontrolowana powinna być częściowo ubrana (...)”.

Podsumowując tę kwestię należy stwierdzić, iż niekonsekwencja ustawodawcy wprowadza chaos w przepisach i znacznie utrudnia ich interpretację. Nie pomaga również treść uzasadnienia do projektu ustawy o Policji, w której w ogóle brak zapisów dotyczących sprawdzenia miejsc intymnych osoby kontrolowanej: „(...) Do zakresu czynności objętych kontrolą osobistą dodano również czynność polegającą na sprawdzeniu jamy ustnej, nosa, uszu oraz włosów osoby kontrolowanej, a w szczególności uzasadnionych przypadkach, sprawdzeniu pozostałych części ciała, w tym przykrytych odzieżą. (...) czynność określona w art. 15d ust. 1 pkt 3 (...) ma charakter subsydiarny względem czynności wskazanych w art. 15d ust. 1 pkt 1 i 2 i znajduje zastosowanie jedynie w przypadku, gdy podczas wykonywania tych czynności ujawniono broń lub inne niebezpieczne przedmioty oraz gdy czynności te nie były wystarczające do ich odebrania”⁵⁶.

Dlatego, mając na uwadze treść przepisu art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o Policji, wniosek, iż sprawdzenie miejsc intymnych może mieć miejsce także w sytuacji, gdy nie doszło do ujawnienia poszukiwanych przedmiotów wydaje się w pełni uzasadniony, pomimo tego, iż ustawodawca odnosi je do przypadków szczególnie uzasadnionych.

Kolejna kwestia, wzbudzająca największe obawy, dotyczy sposobu przeprowadzenia kontroli osobistej miejsc intymnych. Przepis art. 15 ust. 3 ustawy o Policji wskazuje, iż sprawdzenie miejsc intymnych może być dokonane wzrokowo lub manualnie.

Do czasu wprowadzenia zmian, będących konsekwencją wykonania wyroku TK⁵⁷, w naszym systemie prawnym opartym na zasadach demokratycznego państwa prawnego, manualne sprawdzenie miejsc intymnych mogło mieć miejsce wyłącznie w ramach przeszukania osoby w związku z dokonaniem przez nią czynu zabronionego. Dodatkowym zabezpieczeniem był wymóg przeprowadzania tej czynności przez uprawnione do tego osoby, a mianowicie przez lekarza lub uprawnionego pracownika służby zdrowia, nigdy przez funkcjonariusza Policji. Oczywiście wzrokowe sprawdzenie miało miejsce i ta forma sprawdzenia nie wzbudza zastrzeżeń, ale sprawdzenie

⁵⁶ Komisyjny projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw – druk nr 3088 z dnia 6.12.2018 r.

⁵⁷ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017, poz. 2405.

manualne, nigdy nie było dopuszczalne. Niepokojący jest również fakt, iż obecne przepisy nie określają, jak to manualne sprawdzenie powinno przebiegać, wskazują natomiast, że funkcjonariusz może żądać przyjęcia przez osobę kontrolowaną takiej pozycji ciała, która umożliwi sprawdzenie jej miejsc intymnych. Co więcej, ustawodawca, od którego ze względu na stopień ingerencji w prawa jednostki należałoby oczekiwać wyjątkowej precyzji, nie dołożył żadnych starań by wskazać, na czym polegają „szczególnie uzasadnione przypadki” i tym samym zezwolił funkcjonariuszowi Policji na pełną swobodę w ocenie tychże sytuacji.

Kolejny przepis, który określa sposób postępowania funkcjonariusza Policji podczas czynności kontroli osobistej (art. 15d ust. 4 ustawy) również zawiera szereg nieprawidłowości. Pierwsze trzy jego punkty, które dotyczą legitymowania oraz wskazania podstawy prawnej i faktycznej czynności, nie wzbudzają zastrzeżeń. Wątpliwości rozpoczynają się od punktu 4, gdzie w ostatniej jego części wskazane jest prawo funkcjonariusza do żądania przyjęcia przez osobę kontrolowaną takiej pozycji, która pozwoli na sprawdzenie jej miejsc intymnych, o czym była już mowa.

Niemalym zaskoczeniem jest także treść pkt 7 art. 15d ustawy o Policji, w którym z niezrozumiałych powodów ustawodawca, po czynnościach legitymowania, sprawdzania danych o osobie i przedmiotach, nakazuje funkcjonariuszowi ponownie pobrać niezbędne dane osobowe kontrolowanego i innych osób uczestniczących w czynności, a także dane dokumentów i przedmiotów, które osoba kontrolowana posiada. W tym miejscu rodzi się pytanie, na jakiej podstawie policjant dokonał legitymowania? Można oczywiście przyjąć, iż ustalenia danych personalnych dokonał na podstawie wypowiedzi ustnej osoby kontrolowanej lub osób jej towarzyszących. Ale nadal są to czynności legitymowania, w ramach których funkcjonariusz potwierdza dane osobowe w systemach informatycznych. Ponadto, po wylegitymowaniu osoby, zgodnie z przedstawionym wyżej algorytmem, może on wezwać osobę do wydania broni lub innych niebezpiecznych przedmiotów lub je osobiście odebrać, a następnie zobowiązany jest dokonać sprawdzenia w bazach i systemach informatycznych informacji o tych przedmiotach. Oczywiście jest także, że przed sprawdzeniem w bazach i systemach informatycznych osób lub przedmiotów, należy te dane najpierw uzyskać. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż pkt 7 powiela poprzednio wykonane czynności, dlatego postuluje się jego usunięcie, co pozwoli uczynić cały algorytm czynności bardziej klarownym.

Przepis art. 15d ust. 4 ustawy o Policji kończy punkt 8, który wskazując na okoliczność zwalniającą funkcjonariusza z legitymowania, w zasadzie niewiele do algorytmu wnosi. W tym miejscu można mieć wrażenie, że kończą się przepisy opisujące sposób przeprowadzania kontroli osobistej, gdyż ustawodawca kolejne ustępy (7 i 8) poświęca rygorom dotyczącym płci kon-

trolowanego i kontrolującego oraz miejsca przeprowadzania czynności, po czym dopiero w ust. 9 powraca do zakończenia kontroli osobistej. Pozostałe przepisy, tj. art. 15d ust. 10, 13, 14 ustawy o Policji, skupiają się głównie na sposobie dokumentowania kontroli osobistej, uzależniając go od jej wyniku oraz decyzji osoby kontrolowanej. Nie ulega wątpliwości, iż długo wyczekiwane rozwiązanie, polegające na wprowadzeniu obowiązku sporządzania protokołu kontroli osobistej w przypadku znalezienia w toku kontroli broni lub przedmiotów, o których mowa w art. 15 ust. pkt 5 ustawy o Policji, należy uznać za właściwe i pożądane, gdyż z całą pewnością w przypadku popełnienia czynu zabronionego, wpłynie ono na jakość zabezpieczonego w trakcie czynności materiału dowodowego.

W tym miejscu należy zauważyć, iż kwestie dokumentowania zostały szczegółowo opisane w rozporządzeniu w sprawie dokumentowania przez policjantów kontroli osobistej oraz przeglądania zawartości bagaży lub sprawdzania ładunków⁵⁸, dlatego nie znajdują uzasadnienia przepisy powielające te treści w ustawie i akcie wykonawczym do niej. Rozwiązanie, w którym część przepisów określających zawartość protokołu kontroli osobistej ujęto w ustawie, a część dotyczącą opisu poszczególnych elementów protokołu w akcie wykonawczym, którego załącznik stanowi protokół kontroli osobistej, nie wydaje się właściwe, głównie z tego powodu, że przepisy tracą na przejrzystości. Celem uniknięcia zbędnych powtórzeń zasadne wydaje się skrócenie przepisu ustawy, pozostawiając jedynie zapis, iż „Z kontroli osobistej sporządza się protokół, w przypadku gdy osoba kontrolowana zgłosiła takie żądanie bezpośrednio po jej dokonaniu oraz w przypadku gdy w toku kontroli znaleziono broń lub przedmioty, o których mowa w art. 15 ust. pkt 5 ustawy”. Te same uwagi odnoszą się do art. 15d ust. 13 ustawy o Policji, w którym mowa o sporządzaniu notatki służbowej w przypadku negatywnego wyniku kontroli osobistej lub braku żądania osoby kontrolowanej co do sporządzenia protokołu z czynności, a także w odniesieniu do sposobu składania środka zaskarżenia do sądu.

Natomiast z aprobatą należy odnieść się do przepisu art. 15d ust. 14 ustawy o Policji, chociaż można ubolewać nad tym, iż nie dotyczy on także innych przedmiotów, będących w zainteresowaniu Policji. Zgodnie z jego treścią, jeżeli w trakcie kontroli osobistej ujawnione zostały przedmioty, o których mowa w art. 15d ust.1 i stwarzają one niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia lub mienia, policjant w granicach dostępnych środków, zobowiązany jest niezwłocznie podjąć czynności ochronne, które polegają między innymi na zabezpieczeniu zagrożonego miejsca przed dostępem osób postronnych,

⁵⁸ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 maja 2019 r. w sprawie dokumentowania przez policjantów kontroli osobistej oraz przeglądania zawartości bagaży lub sprawdzania ładunków, Dz. U z 2019, poz. 904.

a następnie powiadomić dyżurnego właściwej jednostki Policji celem podjęcia niezbędnych czynności usuwających to zagrożenie.

Nie ulega wątpliwości, że wprowadzone zmiany zatarły różnice między kontrolą osobistą a przeszukaniem osoby i znacznie poszerzyły uprawnienia funkcjonariuszy Policji w zakresie ingerencji w prawa i wolności jednostki. Należy przy tym podkreślić, iż nie bez znaczenia na ochronę praw każdego człowieka ma także fakt, iż decyzję o podjęciu czynności kontroli osobistej podejmuje sam policjant. Jednak w tym względzie wyrok TK⁵⁹ wiele zmienił. I nie chodzi o subiektywne przekonanie funkcjonariusza o istnieniu uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, które decyduje o podjęciu przez niego kontroli osobistej. Istotne jest to, iż działania te mogą być skontrolowane przez niezależny organ, jakim jest sąd. Przepis art. 15d ust. 11 ustawy o Policji, przyznał osobie kontrolowanej prawo do zbadania legalności, zasadności oraz prawidłowości przeprowadzonej przez funkcjonariusza Policji kontroli osobistej, poprzez możliwość złożenia w terminie 7 dni od dokonania czynności, zażalenia do sądu rejonowego właściwego ze względu na miejsce jej dokonania. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w którymkolwiek z tych obszarów, sąd zobowiązany jest zawiadomić o tym prokuratora oraz komendanta policji jednostki nadrzędnej nad tą, w której policjant pełni służbę.

W przepisach ustawy o Policji, które za sprawą wyroku TK⁶⁰ utraciły moc, osobie kontrolowanej przysługiwało zażalenie jedynie na sposób prowadzenia kontroli osobistej i nie do sądu, ale do miejscowo właściwego prokuratora. Zatem była to kontrola sposobu działania organu ścigania przez inny organ ścigania, których interesy są zazwyczaj zbieżne. Już w 2008 r. TK w wyroku K 38/07, oceniając konstytucyjność regulacji przeszukania w art. 236 § 2 k.p.k., które z uwagi na charakter czynności odnieść można również do kontroli osobistej, podkreślił, że „(...) postanowienie prokuratora o przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy oraz inne rozstrzygnięcia wymienione w art. 236 § 2 k.p.k. bezpośrednio ingerują w konstytucyjnie chronioną wolność osobistą, nietykalność mieszkania, a przez to również w prawo do prywatności i prawo własności. Dlatego osoby, wobec których zostały zastosowane te środki, powinny mieć zapewnione gwarancje kontroli tych decyzji przez odpowiednie organy (...). Kontrola zażaleniowa nie tworzy ochrony przed arbitralną ingerencją organów ścigania. Jej celem jest zminimalizowanie jej skutków, ponieważ ma ona charakter następczy. Dokonanie przeszukania i zatrzymanie rzeczy, powinno zatem podlegać kontroli niezależnego sądu. W związku z powyższym, ze względu na brak sądowej kontroli postanowienia prokuratora o przeszukaniu i zatrzymaniu rzeczy oraz innych czynności związanych z prze-

⁵⁹ Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2017 r. sygn. akt K 17/14, Dz. U. z 2017, poz. 2405.

⁶⁰ Ibidem.

szukaniem i zatrzymaniem rzeczy, regulacja ta narusza prawo do sądu przez to, że zamyka drogę sądową ochrony konstytucyjnych wolności i praw”⁶¹.

Podsumowanie

Pomimo zmian, które należy uznać za właściwe, dotyczących m.in. wprowadzenia prawa do złożenia środka zaskarżenia na legalność, zasadność i prawidłowość przeprowadzenia kontroli osobistej do niezależnego sądu czy obligatoryjnego sporządzenia protokołu z kontroli osobistej w przypadku znalezienia broni czy przedmiotów, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5, szereg kwestii nie zostało rozwiązanych. Nieustannie aktualny pozostaje problem przesłanki, która uruchamia jednocześnie proces karny w ramach trybu art. 308 k.p.k. i działania na podstawie ustawy o Policji. Wciąż otwarta pozostaje kwestia sposobu postępowania z osobą kontrolowaną, u której znaleziono dowody przestępstwa czy wykroczenia. Niejasne jest także, w jaki sposób policjant będzie dokonywał manualnego sprawdzenia miejsc intymnych. Niestety, pomimo sugestii Rzecznika Praw Obywatelskich i Trybunału Konstytucyjnego, tych kluczowych zagadnień ustawodawca nie uregulował, dlatego nie sposób odnieść się do nowelizacji ustawy z aprobatą.

Przepisy te nie tylko rozczarowują z uwagi na ich niewłaściwą konstrukcję, brak konsekwencji ustawodawcy czy brak przejrzystych przepisów określających szczegółowo sposób postępowania policjanta podczas kontroli osobistej, ale przede wszystkim stwarzają szereg zagrożeń dla jednostki i wręcz porażają stopniem ingerencji w jej konstytucyjne prawa i wolności.

Powyższe przykłady to tylko niewielki wycinek problemów, jakie generuje instytucja kontroli osobistej. Istnienie obok siebie przepisów dotyczących kontroli osobistej i przeszukania osoby, przy tak skonstruowanych przepisach, wprowadza ogólny chaos.

Nie podlega żadnej dyskusji, iż Policja, której rolą jest ochrona bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymywanie bezpieczeństwa i porządku publicznego⁶² powinna mieć odpowiednie instrumenty do walki ze sprawcami czynów zabronionych. Jednak uprawnienie do dokonywania kontroli osobistej, które tak głęboko jak przeszukanie osoby ingeruje w konstytucyjne prawa jednostki, przy niejasnych przesłankach stosowania tej instytucji, pozostaje w sprzeczności z zasadami demokratycznego państwa prawnego.

⁶¹ Wyrok TK z dnia 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 102; P. Starzyński, *Skutki uznania niekonstytucyjności art. 236 par. 2 k.p.k.*, „Przegląd Policyjny” 2010, nr 3, s. 122–131.

⁶² Zob. S. Pieprzny, *Policja – organizacja i funkcjonowanie*, Kraków 2011.

Wykaz literatury

- Amelung K. (red.), Marszał K. (red.), *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym*, Katowice 1990.
- Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, tom I, Warszawa 1955.
- Cieślak M., *Środki przymusu na tle systemu bodźców prawnych w procesie karnym*, „ZN UJ. Prace Prawnicze” 1960, nr 7.
- Daszkiewicz W., *Proces karny, część ogólna*, Poznań 1995.
- Dudka K., Paluszkiwicz H., *Postępowanie karne*, Warszawa 2015.
- Grajewski J. (red.), Paprzycki L.K., Steinborn S., *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, System Informacji Prawnej LEX 2014.
- Grochowski J., *Milicyjne przeszukiwanie pozaprocesowe a konstytucyjne prawa osobiste w PRL*, „Problemy Prawa Karnego” 1989, nr 15.
- Grochowski J., *Definicja i elementy składowe instytucji przeszukania w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1990, nr 16.
- Grzegorzczak T., *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2014.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998.
- Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego, komentarz*, Warszawa 2005.
- Hochberg L., Murzynowski A. i Schaff L., *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1959.
- Hofmański P. (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne – Kraków, 25–28.9.2008*, Warszawa 2010.
- Hofmański P. (red.), Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego, tom I, Komentarz do artykułów 1–296*, Warszawa 2011.
- Kamińska-Nawrot A., *Prawo do złożenia zażalenia na czynności związane z przeszukiwaniem w ramach art. 236 k.p.k. Niepokój związany ze zmianami*, [w:] S. Steinborn (red.), *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym – u progu nowych wyzwań*, Warszawa 2016.
- Kamińska-Nawrot A., *Przeszukanie – środek przymusu procesowego ograniczający konstytucyjnie chronione prawa*, „Studia nad Bezpieczeństwem” 2016.
- Kamińska-Nawrot A., *Kontrola osobista*, „Studia nad Bezpieczeństwem” 2017, nr 2.
- Kamińska-Nawrot A., *Przeszukanie osoby a kontrola osobista – w kontekście zasady informacji prawnej*, „Security, Economy & Law” 2017, nr 4.
- Karaźniewicz J., *Przeszukanie i czynności zbliżone do przeszukania w teorii i praktyce organów ścigania*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego. Materiały konferencyjne – Kraków, 25–28.9.2008*, Warszawa 2010.
- Kasprzak J., Młodziejowski B., Brzęk W., Moszczyński J., *Kryminalistyka*, Warszawa 2006.
- Kasprzak A., *Przeszukiwania nie zawsze legalne*, „Rzeczpospolita” z 23 grudnia 2003 r.
- Kaznowski A., *Problematyka przeszukania mieszkania*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 4.
- Kmieciak R., Skrętowicz E., *Proces karny, część ogólna*, Kraków–Lublin 1999.
- Łyżwa R., *Przeszukanie w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Marszał K., *Proces karny, zagadnienia ogólne*, Katowice 2013.
- Marszał K., *Przegląd środków i ich funkcji w polskim procesie karnym*, [w:] K. Amelung (red.), K. Marszał (red.), *Stosowanie środków przymusu w procesie karnym*, Katowice 1990.

- Młodziejowski B., *Taktyka przeszukania terenu, pomieszczeń i osób*, [w:] J. Kasprzak, B. Młodziejowski, W. Brzęk, J. Moszczyński, *Kryminalistyka*, Warszawa 2006.
- Młynarczyk Z., *Przeszukanie i odebranie przedmiotów w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 4.
- Paluszkiewicz H., *Dowody*, [w:] K. Dudka, H. Paluszkiewicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2015.
- Pieprzny S., *Policja – organizacja i funkcjonowanie*, Kraków 2011.
- Radecki W., Ziarczyk S., *Przeszukanie i zatrzymanie rzeczy, jako procesowe czynności poszukiwawcze w postępowaniu karnym*, Legionowo 2002.
- Schaff L., *Proces karny Polski Ludowej, wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953.
- Starzyński P., *Skutki uznania niekonstytucyjności art. 236 par. 2 k.p.k.*, „Przegląd Policyjny” 2010, nr 3.
- Stefański R.A., Zabłocki R. (red.), *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, t. I, Warszawa 2003.
- Steinborn S. (red.), *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym – u progu nowych wyzwań*, Warszawa 2016.
- Szumilo-Kulczycka D., *Kontrola osobista, przeglądanie zawartości bagaży, przeszukiwanie (przyczynek do kwestii racjonalności legislacji)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 3.
- Uniszewski Z., *Przeszukanie. Problematyka kryminalistyczna*, Warszawa 2000.
- Waltoś S., *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2002.
- Waltoś S., *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2009.
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny, zarys systemu*, Warszawa 2013.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.
- Woźniewski K., *Inicjatywa dowodowa w polskim prawie karnym procesowym*, Gdynia 2001.
- Zgryzek K., *Przeszukanie jako czynność procesowa i kryminalistyczna*, „Palestra” 1977, nr 2.

Summary

Search of a person and personal control – after changes resulting from the execution of the Constitutional Tribunal judgment

Key words: search of a person, personal control, Constitutional Tribunal, human rights, Police Act, Constitution.

According to the Constitutional Tribunal judgment, a number of regulations regarding the search of a person and personal control were found to be unconstitutional. The execution of the judgment has become an opportunity to introduce other changes in the Police Act, which transformed personal control into a non-trial search of a person and it violates constitutional rights and human freedom.

Kinga Konieczna

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0003-1886-2963

Zasada słuszności jako przesłanka odpowiedzialności władzy publicznej

Uwagi wstępne

Zasada słuszności jako czynnik przesądzający o odpowiedzialności cywilnoprawnej ma na celu zapewnienie obywatelom ochrony prawnej wówczas, gdy brak jest podstaw do dochodzenia roszczenia odszkodowawczego na zasadach ogólnych, istnieją natomiast ważne racje przemawiające za kompensacją szkody¹. Wykazuje ona silne związki z prawem konstytucyjnym oraz prawem Unii Europejskiej. W istocie chodzi tu bowiem o gwarancję praw człowieka i obywatela oraz o urzeczywistnianie zasady demokratycznego państwa prawnego. Zasada słuszności stanowi podstawę odpowiedzialności o charakterze subsydiarnym, której zastosowanie zostało ograniczone do ściśle określonych przypadków. W doktrynie często podkreślane jest niewielkie znaczenie praktyczne tego rodzaju odpowiedzialności², obecnie jednak zasługuje ona na szczególną uwagę. Odpowiedzialność na zasadzie słuszności znajduje bowiem coraz częstsze zastosowanie w odniesieniu do kompensacji szkód medycznych, a także wyrządzonych przez organy władzy publicznej³. W doktrynie i orzecznictwie zgłaszane są także coraz bardziej zdecydowane postulaty, by rozszerzyć zakres zastosowania odpowiedzialności na zasadzie słuszności za zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej również do szkód na mieniu⁴ oraz do wszelkich działań władzy publicznej, dotyczących sfery prawnej jednostki (również tych pozbawionych elementu władczego)⁵.

¹ G. Bieniek, [w:] G. Bieniek, H. Ciepła, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sycho-wicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobow-iazania*, tom I, Warszawa 2017, s. 460.

² Tak m.in. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowia-zań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 68.

³ E. Bagińska, *Recenzja dzieła Beaty Więzowskiej pt. Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, t. VIII, s. 233.

⁴ *Ibidem*, s. 239.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 364/12, opubl. Lex.

Niniejszy artykuł koncentruje się na zwięzłym omówieniu przesłanek odpowiedzialności w oparciu o zasadę słuszności i współczesnych problemów jej dotyczących oraz na ocenie jej praktycznego wymiaru w prawie polskim. W szerszej perspektywie da on podstawę do odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu odpowiedzialność ta wypełnia nadrzędne zadanie ochrony poszkodowanego.

Przesłanki odpowiedzialności władzy publicznej za tzw. *szkody legalne*

Regulacja dotycząca odpowiedzialności deliktowej za zgodne z prawem zachowanie władzy publicznej zawarta jest w art. 417² k.c. Przepis ten stanowi szczególną podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej, dotyczy bowiem przypadków, kiedy władza publiczna odpowiada za działania zgodne z prawem (tzw. *szkody legalne*⁶). U podstaw idei kompensacji związanej z wykonywaniem w sposób legalny władzy publicznej znalazło się założenie, że działania władzy publicznej, choćby podejmowane w pełni zgodnie z prawem i w interesie ogólnym, nie powinny prowadzić do przerzucenia w całości ryzyka powstania szkody na jednostce. W takich przypadkach bardziej sprawiedliwe jest rozłożenie ciężaru ryzyka działań podejmowanych w interesie ogólnym na całość społeczeństwa lub określoną jego część⁷. Warto mieć na uwadze, że art 417² tworzy wyjątek od reguły ogólnej, zawartej w art. 417 k.c., co powoduje konieczność stosowania ścisłej wykładni. Obowiązek odszkodowawczy doznaje tutaj podwójnego ograniczenia – powstaje tylko w przypadku doznania dotkliwych szkód na osobie, a za przyznaniem odszkodowania przemawiać muszą względy słuszności.

Przesłanki odpowiedzialności za zgodne z prawem działanie władzy publicznej to:

- 1) wykonywanie zgodnie z prawem władzy publicznej;
- 2) powstanie szkody na osobie;
- 3) adekwatny związek przyczynowy między aktem władzy publicznej a szkodą;
- 4) zasadność przyznania odszkodowania w świetle zasad słuszności⁸.

⁶ P. Dzienis, *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 151.

⁷ M. Safjan, K. Matuszyk *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 134.

⁸ G. Bieniek, op. cit., s. 461.

Zgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej

Zgodnie z treścią pierwszej przesłanki przepis ten może być stosowany tylko wówczas, gdy zachowanie będące przyczyną szkody mieści się w pojęciu wykonywania władzy publicznej. Musi być ono zatem zgodne z prawem i odpowiadać normom prawnym regulującym dany zakres aktywności organów⁹. Rozbieżności wywołuje natomiast sposób rozumienia pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”. Zgodnie z dominującym dotychczas w nauce prawa cywilnego poglądem „władzę publiczną” stanowiły te podmioty, organy i instytucje o państwowym bądź samorządowym charakterze, które stosowały wobec jednostek kompetencje władcze. Art. 417² nie miał zatem zastosowania wówczas, gdy szkoda jest wynikiem zachowania organów, które nie może być uznane za działanie w ramach *imperium*¹⁰. Takie ujęcie podmiotów należących do kategorii „organów władzy publicznej” było zgodne z wykładnią przyjętą w wyroku Trybunał Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r.¹¹ W najnowszym orzecznictwie Sąd Najwyższy zaprezentował jednak odmienną tezę, zgodnie z którą wykonywanie władzy publicznej nie może być ograniczone jedynie do ściśle pojętego *imperium*, ale obejmuje swym zakresem wszystkie formy wykonywania zadań publicznych, nawet pozbawione elementu władczego, ale wpływające na sytuację prawną jednostki¹². Orzeczenie to spotkało się z aprobatą przedstawicieli nauki prawa cywilnego¹³.

„Szkoda na osobie” w ujęciu art. 417² k.c.

Kolejną przesłanką zasądzenia odszkodowania lub zadośćuczynienia na podstawie art. 417² k.c. nie jest (tak jak w pozostałych przypadkach związanych z reżimem odpowiedzialności za działania lub zaniechania władzy publicznej) sama bezprawność zachowania, rozumiana jako sprzeczność działania lub zaniechania podmiotów wykonujących władzę publiczną z porządkiem prawnym *sensu largo* (a więc nie tylko powszechnie obowiązującymi przepisami, lecz także wewnętrznymi źródłami prawa oraz zasadami współżycia społecznego). Przepis art. 417² odstępuje od wymagania jakiegokolwiek ujem-

⁹ B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, s. 198.

¹⁰ Z. Banaszczyk, [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 887.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 grudnia 2001 r. SK 18/00, opubl. OTK 2001 r. nr 8 poz. 256.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 364/12, opubl. *Lex*.

¹³ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 364/12*, opubl. PS 2014 r. nr 3 poz. 113–119, K. Bączyk-Rozwadowska, *Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 364/12*, opubl. OSP 2014 r. nr 2 poz. 16.

nej oceny zdarzenia sprawczego¹⁴. Kompensacja doznanej szkody wynika w tym przypadku z samego faktu doznania szkody wyjątkowej i dotkliwej. Oparcie w tym przypadku odpowiedzialności nie na zasadzie bezprawności, lecz na zasadzie słuszności jest rozwiązaniem korzystnym z punktu widzenia poszkodowanego. Nie musi on wówczas, celem wszczęcia procesu odszkodowawczego, uzyskiwać orzeczenia prejurykacyjnego w ramach tzw. przedsądu. Powodem zasądzenia odszkodowania jest w tym przypadku jego zgodność z zasadami moralności. Za tak liberalną wykładnią tego przepisu przemawia również sformułowana przez A. Szpunara koncepcja „winy zbiektywizowanej”¹⁵. Zakłada ona, że obiektywne elementy winy nie wyczerpują się wcale w bezprawności. Pojęcie to należy natomiast rozumieć bardzo szeroko, jako ujemną ocenę zachowania sprawcy od jego strony przedmiotowej. Nie musi ono być w wyraźnej sprzeczności z przepisem obowiązującego ustawodawstwa. Wina natomiast jest kwalifikowaną postacią bezprawnego działania lub zaniechania¹⁶. Za niewątpliwą zaletę tej koncepcji można uznać uwolnienie poszkodowanego od konieczności szukania fikcyjnych zaniedbań w pracy podmiotów wykonujących władzę publiczną, polegających np. na wadliwej organizacji pracy¹⁷.

Osoba poszkodowana może domagać się kompensacji nie za każdą szkodę wyrządzoną zachowaniem władzy publicznej, lecz tylko za szkodę na osobie. Dotyczy ona wszelkich bezpośrednich, ujemnych konsekwencji zdarzenia wyrządzającego szkodę, mających charakter fizjologiczny (jak uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia albo śmierć człowieka), lub emocjonalny w postaci poczucia krzywdy¹⁸. Takie ograniczenie zakresu odpowiedzialności jest według intencji ustawodawcy uzasadnione szczególnym charakterem naruszanych praw jednostki. Naruszone zostają tutaj dobra osobiste, które mają najwyższą wartość indywidualną i społeczną, dlatego są one przedmiotem szczególnej ochrony ze strony porządku prawnego¹⁹. Ponadto, mimo że art. 417² nie stanowi o szkodzie poniesionej przez osobę trzecią, jeżeli w następstwie śmierci bezpośrednio poszkodowanego utraciła ona żywiciela, to nie ulega wątpliwości, że na podstawie wskazanego przepisu również osoba pośrednio poszkodowana będzie mogła domagać się kompensacji²⁰. Na podstawie art. 417² k.c. nie wolno domagać się naprawienia powstałego uszczerbku

¹⁴ Z. Banaszczyk, [w:] A. Olejniczak (red.), op. cit., s. 886–887.

¹⁵ A. Szpunar, *Czynny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970 r. t. XV, s. 51

¹⁶ A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 127 i n.

¹⁷ Ibidem, s. 267.

¹⁸ B. Więzowska, op. cit., s. 88.

¹⁹ A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkada na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 140 i n.

²⁰ G. Bieniek, op. cit., s. 462.

w mieniu²¹. Należy w tym miejscu podkreślić, że regulacja ta nie jest zgodna z Zasadą II Rekomendacji Rady Europy nr 84/15 z 18 września 1984 w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej. Akt ten nie zobowiązuje wprawdzie członków Rady Europy do dostosowania ich prawa do swoich standardów – służy raczej do przekonywania do kierowania się tymi standardami – zaleca jednak rządów państw członkowskich stosowanie się, w zakresie regulacji prawnych oraz w praktyce, do przewidzianych w niej zasad²². Jako że prawo europejskie wyznacza państwom członkowskim pewne minimalne standardy regulacji stosunków cywilnoprawnych, coraz częściej w nauce prawa cywilnego zgłaszane są postulaty udzielenia sądom uprawnienia do przyznawania w wyjątkowych przypadkach kompensacji za szkody na mieniu²³. Za takim rozwiązaniem przemawiają także standardy europejskie w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej – w praktyce państw obcych odpowiedzialność na zasadzie słuszności w takim samym stopniu dotyczy szkód na osobie, jak i na mieniu²⁴.

Adekwatny związek przyczynowy pomiędzy zdarzeniem a powstałą szkodą

Trzecia przesłanka odpowiedzialności zazwyczaj rozumiana bywa zgodnie z teorią adekwatnego związku przyczynowego²⁵. Kwestię tę można jednak uznać za dyskusyjną. W doktrynie można spotkać się z poglądem, że na gruncie odpowiedzialności opartej na zasadach słuszności, w sytuacjach wyjątkowych, uzasadnianych przez względy etyczne, nie można wykluczyć dopuszczalności konstruowania roszczenia odszkodowawczego w przypadku samego związku przyczynowego typu *conditio sine qua non*. Za takim rozwiązaniem opowiedziała się duża część przedstawicieli nauki prawa cywilnego²⁶. Kwestia sposobu rozumienia związku przyczynowego ma doniosłe znaczenie praktyczne, zwłaszcza w sytuacjach związanych z kontekstem medycznym. Dotyczy ona zwłaszcza przypadku szkody wyrządzonej wskutek nietypowych komplikacji poszczepiennych, gdy szczepienie przeprowadzono

²¹ Ibidem, s. 461 i n.; podobnie J. Kremis, [w:] E. Gniewek (red.), P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 845.

²² E. Łętowska, *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 7, s. 76.

²³ E. Łętowska, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Odpowiedzialność władzy publicznej za wyrządzoną szkodę w świetle artykułu 77 ustęp 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2000, s. 50.

²⁴ E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 224.

²⁵ B. Więzowska, op. cit., s. 195.

²⁶ M. Safjan, K. Matuszyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009, s. 137; G. Bieniek, op. cit., s. 462.

prawidłowo, a roszczenia odszkodowawcze powoda zostały oddalone z braku adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy doznaną przez niego szkodą a dokonanym szczepieniem. Jeżeli nie ma podstaw ani do odpowiedzialności producenta, bo szczepionka jest niewadliwa, ani do odpowiedzialności zakładu leczniczego i lekarza, gdyż zabieg szczepienia przeprowadzony był prawidłowo, szkoda jest natomiast skutkiem reakcji organizmu, której nie można było przewidzieć, odpowiedzialność odszkodowawczą powinno wówczas ponieść państwo na zasadzie słuszości, nałożyło bowiem obowiązek szczepień ochronnych pod groźbą sankcji administracyjno-prawnych²⁷. W każdym jednak przypadku powinna być zachowana łączność przyczynowo-skutkowa pomiędzy zdarzeniem powodującym szkodę a samą szkodą. Do postulatu złączenia przesłanki adekwatnego związku przyczynowego na rzecz prostego powiązania kauzalnego należy jednak podchodzić z dużą ostrożnością. Trafne jest stwierdzenie P. Dzienisa, według którego ten drugi etap ustalania istnienia związku przyczynowego zakreśla bezpieczne granice dla stosowania tej i tak już szerokiej regulacji²⁸.

Względy słuszości jako kryteria oceny zasadności odszkodowania

Decydujące znaczenie w zakresie dopuszczalności roszczenia o odszkodowanie lub zadośćuczynienie na podstawie art. 417² kodeksu cywilnego ma czwarta z wymienionych przesłanek – a więc jego ocena wynikająca ze względów słuszości. Brak tu zatem automatyzmu, a sądowi orzekającemu pozostawiono pewien zakres swobody decyzyjnej, której nie należy jednak mylić z dowolnością. Wskazany przepis zawiera przykładowe kryteria, jakimi powinien kierować się sąd w procesie odszkodowawczym. Katalog ten nie ma charakteru zamkniętego, pozwala więc na przyznanie odszkodowania w oparciu o zasadę słuszości w każdym przypadku, gdy ma to doniosłe znaczenie moralne czy społeczne²⁹. W literaturze wskazuje się, że istnieje tutaj szerokie pole do stosowania konstytucyjnych dyrektyw interpretacyjnych, wskazujących na preferowany w systemie prawnym porządek wartości³⁰. W każdym przypadku należy również mieć na uwadze całokształt okoliczności konkretnej sprawy³¹. Jako że przyznanie i zakres odszkodowania leży

²⁷ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku S. Apel. z dnia 22 stycznia 2013 r., IACa 1160/12*, opubl. OSP 2015 r., nr 10 poz. 94.

²⁸ P. Dzienis, op. cit., s. 229.

²⁹ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011, s. 389.

³⁰ M. Safjan, K. Matuszyk, op. cit., s. 138.

³¹ G. Bieniek, op. cit., s. 462.

w tym przypadku w gestii uznaniowej (lecz nie dowolnej) decyzji sądu, w nauce prawa cywilnego od dłuższego czasu pojawiały się godne uwagi postulaty, by norma zawarta w art. 417² tylko w wyjątkowych okolicznościach stanowiła podstawę dochodzenia odszkodowania za tzw. szkody medyczne³². W tego rodzaju sprawach lepszym rozwiązaniem, niż system odpowiedzialności cywilnej, byłby system solidarności realizowany przez fundusz gwarancyjny³³. Fundusze takie od wielu lat z powodzeniem funkcjonują w wielu systemach prawnych na świecie, takich jak RFN, Japonia, Francja, Nowa Zelandia czy USA³⁴. Na aprobatę zasługuje fakt, że w tym kierunku wydają się zmierzać również najnowsze działania polskiego ustawodawcy, mające na celu zmianę dotychczasowej regulacji poprzez projekt ustawy, zakładający wprowadzenie Funduszu Kompensacyjnego Narodowego Programu Szczepień Ochronnych³⁵. Fundusz ten ma być zasilany wpłatami podmiotów, które zawarły umowy na dostawę szczepionek do przeprowadzenia szczepień obowiązkowych. Projektowane zmiany odpowiadają wyrażanym na świecie poglądom o potrzebie wprowadzenia gwarancyjnej odpowiedzialności państwa za niezawinione szkody wyrządzone przy leczeniu³⁶, mogą też przyczynić się do skrócenia czasu procedury dochodzenia roszczeń, pełniejszej realizacji gwarancyjnej funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej państwa oraz bardziej skutecznej ochrony praw obywateli.

Konkluzja

Przedstawione rozważania skłaniają do kilku wniosków. Niewątpliwie praktyczne znaczenie zasady słuszności jako podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej jest bardziej doniosłe, niż wskazują niektórzy przedstawiciele doktryny. Orzekanie w oparciu o tę zasadę może odegrać znaczącą rolę w przenoszeniu standardów konstytucyjnych na poziom prawa cywilnego³⁷. Potrzebne jest zarazem znalezienie i utrzymanie balansu pomiędzy potrzebą należytej ochrony praw obywateli, a zapewnieniem administracji swobody

³² E. Bagińska, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 301.

³³ E. Bagińska, *O ewolucji filozoficznych i teoretycznych podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, tom XX, Gdańsk 2009, s. 20 i n.

³⁴ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku s.apel. z dnia 22 stycznia 2013 r., IACa 1160/12*, opubl. OSP 2015, nr 10 poz. 94.

³⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz niektórych innych ustaw z 27.10.2017 r., dostępny w Internecie: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12304556/12466357/.../dokument314265.docx> (data dostępu: 3.11.2017).

³⁶ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 453.

³⁷ M. Safjan, *Konstytucja a prawo cywilne*, [w:] A. Dębiński, K. Orzeszyna, M. Sitarz (red.), *Ecclesia et status: księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej profesora Józefa Krukowskiego*, s. 790.

realizacji swoich funkcji³⁸. Wyzwanie dotyczące wyznaczenia i zakresienia właściwych granic odpowiedzialności na zasadzie słuszności spoczywa w dużej mierze nie na ustawodawcy, lecz na sądach. W ich gestii leży bowiem nie tylko trafna subsumpcja konkretnego stanu faktycznego pod ogólną normę prawną, lecz także słuszne rozłożenie ciężaru kompensacji szkody. Należy zauważyć, że zgodne z prawem zachowania władzy publicznej, poza szkodami na osobie mogą powodować istotne szkody na mieniu. Dlatego tak ważnym postulatem *de lege ferenda* jest dostosowanie rozwiązań obowiązujących w prawie polskim do standardów europejskich i rozszerzenie zakresu kompensacji również do szkód na mieniu. Obecna regulacja, zgodnie z którą odszkodowanie może być zasądzone tylko za szkodę na osobie, powoduje tolerowanie nieprawidłowego funkcjonowania władzy publicznej. Tym samym gwarancyjna funkcja odpowiedzialności odszkodowawczej nie może być w pełni zrealizowana. Wydaje się, że pełniejszą realizację gwarancyjnej funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej umożliwiłoby wprowadzenie do polskiego systemu prawnego większej ilości funduszy odszkodowawczych. Takie rozwiązanie mogłoby także przyczynić się do skrócenia czasu realizacji roszczeń oraz pełniejszej i bardziej skutecznej ochrony praw obywateli. Byłoby również zgodne ze standardami europejskimi i światowymi w tym zakresie. Najistotniejsze jest bowiem, aby ciężar naprawienia szkody w jak największym stopniu spoczywał na sprawcy, a nie odbywał się kosztem samego pokrzywdzonego. Wskazówką interpretacyjną w praktyce mogłaby być jedna z podstaw porządku prawnego Unii Europejskiej – zasada proporcjonalności, którą można uznać za refleks zasady słuszności. Nie minimalizuje ona jej znaczenia, lecz uzupełnia w tych przypadkach, których prawo stanowione nie reguluje, a okoliczności konkretnej sprawy przemawiają za tym, by nie stosować nadmiernych sankcji.

Wykaz literatury

- Bagińska E., *O ewolucji filozoficznych i teoretycznych podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, t. 20.
- Bagińska E., *Recenzja dzieła Beaty Więzowskiej pt. Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2011, t. 8.
- Bącznyk-Rozwadowska K., *Głosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 364/12*, opubl. OSP 2014 r. Nr 2, poz. 16.
- Bieniek G., Ciepła H., Dmowski S., Gudowski J., Kołakowski K., Sychowicz M., Wiśniewski T., Żuławska Cz. (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tom I, Warszawa 2017.

³⁸ E. Bagińska, *O ewolucji filozoficznych i teoretycznych podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2009, tom XX, s. 34.

- Dzienia P., *Odpowiedzialność cywilna władzy publicznej*, Warszawa 2006.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kuźmicka-Sulikowska J., *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011.
- Łętowska E., *W kwestii zmian przepisów k.c. o odpowiedzialności za szkody wyrządzone działaniem władzy publicznej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 7.
- Matuszyk K., Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej*, Warszawa 2009.
- Nesterowicz M., *Glosa do wyroku S. Apel. z dnia 22 stycznia 2013 r., I ACa 1160/12*, opubl. OSP 2015 r., Nr 10, poz. 94.
- Nesterowicz M., *Glosa do wyroku SN z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 364/12*, opubl. PS 2014 r., Nr 3, poz. 113–119.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2013.
- Olejniczak A. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014.
- Safjan M., *Konstytucja a prawo cywilne*, [w:] A. Dębiński, K. Orzeszyna, M. Sitarz (red.), *Ecclesia et status: księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej profesora Józefa Krukowskiego*, Lublin 2004.
- Szpunar A., *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. 15.
- Szpunar A., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985.
- Szpunar A., *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkada na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998.
- Więzowska B., *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszości*, Warszawa 2009.
- Wyrzykowski M. (red.), *Odpowiedzialność władzy publicznej za wyrządzoną szkodę w świetle artykułu 77 ustę 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2000.

Summary

Liability of public authorities based on the principle of equity

Key words: civil liability, public authority, principle of equity, liability for damages.

This article presents the issue of liability for legal damages caused by public authorities. It contains analyses of the premises and current problems concerning this type of civil liability. Various points of view are presented for theoretical aspects of the topic and their influence on the application of the discussed regulations in practice. The author proposes solutions for the future that may contribute to strengthening the legal protection of the victims.

Radosław Krajewski

Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy

ORCID: 0000-0002-3413-2955

Przedawnienie zabójstwa

Przedawnienie jest instytucją, której prawnokarny status jest co do istoty oczywisty, ale odnośnie do szczegółów może ono budzić pewne wątpliwości, a w konsekwencji stanowić interesujący obszar naukowych dociekań. Są one uprawnione o tyle, że już same uzasadnienia przedawnienia sprawiają pewne trudności, niektóre z nich nie są też w pełni przekonywające, a przedstawiciele doktryny prawa karnego formułują tyleż tożsame, co niekiedy różne argumenty mające przemawiać za tą konstrukcją. Dotykają ją przy tym pewne zmiany rozszerzające katalog czynów niepodlegających przedawnieniu, jak też wydłużające jego okres, co w szczególności w ostatnich latach dotyczyło i dotyczy przestępstw przeciwko wolności seksualnej na szkodę małoletnich, ale nie tylko. Tym bardziej warto pochylić się nad przedawnieniem, gdy idzie o jego relację do wyjątkowego przestępstwa, jakim niewątpliwie jest zabójstwo, zwłaszcza gdy namysł nad tym zagadnieniem ma szansę wpisać się w aktualne trendy zmian w prawie karnym.

Przechodząc do tego, jak kształtowało się przedawnienie zabójstwa, to Kodeks karny z dnia 11 lipca 1932 r.¹ nie wyodrębniał szczególnego okresu przedawnienia przestępstwa zabójstwa, choć wraz z innymi najpoważniejszymi przestępstwami przewidywał dłuższą niż w odniesieniu do wszystkich zbrodni taką jego perspektywę temporalną, gdyż w art. 86 stanowił, że „nie można wszcząć postępowania karnego z powodu przestępstwa, popełnionego przed laty: a) dwudziestu, jeżeli czyn stanowi zbrodnię, za którą grozi kara śmierci lub dożywotniego więzienia; b) dziesięciu, jeżeli czyn stanowi inną zbrodnię; c) pięciu, jeżeli czyn stanowi występki”. Sprawcy zabójstwa stypizowanego w art. 225 §1 tego aktu prawnego groziła kara więzienia na czas nie krótszy od lat 5 lub dożywotnio albo kara śmierci, a takie najpoważniejsze kary groziły także za wiele innych przestępstw.

Natomiast Kodeks karny z dnia 19 kwietnia 1969 r.² w pierwotnym brzmieniu w art. 105 §1 stanowił, że „karalność przestępstwa ustaje, jeżeli

¹ Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

² Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 z późn. zm.

od czasu jego popełnienia upłynęło lat: 1) 20 – gdy czyn stanowi zbrodnię, 2) 10 – gdy czyn stanowi występki zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą lat 5, 3) 5 – gdy chodzi o pozostałe występkę”. Zabójstwo jako zbrodnia było więc w kontekście przedawnienia traktowane tak samo jak wszystkie inne zbrodnie.

Ustawą z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karym³ wydłużono okres przedawnienia zbrodni do lat 30, co także dotyczyło zbrodni zabójstwa, poprzez zastąpienie w art. 105 §1 pkt 1 ówczesnego Kodeksu karnego liczby „20” liczbą „30”.

Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. w pierwotnym brzmieniu w art. 101 §1 przewidywał, że „karalność przestępstwa ustaje, jeżeli od czasu jego popełnienia upłynęło lat: 1) 30 – gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa; 2) 20 – gdy czyn stanowi inną zbrodnię; 3) 10 – gdy czyn stanowi występki zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 3 lata; 4) 5 – gdy czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat; 5) 3 – gdy czyn jest zagrożony karą ograniczenia wolności lub grzywną”. W uzasadnieniu tego kodeksu napisano, że „przedawnienie uchyla karalność czynu przestępnego, nie odbierając czynowi charakteru przestępstwa. Terminy przedawnienia są odpowiednio długie, w zależności od wagi przestępstwa. Ich upływ dezaktualizuje realizację celów karania, ma też na względzie uniknięcie destrukcji procesu integracji społecznej sprawcy przestępstwa. Pewne znaczenie mają też względy praktyczne, związane z trudnościami dowodzenia w procesie faktu popełnienia przestępstwa”. Dodano przy tym, że „nowy kodeks ze względu na wagę przestępstwa zabójstwa wydłuża okres przedawnienia do lat 30”⁴. Okazuje się to nie być prawdą, gdyż *de facto* ustawodawca odnośnie do zabójstwa pozostawił wówczas 30-letni okres przedawnienia karalności wprowadzony w 1995 r., nic w tym zakresie nie wydłużając, lecz skracając ten okres w przypadku wszystkich innych zbrodni poza zabójstwem. Wydaje się zatem, że nowelizacja Kodeksu karnego z 1969 r. przeprowadzona w 1995 r. jakby umknęła uwadze ustawodawcy na etapie projektowania i uzasadniania Kodeksu karnego z 1997 r., skoro w uzasadnieniu napisano o wydłużeniu okresu przedawnienia do lat 30, gdy tymczasem okres taki już funkcjonował.

W 2017 r. pojawił się pomysł Ministerstwa Sprawiedliwości, aby zbrodnia zabójstwa nie podlegała przedawnieniu, choć nie tylko ona, lecz jako jedna ze zbrodni zagrożonych karą dożywotniego pozbawienia wolności, które miałyby się nie przedawniać. Wówczas Piotr Kruszyński stwierdził, że „zabójstwa to tak poważne, ciężkie zbrodnie, że można zrozumieć motywy, dla

³ Dz. U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475.

⁴ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1998, s. 171.

których eliminuje się dla nich przedawnienie”, choć zastrzegł, że „ta propozycja budzi pewne wątpliwości”. Natomiast Piotr Kładoczny z Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka podniósł, że „terminy przedawnień są już i tak bardzo długie”, wątpiąc, aby proponowana zmiana przyniosła coś dobrego i dodając, że „karanie 70-latka za czyn, który popełnił jako 20-latek, wydaje się umiarkowanie celowe czy humanitarne”. Zdaniem zaś adwokata Radosława Baszuka „zabójstwa są sprawami, które idą na półkę średnio po kilku latach. Z perspektywy organów ścigania różnica między 30 latami a brakiem cezury czasowej jest żadna”. Krytyczny wobec takiego pomysłu był sędzia Piotr Mgłosiek, według którego „to bulwersująca zmiana. Jeśli zabójstwo nie będzie ulegało przedawnieniu, to prokurator będzie mógł praktycznie w nieskończoność prowadzić śledztwo wobec osoby podejrzanej, niezależnie od tego, czy jest winna, czy nie”. Dodał przy tym, że „przedawnienie jest motywacją dla organów ścigania do szybkiego zakończenia postępowania i wypchnięcia aktu oskarżenia do sądu”⁵. Propozycja ta nie wyszła jednak poza jej ramy, nie stając się przedmiotem prac legislacyjnych parlamentu.

Pomysł zmian odnośnie do przedawnienia przestępstwa zabójstwa, choć nie w postaci rezygnacji z niego, lecz jego wydłużenia, powrócił w 2019 r. wraz z projektem poważnych zmian w prawie karnym – ujętych jako projekt ustawy z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw – poprzez propozycję, aby art. 101 §1 pkt 1 otrzymał brzmienie „40 – gdy czyn stanowi zbrodnię zabójstwa”. W uzasadnieniu tej ustawy napisano, że „proponuje się wydłużyć okres przedawnienia zbrodni zabójstwa z 30 do 40 lat (art. 101 §1 pkt 1 kk). Artykuł 101 §1 kk różnicuje okresy przedawnienia karalności w zależności od wagi przestępstwa (zgeneralizowanej oceny jego społecznej szkodliwości). Najdłuższy jest okres przedawnienia karalności zbrodni zabójstwa, które jest niewątpliwie najcięższym przestępstwem o charakterze kryminalnym. Długość okresów przedawnienia zależy od określonej aksjologii polityki karnej państwa i może się zmieniać w czasie”. Dalej wskazano, że „w ocenie projektodawcy społeczna szkodliwość tego przestępstwa i jego wyjątkowość, nawet na tle innych zbrodni, wymaga stosowania szczególnych instrumentów prawnych sprzyjających wykryciu sprawców zabójstw. W kontekście wydłużenia okresów przedawnienia zbrodni zabójstwa trzeba też zwrócić uwagę na stale zwiększające się możliwości wykrywcze organów ścigania, wynikające z rozwoju wiedzy i nauki oraz techniki kryminalistycznej, pozwalające na ustalanie sprawców czynów popełnionych przed wieloma laty. Dotyczy to w dużej mierze spraw, w odniesieniu do których zabezpieczone ślady kryminalistyczne w ówczesnym stanie techniki nie pozwalały na poczynienie ustaleń co do prawdopodobnych spraw-

⁵ E. Świętochowska, *Zmiany w prawie karnym. Zabójstwo bez przedawnienia. Wraca polityka odstraszenia*, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1064395,zabojstwo-bez-przedawnienia-wraca-polityka-odstraszenia.html>.

ców, natomiast aktualnie możliwości takie istnieją. Waga zaatakowanego tym dobrem czynu wymaga również zapewnienia odpowiednio długiego okresu, w którym organy państwa będą mogły realizować swe funkcje ścigania i osądzenia sprawców, zaspokajając społeczne poczucie sprawiedliwości. Wskazane względy uzasadniają propozycję wydłużenia o dziesięć lat okresu przedawnienia zbrodni zabójstwa”⁶. O ile projektowana nowelizacja jako taka budzi wątpliwości niektórych przedstawicieli nauki prawa karnego, to akurat „wątek” o wydłużeniu przedawnienia zabójstwa nie jest krytykowany.

Zastanawiać się jednak trzeba, czy wydłużenie okresu przedawnienia zbrodni zabójstwa do lat 40 jest uzasadnione, no bo może wystarczający jest okres 30-letni, a być może nie powinno się ono przedawniać wcale, a może odwrotnie – może powinno przedawniać się tak, jak pozostałe zbrodnie? Próby odpowiedzi na te pytania i przyjęcie którejs z „opcji” należy osadzić w szerszej perspektywie uzasadnień przedawnienia jako takiego i ewentualnej kontestacji dla niektórych argumentów nie w ogóle, lecz jedynie w odniesieniu do przestępstwa zabójstwa, gdyż nie jest celem przedmiotowego tekstu kompleksowy namysł nad przedawnieniem jako konstrukcją prawa karnego.

To właśnie racje podniesione w uzasadnieniu projektu faktycznie legły u podstaw pomysłu wydłużenia okresu przedawnienia przestępstwa zabójstwa i jako takie są one przekonujące. Rozwój techniki kryminalistycznej w różnych jej wymiarach z wykorzystaniem najnowszych osiągnięć, w szczególności nauk technicznych, biologicznych i medycznych, pozwala bowiem na „sięganie” do spraw o zabójstwa popełnionych wiele lat temu, w tym na granicy przedawnienia, a więc sprzed blisko 30 lat i więcej.

Dostrzega to także Michał Soćko, gdy pisze, że „nowoczesne technologie umożliwiają odnajdowanie śladów przestępstw nawet po upływie znacznego czasu od ich popełnienia. Lepsze są także możliwości przechowywania i zabezpieczania dowodów. Można chociażby nadmienić, że odpowiednio zabezpieczony z miejsca przestępstwa materiał DNA może niejednokrotnie, w zasadzie ze stuprocentową skutecznością, wskazać sprawcę nawet po upływie kilku czy kilkunastu lat. Wystarczy, że w późniejszym czasie zostanie od niego pobrany biologiczny materiał porównawczy na skutek różnych okoliczności, np. prowadzonego postępowania w innej sprawie. To samo dotyczy tzw. odcisków palców, jeżeli zostały zabezpieczone na miejscu przestępstwa i następnie wprowadzone do systemu informatycznego”⁷.

Jako swoiste remedium wobec spraw niewykrytych, inaczej spraw „starych”, do których można powracać właśnie dzięki rozwojowi techniki kryminalistycznej, powołano Policyjne Zespoły ds. Przestępstw Niewykrytych

⁶ <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451>.

⁷ M. Soćko, *Istota i kryminalnopolityczne znaczenie przedawnienia w prawie karym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2012, nr 17, s. 205.

– tzw. policyjne Archiwa X. Jak pisze Krystian Stańczyk „sukcesy policyjnych Zespołów ds. Przepęstw Niewykrytych to przypadki ciężkich zbrodni (przede wszystkim zabójstw, rozbojów), w których pomimo upływu lat udaje się wreszcie ustalić sprawcę przestęstwa i pociągnąć go do odpowiedzialności karnej. To także sprawy uznawane dotąd za niewyjaśnione, zaginięcia, zdarzenia wadliwie zakwalifikowane jako przypadki nieumyślnego spowodowania śmierci, zdarzenia losowe, samobójstwa, których rzeczywisty charakter okazał się jednak zgoła odmienny od pierwotnie zakładanych wersji śledczych. Powtórna ocena zgromadzonego w sprawach tych materiału dowodowego, dokonana przez wyspecjalizowanych w tego rodzaju przypadkach funkcjonariuszy i ekspertów – czasami przy wykorzystaniu najnowocześniejszych zdobyczy nauki, innowacyjnych technik i metod kryminalistycznych, innym razem w efekcie wyłącznie świeżego spojrzenia na materiał dowodowy i okoliczności przypadku – pozwala na wyjaśnienie spraw przez lata uchodzących za niemożliwe do rozwiązania”. Autor ten zaznacza jednak, że to właśnie okres przedawnienia wyznacza zakres aktywności tych komórek, a tym samym nie sposób nie dostrzegać, że „pozytywne wyniki pracy Policyjnych Zespołów ds. Przepęstw Niewykrytych, dotyczące coraz większej liczby przypadków i spraw z coraz to odleglejszej przeszłości, dają asumpt do dyskusji nad zasadnością obecnego status quo. Przykłady rozwiązanych po latach spraw wzmacniają pytanie o trafność aktualnego kształtu instytucji przedawnienia, w tym adekwatność określonych przez ustawodawcę terminów przedawnienia karalności, braku wyłączeń w odniesieniu do najcięższych przestęstw, takich jak kwalifikowane typy zbrodni zabójstwa”⁸.

Problem przedawnienia przestęstwa zabójstwa w kontekście sukcesów tzw. policyjnych Archiwów X dostrzega także Bogusław Sygit. Zauważa on, że „w aktualnie obowiązującym kodeksie z 1997 r. przyjmuje się 30-letni okres przedawnienia, gdy czyn stanowił zbrodnię zabójstwa. W konsekwencji z woli ustawodawcy karnego ściganie sprawcy zabójstwa nie ustaje z chwilą umorzenia śledztwa, np. z powodu niewykrycia sprawcy, ale trwa do upływu 30 lat od chwili jego popełnienia. Praktyce pozostaje więc nie marnować tych 30 lat przeznaczonych na dokończenie tego, czego nie zrobiono w podstawowym czasie trwania śledztwa. Oznacza to, że obowiązkiem powołanych do tego organów jest aktywne zajmowanie się niewyjaśnionymi sprawami o zbrodnię zabójstwa do czasu przedawnienia ich ścigania. Sformalizowanym sposobem realizacji tego obowiązku stały się w naszym kraju, funkcjonujące w niektórych komendach wojewódzkich Policji tzw. policyjne Archiwa X”. Dodaje, że „takie zespoły nie są czymś niezwykle czy nadzwyczajnym, ale sposobem zorganizowanego działania urzędującego

⁸ K. Stańczyk, *Instytucja przedawnienia karalności a działalność Policyjnych Zespołów ds. Przepęstw Niewykrytych – tzw. policyjnych Archiwów X*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2018, nr 83, s. 80, 86.

ustawowy obowiązek wyjaśniania zbrodni zabójstwa „aż do końca”. Ich twórczenie nie jest przejawem „dobrej woli organów ścigania”, ale koniecznością. W przeciwnym razie przedłużanie przez ustawodawcę okresu ścigania zbrodni zabójstwa do 30 lat od chwili ich popełnienia byłoby fikcją i martwym przepisem, a nie takie jest *ratio legis* ustawodawcy”. Bogusław Sygit zauważa, że „ostatnio coraz częściej mówi się o tym, aby zbrodnie zabójstwa nie ulegały przedawnieniu w ogóle”. Wydaje się jednak nie być zwolennikiem takiego rozwiązania, gdy pisze, że „z jednej strony prawo dozwalałoby organom ścigania wyjaśnianie tych zbrodni do skutku, lecz z drugiej – brak ograniczenia czasowego mógłby stać się czynnikiem osłabiającym aktywność organów, skoro zawsze miałyby czas na powrót do tych spraw, tyle tylko, że sprawca mógłby już np. nie żyć, a także wiele nieujawnionych dotąd dowodów mogłoby ulec zatarciu”⁹.

Wydłużenie okresu przedawnienia przestępstwa zabójstwa o 10 lat – z lat 30 do lat 40 – stanowi więc swoiste remedium między potrzebami praktyki zależnymi od jej co raz to większych możliwości a nieprzedawnialnością w ogóle. Nie stoi przy tym w opozycji do uzasadnień przedawniania jako takiego.

Jak bowiem wskazuje Lech Gardocki „uzasadnienie tej instytucji opiera się na tym, że po upływie pewnego czasu czyn zaciera się w pamięci ludzi, to też ukaranie nie jest konieczne ani dla zaspokojenia poczucia sprawiedliwości, ani dla celów ogólnoprewencyjnych. Nie ma też potrzeby oddziaływania na sprawcę dla zapobieżenia popełnienia przez niego w przyszłości przestępstwa”. Zauważa jednak, że „argumenty te nie zawsze są przekonujące. Na przykład nie zawsze po upływie 30 lat od popełnienia zabójstwa można mówić o zatarciu się tego czynu w pamięci ludzi w takim stopniu, że niemożność wszczęcia postępowania w takiej sprawie nie będzie razić poczucia sprawiedliwości”¹⁰. Dostrzega to także w szerszej perspektywie Jarosław Warylewski, gdy podnosi, że „przedawnienie nie uwzględnia sprawiedliwościowego celu kary”¹¹, co w przypadku zabójstwa może mieć szczególne znaczenie, jako że jest to poważne przestępstwo – najpoważniejsze z przestępstw kryminalnych, a zatem wykrycie i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy lub sprawców może przyczynić się do zwiększenia tego poczucia, bo czy do jego zaspokojenia w całości, zwłaszcza u najbliższych ofiary, to niekoniecznie.

Nie przekonuje także w relacji do przedawnienia zabójstwa argument, na który odnośnie do przedawnienia jako takiego zwraca uwagę Leszek Wilk, o „łagodzącej i pojednawczej sile czasu” – na zasadzie, że „rozdrapywanie

⁹ B. Sygit, *Policyjne Archiwa X jako reakcja praktyki śledczej na ustawowy obowiązek wyjaśniania spraw o zbrodnie zabójstwa do czasu ich przedawnienia*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2018, nr 82, s. 6–7.

¹⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 218.

¹¹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 531.

starych ran bardziej boli niż kojące milczenie”, czy też argument o „narastających z upływem czasu trudnościach dowodowych w postaci zanikania niektórych dowodów”¹². Co do pierwszego, to nie można zakładać, że w przypadku zabójstwa osoby bliskiej „czas jest w stanie uleczyć rany” i że osoby te nie są na skutek jego upływu zainteresowane pociągnięciem do odpowiedzialności sprawcy lub sprawców tego czynu. Odnośnie zaś do drugiej z racji, tj. trudności dowodowych, to wspomniany powyżej rozwój techniki kryminalistycznej pozwala aktualnie sięgać do „starych” dowodów, inaczej je interpretować, a nawet pozyskiwać na nowo.

Inaczej nieco jest już z argumentem, który podnosi Wojciech Cieślak, że „w wielu przypadkach niecelowe byłoby stosowanie sankcji wobec osoby, która niejednokrotnie istotnie różni się od tej, którą była, gdy popełniła czyn zabroniony”¹³, czego nie da się też wykluczyć w relacji do sprawcy zabójstwa. Jednak do końca nie wiadomo, czy na pewno ta osoba zmieniła się na plus, a jednym z „mierników” musiałoby być to, że nie popełniła ona później innych przestępstw, o czym przecież nie wiadomo na etapie wykrywania tej osoby jako sprawcy zabójstwa sprzed lat.

Nie można też pomijać uzasadnienia opartego o tzw. teorię pokuty, na którą zwraca uwagę odnośnie do uzasadnienia przedawnienia w ogóle Łukasz Pohl, a którą „można by nazwać koncepcją odcierpienia będącego ekwiwalentem niewymierzonej kary. Koncepcja ta zakłada bowiem, że sprawca tyle już odcierpiał z powodu obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, że wymierzenie mu kary byłoby niecelowe”. Autor ten dostrzega jednak, że „w wielu wypadkach założenie to jest ewidentnie kontrfaktyczne”¹⁴. Może tak właśnie być, także w przypadkach sprawców zabójstw, co do których nie wiemy, czy mają oni z tytułu zabicia drugiego człowieka choćby jakiegokolwiek „wyrzuty sumienia”, skoro zdołali funkcjonować przez dziesięciolecia, w tym niejednokrotnie w pełni bytować, tak w wymiarze jednostkowym, jak i społecznym.

Krótszy lub dłuższy okres przedawnienia przestępstwa zabójstwa nie ma natomiast wpływu na prewencję jego popełnienia. Nie sposób bowiem byłoby przy elementarnej wiedzy kryminologicznej co do etiologii zabójstw zakładać, że gdy przestępstwo to przedawnia się po upływie lat 30, to sprawca byłby „skłonny” je popełnić, a gdy przedawnienie nastąpi po upływie lat 40, to byłby „gotów” z tego zrezygnować, jako że jeszcze 10-letni czas niepewności leżałby poza sferą jego „zainteresowań”.

Zaznaczyć należy, że w aktualnym stanie prawnym pewne szczególne zabójstwa nie ulegają przedawnieniu. Są to zabójstwa będące zbrodniami przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwami wojennymi, o czym prze-

¹² L. Wilk, *Ustanie i ograniczenie karalności, zatarcie skazania*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2014, s. 260.

¹³ W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 241.

¹⁴ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 500.

sądza art. 105 §1 kk, jak też zabójstwa, których dopuścili się funkcjonariusze publiczni w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, a co wynika z art. 105 §2 kk. Racje tych rozwiązań są jednak szczególne i nie sposób byłoby je odnosić do przedawniania zabójstwa jako takiego, gdyż za przyjęciem przedmiotowych odstępstw od przedawnienia przemawiały tragiczne doświadczenia II wojny światowej oraz przestępstwa polityczne popełnione w okresie PRL, gdy w poczuciu bezkarności niektórzy funkcjonariusze tzw. aparatu bezpieczeństwa dopuszczali się najohydniejszych zachowań wobec rodaków. Jest to jednak zupełnie odrębna kwestia, której nawet „dotknięcie” wykraczałoby poza istotę niniejszego tekstu.

Podobnie „rzecz miałyby się” z pewną niespójnością systemu prawa karnego, którą można jedynie zasygnalizować, co do projektowanej nieprzedawnialności przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletnich oraz zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem, poprzez zmianę art. 105 kk. Rozumiejąc wszak konieczność jak najskuteczniejszego zapobiegania i zwalczania nadużyć seksualnych wobec małoletnich, trudno uznawać za racjonalne, że oto przestępstwo zabójstwa jednak się przedawni, choć później niż dotychczas, ale jednak, zaś wskazane przestępstwa seksualne, nie. Ale to także jest odrębna materia wykraczająca poza istotę przedmiotowych rozważań.

Podsumowując – uznać więc trzeba, że wydłużenie okresu przedawnienia przestępstwa zabójstwa jako najpoważniejszego przestępstwa kryminalnego jest, czy byłoby, uzasadnione. Przemawiają za tym przede wszystkim racje kryminalistyczne, tj. że dzięki zdobyczom kryminalistyki jako nauki pomocniczej prawa karnego możliwe staje się „sięgnięcie” do spraw o zabójstwa sprzed lat i nawet jeśli miałyby się z jakichkolwiek powodów „nie udać” wymierzyć sprawiedliwości ich sprawcom, to i tak warto do nich „wracać” z uporem godnym lepszej sprawy – wykrycia sprawcy lub sprawców lub poczynienia innych ustaleń.

Trzeba przy tym pamiętać, jak słusznie podkreślają Andrzej Zoll i Szymon Tarapata, że „gdy w momencie wejścia w życie przepisu, tak w ogóle, jak i w zmienionym kształcie, przedawnienie karalności przestępstwa należącego do wymienionych w nim kategorii jeszcze nie nastąpiło, to sprawca podlega karze. Nastąpienie w przyszłości przedawnienia karalności nie jest bowiem dla sprawcy przestępstwa ekspektatywą i z terminu przedawnienia, dopóki ono nie nastąpi, nie wynikają dla sprawcy żadne prawa. Natomiast, gdy przed wejściem w życie regulacji wydłużającej okres przedawnienia nastąpiło już przedawnienie na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, to nowa ustawa nie może zmienić sytuacji sprawcy na jego niekorzyść, tj. nowy okres przedawnienia go nie dotyczy”¹⁵. Gdyby zatem upłynął już 30-letni okres

¹⁵ A. Zoll, S. Tarapata, *Przedawnienie*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 809–811.

przedawnienia zabójstwa, to wprowadzenie wydłużonego terminu jego nastąpienia, tj. po latach 40, nie będzie miało znaczenia dla zajęcia się sprawą. Z perspektywy podstawowych zasad prawa karnego tak to właśnie musi wyglądać – tu nie może być żadnych wątpliwości – choć „trochę szkoda”, że być może tyleż drastyczne, co ciekawe w przestrzeni kryminalistycznej sprawy o zabójstwa już przedawnione, takimi właśnie pozostaną, bo pozostać karnoprawnie po prostu muszą. Nie sposób jednak też nie dostrzec, że wykrywalność zabójstw jest w naszym kraju bardzo wysoka, a zatem wydłużony okres przedawnienia przestępstwa zabójstwa w praktyce dotyczyć będzie jedynie naprawdę nielicznych przypadków spraw niewykrytych, ale to właśnie dla nich warto wydłużyć okres przedawnienia przestępstwa zabójstwa.

Wykaz literatury

- Cieślak W., *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2015.
- Pohl L., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012.
- Soćko M., *Istota i kryminalnopolityczne znaczenie przedawnienia w prawie karym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2012, nr 17.
- Stańczyk K., *Instytucja przedawnienia karalności a działalność Policyjnych Zespołów ds. Przestępstw Niewykrytych – tzw. policyjnych Archiwów X*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 2018, nr 83.
- Sygit B., *Policyjne Archiwum X jako reakcja praktyki śledczej na ustawowy obowiązek wyjaśniania spraw o zbrodnie zabójstwa do czasu ich przedawnienia*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica” 2018, nr 82.
- Świętochowska E., *Zmiany w prawie karnym. Zabójstwo bez przedawnienia. Wraca polityka odstraszenia*, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1064395,zabojstwo-bez-przedawnienia-wraca-polityka-odstraszenia.html>.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015.
- Wilk L., *Ustanie i ograniczenie karalności, zatarcie skazania*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2014.
- Zoll A., Tarapata S., *Przedawnienie*, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016.

Summary

Statute of limitations when the deed is a crime of homicide

Key words: criminal law, offence, homicide, statute of limitations, detecting offenders of homicide.

Homicide is an offence that stops being punishable if, since the moment it was committed, a period of 30 years has elapsed, which is the longest sta-

tute of limitations period under Polish criminal law. In connection with the development of forensic techniques and capabilities to detect offenders of homicide committed many years ago, the Polish legislature suggests extending the period of the statute of limitations when the deed is a crime of homicide to 40 years, which is justified by the actual basis of re-examining old cases connected with homicide. Such a solution is a remedy between the complete non-applicability of statutory limitations and the applicability of statutory limitations in their existing form.

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

Klauzula dotycząca zatrudnienia z art. 29 ust. 3a Prawa zamówień publicznych z perspektywy art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych

Uwagi wprowadzające

Mogłoby się wydawać, że prawa człowieka i zamówienia publiczne to odległe od siebie rzeczywistości, które nie mają żadnych punktów styecznych. To nieprawda – takie punkty istnieją i zostały dostrzeżone stosunkowo dawno. Nie jest to miejsce na szczegółową prezentację antecedencji, warto jednak przywołać Konwencję Międzynarodowej Organizacji Pracy¹ nr 94 z 29.06.1949 r. dotyczącą klauzul zatrudnieniowych w umowach publicznych (ang. *Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts*)². Konwencja ta weszła w życie 20.09.1952 r. i wiąże obecnie tylko 63 państwa, w tym jedynie 9 państw członkowskich Unii Europejskiej³. Niewielka popularność tej konwencji wśród członków Międzynarodowej Organizacji Pracy jest jednym z przejawów szerszego procesu wypierania standardów społecznych (promowanych przez MOP) ze sfery stosunków gospodarczych. Niektórzy badacze łączą to zjawisko z kryzysem gospodarczym lat 70. i narastającą krytyką doktryny *welfare state* przez ekonomistów skupionych wokół dynamicznie rozwijającej się OECD⁴. Obecnie można odnotować renesans standardów społecznych w stosunkach gospodarczych, czego dowodem mogą być inicjaty-

¹ Dalej także jako MOP.

² Jej tekst w językach autentycznych jest dostępny na stronie Międzynarodowej Organizacji Pracy pod adresem: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C094 (data dostępu: 16.10.2019).

³ Austrię, Belgię, Bułgarię, Danię, Finlandię, Francję, Hiszpanię, Holandię i Włochy.

⁴ Por. np. M. Leimgruber, *The Embattled Standard-bearer of Social Insurance and Its Challenger: The ILO, The OECD and the 'Crisis of the Welfare State', 1975–1985*, [w:] S. Kott, J. Droux (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, Basingstoke 2013, s. 293 i n.

wy podejmowane na forum ONZ, które doprowadziły do przyjęcia przez Radę Praw Człowieka *Wytycznych dotyczących biznesu i praw człowieka: wdrażanie dokumenty ramowego ONZ „Chronić, szanować, naprawiać”* z 21.03.2011 r.⁵ Trzeba też wspomnieć o aktywności Unii Europejskiej w tej dziedzinie, a w szczególności przywołać rozwiązania prospołeczne, wprowadzone lub rozwinięte w unijnych dyrektywach zamówieniowych, czy też inicjatywę Komisji Europejskiej z 26.04.2017 r. w sprawie europejskiego filaru praw socjalnych⁶. Także wśród przedstawicieli nauki widoczne jest rosnące zainteresowanie stykiem biznesu i praw człowieka, czego dowodem może być utworzenie w 2016 r. periodyku naukowego poświęconego tym zagadnieniom (*The Business and Human Rights Journal*) wydawanego przez prestiżowe Cambridge University Press⁷.

Z punktu widzenia niniejszego opracowania najistotniejsze są rozwiązania prospołeczne, zawarte w nowych dyrektywach regulujących udzielanie zamówień publicznych z 2014 r.⁸ Nie ma potrzeby ich omawiania w tym miejscu, natomiast na komentarz zasługuje treść załączonych do dyrektyw wykazów międzynarodowych konwencji w zakresie prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska⁹. Jeżeli chodzi o „prawo socjalne” wykazy wyliczają jedynie wybrane konwencje MOP. Można to do pewnego stopnia wytłumaczyć wzmożoną aktywnością Międzynarodowej Organizacji Pracy i renesansem jej standardów. Z drugiej jednak strony poważne wątpliwości budzi pominięcie pozostałych traktatów systemu ONZ, choćby Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, konwencji Rady Europy, jak np. Europejskiej Karty Społecznej oraz, co jest największym zaskoczeniem, Karty praw podstawowych, która zgodnie ze swoim art. 51 ma zastosowanie w zakresie, w jakim organy unijne i państwa członkowskie stosują prawo UE.

⁵ Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy” Framework*, A/HRC/17/31. Podobny dokument przyjął 2.03.2016 r. Komitet Ministrów Rady Europy – zob. *Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie praw człowieka i biznesu*, CM/Rec, (2016)3.

⁶ https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights_en (data dostępu: 27.12.2018).

⁷ <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal> (data dostępu: 27.12.2018).

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 1, z późn. zm.).

⁹ W Dyrektywie 2014/23/UE oraz 2014/24/UE jest to załącznik nr 10, natomiast w Dyrektywie 2014/25/UE – załącznik nr 14.

Problematyka relacji praw człowieka i zamówień publicznych jest bardzo złożona oraz wielowątkowa i jako taka wymaga pogłębionych badań. Z oczywistych względów tematyka artykułu musi zostać ograniczona do takich ram, które pozwolą sprostać zrozumiałym wymogom redakcyjnym.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza klauzuli dotyczącej zatrudnienia z art. 29 ust 3a Prawa zamówień publicznych¹⁰ z perspektywy prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, zagwarantowanego w art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹¹.

Pominięte zostaną inne rozwiązania prospołeczne, nawet zbliżone treścią do wskazanej wyżej klauzuli, jak np. niektóre obligatoryjne¹² i fakultatywne¹³ podstawy wykluczenia wykonawcy, kryteria oceny ofert¹⁴, mechanizmy weryfikacji rażąco niskiej ceny¹⁵. Pominięte zostaną również inne niż Pakt instrumenty międzynarodowe¹⁶.

Zamawiający jako podmiot zobowiązany z tytułu praw człowieka

Normatywnym źródłem prawnomiędzynarodowych standardów z dziedziny praw człowieka są przede wszystkim umowy międzynarodowe¹⁷. W konsekwencji podmiotem zobowiązanym z tytułu prawa międzynarodowego praw człowieka jest państwo-strona danego traktatu¹⁸ i wszystkie jego działania mogą być oceniane pod kątem zgodności z międzynarodowo gwa-

¹⁰ Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. Dalej także jako PZP.

¹¹ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169. Dalej także jako MPPGSiK albo Pakt. Traktat ten zostanie krótko scharakteryzowany w dalszej części opracowania.

¹² Por. art. 24 ust 1 pkt 13 lit. a PZP oraz art. 24 ust 1 pkt 15 PZP.

¹³ Por. art. 24 ust 5 pkt 5–8 PZP.

¹⁴ Por. art. 91 ust 2 pkt 2 PZP.

¹⁵ Por. art. 90 ust 1 pkt 1 i 3 PZP.

¹⁶ O gwarancjach w zakresie prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy w europejskim systemie ochrony praw człowieka por. m.in. K. Naumowicz, *Prawo do sprawiedliwych warunków pracy jako implementacja zasady sprawiedliwości w Europejskiej Karcie Społecznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32, s. 181 i n.

¹⁷ Do innych źródeł prawa międzynarodowego praw człowieka można zaliczyć m.in. zwyczaj międzynarodowy, jednak ten wątek znacznie wykracza poza zakres niniejszego opracowania.

¹⁸ Jest to pewne uproszczenie. Pomijam w tym miejscu kwestię innych podmiotów zobowiązanych – zwłaszcza pozostałych podmiotów prawa międzynarodowego (np. organizacji międzynarodowych) i tzw. podmiotów niepaństwowych (ang. *non-state actors*). Ponadto zdarzyć się może, że norma traktatowa odzwierciedla normę zwyczajową i – jako taka – obowiązuje również państwa (lub inne podmioty), które nie związały się danym traktatem. To są kwestie z pewnością pasjonujące, jednak drugorzędne z punktu widzenia tej publikacji.

rantowanymi prawami człowieka, pod warunkiem, że oceniane zachowania można przypisać państwu¹⁹.

Analizując powyższe twierdzenie od strony przedmiotowej, należy zauważyć, że ocenie może podlegać prawodawstwo, wymiar sprawiedliwości, działania organów administracji publicznej – zarówno te o charakterze władczym, jak i niewykazujące tej cechy. W grę wejdą więc m.in. umowy zawierane przez podmioty publiczne²⁰.

Z kolei patrząc na poruszoną kwestię z perspektywy podmiotowej, międzynarodowe standardy z dziedziny praw człowieka znajdują zastosowanie w toku działalności ustawodawcy, sądów, organów administracyjnych i innych podmiotów, których działania bądź zaniechania można przypisać państwu. W tej ostatniej grupie należy widzieć państwowe jednostki organizacyjne, podmioty znajdujące się pod kontrolą (np. właścicielską) państwa, ale także podmioty spoza sfery publicznej, wykonujące zadania publiczne. Warto też nadmienić, że z punktu widzenia prawa międzynarodowego praw człowieka nie ma znaczenia okoliczność, czy dany podmiot usytuowany jest w strukturze władzy centralnej, czy też na szczeblu samorządu terytorialnego.

Przechodząc na grunt polskiego systemu zamówień publicznych należy stwierdzić, że podmiotami zobowiązanymi do stosowania międzynarodowych standardów z dziedziny praw człowieka są zamawiający, a w szczególnych przypadkach – nawet wykonawcy.

Rolę zamawiających przyjmują różnego rodzaju instytucje tworzące aparat państwowy, w tym organy państwa (np. sądy, organy administracyjne, urzędy), jednostki samorządu terytorialnego (np. gminy), państwowe albo samorządowe jednostki organizacyjne (np. centra usług wspólnych), podmioty ulokowane w strukturze właścicielskiej państwa (np. tzw. podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 3 ust 1 pkt 3 PZP) albo podmioty prywatne znajdujące się w okolicznościach skutkujących obowiązkiem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (np. zamawiający sektorowy wykonujący działalność na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych²¹).

Można też wskazać sytuacje, w których – obok zamawiających – również wykonawcy będą podmiotami zobowiązanymi z tytułu prawa międzynarodowego praw człowieka. Przykładem może być podmiot znajdujący się pod kontrolą właścicielską państwa, realizujący zamówienie publiczne (np. spółka gminna, która uzyskała zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów).

¹⁹ Normy regulujące odpowiedzialność prawnomiędzynarodową państw, w tym zasady przypisania działań państwu, zostały zebrane w Artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne przyjęte w rezolucji nr 56/83 Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 12.12.2001 r., A/RES/56/83. Polskie tłumaczenie Artykułów – zob. M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 289 i n.

²⁰ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 64 i n.

²¹ Por. art. 3 ust 1 pkt 4 PZP – taka sytuacja obecnie nie występuje w Polsce.

Niekiedy także podmiot prywatny może znaleźć się w takiej sytuacji (np. koncesjonariusz, który uzyskał koncesję, a więc szczególnie rodzaj zamówienia publicznego, a następnie sam udziela zamówień w celu wykonania koncesji).

Konkludując powyższe uwagi należy stwierdzić, że z perspektywy międzynarodowej podmiotem zobowiązanym z tytułu praw człowieka jest państwo (jako podmiot prawa międzynarodowego zdolny do ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej) i to ono będzie odpowiadało za naruszenia zobowiązań prawnomiędzynarodowych, nawet jeżeli wynikają one z działań w sferze zamówień publicznych, o ile działania te będzie można przypisać państwu²². Natomiast z perspektywy krajowej podmiotem zobowiązanym z tytułu praw człowieka (choć już bez przymiotu podmiotowości prawnomiędzynarodowej) będą przede wszystkim zamawiający, a w niektórych sytuacjach również wykonawcy, jeżeli ich aktywność będzie można przypisać państwu.

Krótką charakterystyka Paktu i wynikających z niego zobowiązań

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (ang. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*) został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w rezolucji 2200A(XXI) z dnia 16.12.1966 r.²³ Umowa ta weszła w życie 3.01.1976 r. po uzyskaniu 35 ratyfikacji²⁴. Obecnie wiąże 169 państw, w tym wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej²⁵. Polska podpisała Pakt 2.03.1967 r., a ratyfikowała go 18.03.1977 r.

Traktat ten gwarantuje szereg praw zaliczanych do tzw. drugiej generacji praw człowieka, takich jak prawo do pracy²⁶, wolności związkowe²⁷, prawo do zabezpieczenia społecznego²⁸, prawo do ochrony zdrowia²⁹, prawo do nauki³⁰ czy też prawo do udziału w życiu kulturalnym³¹.

²² W czerwcu 2017 r. taki pogląd sformułował też Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych w swoich najnowszych Uwagach Ogólnych nr 24 – zob. General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, 23.06.2017, E/C.12/GC/24, §11.

²³ Tekst rezolucji wraz z załączonymi Międzynarodowym Paktem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych z Protokołem Fakultatywnym do tego ostatniego dostępne są pod adresem: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200(XXI)) (data dostępu: 16.10.2019).

²⁴ Art. 27 ust. 1 MPPGSiK.

²⁵ Podane za: <http://indicators.ohchr.org/> (data dostępu: 16.10.2019).

²⁶ Art. 6 MPPGSiK.

²⁷ Art. 8 MPPGSiK.

²⁸ Art. 9 MPPGSiK.

²⁹ Art. 12 MPPGSiK.

³⁰ Art. 13 MPPGSiK.

³¹ Art. 15 MPPGSiK.

Cechą szczególną zobowiązań wynikających z MPPGSiK jest ich progresywny charakter. Art. 2 nakłada na państwa-strony obowiązek podjęcia kroków „w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw uznanych w niniejszym Pakcie”. W doktrynie prezentowany jest niekiedy pogląd, że takie rozwiązanie poważnie osłabia zobowiązania państw-stron. Istotnie, progresywność zobowiązań może utrudniać ocenę, czy i w jakim stopniu państwo realizuje postanowienia Paktu oraz – tym samym – kiedy te postanowienia są naruszane³². Nie może być ona jednak rozumiana jako „wypłukująca” zobowiązania traktatowe z jakiegokolwiek treści. Progresywność zobowiązań wynikała z uznania faktu, iż co do zasady nie jest możliwe urzeczywistnienie w krótkim okresie wszystkich praw zagwarantowanych w Pakcie. Obecnie trudno obronić tezę, iż państwa, które związały się traktatem 40 lat temu nadal są na etapie „stopniowej” realizacji stypulacji z 1966 roku³³.

W doktrynie niemałą wagę przywiązuje się do typologii zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego praw człowieka³⁴. W systemie uniwersalnym, zwłaszcza w sferze praw drugiej generacji, ugruntowało się ich trójdzielne ujęcie, zgodnie z którym na państwach spoczywa obowiązek poszanowania, ochrony i wypełniania³⁵. Zobowiązanie poszanowania polega na powstrzymaniu się od działań, które naruszałby integralność lub wolność jednostki. W przeciwieństwie do tego zobowiązania, pozostałe obowiązki wymagają od państwa aktywności. Obowiązek ochrony jest zobowiązaniem do podjęcia kroków koniecznych do powstrzymania innych osób od naruszania praw jednostki, natomiast obowiązek wypełniania polega na przyjęciu środków służących zagwarantowaniu pełnego urzeczywistnienia praw jednostki³⁶. Odniesienie tej typologii do prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy nastąpi w dalszej części niniejszego opracowania.

Podobnie jak większość tzw. *core instruments*, tj. najważniejszych traktatów z dziedziny praw człowieka przyjętych w ONZ, Pakt został wyposażony w mechanizmy kontrolne oparte na Komitecie – międzynarodowym organie kontrolnym, który w przypadku omawianego traktatu nosi nazwę: Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych³⁷. Podstawowym

³² Z. Kulińska-Kępa, *Prawa obywatelskie i polityczne a prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. Porównanie systemów ochrony*, Warszawa 2017, s. 139.

³³ Z drugiej strony mechanizm stopniowej realizacji może być wykorzystany jako argument uzasadniający niepełne wdrożenie gwarancji wynikających z Paktu przez państwa, które stosunkowo niedawno związały się tym traktatem, np. przez Republikę Południowej Afryki związaną Paktem dopiero od 2015 r.

³⁴ Por. np. E. Morawska, *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016, s. 138 i n.

³⁵ Ibidem, s. 184. Zob. też Z. Kulińska-Kępa, op. cit., s. 139.

³⁶ E. Morawska, op. cit., s. 182.

³⁷ Dalej także jako KPGSiK albo Komitet. W przeciwieństwie do innych komitetów (powołanych mocą danego traktatu) Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych został utworzony na podstawie rezolucji Rady Gospodarczej i Społecznej z 28.05.1985 r. nr 1985/17

mechanizmem kontrolnym są sprawozdania państw-stron Paktu, badane przez Komitet, który wydaje tzw. Konkluzje (niekiedy zwane Uwagami Końcowymi), zawierające m.in. ocenę realizacji Paktu przez dane państwo (aspekty pozytywne i negatywne) oraz zalecenia.

Kolejnymi mechanizmami kontrolnymi są mechanizmy skargowe, wszczynane poprzez złożenie zawiadomienia indywidualnego albo między-państwowego oraz tzw. niezależne śledztwo. Z punktu widzenia niniejszego opracowania ich znaczenie jest marginalne i nie zostaną tu bliżej omówione.

Niezależnie od mechanizmów kontrolnych, KPGSiK wydaje tzw. Komentarze Ogólne (ang. *General Comments*) zwane niekiedy Uwagami Ogólnymi. Komitet dokonuje w nich interpretacji wybranego postanowienia Paktu. Komentarze Ogólne nie mają charakteru wiążącego, jednak stanowią „jedno z niewielu źródeł spójnej wykładni prawa”³⁸.

Art. 7 MPPGSiK i jego implikacje w sferze zamówień publicznych

Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych gwarantuje m.in. prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, wyrażone w art. 7, który brzmi:

„Państwa Strony niniejszego Paktu uznają prawo każdego do korzystania ze sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, obejmujących w szczególności:

- a) wynagrodzenie zapewniające wszystkim pracującym jako minimum:
 - i) godziwy zarobek i równe wynagrodzenie za pracę o równej wartości bez jakiegokolwiek różnicy; w szczególności należy zagwarantować kobietom warunki pracy nie gorsze od tych, z jakich korzystają mężczyźni, oraz równą płacę za równą pracę;
 - ii) zadowalające warunki życia dla nich samych i ich rodzin zgodnie z postanowieniami niniejszego Paktu;
- b) warunki pracy odpowiadające wymaganiom bezpieczeństwa i higieny;
- c) równe dla wszystkich możliwości awansu w pracy na odpowiednio wyższe stanowisko w oparciu jedynie o kryteria stażu pracy i kwalifikacji;
- d) wypoczynek, wolny czas i rozsądne ograniczenie czasu pracy, okresowe płatne urlopy oraz wynagrodzenie za dni świąteczne.”

– por. M. Lubiszewski, *Kodyfikacja ochrony praw człowieka w systemie uniwersalnym*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 64.

³⁸ Z. Kulińska-Kępa, op. cit., s. 237.

Przepis ten doczekał się Uwag Ogólnych³⁹. Ponadto Komitet odniósł się do art. 7 Paktu w swoich najnowszych Uwagach Końcowych, dotyczących ostatecznego sprawozdania okresowego Polski⁴⁰. Wymienione wyżej dokumenty będą podstawą ustalenia zakresu zobowiązań Polski, wynikających z art. 7 MPPGSiK i ich implikacji w sferze zamówień publicznych. Pewną pomocą będzie służył również najnowszy dokument Komitetu – Uwagi Ogólne nr 24 z 23.06.2017 r.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych konsekwentnie dostrzega trzy poziomy zobowiązań państw: zobowiązanie do poszanowania, ochrony oraz do wypełniania, przy czym w tym ostatnim wyróżnia obowiązek ułatwienia (ang. *facilitate*), promocji (ang. *promote*) i zapewnienia (ang. *provide*)⁴¹.

Obowiązek poszanowania polega na powstrzymaniu się państwa (tj. podmiotów, których zachowania można przypisać państwu) od naruszania prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, w których państwo jest pracodawcą⁴². W naszym kraju powszechnie znany jest problem nakłaniania, czy wręcz zmuszania pracowników podmiotów publicznych do przechodzenia na tzw. samozatrudnienie, czyli przekształcania umów o pracę w umowy cywilnoprawne. W Uwagach Końcowych Komitet dostrzegł ten problem wyrażając swoje „zaniepokojenie wysokim wskaźnikiem umów terminowych, w szczególności umów cywilnoprawnych i wysokim odsetkiem nisko opłacanych posad”. W opinii Komitetu „umowy cywilnoprawne mogą negatywnie wpłynąć na prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy” zagwarantowane w art. 7 MPPGSiK. W konkluzji Komitet zalecił państwu wprowadzenie wszelkich stosownych środków, które stopniowo zredukują takie praktyki, m.in. poprzez stwarzanie warunków zapewniających bezpieczeństwo pracy i uczciwe wynagrodzenie⁴³.

Obowiązek ochrony rozumiany jest jako wymóg zagwarantowania, by osoby trzecie (np. prywatni przedsiębiorcy) nie naruszały prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy⁴⁴. Państwa-strony Paktu powinny m.in. zapewnić efektywne wdrożenie ustawodawstwa gwarantującego minimalne wynagrodzenie i minimalne standardy warunków pracy. Komitet oczekuje od władz krajowych nakładania różnego rodzaju sankcji na podmioty, które naruszają prawo jednostki do sprawiedliwych i korzystnych warun-

³⁹ General comment No.23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 27.04.2016, E/C.12/GC/23. Dalej jako Uwagi Ogólne nr 23.

⁴⁰ Concluding observations on the sixth periodic report of Poland, 26.10.2016 r., E/C.12/POL/CO/6. Dalej jako Uwagi Końcowe.

⁴¹ Uwagi Ogólne nr 23, § 58–64.

⁴² Ibidem, § 58.

⁴³ Uwagi Końcowe, § 19a.

⁴⁴ Uwagi Ogólne nr 23, § 59.

ków pracy. Wśród postulowanych sankcji Komitet wymienił powstrzymanie się od udzielania zamówień publicznych takim podmiotom⁴⁵.

Wprowadzenie klauzuli dotyczącej zatrudnienia (art. 29 ust 3a Prawa zamówień publicznych) było motywowane potrzebą wdrożenia postanowień dyrektyw unijnych z 2014 r. – dyrektywy te były jedynym normatywnym źródłem rozwiązań prospołecznych, proponowanych w nowelizacji. Nie zmienia to jednak faktu, iż klauzula z art. 29 ust 3a PZP może być postrzegana jako wypełnienie zobowiązań poszanowania i ochrony, wynikających z art. 7 MPPGSiK statuującego prawo do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Dostrzegł to Rzecznik Praw Obywatelskich w toku procedury sprawozdawczej prowadzonej przed Komitetem Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. W swojej Informacji wskazał, że rozwiązania prospołeczne, w tym klauzula dotycząca zatrudnienia, stanowią przejaw realizacji przez Polskę prawa do pracy (art. 6 Paktu)⁴⁶. Komitet w swoich Uwagach Końcowych wprawdzie nie odniósł się wprost to tych informacji, jednak zbadł sygnalizowany przez Rzecznika problem umów cywilnoprawnych z perspektywy art. 7 Paktu⁴⁷.

Obowiązek wypełniania jest realizowany poprzez przyjęcie przez państwa-strony Paktu środków niezbędnych do zagwarantowania pełnego urzeczywistnienia prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Komitet poświęcił temu obowiązkowi sporo miejsca w Uwagach Ogólnych nr 23, jednak rozważania nie odnoszą się bezpośrednio do sfery zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że takie odniesienia są niemożliwe.

Obligatoryjne klauzule społeczne to mechanizm, dzięki któremu beneficjenci prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy mogą efektywnie z tego prawa korzystać, czego nie mogliby osiągnąć na własną rękę. Wprowadzenie tego rozwiązania stanowi więc realizację obowiązku wypełniania w aspekcie zapewnienia⁴⁸.

Art. 154 pkt 10 Prawa zamówień publicznych zobowiązuje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do przygotowania i upowszechniania wzorcowych dokumentów. Jednym z nich jest „Zmodyfikowana w zakresie uzgodnionym pomiędzy Prezesem UZP a GIODO klauzula dotycząca zatrudnienia na podstawie umowy o pracę”⁴⁹. Opracowanie i upowszechnienie wzorcowej klau-

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Information provided by the Commissioner for Human Rights of the Republic of Poland in accordance with the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in connection with ten consideration of the sixth periodic report of Poland (E/C.12/POL/6), 12.09.2016, § 16.

⁴⁷ A częściowo także z perspektywy art. 9 Paktu gwarantującego prawo do zabezpieczenia społecznego.

⁴⁸ Komitet niekiedy określa to jako *obligation to fulfil (provide)*.

⁴⁹ Dokument jest opublikowany na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzory-oswiadczen-i-dokumentow-z-zakresu-znowelizowanych-przepisow-ustawy-pzp> (data dostępu: 16.10.2019 r.). Ustalenia

zuli zatrudnieniowej stanowi znaczące ułatwienie dla zamawiających, którzy mogą w prawidłowy i efektywny⁵⁰ sposób zobowiązać wykonawców do zatrudnienia osób realizujących zamówienie publiczne na podstawie umowy o pracę. Pośrednim beneficjentem tego rozwiązania są podmioty prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy. Uzasadniona zatem będzie teza, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zrealizował obowiązek wypełniania w aspekcie ułatwienia⁵¹.

Dnia 29.03.2017 r. Rada Ministrów przyjęła „Zalecenia w sprawie uwzględniania przez administrację rządową aspektów społecznych w zamówieniach publicznych”⁵². Już we wstępie do zaleceń Rząd ujawnił, że celem „wzmocnienia działań na rzecz powszechnego uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych” jest „wsparcie zrównoważonego rozwoju społeczno-ekonomicznego kraju, uwzględniającego (...) stabilność zatrudnienia i prawo do godnej pracy (...)”⁵³. Zamawiający należący do sektora rządowego zostali zobowiązani „do zapewnienia, aby w jednostkach, którymi kierują aspekty społeczne, w tym w szczególności klauzule społeczne, były uwzględniane w możliwie jak najszerszym zakresie oraz w jak największej liczbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”⁵⁴. Rozważenie zasadności zastosowania klauzul społecznych powinno nastąpić już na etapie planowania postępowania⁵⁵. Ponadto Rada Ministrów zaleciła stosowanie rozwiązań prospołecznych w postępowaniach, które nie są objęte obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych⁵⁶. Wreszcie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych został zobowiązany do objęcia monitoringiem „stopnia uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych, udzielanych przez jednostki administracji rządowej”⁵⁷.

Niezależnie od zaleceń wydanych przez Radę Ministrów, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych opublikował materiały poświęcone zagadnieniom społecznym w kontekście zamówień publicznych, w tym dość obszerny pod-

z Generalnym Inspektorem Danych Osobowych dotyczyły zakresu informacji o pracowniku (jego danych osobowych), jakich może żądać zamawiający na podstawie klauzuli zatrudnieniowej.

⁵⁰ Zwłaszcza dzięki proponowanym mechanizmom weryfikacji faktycznego zatrudnienia pracowników.

⁵¹ Ang. *obligation to fulfil (faciliate)*.

⁵² Dalej jako Zalecenia. Dokument opublikowany został na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoleczne-zamowienia/przydatne-dokumenty/linki-i-zalaczniki/zalecenia-w-sprawie-uwzledniania-przez-administracje-rzadowa-aspektow-spoecznych-w-zamowieniach-publicznych> (data dostępu: 27.12.2018).

⁵³ Zalecenia, s. 1.

⁵⁴ Ibidem, s. 4.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Ibidem, s. 5.

ręcznik⁵⁸. Materiały te zostały udostępnione wszystkim zainteresowanym na stronie internetowej Urzędu⁵⁹.

Obok działalności wydawniczej, Urząd Zamówień Publicznych organizuje również szkolenia dotyczące aspektów społecznych. Co ważne, odbywają się one nie tylko w Warszawie, ale także w innych miastach, co z pewnością zwiększa ich dostępność.

Opisane wyżej działania można zakwalifikować jako realizację obowiązku wypełniania w aspekcie promocji⁶⁰. Podobnie jak w przypadku aspektu ułatwiania, tu również efekt wystąpi po stronie podmiotów prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy w sposób pośredni, co nie umniejsza znaczenia tych działań. Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych wśród środków promocyjnych przewiduje m.in. kampanie informacyjne skierowane nie tylko do bezpośrednich beneficjentów tego prawa, ale także do innych podmiotów (pracodawców)⁶¹.

Z powyższych rozważań można wyciągnąć wniosek, że klauzula dotycząca zatrudnienia, obok wdrożenia przepisów unijnych dyrektyw zamówieniowych, stanowi również realizację zobowiązań Polski wynikających z art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Jak zostało dowiedzione, ta realizacja występuje w pełnym spektrum triady obowiązków, a więc w zakresie zobowiązania do poszanowania, ochrony oraz do wypełniania.

Z racji ograniczeń, o których była mowa na wstępie niniejszego opracowania, pominięto w nim inne rozwiązania prospołeczne. One także mogą być analizowane pod kątem zobowiązań prawnomiędzynarodowych naszego państwa. Analizy te najpewniej doprowadzą do podobnych wniosków.

Na zakończenie warto choćby zasygnalizować jeszcze jeden interesujący problem. Wykazane zostało, że wprowadzenie klauzuli dotyczącej zatrudnienia stanowi wykonanie zobowiązań płynących z art. 7 MPPGSiK. Czy w związku z tym można stwierdzić, że brak takiego mechanizmu *per se* stanowiłby naruszenie tego przepisu? Nie wdając się w szczegółowe analizy można przyjąć, że odpowiedź twierdząca byłaby zbyt daleko idącym wnioskiem. Pakt jest instrumentem dość elastycznym, pozwalającym na przyjęcie przez państwa-strony różnorodnych środków implementacyjnych. Klauzule

⁵⁸ K. Ołdak-Bulanowska, *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2015. Wersja elektroniczna podręcznika dostępna jest pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/30279/Aspekty_spoeczne_w_zamowieniach_publicznych_Podrecznik_Wydanie_II.pdf (data dostępu: 16.10.2019). Trzeba jednak przyznać, że podręcznik nie uwzględnia najnowszych zmian wprowadzonych nowelizacją Prawa zamówień publicznych z 2016 r.

⁵⁹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/zrownowazone-zamowienia-publiczne/spoeczne-zamowienia> (data dostępu: 16.10.2019 r.).

⁶⁰ Ang. *obligation to fulfil (promote)*.

⁶¹ Uwagi Ogólne nr 23, § 63.

społeczne w sferze zamówień publicznych są więc jednym z wielu możliwych rozwiązań. Nie można wykluczyć, że władze krajowe mogą osiągnąć podobny, a być może nawet lepszy⁶² efekt za pomocą innych środków, np. poprzez eliminację czynników sprawiających, że umowy o pracę wiążą się z dodatkowymi kosztami występującymi po stronie pracodawcy lub pracownika⁶³.

W sytuacji, kiedy takie środki nie zostały wdrożone przez państwo-stronę w sposób skuteczny i adekwatny, brak klauzuli dotyczącej zatrudnienia zwiększa ryzyko naruszenia art. 7 MPPGSiK, tym bardziej, że działania w sferze zamówień publicznych przypisywane są państwu, co otwiera drogę do przypisania mu odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej. Doniesienia prasowe i badania naukowe, w których opisywane są bulwersujące przypadki łamania prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy⁶⁴ pokazują, jak bardzo realne jest to ryzyko.

Wykaz literatury

- Balcerzak M., *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013.
- Duda K., *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016.
- Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Kulińska-Kępa Z., *Prawa obywatelskie i polityczne a prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. Porównanie systemów ochrony*, Warszawa 2017.
- Leimgruber M., *The Embattled Standard-bearer of Social Insurance and Its Challenger: The ILO, The OECD and the 'Crisis of the Welfare State', 1975–1985*, [w:] S. Kott, J. Droux (eds.), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, Basingstoke 2013.
- Morawska E., *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016.
- Naumowicz K., *Prawo do sprawiedliwych warunków pracy jako implementacja zasady sprawiedliwości w Europejskiej Karcie Społecznej*, „Studia Prawnoustrojowe” 2016, nr 32.

⁶² Klauzula dotycząca zatrudnienia, o której tu mowa wywiera skutki jedynie w sferze zamówień publicznych.

⁶³ W grę może wejść zniesienie kosztów związanych z zatrudnieniem albo wyrównanie kosztów związanych z umowami cywilnoprawnymi z kosztami zatrudnienia.

⁶⁴ Por. np. K. Duda, *Outsourcing usług ochrony oraz utrzymania czystości w instytucjach publicznych. Wpływ publicznego dyktatu najniższej ceny usług na warunki zatrudniania pracowników przez podmioty prywatne*, Wrocław 2016. Publikacja w formie elektronicznej dostępna pod tym adresem: http://lassalle.org.pl/wp2/wp-content/uploads/2016/02/OMSL_Outourcing_uslug-ochrony_i_sprzatania.pdf (data dostępu: 27.12.2018).

Oldak-Bułańska K., *Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych. Podręcznik*, Warszawa 2015.

Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

Summary

Labour Clause (article 29.3a of the Public Procurement Law) from the Perspective of Article 7 of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights

Key words: labour clause, human rights, International Economic, Social and Cultural Covenant, right to fair and favourable conditions of work, state's obligations under international law.

This contribution provides an analysis of the labour clause (article 29.3a of the Public Procurement Law) from the perspective of the right to just and favourable conditions of work as guaranteed in Article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. This analysis indicates that the labour clause, in addition to the implementation of the EU procurement directives, also fulfils Poland's obligations under Article 7 of the Covenant. This fulfilment occurs in a full spectrum of the triad of duties, i.e. in the sphere of the obligation to respect, protect and fulfil the right to fair and favourable working conditions. It was also concluded that, from the national point of view, contracting authorities and contractors can be considered to be obliged entities bound by the international law of human rights (although without the international legal personality) if their acts can be attributed to the state.

Tomasz Majer

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-4630-685X

Podstawy prawne działań represyjnych wobec przedstawicieli aparatu państwowego II Rzeczypospolitej w Polsce po II Wojnie Światowej

Wraz z faktycznym przejściem władzy w Polsce, ośrodek polityczny związany z PKWN, a właściwie z dominującą w tym gremium PPR, podjął szereg działań, tak faktycznych jak i prawnych o charakterze represyjnym i odwetowym wobec przedstawicieli szeroko rozumianego aparatu państwowego II RP. Miało to na celu zarówno utrwalenie władzy ludowej, jak również uniemożliwienie budowy ewentualnej opozycji skupionej wokół elit przedwojennych. Działania te stanowiły również swoistą demonstrację siły i sprawczości przedstawicieli nowej władzy. Wszelkie rozliczenia – tak w sferze propagandy, jak i realnych działań represyjno-odwetowych – okresu II Rzeczypospolitej utrwalić miały w społeczeństwie negatywny obraz zarówno całego przedwojennego państwa, jak i jego elit, które piętnowano jako odpowiedzialne za klęskę wrześniową i „faszyzację” państwa. Równocześnie działania te stworzyć miały wrażenie siły nowego ośrodka władzy, jak i nieodwracalności wprowadzonych przemian. Nie chodziło przy tym tylko o sferę symboliczną – choć i tu aktywność władzy była duża. Osoby związane z poprzednim systemem były wszak usuwane z życia publicznego lub wręcz fizycznie eliminowane. Tym samym ostrze działań propagandowo-odwetowych władzy ludowej skierowane było tak na symbole dawnego porządku, jak i reprezentujących go ludzi. W tym ostatnim przypadku dążono do eliminowania lub zastraszania potencjalnych lub domniemyanych przeciwników politycznych.

Nie bez znaczenia były także, przypisywane reprezentantom władzy ludowej, motywacje o charakterze *stricte* odwetowym wobec przedstawicieli przedwojennego aparatu państwa (II RP – T.M.), traktującego wszak proradzieckie siły polityczne w kategoriach nie tyle przeciwnika politycznego, co wroga państwa i faktycznej ekspozytury interesów wrogięgo mo-

carstwa¹. Tym samym intensywność działań represyjno-odwetowych, skierowanych tak wobec instytucjonalno-symbolicznego dziedzictwa II RP, jak i elit przedwojennych wynikała nie tylko z „pragmatycznej” potrzeby politycznej, ale również motywacji emocjonalnych. Nie można również pomijać presji zewnętrznej, tj. nacisków ze strony władz ZSRR na „zaostrenie kursu” wobec klas i warstw społecznych uznawanych za wrogie².

Wskazane wyżej działania (represyjno-odwetowe – T.M.) miały zarówno charakter formalny, związany z opartymi na prawie działaniami represyjnymi wobec osób zaangażowanych w działalność publiczną w II RP i stanowiących faktyczną lub domniemaną opozycję dla władzy ludowej, jak i działań czysto faktycznych, stanowiących nadużycie i tak surowego porządku prawnego lub wręcz działań o charakterze pozaprawnym.

Niezależnie od charakteru tych działań ich cel był tożsamy – eliminacja poprzez izolację w zakładach karnych lub zmuszenie do emigracji (ewentualnie uniemożliwienie powrotu do kraju) określonych wąskich grup społecznych oraz zastraszenie szerokich warstw społecznych, utożsamianych przez władze z zapleczem jej potencjalnej opozycji³. Swoistym efektem ubocznym tego procesu było wywołanie również ekonomicznego upośledzenia poddanych różnym formom represji grup społecznych. Ich przedstawiciele bezpośrednio poddawani byli różnego rodzaju działaniom pogarszającym ich sytuację materialną (utrudnienia w znalezieniu lub utrzymaniu pracy, nacjonalizacja majątku) lub też kierowani niebezpiecznymi obawami nie dochodzili swoich

¹ Szerzej m. in. O. Razyhrayev, *Policja Państwowa wobec ruchu antypaństwowego i dywersyjnego na terenie województwa wołyńskiego w latach 1921–1926*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio F, Historia” 2010, vol. 65, z. 1, s. 29–51, a także J. Ławnik, *Represje policyjne wobec ruchu robotniczego w latach 1918–1939*, Warszawa. 1979

² Od 28 września do 3 października 1944 r. przebywała w Moskwie delegacja PKWN w składzie: Bolesław Bierut, Edward Osóbka-Morawski, Michał Rola-Żymierski, Andrzej Witos i Wincenty Rzymowski. W nocy z 29 na 30 września r. podczas kolacji w rezydencji Stalina, w której uczestniczyli trzej pierwsi, a ze strony sowieckiej Stalin, Ławrientij Beria, Wiaczesław Mołotow i Anastas Mikojan, Stalin w brutalnej formie zakomunikował Bierutowi swą decyzję o radykalizacji kursu politycznego na administrowanym przez PKWN terytorium Polski. PPR miała zaostriżyć stanowisko wobec Armii Krajowej i „oboju londyńskiego”, zintensyfikować represje wobec „reakcyjnego podziemia”, w szczególności zaś dokonać natychmiastowego wysiedlenia rodzin ziemiańskich z ich posiadłości i domów, wbrew postanowieniom dekretu PKWN z 6 września 1944 r. o reformie rolnej. A. Kochański (oprac.), *Protokoły posiedzeń Biura Politycznego KC PPR 1944–1945*, Warszawa 1992, s. 18–19; W. Gomułka, *Pamiętniki, t. II*, BGW, Warszawa 1994, s. 309, cyt. za: M. Zaremba, *Wielka Trwoga. Polska 1944–1947*, Kraków 2012, s. 374.

³ Jak wskazuje P. Zaremba „(...) władze robiły wszystko, aby pogłębić wiedzę na temat represyjności nowego systemu. Rozwieszano dekryty na ulicach miast, drukowano je w prasie, informowano o nich w radiu. Ważną rolę w edukowaniu społeczeństwa za pomocą strachu odgrywały procesy pokazowe. (...) Wyroki śmierci miały być nie tylko karą czy zemstą władzy ludowej na ludziach podziemia, ale także groźbą dla wszystkich tych, którzy zamierzali się tej władzy sprzeciwić.” P. Zaremba, *Wielka Trwoga. Polska w latach 1944–1947*, Kraków 2012, s. 388–389; o wprowadzeniu polskiego ustawodawstwa karnego na Ziemiach Odzyskanych szerzej: T. Majer, *Pełnomocnik Rządu RP na Okręg Mazurski*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 18, s. 115–116.

praw, szczególnie jeśli wiązało się to z koniecznością wejścia w spór z instytucją publiczną. To zaś doprowadziło do sytuacji, w której szereg roszczeń, szczególnie kierowanych do skarbu państwa, uległo swoistemu zamrożeniu. Ten stan podwyższonej obawy, skutkujący niejednokrotnie brakiem aktywnego korzystania z przysługujących uprawnień, uznać należy również za uboczny efekt działań represyjnych, jakie stosowane były po II Wojnie Światowej przez władze polskie.

Odnosząc się bezpośrednio do kategoryzacji, instrumentów represji prawnej, jakie stosowane mogły być wobec przedstawicieli aparatu państwowego II Rzeczypospolitej, wskazać należy przede wszystkim na regulacje prawnokarne. Stanowiły one, co oczywiste, najbardziej dotkliwe i skuteczne narzędzie represji. Nie bez znaczenia był także propagandowy „potencjał” ich stosowania. Te unormowania wymagają zatem najszerszego omówienia, choć nie można również pomijać szeregu regulacji o charakterze administracyjnym i cywilistycznym, które również wpisywały się w generalny nurt represyjno-odwetowy.

System prawny powojennego państwa polskiego w obszarze prawa karnego był swoistą kompilacją rozwiązań funkcjonujących w II Rzeczypospolitej, na które nakładano, począwszy od sierpnia 1944 r., nowy porządek normatywny recypowany z ZSRR. Można przyjąć, że w efekcie ów system prawny składał się z trzech podstawowych, następujących segmentów:

- przejętego z II Rzeczypospolitej Kodeksu karnego z 1932 r., penalizującego czyny i zachowania o charakterze kryminalnym;
- rozbudowywanego zespołu aktów normatywnych, penalizujących zarówno negatywne zjawiska gospodarcze pierwszych lat powojennych (m.in. szaber), jak również wykorzystywanych do wspierania drogą represji karnej przebudowy stosunków własnościowych;
- rozbudowywanego zespołu aktów normatywnych, penalizujących czyny i zachowania o charakterze politycznym⁴.

Ostatni segment aktów normatywnych tworzyły dekrety zawierające przepisy określone najczęściej jako odwetowo-represyjne. Zalicza się do nich głównie:

- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego⁵;

⁴ P. Majer, *Milicja Obywatelska 1944–1957. Geneza, organizacja, działalność, miejsce w aparacie władzy*, Olsztyn 2004, s. 215.

⁵ Dekret z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (Dz.U. z 1944 r. Nr 4, poz. 16).

- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa⁶;
- Dekret z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa⁷;
- Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego⁸.

Pierwszy z dekretów miał na celu rozliczenie się ze sprawcami czynów godzących w byt państwa i narodu, popełnionych w czasie wojny i okupacji. Mógł on liczyć na zrozumienie społeczne, gdyż miał godzić w okupanta niemieckiego i osoby z nim związane. Inne intencje towarzyszyły dekretowi o ochronie państwa. Był to wyjątkowo represyjny akt prawny, zawierający tylko 11 przepisów, z których każdy dawał możliwość orzeczenia kary śmierci. Wydany na czas wojny, został uchylony wraz z wprowadzeniem (niewiele mniej drakońskiego) dekretu o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa.

13 czerwca 1946 r. wprowadzono kolejny, represyjny akt prawny, wymierzony w przeciwników władzy komunistycznej⁹. Rozwijał on normy zawarte w dekrecie z 16 listopada 1945 r. Nowy akt, nazwany potocznie małym kodeksem karnym (mkk), obowiązywał przez długie lata, aż do wprowadzenia z dniem 1 stycznia 1970 r. nowego kodeksu karnego¹⁰. Mały kodeks karny zawieszal w praktyce większą część przepisów ówczesnego kodeksu karnego z 1932 r. oraz rozszerzał stosowanie kary śmierci. Niezależnie od tego władze komunistyczne wprowadziły w życie 23 września 1944 r. kodeks karny Wojska Polskiego, który – w bardzo szerokim zakresie przedmiotowym – rozszerzał jurysdykcję sądów wojskowych na osoby cywilne. Stan taki trwał aż do maja 1955 r., kiedy weszła w życie ustawa z 5 kwietnia 1955 r.¹¹, o przekazaniu sądom powszechnym dotychczasowej właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych osób cywilnych, funkcjonariuszy organów bezpieczeństwa publicznego, Milicji Obywatelskiej i Służby Więziennej. Zmodyfikowany kodeks karny Wojska Polskiego z 1944 r. stracił jednakże moc

⁶ Dekret PKWN z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa (Dz.U. z 1944 r. Nr 10, poz. 50).

⁷ Dekret z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz.U. z 1945 r. Nr 53, poz. 300).

⁸ Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego (Dz.U. z 1946 r. Nr 5, poz. 46).

⁹ Dekret z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz.U. z 1946 r. Nr 30, poz. 192).

¹⁰ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 95).

¹¹ Ustawa z dnia 5 kwietnia 1955 r. o przekazaniu sądom powszechnym dotychczasowej właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych osób cywilnych, funkcjonariuszów organów bezpieczeństwa publicznego, Milicji Obywatelskiej i Służby Więziennej (Dz.U. z 1955 r. Nr 15, poz. 83).

obowiązującą dopiero wraz z wprowadzeniem w życie 1 stycznia 1970 r. nowego kodeksu karnego¹².

Normatywnym celem wprowadzenia przepisów odwetowych było rozliczenie się ze sprawcami czynów godzących w byt państwa, popełnionych w czasie wojny i okupacji. O ile większość tych przepisów mogła liczyć – jak zaznaczono wcześniej – na poparcie lub przynajmniej zrozumienie społeczne w związku z bezpośrednimi przeżyciami wojennymi ogółu ludności z uwagi na to, iż godziły one w okupanta niemieckiego i osoby z nim związane, o tyle dekret o faszyzacji stanowił wyjątek, gdyż skierowany był przeciwko funkcjonariuszom przedwojennego państwa polskiego. Pozostałe dekryty były również wykorzystywane do politycznych porachunków z przeciwnikami politycznymi, jednak w ich przypadku użyto pretekstu rozliczenia zdrajców narodu i kolaborantów. Dekret o faszyzacji był zaś podniesioną do rangi ustawy demonstracją przewagi politycznej¹³.

Jako pierwszy z dekretów odwetowych został ustanowiony przez PKWN tzw. dekret sierpniowy, tj. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego. Był najdłużej obowiązującym, wprowadzonym przez władzę ludową, aktem prawnym w całej historii powojennej Polski¹⁴. Wszedł w życie z dniem ogłoszenia, tj. 13 września 1944 r. i miał oczywiście charakter retroaktywny. W okresie obowiązywania był wielokrotnie nowelizowany. Ingerencje te prowadziły do rozszerzenia – poprzez wprowadzenie nieostrych znamion przestępstwa – zakresu kryminalizacji, które mogło być wykorzystane do innych celów niż ukaranie hitlerowców i kolaborantów. Potwierdziły to późniejsze procesy prowadzące do całkowitego wypaczenia pierwotnego sensu kryminalizacji czynów opisanych w przedmiotowym dekrete¹⁵.

Powszechnie znana jest, dokonana w okresie Polski Ludowej, interpretacja roli Polskiego Państwa Podziemnego, która polegać miała w najlepszym przypadku na uzgodnionym z Niemcami „staniu z bronią u nogi”, w najgorszym zaś na współpracy z niemieckim okupantem. Najbardziej znanym przykładem wyciągnięcia wniosków z takiej interpretacji był w rzeczywistości mord sądowy na szefie Kedywu, Emilu Auguście Fieldorfe¹⁶. Nie brakło

¹² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 95).

¹³ P. Kładoczny, *Prawo jako narzędzie represji w Polsce Ludowej (1944–1956). Prawna analiza kategorii przestępstw przeciwko państwu*, Warszawa 2004, s. 176.

¹⁴ W związku z zasadą nieprzedawniania przestępstw przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych jego art. 1 ust. 1 obowiązuje do dziś.

¹⁵ P. Kładoczny, op. cit., s. 183.

¹⁶ Po sfiingowanym procesie, w którym przedstawiono wymuszone w śledztwie przez UB zeznania podwładnych gen. Fieldorfa – mjr. Tadeusza Grzmielewskiego „Igora” i płk. Władysława Liniarskiego „Mścislawa”, których torturowano, generał Fieldorf został 16 kwietnia 1952 r.

i innych absurdalnych oskarżeń. Ten sam dekret, pomyślany jako środek odwetu na faktycznych okupantach i kolaborantach, stał się z czasem aktem prawnym godzącym zarówno w faktycznych, jak i domniemyanych przeciwników nowego ustroju społeczno-politycznego. Wynika to jasno m.in. z pracy G. Auscalera i W. Woltera, w której wskazano: „O ile w pierwszym okresie, na podstawie dekretu z 31 sierpnia 1944 r. sądzeni byli zbrodniarze wojenni (np. Hoess, Goeth, Greiser i inni) oraz jednostki spośród społeczeństwa polskiego, które dopuściły się zbrodni przewidzianych dekretem, a więc jawni kolaboranci, to w okresie następnym – nie osłabiając walki przeciwko wykrywanym przypadkom kolaboracji, stało się możliwe właściwe zakwalifikowanie z przepisów dekretu czynów tych osób, których współpraca z okupantem była ukryta przed społeczeństwem. Chodzi tu przede wszystkim o te organizacje okresu okupacji, które pod pozorem walki z okupantem ściśle z nim współdziałały. Wystarczy przypomnieć szereg procesów NSZ, proces „Startu”, szereg procesów przedstawicieli kierownictwa AK, delegatury <rządu> londyńskiego itd.”¹⁷

Procesy z dekretu sierpniowego, w których dowody winy były najmniej wiarygodne – a więc głównie skierowane wobec przeciwników politycznych, toczyły się w sądach tajnych. Liczba tego rodzaju represjonowanych nie jest znana. Według danych Ireny Rzeplińskiej¹⁸, w latach 1949–1958 na mocy przepisów tego dekretu skazano 7 644 osoby. Zbliżone wielkości podaje Anna Machnikowska¹⁹ stwierdzając, że według danych Ministerstwa Sprawiedliwości, wszystkie specjalne sądy karne wydały w latach 1945–1950 łącznie 3 954 wyroki skazujące na mocy dekretu sierpniowego²⁰, w tym 721 na karę śmierci. Z kolei Mirosława Melezini²¹, opierając się na ustaleniach L. Kubickiego²², przyjmuje, że sądy specjalne w okresie od 22 lipca 1944 r. do 22 lipca 1946 r. za przestępstwa z tzw. dekretu sierpniowego skazały 2 471 osób. Według jej szacunków ogólna liczba skazanych z tzw. dekretu sierpniowego w latach 1944–1960 wynosiła 16 819²³.

skazany w Sądzie Wojewódzkim dla m.st. Warszawy na karę śmierci przez powieszenie. 20 października 1952 r. Sąd Najwyższy na posiedzeniu odbywającym się w trybie tajnym, pod nieobecność oskarżonego i jedynie na podstawie nadesłanych dokumentów, zatwierdził wyrok. Prośba rodziny o ułaskawienie została odrzucona. Rada Państwa nie skorzystała z prawa łaski.

¹⁷ G. Auscaler, W. Wolter, *Prawo karne*, [w:] *Dziesięciolecie prawa Polski Ludowej 1944–1954. Zbiór studiów*, Warszawa 1955, s. 285.

¹⁸ I. Rzeplińska, *Konfiskata mienia. Studium z historii polityki kryminalnej*, Warszawa 1997, s. 50.

¹⁹ A. Machnikowska, *Sądownictwo karne na Pomorzu Gdańskim w latach 1945–1950*, [w:] T. Maciejewski (red.), *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, Koszalin 1999, s. 393.

²⁰ *Ibidem*, s. 400.

²¹ M. Melezini, *Punityność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003.

²² L. Kubicki, *Zbrodnie wojenne w świetle prawa polskiego*, Warszawa 1963.

²³ M. Melezini, *op. cit.*, s. 328.

Tzw. dekret sierpniowy spełniał rolę pomocniczą w eliminowaniu przeciwników politycznych, związanych z funkcjonowaniem w aparacie władzy II RP. Podstawową rolę w tym zakresie pełnił – czego dowodzi m.in. P. Kładoczny²⁴ – Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszycyzację życia państwowego. Wszedł w życie z dniem ogłoszenia, tj. 18 lutego 1946 r. i obowiązywał do momentu uchylecia go przez przepisy wprowadzające kodeks karny z 1969 r.²⁵ Zawierał przepisy o treści niespotykanej w dotychczasowym ustawodawstwie polskim. Przede wszystkim był to akt prawny o charakterze bardzo głęboko retroaktywnym, dotyczył bowiem czynów popełnionych przed 1 września 1939 r. (art. 10), a więc odległych od chwili wydania dekretu o co najmniej siedem lat. Sięgając tak daleko w przeszłość eliminowano fundamentalną zasadę nowoczesnego prawa karnego: *lex retro non agit*, kryminalizując czyny, które w okresie międzywojennym przestępstwami nie były. Co więcej, w celu rozciągnięcia odpowiedzialności karnej na międzywojenne dwudziestolecie, wprowadzał, na zasadzie *lex specialis* w stosunku do obowiązującego wówczas kodeksu karnego, odrębne przepisy, dotyczące przedawnienia (art. 7 ust. 2). Te elementy zasadniczo odróżniały prezentowany dekret od pozostałych dekretów odwetowych, które penalizowały czyny popełnione w okresie wojny, czyli w okresie, gdy zdaniem komunistów polskich, suwerenna polska władza państwowa nie istniała. Co więcej, dekret określając moment końcowy czasu, w którym można było dokonać czynu nim zabronionego, tj. 31 sierpnia 1939 r., nie podawał momentu początkowego. Znaczyło to, że retroaktywność tej regulacji rozciągała się wstecz w nieskończoność, a jedyne ograniczenie stanowił art. 7 ust 2 określający okres przedawnienia ścigania na dwadzieścia pięć lat, zaś wyrokowania – na trzydzieści. Tak więc w stan oskarżenia można było postawić osoby, które dopuściły się czynów określonych w dekrecie po 22 stycznia 1921 r. Określenie okresu przedawnienia wyrokowania spowodowało faktyczną nieaktywność tego aktu prawnego po 1 września 1969 r., bez konieczności jego uchylania klauzulą derogacyjną. Tym samym dekret można określić mianem epizodycznego, ze względu na czas jego faktycznego obowiązywania, ale nie ze względu na materię, której dotyczył²⁶.

Dekret generalnie regulował trzy kwestie. Po pierwsze, obejmował karalnością działania, które jakoby doprowadziły do klęski wrześniowej. Chodziło o niewłaściwe przygotowanie Polski do wojny oraz o niewłaściwe uzbrojenie i nieudolne prowadzenie wojny. Jedną z form działania przestępczego do tego prowadzących było „osłabienie ducha obronnego społeczeństwa” – czyn mimo swej niedookreśloności zagrożony karą śmierci (art. 1, pkt. b).

²⁴ P. Kładoczny, op. cit., s. 186.

²⁵ Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 95.

²⁶ P. Kładoczny, op. cit., s. 187.

Taką samą karą zagrożone były działania powodujące „umniejszenie lub osłabienie siły zbrojnej polskiej lub sprzymierzonej” (art. 1 pkt. a).

Po drugie, dekret wprowadzał odpowiedzialność karną osób, które mając prawo rozstrzygania spraw publicznych, czyniły to rzekomo na niekorzyść narodu, idąc tym samym na rękę ruchowi faszystowskiemu lub narodowosocjalistycznemu. Niezależnie od tego, dekret penalizował działalność osób, które „narzuciły Narodowi Polskiemu antydemokratyczną ustawę Konstytucyjną” (art. 6 pkt a). Praktycznie winy przypisywano tutaj działaniom na rzecz uchwalenia tzw. noweli sierpniowej z 1926 r do konstytucji marcowej z 1921 r. i uchwalenia konstytucji kwietniowej z 1935 r. Dopełnieniem odpowiedzialności karnej osób, które sprawowały przed wojną ważne politycznie funkcje, było rozszerzenie tejże odpowiedzialności na wszystkich współpracujących z władzami państwowymi w zakresie zabezpieczenia porządku konstytucyjnego (art. 3). Ustawodawca zagwarantował sobie tym sposobem możliwość eliminowania z życia publicznego i karania zarówno dawnych przeciwników politycznych, niesprawujących bezpośrednio władzy, jak i tajnych współpracowników policji i kontrwywiadu wojskowego, którzy penetrowali środowiska komunistyczne.

Najważniejsze procesy sądowe, wytoczone w oparciu o dekret z 22 stycznia 1946 r. przeprowadzone zostały w Warszawie. Tutaj, z oczywistych powodów, mieszkało najwięcej przedwojennych reprezentantów aparatu państwowego II RP. Najgłośniejsza bodajże sprawa karna o uczestnictwo w faszyzacji życia państwowego dotyczyła płk. Wacława Kostka-Biernackiego, komendanta twierdzy brzeskiej z 1930 r. i późniejszego wojewody poleskiego, do którego obowiązków służbowych należał m.in. nadzór nad obozem w Berezie Kartuskiej. Został skazany na karę śmierci, złagodzoną następnie do kary dożywotniego więzienia²⁷.

Najwyższym rangą przedwojennym politykiem, sądzonym i skazanym w oparciu o przepisy omawianego dekretu, okazał się były prezes Rady Ministrów, marszałek Sejmu i wicemarszałek Senatu, Kazimierz Świtalski. Oskarżono go o przeprowadzenie działań zmierzających do uchwalenia konstytucji kwietniowej, podważanie autorytetu Sejmu oraz naciski wyborcze. Sąd I instancji wymierzył za to K. Świtalskiemu karę ośmiu lat więzienia, a Sąd Najwyższy orzeczeniem z 15 października 1954 r. wyrok ten utrzymał w mocy²⁸.

K. Świtalski nie był jedynym reprezentantem międzywojennego aparatu państwowego, który został skazany na mocy dekretu z 22 stycznia 1946 r.,

²⁷ K. Sidorkiewicz, *Stosowanie w latach 1946–1956 na Pomorzu i Kujawach dekretu z 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego*, [w:] W. Kulesza (red.), A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, Warszawa 2000, s. 112.

²⁸ Ibidem, s. 113.

niejako *par force*, w oderwaniu od rzeczywistej wymowy zgromadzonego materiału dowodowego. Podobny los stał się udziałem byłego wojewody warszawskiego Stanisława Twardo. Skazano go na łączną karę ośmiu lat więzienia, za to, że: „idąc na rękę ruchowi faszystowskiemu w zawiązku z wykonywaniem urzędu wojewody działał w zakresie osłabienia ducha obronnego społeczeństwa polskiego przez to, że podległym sobie pracownikom wydziału bezpieczeństwa policji państwowej i starostom wydawał na ternie województwa polecenia aresztowania aktywnych działaczy ruchu lewicowego przed świętem klasy robotniczej, dniem 1 maja, udzielał im instrukcji odnośnie rozbijania strajków, demonstracji robotniczych, obserwacji, a następnie likwidacji członków KPP”²⁹. Prawdziwym jednak powodem skazania wojewody był sam fakt piastowania przez niego stanowiska za rządów „sanacji”, gdyż z akt sprawy wynikało, że wojewoda Twardo sympatyzował z ruchem robotniczym. Świadczy to jednoznacznie o celu ustanowienia dekretu.

Potwierdza to też sprawa prokuratora Mieczysława Siewierskiego, który w okresie międzywojennym pracował w Ministerstwie Sprawiedliwości, nadzorując m.in. śledztwa w sprawach działaczy Komunistycznej Partii Polski (KPP). Po wojnie początkowo „zapomniano mu” tę działalność, bowiem został skierowany do pracy na stanowisku pierwszego prokuratora Sądu Najwyższego RP w Łodzi, a 22 maja 1945 roku powołano go na stanowisko prokuratora Najwyższego Trybunału Narodowego (NTN). Jako prokurator NTN oskarżał aż w pięciu procesach niemieckich zbrodniarzy wojennych. Puszczanie w niepamięć przez powojenne władze „win” M. Siewierskiego było jednak chwilowe. 20 czerwca 1950 r., zaraz po zakończeniu procesu Alberta Forstera – w czasie okupacji namiestnika Okręgu Rzeszy Gdańsk-Prusy Zachodnie – Siewierski został aresztowany na mocy dekretu z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego. Jego proces miał być symbolem rozprawienia się z prawniczymi elitami międzywojnia. Obwiniono go o: „prowadzenie dochodzenia oraz śledztwa w sprawach komunistycznych w szczególności przeciwko członkom KPP, brania udziału w opracowaniu ustaw pogłębiających faszyzację życia państwowego w Polsce oraz aktywne współdziałanie w przeprowadzeniu wyborów z 1938 r. na podstawie faszystowskiej konstytucji 1935 r.” Sformułowania użyte w akcie oskarżenia odzwierciedlały propagandowe rozliczenia władz komunistycznych z rządami sanacji. Po dwuletnim śledztwie i procesie M. Siewierski został skazany na 6 lat więzienia za faszyzację życia politycznego³⁰. Na podstawie amnestii skrócono mu wyrok do 3 lat.

²⁹ J. Poksiński, *M, sędziowie, nie od Boga... Z dziejów sądownictwa wojskowego PRL 1944–1956. Materiały i dokumenty*, Warszawa 1996, s. 107.

³⁰ <https://plus.dziennikpolski24.pl/krakowski-oddzial-ipn-i-dziennik-polski-przypominaja-komedia-procesowa/ar/13807878> (data dostępu: 28.08.2019).

Osoby cywilne były zagrożone odpowiedzialnością za przestępstwa polityczne również przed sądami wojskowymi, co wynikało z wprowadzonego w życie 23 września 1944 r. kodeksu karnego Wojska Polskiego, który – w bardzo szerokim zakresie przedmiotowym – rozszerzał jurysdykcję sądów wojskowych na osoby cywilne. Były to sądy szczególnie represyjne, co potwierdzają dotychczasowe ustalenia. Według danych powołanych w pracy J. Poksińskiego³¹, odwołującego się do ustaleń innych autorów, w latach 1944–1949 sądy wojskowe wydały 45 tys. wyroków skazujących w stosunku do osób cywilnych – nie wyklucza się, że ich liczba mogła być wyższa o 10 tysięcy. Z innych ustaleń wynika, że w latach 1946–1949 sądy wojskowe wydały ponad 42,5 tys. wyroków skazujących za przestępstwa przeciwko państwu, w tym m.in.: 15,5 tys. za udział w nielegalnym związku, 1,1 tys. za szpiegostwo i sabotaż, 1,3 za gwałtowny zamach, 21 tys. za nielegalne posiadanie broni. Szacuje się, że w latach 1945–1949 sądy wojskowe wydały około 54 tys. wyroków za przestępstwa przeciwko państwu. Z kolei z pracy M. Stanowskiej³² odwołującej się do ustaleń dokonanych przez J. Paśnika wynika, że w latach 1946–1953 sądy wojskowe skazały 64 887 osób za przestępstwa przeciwko państwu, w tym: 25 046 osób – za udział w nielegalnym związku, 1 851 osób – za szpiegostwo, 729 osób – za sabotaż, 2 283 osoby – za gwałtowny zamach, 1 900 osób – za wrogą propagandę, 26 527 osób – za nielegalne posiadanie broni oraz 6 551 osób – za niedoniesienie o przestępstwie i naruszenie przepisów o ochronie tajemnicy państwowej.

Wśród tej olbrzymiej liczby skazanych większość pozostaje bezimienna. Miały miejsce jednak procesy, których przebieg był celowo nagłaśniany przez władze – tzw. procesy pokazowe. Była to metoda publicznego inkryminowania całych grup społecznych lub politycznych poprzez wytaczanie publicznego procesu z oskarżenia sfingowanego lub oskarżenia rzeczywistego, lecz z pominięciem tradycyjnych form państwa prawa i procedury karnej. Rozprawa sądowa z udziałem oskarżonych w takim procesie stawała się osią propagandowego ataku na reprezentowaną przez nich grupę społeczną, uznaną przez państwo za wrogą. Następstwem procesu była fala represji sądowych, policyjnych lub administracyjnych, skierowanych wobec członków tej grupy.

W Polsce jedną z tak piętnowanych grup byli reprezentanci międzywojennego aparatu państwowego, których nie tylko aresztowano i oskarżano, ale także sądzono w pokazowych procesach. W ten sposób „sprawiedliwość wymierzono” przywódcom PPS-WRN, pełniącym eksponowane funkcje w okresie międzywojennym, którym zarzucono m.in. planowanie obalenia przemocą ustroju „ludowo-demokratycznego” i współpracę z wywiadami

³¹ J. Poksiński, op. cit.

³² M. Stanowska, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach rehabilitacyjnych w latach 1988–1991*, „Archiwum Kryminalistyki” 1993, t. XIX, s. 137.

państw zachodnich. 6 listopada 1948 r. w „Robotniku”, organie prasowym PPS, ukazał się artykuł zatytułowany: *Proces przywódców WRN ukazuje nieprzerwany łańcuch zbrodni przeciwko ludowi polskiemu*, który w następujący sposób relacjonował początek procesu.: „Na sali sądowej odżyły wczoraj ciemne duchy przeszłości. Odżyły na szczęście już na właściwym miejscu – postaci zdradzieckie przedwojennych bonzów Partii, tych, którzy przez dwudziestolecie drugiej niepodległości konsekwentnie szli po linii zdrady i rozbijania klasy robotniczej, tych, którzy w okresie okupacji wywiedli na manowce uczciwych robotników, tych wreszcie, którzy nie spiskując przeciw Polsce sanacyjnej, spiskowali przeciw Polsce Ludowej”³³. Oskarżonym wymierzono kary do 10 lat więzienia, utratę praw obywatelskich do lat 5 oraz przepadek mienia. Wśród skazanych znalazł się m.in. Kazimierz Pużak³⁴, o którym prof. Norman Davies napisał, że „był uosobieniem wszystkiego, co komuniści najbardziej chcieli zniszczyć”. Natomiast oceniając proces stwierdził on, że „Był to najbardziej wyrazisty przykład zaaranżowanego z premedytacją aktu politycznego gwałtu, jaki tylko można sobie wyobrazić”³⁵.

W równie głośnym procesie zostali skazani oficerowie Wojska Polskiego – generał brygady Stanisław Tatar, pułkownik Marian Utnik i pułkownik Stanisław Nowicki³⁶. Oficerowie ci zostali oskarżeni o utworzenie w wojsku związku przestępczego, mającego na celu „obalenie przemocą demokratycznego ustroju Państwa Polskiego” (tzw. spisek w wojsku), a także o szpiegostwo na rzecz wywiadu brytyjskiego. Konsekwencją ich procesu były tzw. procesy odpryskowe, w wyniku których na karę śmierci skazano blisko 40 wojskowych, z czego stracono 20 osób.

Proces odwetowy dotyczył też Witolda Pileckiego, rotmistrza kawalerii Wojska Polskiego, współzałożyciela Tajnej Armii Polskiej, żołnierza Armii Krajowej, więźnia i organizatora ruchu oporu w KL Auschwitz. Oskarżono go i grupę jego podwładnych m.in. o zorganizowanie na terenie Polski sieci wywiadowczej na rzecz gen. Andersa. 15 marca 1948 r. rotmistrz został skazany na karę śmierci. W drugiej instancji, 3 maja 1948, Najwyższy Sąd Wojskowy wyrok ten utrzymał w mocy. Oprócz procesu głównego grupy „Witolda”, który był publiczny (pokazowy) i miał dostarczyć materiału propagandowego na

³³ <https://dzieje.pl/aktualnosci/proces-puzaka-i-innych-przywodcow-pps-wrn> (data dostępu: 28.08.2019).

³⁴ Członek PPS od 1904 r., więzień carski, wieloletni członek władz PPS, w latach 1919–1935 poseł na Sejm, podczas II wojny światowej jeden z przywódców PPS-WRN, komendant Gwardii Ludowej WRN, od 1944 r. do 1945 r. pełniący funkcję przewodniczącego Rady Jedności Narodowej. W czasie powstania warszawskiego był komendantem głównym Organizacji Wojskowej Pogotowia Powstańczego Socjalistów.

³⁵ <https://dzieje.pl/aktualnosci/proces-puzaka-i-innych-przywodcow-pps-wrn>.

³⁶ Proces ten toczył się w dniach 31 lipca – 13 sierpnia 1951 r. przed Najwyższym Sądem Wojskowym w Warszawie przeciwko dziewięciu wysokim oficerom „Ludowego” Wojska Polskiego, z przybyłym w październiku 1949 r. do Polski z Londynu byłym zastępcą szefa Sztabu Naczelnego Wodza ds. Krajowych gen. Stanisławem Tatarem na czele.

potwierdzenie tezy o szpiegowskiej działalności grupy i współpracy oskarżonych z okupantem hitlerowskim oraz miał stać się środkiem do sterroryzowania społeczeństwa, odbyło się szereg zamkniętych procesów odpryskowych. Prócz wydania wyroków na rozprawie głównej, na karę śmierci skazano przynajmniej sześć osób (wobec trzech zastosowano prawo łaski) oraz na kary więzienia przynajmniej osiem osób³⁷.

Po śmierci J. Stalina (5 marca 1953 r.) i ucieczce Józefa Światły (5 grudnia 1953 r.) oraz jego rewelacjach na falach Radia Wolna Europa, najwcześniejszej krytyce poddany został wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych. Doniosłe znaczenie miała ustawa z 5 kwietnia 1955 r. o przekazaniu sądom powszechnym dotychczasowej właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych osób cywilnych, funkcjonariuszy organów bezpieczeństwa publicznego, Milicji Obywatelskiej i Służby Więziennej³⁸. Jak podkreśla A. Rzepliński, był to pierwszy formalny sygnał powstrzymania stalinizacji wymiaru sprawiedliwości w Polsce³⁹. Tendencja ta nie znajdowała pełnego odbicia w sferze orzekania. Znaczący wpływ na to miało uchwalenie przez Sąd Najwyższy w dniu 16 października 1957 r. wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego orzekania kar przez sądy⁴⁰. Zmierzały one bardzo wyraźnie do zaostrzenia represji karnej wobec licznych kategorii sprawców. Stanowiły zapowiedź nowego okresu eskalacji punitowności prawa karnego⁴¹. Niemniej jednak przyjąć należy, że koniec dekady lat 50. stanowił (także na skutek samego upływu czasu i zogniskowania uwagi władz na powstających środowiskach opozycyjnych bezpośrednio niezwiązanych z państwem przedwojennym) pewną cezurę w zakresie stosowania sformalizowanych represji karnych wobec przedstawicieli aparatu państwowego II Rzeczypospolitej, tylko z powodu ich przedwojennej aktywności. Choć trudno mówić, by cezura ta oznaczała, co wskazano wyżej, „odwilż” w zakresie generalnej represyjności panującego w Polsce systemu, to równocześnie aparat władzy ogniskował swoją uwagę na celach innych niż przedwojenne elity.

Odnosząc się zaś do wspomnianych już instrumentów represji spoza sfery prawa karnego wskazać należy w pierwszej kolejności na wszelkie działa-

³⁷ W. Wysocki, *Rotmistrz Pilecki*, Warszawa 1994, s. 161–165.

³⁸ Ustawa z dnia 5 kwietnia 1955 r. o przekazaniu sądom powszechnym dotychczasowej właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych osób cywilnych, funkcjonariuszów organów bezpieczeństwa publicznego, Milicji Obywatelskiej i Służby Więziennej (Dz.U. z 1955 r. Nr 15, poz. 83).

³⁹ A. Rzepliński, *Sądownictwo w Polsce Ludowej, między dyspozycyjnością a niezawistością*, Warszawa 1989, s. 42.

⁴⁰ Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 października 1957 r. o wytycznych wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie prawidłowego orzekania kar przez sądy (M.P. z 1957 r. Nr 86, poz. 519).

⁴¹ M. Melezini, op. cit., s. 88–89.

nia władz, zmierzające do nacjonalizacji własności prywatnej, a także na reformę rolną. Co prawda nie stanowiły one wprost działań o charakterze odwetowym, lecz pamiętać należy, że ich skutkiem było podważenie, a nierzadko zupełne zniszczenie materialnych podstaw bytu środowisk i grup społecznych uznawanych przez władzę ludową za wrogie. Wśród grup tych istniała przy tym swoista nadreprezentacja osób w różny sposób związanych z szeroko rozumianym aparatem władzy II RP lub ówczesnymi elitami politycznymi. Tym samym władze powojennej Polski, realizując ideologiczne imponderabilia w zakresie przekształceń społecznych i własnościowych równocześnie osiągnęły także drugi (nie tak eksponowany w propagandzie) cel – osłabiły środowiska uznawane za wrogie lub przeciwnie nowemu ustrojowi.

W tym kontekście wskazać należy przede wszystkim na dekret PKWN z 6 września 1944 r.⁴² o przeprowadzeniu reformy rolnej⁴³. Pamiętać należy, że uderzał on nie tylko w dużych właścicieli ziemskich (a ci naturalnie nie mogli być uważani za zaplecze społeczne PPR), ale również powiązany był z dekretem z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego⁴⁴, a także z dekretem PKWN z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa⁴⁵. Dekret o przeprowadzeniu reformy rolnej wprost w art. 2 pkt.1 ppkt c wskazywał, że na cele reformy rolnej przeznaczone będą nieruchomości ziemskie, będące własnością osób skazanych prawomocnie za zradę stanu, za dezercję lub uchylanie się od służby wojskowej, za pomoc udzieloną okupantom ze szkodą dla państwa lub miejscowej ludności, względnie za inne przestępstwa, przewidziane w dekreście Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. (Dz.U. R.P. Nr 4, poz. 16) oraz w dekreście Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 30 października 1944 r. o ochronie Państwa (Dz.U. R.P. Nr 10, poz. 50). Tym samym represja natury karnej (a oba wcześniej wymienione akty wykorzystywane były również jako narzędzie rozliczeń z niepożądanymi przez władze ludową osobami) połączona była z represją skierowaną na sferę własności. Ponadto regulacje „cywilistyczne” stanowić mogły niejako uzupełnienie zasadniczej represji karnej i to nie jako bezpośredni element kary, lecz dodatkowa represja, która oderwana była od wymiaru już ustalonej kary.

Zupełnie odrębnego potraktowania wymaga ustawa z 12 marca 1958 r. o sprzedaży państwowych nieruchomości rolnych oraz uporządkowaniu niektórych spraw związanych z przeprowadzeniem reformy rolnej i osadnictwa rolnego⁴⁶. W art. 9 wskazywała ona, że nieruchomości rolne i leśne, objęte we władanie państwa do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, przyjmuje się

⁴⁶ Ustawa z dnia 12 marca 1958 r. o uporządkowaniu niektórych spraw związanych z przeprowadzeniem reformy rolnej i osadnictwa rolnego (Dz.U. Nr 17, poz. 71).

na własność państwa bez względu na ich obszar, jeżeli znajdują się one nadal we władaniu państwa lub zostały przekazane przez państwo w użytkowanie innym osobom fizycznym lub prawnym. Nieruchomości te przejmuje się bez odszkodowania, a długi i ciężary zabezpieczone na tych nieruchomościach umarza się, z wyjątkiem służebności gruntowych, których utrzymanie w mocy uznane zostanie za niezbędne. Ustawa legalizowała zatem nawet sytuacje, w których do przejścia nieruchomości przez skarb państwa dochodziło z naruszeniem prawa. Mając na uwadze i tak dużą elastyczność oraz zasięg przepisów regulujących wywłaszczanie nieruchomości rolnych i leśnych, wskazana wyżej ustawa pozwalała na prawne usankcjonowanie nawet działań represyjnych, które nie znajdowały oparcia w literze prawa, a stanowiły tylko wyraz przewagi aparatu władzy nad jednostką.

Odnosząc się zaś do sytuacji nieruchomości miejskich wskazać należy m.in. na dekret z dnia 21 grudnia 1945 r. o publicznej gospodarce lokalami⁴⁷. Akt ten pozwalał – w wybranych ośrodkach miejskich – właściwie na wyzbycie właścicieli nieruchomości mieszkalnych i użytkowych prawa do swobodnego nimi dysponowania. Było to skutkiem wprowadzenia ustawowej „publicznej gospodarki lokalami” w miastach i osiedlach, w których nie została wprowadzona publiczna gospodarka lokalami, ustanowiona z inicjatywy rad narodowych „kontrolni najmu lokali mieszkalnych”. Elastyczność i uznaniowy charakter regulacji zawartych we wskazanym wyżej akcie pozwalał z jednej strony na bardzo efektywne prowadzenie polityki mieszkaniowej w zniszczonych wojną aglomeracjach borykających się z niedoborem mieszkań, z drugiej zaś strony był znakomitym instrumentem „miękkiej” represji. Służyć mógł bowiem wpływaniu nie tylko na samych właścicieli nieruchomości miejskich, ale także na osoby chcące w określonych miejscach zamieszkać.

W kontekście „miękkich” środków represji, a także narzędzi zamierzonej dyskryminacji określonych kategorii obywateli wskazać należy również na kwestie edukacji. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na Rozporządzenie Ministra Oświaty z dnia 19 maja 1948 r. o trybie postępowania przy przyjmowaniu kandydatów na I rok studiów do państwowych szkół wyższych na rok szkolny 1948/49⁴⁸. W § 7 wyraźnie wskazano m.in., że w przypadku, jeżeli liczba zgłoszeń przekracza ustaloną ilość miejsc na danym wydziale (oddziale, studium), spośród kandydatów, którzy pomyślnie złożyli egzamin, pierwszeństwo przyjęcia mają: dzieci robotników, chłopów oraz inteligencji pracującej szczególnie ze środowisk mających utrudniony dostęp do kultury oraz młodzież autochtoniczna Ziemi Odzyskanych, wreszcie osoby, wykazują-

⁴⁷ Dekret z dnia 21 grudnia 1945 r. o publicznej gospodarce lokalami (Dz.U. z 1946 r. Nr 4, poz. 27).

⁴⁸ Rozporządzenie Ministra Oświaty z dnia 19 maja 1948 r. o trybie postępowania przy przyjmowaniu kandydatów na I rok studiów do państwowych szkół wyższych na rok szkolny 1948/49 (Dz.U. z 1948 r. Nr 29, poz. 196).

ce się zaświadczeniem dowództwa brygady „Służba Polsce”, stwierdzającym odbycie służby w pierwszym lub drugim turnusie 1948 r. w łącznej liczbie, którą określi w drodze zarządzenia Minister Oświaty. Tym samym ten wyraz pozytywnej dyskryminacji pewnych grup społecznych odbijać musiał się w negatywny sposób na pozostałych, w tym na rodzinach przedstawicieli aparatu państwowego II Rzeczypospolitej.

W kontekście „miękkich” środków represji wskazać należy również na kasus Eugeniusza Kwiatkowskiego. Uniknął on najsurowszych form represji, lecz po krótkim okresie względnej akceptacji przez władzę ludową – dotknięty został szeregiem utrudnień. Kwiatkowski został zmuszony do opuszczenia Wybrzeża bez prawa powrotu. Zakaz zamieszkania objął także Warszawę i Poznań. Cenzura zablokowała także wydanie napisanego przez niego „Zarysu dziejów gospodarczych świata”.

Wskazane wyżej regulacje stanowią jedynie wycinek z całego wachlarza możliwości oddziaływania na jednostkę, jaki znalazł się w ręku władzy po 1944 r. Już ten katalog przykładów pozwala jednak stwierdzić, że nie tylko „klasyczna” represja natury karnej mogła stanowić przedmiot obaw osób związanych z szeroko rozumianym aparatem władzy II RP. Władza ludowa dysponowała tu narzędziami i metodami o różnym stopniu dolegliwości i drastyczności. Nierzadko instrumenty służące wywieraniu presji na jednostkę kamuflowane były jako środki służące zupełnie innym celom. Tym samym proste ustalenie granic i zakresu represji wobec osób związanych z aparatem państwowym II RP jest niełatwe lub wręcz możliwe. Nierzadko bowiem stosowanie różnych form represji miało zmieniającą się w czasie intensywność, a czasami bezpośrednio oddziaływanie władzy na jednostkę nie było konieczne. Zupełnie wystarczająca okazywała się sama groźba użycia takich środków lub towarzysząca całym grupom społecznym obawa przed różnego rodzaju sankcjami. Utrzymywanie tego rodzaju stanu traktowane może być przy tym samo w sobie jako forma rozproszonej represji.

Wykaz literatury

- Auscaler G., Wolter W., *Prawo karne*, [w:] *Dziesięciolecie prawa Polski Ludowej 1944–1954. Zbiór studiów*, Warszawa 1955.
- Kładoczny P., *Prawo jako narzędzie represji w Polsce Ludowej (1944–1956). Prawna analiza kategorii przestępstw przeciwko państwu*, Warszawa 2004.
- Kubicki L., *Zbrodnie wojenne w świetle prawa polskiego*, Warszawa 1963.
- Ławnik J., *Represje policyjne wobec ruchu robotniczego w latach 1918–1939*, Warszawa 1979.
- Machnikowska A., *Sądownictwo karne na Pomorzu Gdańskim w latach 1945–1950*, [w:] T. Maciejewski, (red.), *Dzieje wymiaru sprawiedliwości*, Koszalin 1999.
- Majer P., *Milicja Obywatelska 1944–1957. Geneza, organizacja, działalność, miejsce w aparacie władzy*, Olsztyn 2004.

- Majer T., *Pełnomocnik Rządu RP na Okręg Mazurski*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, nr 18.
- Melezini M., *Punitivność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białyłstok 2003.
- Misiuk A., *Policja Państwowa 1919–1939. Powstanie, organizacja, kierunki działania*, Warszawa 1996.
- Peplowski A., *Policja Państwowa w systemie organów bezpieczeństwa drugiej Rzeczypospolitej*, Szczytno 1991.
- Poksiński J., *My, sędziowie, nie od Boga... Z dziejów sądownictwa wojskowego PRL 1944–1956. Materiały i dokumenty*, Warszawa 1996.
- Razyhrayev O., *Policja Państwowa wobec ruchu antypaństwowego i dywersyjnego na terenie województwa wołyńskiego w latach 1921–1926*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio F, Historia” 2010, vol. 65, z. 1.
- Rzeplińska I., *Konfiskata mienia. Studium z historii polityki kryminalnej*, Warszawa 1997.
- Rzepliński A., *Sądownictwo w Polsce Ludowej, między dyspozycyjnością a niezawisłością*, Warszawa 1989.
- Sidorkiewicz K., *Stosowanie w latach 1946–1956 na Pomorzu i Kujawach dekretu z 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszycację życia państwowego*, [w:] W. Kulesza (red.), A. Rzepliński (red.), *Przestępstwa sędziów i prokuratorów w Polsce lat 1944–1956*, Warszawa 2000.
- Stanowska M., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach rehabilitacyjnych w latach 1988–1991*, „Archiwum Kryminalistyki” 1993, t. XIX.
- Wysocki W., *Rotmistrz Pilecki*, Warszawa 1994.
- Zaremba M., *Wielka Trwoga. Polska 1944–1947*, Kraków 2012.

Summary

Legal grounds for repressive measures against representatives of the state apparatus of the Second Polish Republic after World War II

Key words: repression, criminal law, officials, authorities, law.

After the end of World War II and the takeover of power in Poland by the communists, repression began against people associated with the state administration of the Second Polish Republic. The authorities issued a number of legal acts allowing the use of repression against political opponents. Government officials of the Second Polish Republic and the wider elite of that country were also considered political opponents. Mere political activity or work in government administration could have caused repression. The communists recognized the interwar Polish authorities as hostile. Participation in exercising and exercising power after 1926 was often a sufficient excuse for repression. The repression used by the communist authorities took the form of both abuses of power and law-based activities. The latter will be di-

scussed in this article. The Polish authorities issued a number of legal acts enabling discriminatory or repressive measures against specific persons or social groups. Some citizens were to be punished for their political and professional activity before the war. The repressions were related to both criminal-law and civil and administrative law. In addition to imprisonment and other penalties, opponents of the state faced nationalization as well as a campaign of administrative difficulty and harassment. These provisions require careful discussion. Their validity and application may currently form the basis for questioning the legality of a number of state actions. It should also be generally determined when service in the interwar administration or political activity ceased to constitute the basis for repression.

Julianna Makilla-Polak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

ORCID: 0000-0003-0230-633X

Zakaz dotykania eksponatów – bezwzględna konieczność czy zbędne utrudnienie? Problematyka bardzo bliskiego kontaktu odbiorcy z eksponatem

Niniejszy artykuł poświęcony został problematyce dotykania eksponatów przez zwiedzających oraz mającemu temu zapobiec, wszechobecnemu w muzeach i galeriach, zakazowi dotykania. Na potrzeby niniejszych rozważań przyjęte zostało założenie, iż zakaz ten można rozpatrywać w dwóch kategoriach: jako bezwzględnie obowiązującej konieczności i jako zbędnego utrudnienia. W związku z tym, dla każdej z powyższych kategorii zostaną wskazane związane z nimi dylematy i wątpliwości oraz ilustrujące je przykłady.

Zmysł dotyku od zarania dziejów stanowi naturalną drogę poznania świata dla każdej żywej istoty. Jego wagę i znaczenie dostrzegli już starożytni filozofowie, w tym Arystoteles, który określił dotyk „podstawową formą zmysłu”¹, aczkolwiek nie najdoskonalszą, za którą to uznał wzrok². Zauważył, że prawie wszystkie zwierzęta są obdarzone zmysłem dotyku³. Jak pisał: „(...) jedne zwierzęta posiadają wszystkie zmysły, inne mają tylko niektóre z nich, inne jeszcze mają tylko jeden – najpotrzebniejszy, to jest dotyk.”⁴ Samo postrzeganie świata zmysłami przyporządkował duszy ludzkiej⁵ i wyraźnie oddzielał je od poznania intelektualnego – właściwego rozumowi⁶. Rozróżnienie, które wprowadził Arystoteles, przekształciło się na przestrzeni kolejnych epok w specyficzną tendencję do postrzegania zmysłów ludzkich. Zgodnie z nią wzrok otrzymał rangę zmysłu intelektualnego, powiązanego ze sferą niematerialną, zaś dotyk przypisano ciału ludzkiemu, reprezentującemu świat materialny, poznawalny haptycznie. Ta odmienność

¹ Arystoteles, *O duszy*, Kraków 2016, Księga II, Rozdział 1.

² Idem, *Metafizyka = Ta meta ta fusika = Metaphysica*, Lublin 2017, Księga Alfa (I).

³ Idem, *O duszy*, Księga II, Rozdział 1.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem, Księga I, Rozdział 5.

⁶ Ibidem, Księga I, Rozdział 1.

zmysłów wzroku i dotyku znalazła swój wyraz m.in. w sztuce. Przykładowo w dziele C. Ripy, włoskiego badacza sztuki z przełomu XVI i XVII w., dotyk zajmuje ostatnie miejsce w hierarchii ludzkich zmysłów, po wzroku (najważniejszym), słuchu, węchu i smaku⁷. Wskazana wyżej hierarchia obowiązuje po dzień dzisiejszy, czego dowodem jest choćby podporządkowanie współczesnej kultury zmysłowi wzrokowemu. Prymat zmysłu wzroku potwierdził rozwój nauki oraz techniki. Z naukowego punktu widzenia jest on najbardziej złożonym, lecz jednocześnie najdoskonalszym spośród wszystkich zmysłów, przez co uznaje się go za zmysł kluczowy w procesie poznawania świata⁸. Badacze problematyki kontaktu z kulturą osób z dysfunkcją wzroku określają wzrok mianem zmysłu symultanicznego, czyli takiego, który umożliwia jednoczesne odbieranie wielu wrażeń i poznanie cech jednego lub wielu przedmiotów naraz⁹. Umożliwia on poznanie wybranego przedmiotu z odległości, w przeciwieństwie do dotyku, który wymaga bezpośredniego kontaktu z przedmiotem. Jak pisał R. Więckowski, zakres percepcji dotykowej osób niewidomych i niedowidzących ogranicza długość i rozpiętość ramion: „(...) ile da się objąć rękami – tyle się zobaczy”¹⁰. Dotyk jest również zmysłem sukcesywnym, co oznacza, że poznawanie otaczającego świata następuje stopniowo, wrażenie po wrażeniu, a to wymaga od odbiorcy więcej czasu oraz większego skupienia. Dlaczego w takim razie w procesie edukacji osób z dysfunkcją wzroku kładzie się nacisk na rozwijanie zmysłu dotyku, który z uwagi na odmienną od wzroku budowę i funkcję, nie jest go w stanie zastąpić? Otóż doświadczenia opiekunów wskazanych osób wyraźnie pokazują, że wrażenia odbierane za pomocą zmysłu dotyku, w przeciwieństwie do wrażeń uzyskiwanych za sprawą słuchu czy węchu, „(...) mają najbardziej realny charakter, najbardziej zbliżony do wrażeń wzrokowych.”¹¹ Przyczyny takiego stanu rzeczy upatrywać należy w fakcie, iż czucie dotyku odbierane jest z powierzchni skóry dzięki ciałkom dotykowym – receptorom, przy czym ich największe zagęszczenie występuje właśnie w skórze opuszków palców¹²,

⁷ Pierwsze wydanie pracy C. Ripy zatytułowanej *Ikonologia: ovvero descrizione di diverse imagini cavate dall' antichita, e di propria inventione* pochodzi z 1593 r. Patrz: C. Ripa, *Ikonologia*, Kraków 1998, s. 241–242.

⁸ P.G. Zimbardo, R.J. Gerrig, *Psychologia i życie*, Warszawa 2012, s. 166. Jak się okazuje wzrok odgrywa kluczową rolę w procesie poznawczym świata już od pierwszych lat życia, czego dowodem może być fakt, iż w postępowaniu karnym dopuszczalne jest przesłuchanie dziecka m.in. w charakterze świadka przestępstwa. Szerzej patrz: V. Kwiatkowska-Darul, *Przesłuchanie dziecka*, Kraków 2001.

⁹ R. Więckowski, *Sztuka prezentowania sztuki*, s. 5, http://nimosz.pl/upload/muzea_bez_barrier/Sztuka_prezentowania_sztuki.pdf (data dostępu: 14.03.2016).

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Słowa wypowiedziane przez s. Blankę Wąsałę, opiekunkę z ośrodka dla niewidomych i niedowidzących w Laskach. Cyt. za: R. Więckowski, *Sztuka...*, op. cit., s. 5.

¹² W. Traczyk (red.), *Fizjologia człowieka w zarysie*, Warszawa 2016, s. 148–149, 152.

dzięki czemu odczuwanie stymulacji na opuszkach palców jest 10-krotnie bardziej dokładne niż np. na plecach¹³.

Naturalna potrzeba dotknięcia, choć na co dzień nie wydaje się to tak oczywiste, jest niezwykle silna, o czym szerzej dalej. Jednakże istnieją sytuacje, w których jej odgórne ograniczenie stanowi bezwzględną konieczność, wyrażoną np. w formie omawianego zakazu dotykania eksponatów. W związku z tym większość wskazanych instytucji nastawiona jest na odbiorców posługujących się przede wszystkim wzrokiem, przy czym warto zauważyć, że „odbiorcę” sztuki zwykle określa się właśnie mianem „widza”. Wyjątki od zakazu dotykania eksponatów pojawiać zaczęły się pod wpływem rozwoju nowoczesnych technologii. Wpierw pojawiły się one w pracowniach artystów, istotnie zmieniając formy ich wypowiedzi, a z czasem zagościły również w muzeach i galeriach. To właśnie wówczas część instytucji zaczęła kłaść nacisk na interdyscyplinarność oraz interaktywność wystaw, innymi słowy na zbliżenie sztuki z odbiorcą. Poskutkowało to traktowaniem muzeów i galerii jako obiektów multimedialnych, interaktywnych, a nawet centrów nauki, w których zakaz dotykania nie obowiązuje¹⁴. Zauważyć należy, że rzadko który odbiorca nie wie, w jaki sposób zachować się w obliczu eksponatów sztuki dawnej, cenionej głównie z uwagi na jej walory estetyczne oraz wiek. „(...) Większość z nas wie, jak się zachować w galerii malarstwa renesansowego czy barokowego. Nikomu nie przyjdzie do głowy dotykanie obrazu Botticellego, Bruegla (...). Nie dotykamy, gdyż eksponaty są stare. Natomiast problem pojawia się w muzeum sztuki współczesnej.”¹⁵ Przyczyny powyższego stanu rzeczy upatrywać można w niewystarczającym obeznaniu oraz wykształceniu odbiorców w zakresie sztuki, skutkującego brakiem rozeznania w intencjach artysty oraz postrzeganiem eksponatów jedynie w kategoriach estetycznych oraz przez pryzmat ich wieku¹⁶. W tym miejscu nasuwa się jednak pewna wątpliwość, a mianowicie czy szacunek i respekt wynikający z estetyki i wieku obiektu rzeczywiście powstrzymuje typowego odbiorcę od jego dotknięcia? Niestety trudno dać temu wiare. O tym, że dotykanie eksponatów jest praktyką powszechną świadczyć może choćby proste, zupełnie niezobowiązujące badanie przeprowadzone przez autorkę podczas międzynarodowej konferencji naukowej pt. *Nauki penalne wobec zjawiska destrukcji w sztuce*. Ujawniło ono, iż zaledwie dwie osoby spośród około dwudziestu pięciu zgromadzonych na sali nigdy nie dotknęły żadnego eksponatu. Przyjmując zatem można, że dotykane są wszystkie typy eksponatów, niezależnie od

¹³ P.G. Zimbardo, R.J. Gerring, op. cit., s. 186.

¹⁴ P. Zięciak, B. Żurawska, „*Prosimy nie dotykać*” – dzieło w muzeum sztuki współczesnej, <http://fuss.com.pl/artykuly/katem-oka/prosimy-nie-dotykac-dzielo-wmuzeum-sztuki-wspolczesnej/> (data dostępu: 18.05.2016).

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

ich wieku i walorów estetycznych, lecz z różną częstotliwością. Obiekty dawne, zwykle cieszące się uznaniem i renomą, wykonane z tradycyjnych materiałów (np. z drewna, kamienia, metalu etc.) rzadziej obierane są za cel przez dotykających. Częściej dotykane są obiekty posługujące się nowoczesną formą wyrazu, np. będące przestrzenną instalacją wykonaną z różnych materiałów codziennego użytku. Powyższy wniosek jest zbieżny z ustaleniami włoskiego badacza D. Gamboni w zakresie niszczenia eksponatów, który uznał m.in., że przedmioty wykonane z nowoczesnych materiałów, takich jak np. beton, plastik, stal, a także wykonane z nietypowo połączonych ze sobą materiałów oraz wykonane fabrycznie, są o wiele częściej niszczone niż te powstałe z tradycyjnych materiałów¹⁷. Za przykłady prac zachęcających odbiorcę do bliższego zapoznania się z nimi za pomocą dotyku posłużyć mogą *Niewidzialna ręka rynku to także Ty! J. Wójcik z 2008 r.*, do złudzenia przypominająca prawdziwe przedmioty w postaci stołu, laptopa i projektora multimedialnego wraz z okablowaniem, które w rzeczywistości wykonane zostały z tektury z drobiazgową wręcz pieczołowitością. Złudzenie wzmaga z pewnością zastosowana przez autorkę jednolita kolorystyka – biel. Drugim przykładem są rzeźby zatytułowane *Humanoidy* autorstwa E. Neto z 2001 r. wykonane z poliamidu połączonego z aksamitem wypełnionego styropianem z domieszką lawendy. Rzeźby te pociągają odbiorców swymi człekokształtnymi formami, wykonanymi w różnych rozmiarach, m.in. małego dziecka i dorosłego człowieka, zachęcając do ich przytulenia, objęcia, a nawet wygodnego usadowienia się¹⁸. Obie prace wystawiane były kilka lat temu w Centrum Sztuki Współczesnej *Znaki Czasu* w Toruniu, w którym prezentowano również niezwykle interesującą w kontekście niniejszy rozważań, wystawę zatytułowaną *(Nie) dotykaj! Haptyczne aspekty sztuki polskiej po 1945 r.* Część zgromadzonych bowiem na niej prac przeznaczona była do dotykania. W sali otwierającej wystawę można było swobodnie penetrować wnętrza, przenosić, a nawet turlać prace D. Reniszyna z serii *Protezy*. Z kolei rzeźby I. Demko *Uwikłanie* (w formie powiązanych ze sobą ludzkich postaci) można było do woli związywać i rozwiązywać, a rzeźby z serii *Przytulanki* o niezwykle wymownych tytułach, m.in.: *Przytul mnie, Kołysz mnie, Usiądź na mnie*, do woli dotykać, głaskać, tulić etc. Haptycznie poznawać można było też m.in. *Królika* – rzeźbę B. Bandy oraz *Matola* autorstwa A. Ska. W pozostałych salach wystawy obowiązywał zakaz dotykania eksponatów. Intencje organizatorów były jasne: w jednej części mocno pobudzono i zaspokojono zainteresowanie

¹⁷ D. Gamboni, *The destruction of art. Iconoclasm and Vandalism since the French Revolution*, London 2007, s. 173.

¹⁸ Praca J. Wójcik – patrz np. <http://www.obieg.pl/rozmowy/5812> (data dostępu: 21.05.2016). Praca E. Neto patrz np. http://www.tanyabonakdargallery.com/artists/ernesto-neto/emodal/sculpture-and-installation_5, (data dostępu: 21.05.2016). Autorka nie bez przyczyny przywołała powyższe prace, bowiem pracując na stanowisku opiekuna ekspozycji w Centrum Sztuki Współczesnej *Znaki Czasu* w Toruniu wielokrotnie interweniowała podczas prób ich dotknięcia.

oraz ciekawość odbiorców, zaś w pozostałych kontrolowano ich zachowanie. To ostatnie działanie poczytywać można by za jedną z form edukacji zwiedzających w zakresie szacunku do prezentowanych w muzeach i galeriach eksponatów.

Rzeczywista skala dotykania eksponatów jest trudna do oszacowania. Czynność ta jest pomijana w opracowaniach naukowych oraz w statystykach dotyczących przestępczości przeciwko zabytkom w Polsce, w których wspomina się przede wszystkim o: kradzieżach, kradzieżach z włamaniem, zniszczeniach lub uszkodzeniach oraz nielegalnym wywozie¹⁹. Przyczyny takiego stanu rzeczy upatrywać można w fakcie, że dotykanie eksponatów jest w zasadzie niezwykle trudne do wykazania. Sprawcę „przyłapanego” na dotykaniu przeważnie jedynie poucza się słownie, nakazując mu odsunięcie się od obiektu, bez zgłaszania czynu organom ścigania. Ponadto przypadków dotykania nie nagłaśnia się w mediach. Podejrzewać można, iż jest to związane z dwoma czynnikami. Pierwszym z nich jest ich powszechność, którą pokazuje choćby wyżej wskazane badanie. Warto wspomnieć w tym miejscu, iż informacja o powszechności określonych zachowań ludzkich lub konkretnych czynów rzadko kiedy wywiera wrażenie na odbiorcy. Potwierdza to naukowo udowodniona prawidłowość pomijania przez odbiorcę informacji o częstotliwości zjawiska w procesie wnioskowania²⁰. W związku z tym wyróżnić można następującą tendencję: prawie każdy dotyka eksponatów, nie widząc w tym nic złego i prawie nikt, słysząc o powyższym problemie, nie przywiązuje wagi do jego skali. Drugim czynnikiem jest postrzeganie dotykania eksponatów jako czynów błahych i nieszkodliwych, podobnie jak przyklejanie do nich gumy do żucia czy zamieszczanie na nich napisów²¹. O tym, że są to działania jedynie pozornie niegroźne świadczyć może choćby kasus zniszczenia obrazu *Black on Maroon M. Rothko* przez W. Umańca, który w 2012 r. podpisał się na wskazanym dziele²². Prace konserwatorskie trwały ponad 12 miesięcy i szacuje się, że mogły kosztować ok. 200 tys. funtów²³. Powyższych działań nie

¹⁹ Patrz np.: K. Czaplicka, *Przestępczość kryminalna przeciwko dobrom kultury w Polsce w latach 2013–2014*, „Cenne. Bezcenne. Utracone” 2015, nr 1, s. 94.

²⁰ H. Brycz, *Człowiek – instrukcja obsługi. Przewodnik po zachowaniach społecznych*, Sopot 2012, s. 48.

²¹ W. Pływaczewski, *Wandalizm z perspektywy ochrony dziedzictwa kultury – diagnoza zjawiska oraz możliwości przeciwdziałania*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Gdańsk – Warszawa 2014, s. 543. Lekceważące traktowanie ww. czynów wpisywałoby się według W. Pływaczewskiego w wiktymologiczną koncepcję „przestępstw bez ofiar” (*victimless crime*). Idem, op. cit., s. 528. Warto w tym miejscu zauważyć, iż mimo że w myśl ww. teorii nie dochodzi do wyrządzenia krzywdy w rozumieniu obowiązującego prawa (nie występuje bowiem ani sprawca ani pokrzywdzony), następuje jednak naruszenie norm obowiązujących w muzeum lub galerii.

²² K. Wróbel, *Final sprawy uszkodzonego obrazu Rothko*, <http://rynekisztuka.pl/2012/12/14/final-sprawy-uszkodzonego-obrazu-rothko/> (data dostępu: 18.05.2016).

²³ B. Frymorgen, *Naprawiony Rothko powraca do galerii*, <http://www.rmfm24.pl/kultura/new-s-naprawiony-rothko-powraca-do-galerii,nId,1425809> (data dostępu: 18.05.2016).

poprzedzają żadne szczególne przygotowania charakteryzujące ataki umyślne. Dotykanie eksponatów podejmowane jest w godzinach otwarcia muzeów lub galerii, w chwili nieuwagi lub nieobecności personelu (pracownika ochrony lub opiekuna ekspozycji). Tendencja ta wpisuje się zdaniami W. Pływaczewskiego w kryminologiczną teorię podażu okazji przestępczych oraz działań rutynowych M. Felsona, w myśl której, by doszło do popełnienia przestępstwa musi istnieć obiekt, który można zaatakować oraz wystąpić brak szeregu czynników odpowiedzialnych za jego bezpieczeństwo²⁴. Na podejmowanie ataków na eksponaty w sytuacjach, w których ryzyko zostało zniwelowane do minimum, wskazywał także wyżej wymieniony D. Gamboni²⁵.

Można by zatem zapytać, z czego wynika potrzeba dotknięcia eksponatu? Przede wszystkim należy przyjąć, iż zamyka się ona w naturalnej i racjonalnej potrzebie zaspokojenia ludzkiej ciekawości oraz irracjonalnej potrzebie wejścia w bezpośredni kontakt z czymś wyjątkowym, jedynym w swoim rodzaju, a także nierzadko pięknym. Często odczuwane jest wówczas uczucie zmysłowej przyjemności, co potwierdzałby naukowo udowodniony fakt, że zarówno u niemowląt, jak i dorosłych, dotyk uwalnia hormony łagodzące ból oraz wywołujące uczucie odprężenia i szczęścia²⁶. Zdarza się, że w niektórych kręgach kulturowych potrzeba wejścia w bezpośredni kontakt z przedmiotem wynika z przekonania, że niektóre z nich, zwłaszcza obrazy i rzeźby religijne, posiadają cudowną moc²⁷. W związku z tym są one dotykane, całowane, a nawet pozbawiane fragmentów. Ponadto współczesnemu człowiekowi żyjącemu w ciągłym otoczeniu haptycznych multimediów (tabletów, smartfonów) trudno jest zachować dystans do eksponatów muzealnych: „(...) smartfon czy tablet sprawiają, że wszystkiego chcemy dotknąć, jesteśmy do tego po prostu przyzwyczajeni”²⁸.

Z dotykaniami eksponatów związane jest także odczuwanie jeszcze jednej irracjonalnej potrzeby, tj. potrzeby przekraczania wyznaczonych granic, łamania obowiązujących przepisów lub zakazów. W tym zakresie działanie to wykazuje pewne podobieństwo do występku chuligańskiego z art. 115 § 21 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny²⁹, który polega na umyślnym zamachu na określone przez ustawodawcę dobra w ścisłe określonych okolicznościach. Pierwszą przesłanką wskazanego występku, interesującą w omawianym kontekście, jest przesłanka działania przez sprawcę bez powodu lub z oczywiście błahego powodu oznaczającego zachowanie, którego

²⁴ W. Pływaczewski, op. cit., s. 533.

²⁵ Ibidem, s. 172–173.

²⁶ B. Spock, *Dziecko. Pielęgnacja i wychowanie*, Warszawa 2014, s. 25.

²⁷ W. Ślesiński, *Konserwacja dzieł sztuki*, t. 1: *Malarstwo sztalugowe i ścienne*, Warszawa 1989, s. 99–100.

²⁸ P. Zięciak, B. Żurawska, op. cit.

²⁹ Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm. Dalej w skrócie „k.k.”

w żaden sposób nie można wytłumaczyć w świetle ocen społecznych lub też – w odniesieniu do wskazanej błahości powodu – przyczyna działania sprawcy jest rażąco nieadekwatna do jego postępowania³⁰. Już w połowie lat 80. XX w. B. Hołyst wskazywał, że motywacja sprawcy wandalizmu nie zawsze pozostaje jasna w porównaniu do motywacji sprawców innych czynów godzących w powszechnie uznane symbole, np. religijne, państwowe³¹. Przyjął on, iż niemożność wskazania motywu przez samego sprawcę nie oznacza wcale, że on nie istnieje, bowiem każde działanie człowieka jest czymś motywowane, choć mechanizm przyczynowo-skutkowy może być niezwykle skomplikowany³². Badacz ten zauważył także, iż w niektórych kręgach kulturowych odnaleźć można przypadki bezcelowego niszczenia przedmiotów, które nie są postrzegane jako wandalizm³³, np. tłuczenie kieliszków przez nowożeńców. Podkreślić należy, że sprawca dotknięcia eksponatu często nie potrafi wskazać racjonalnej przyczyny swego postępowania. Drugą przesłanką wskazanego występkę chuligańskiego jest okazanie przez sprawcę rażącego lekceważenia dla porządku prawnego, przy czym rażące nieposzanowanie może dotyczyć zarówno podstawowych zasad porządku prawnego, jak i norm, które nie mają charakteru takowych zasad³⁴, a których przykładem mogą być np. zasady obowiązujące w instytucjach wystawienniczych. Z kolei M. Mozgawa wskazuje, iż w przypadku występkę chuligańskiego nie chodzi o chęć sprawcy do okazania lekceważenia, ale o społeczny odbiór jego zachowania jako lekceważącego. Następuje to, gdy sprawca nie liczy się z interesem jednostek lub ogółu, a okazane przez niego lekceważenie znacznie odbiega od przeciętnego³⁵. W tym kontekście dotykanie eksponatów jest przykładem takiego właśnie działania lekceważącego, mienoszącego oznak agresji (w przeciwieństwie do występkę chuligańskiego).

Przypuszczać można, że potrzebę dotknięcia eksponatu wzmaga obecny w wielu współczesnych instytucjach wystawienniczych brak widocznych zabezpieczeń, np. barierek, szklanych gablotek czy ochronnej tafli szkła, co potwierdzają ustalenia badaczy omawianej problematyki³⁶. Zdarza się, że wskazane zabezpieczenia ustępują miejsca wymalowanym na podłodze li-

³⁰ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, stan pr. na 2010, <http://www.lex.pl/> (data dostępu: 15.03.2016), art. 115 § 21, pkt 8.

³¹ B. Hołyst, *Przyczyny i przejawy wandalizmu*, [w:] idem (red.), *Wandalizm. Aspekty socjologiczne, psychologiczne i prawne*, Warszawa 1984, s. 13.

³² Ibidem, s. 14.

³³ Ibidem, s. 18.

³⁴ J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. II, stan pr. na 2012, art. 115 § 21, pkt 9, <http://www.lex.pl/> (data dostępu: 15.03.2016).

³⁵ M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, stan pr. na 2015, art. 115 § 21, pkt 13, <http://www.lex.pl/> (data dostępu: 15.03.2016).

³⁶ S. Kocewiak, P. Ogrodzki, J. Rulewicz, *Vademecum zabezpieczania muzeów*, Warszawa 2002, s. 94.

niom, na które jednak zwiedzający nie zwracają uwagi, przekraczając je w celu lepszego przyjrzenia się obiektowi lub odczytania towarzyszącej mu informacji. Rzadko kiedy zwiedzający mają świadomość wykorzystywania mniej widocznych zabezpieczeń, np. w formie specjalistycznego mocowania obiektu do ściany albo w formie czujek magnetycznych bądź pasywnych czujek podczerwieni etc.³⁷ Zupełnie nowym zagrożeniem są tzw. *selfie stick'i*, teleskopowe ramiona, na końcu których umieszcza się aparat, telefon lub tablet, wykorzystywane w celu zrobienia sobie (lub grupie osób) zdjęcia zwanego potocznie *selfie*. Wnoszenie na wystawę takich rzeczy, jak: wierzchnie ubranie, duże torby, ostre przedmioty, np. parasole czy laski, jest obecnie powszechnie zakazane, a zakaz ten jest ogólnie akceptowany³⁸. Nie tak dawno zakaz ten objął także statywy aparatów cyfrowych. Współcześnie zakaz ten zaczyna dotyczyć także wskazanych *selfie stick'ów* i obowiązuje już np. w nowojorskim Museum of Modern Art czy londyńskiej National Gallery³⁹. Przyczyną jego wprowadzania jest brak zachowywania bezpiecznej odległości od fotografowanego obiektu przez fotografującego się (lub fotografujących) podczas pozowania.

Zakaz dotykania lub zbyt bliskiego zbliżania się do eksponatów wpisuje się w ogólnie wymuszanie określonego zachowania zwiedzających i stanowi jeden z elementów systemu bezpieczeństwa zbiorów⁴⁰. U jego podstaw leżą zalecenia konserwatorskie wynikające z obaw o stan zachowania obiektów. Jakie zatem zagrożenia niesie ze sobą dotknięcie eksponatu? Na ogół działanie to związane jest z brakiem wiedzy oraz świadomości u odbiorcy, co do możliwości wyrządzenia szkody. Na treść dotyku najczęściej składa się delikatne zbliżenie palców lub dłoni do obiektu, jego muśnięcie, pogłaskanie, ujęcie w dłoń, a w przypadku obiektów większych lub wolnostojących jego objęcie, położenie dłoni, oparcie się, a nawet pocałowanie (do pocałowania obrazu autorstwa C. Twombly'ego doszło w Awinionie w 2009 r.⁴¹). Skrajnym przypadkiem takiego zachowania może być uderzenie, tak jak to miało miejsce w przypadku obrazu C. Moneta w Muzeum Narodowym w Dublinie w 2012 r.⁴² Pomijając powyższy drastyczny przypadek przyjąć można, że dotykanie nie stanowi działań o silnym i gwałtownym ładunku emocjonalnym.

³⁷ Szerzej patrz: P. Ogrodzki, *Ochrona indywidualna dzieł sztuki i zabytków w muzeach*, Warszawa 2008.

³⁸ Ibidem, s. 52.

³⁹ L. Entis, *The Places Where Selfie Sticks Are Banned*, <http://www.entrepreneur.com/article/244955> (dostęp: 6.04.2016); K. Brown, *Where can I use my selfie stick?* <http://www.telegraph.co.uk/culture/museums/11448654/Where-can-I-use-my-selfie-stick.html> (data dostępu: 6.05.2015).

⁴⁰ S. Kocewiak, P. Ogrodzki, J. Rulewicz, op. cit., s. 34.

⁴¹ I. Krawczyk, *Proces za pocałowanie obrazu*, <http://www.rp.pl/arttykul/61054-proces-za-pocalowanie-obrazu.html> (data dostępu: 19.04.2016).

⁴² *Wyrok dla „pięściarza” z Dublina*, <http://rynekisztuka.pl/2014/12/08/wyrok-dla-piesciarza-z-dublina/> (data dostępu: 19.04.2016).

Z pewnością nie są to działania brutalne lub agresywne⁴³. Wręcz przeciwnie, są to działania w zamyśle sprawcy delikatne, nieinwazyjne, raczej krótkotrwałe, choć w tym miejscu warto zastanowić się, co by było, gdyby pozwoliło się sprawcy na swobodny, niczym niezakłócony kontakt z eksponatem? Czy nadal ograniczałby się on do przysłowiowego muśnięcia, czy też wybrałby bardziej długotrwałą, może nawet bardziej nachalną formę? Sprawcy dotknięcia nie zależy na wywołaniu widocznego i bezpośredniego efektu swojego działania w postaci zniszczenia lub uszkodzenia eksponatu. Nie kieruje się on też żadną bezpośrednią korzyścią. Na zaspokojenie ciekawości sprawcy, sprawienie mu przyjemności oraz postrzeganie przez niego eksponatu wpływ ma wiele różnorodnych czynników. Wśród nich z pewnością wyróżnia się rodzaj oraz indywidualność odbieranego bodźca, którym w wypadku dotykania będzie rozmiar, kształt, faktura, temperatura, zapach etc. eksponatu, ale także stan psychofizyczny sprawcy w momencie popełniania czynu. Ponadto istotne jest także nastawienie sprawcy do dotykanego przedmiotu i jego doświadczenie w obcowaniu z obiektami podobnymi do eksponatu⁴⁴. Wybór obiektu ma charakter czysto osobisty.

Szkody spowodowane dotknięciem zwykle nie występują natychmiast, lecz postępują w czasie, tak więc konkretny efekt dotknięcia może wystąpić z opóźnieniem, co może utrudnić proces dowodzenia odpowiedzialności, o czym szerzej dalej. W momencie dotknięcia przedmiot nie ulega całkowitemu zniszczeniu, uszkodzenia też nie ujawniają się natychmiast. Nasuwa się zatem pytanie, czy każdy dotyk jest szkodliwy? Z pewnością szkodliwy jest ten, dokonany zabrudzoną dłonią. Wśród związanych z tym zagrożeń wymienić można naniesienie na powierzchnię eksponatu brudu różnego rodzaju i składu (np. tłustych plam) oraz wilgoci (np. w postaci potu), które w połączeniu z wysoką temperaturą i wysoką wilgotnością tworzą idealne warunki do rozwoju mikroorganizmów (bakterii, grzybów etc.), owadów (np. żerujących w drewnie motyli lub pajaków) oraz wszelkiego rodzaju robactwa, które mimo że nie żywi się eksponatami, uszkadza je własnymi odchodami o zasadowym odczynie⁴⁵. Produkty metabolizmu grzybów mogą powodować w przypadku warstwy malarskiej obrazów m.in. powstawanie przebarwień i plam, łuszczenie się lub odpadanie farb⁴⁶. W przypadku warstwy werniksu, mikroorganizmy powodują jej porowatość oraz „ślepienie”. Warstwa ta jest

⁴³ Skrajnym przykładem brutalnych i agresywnych działań wobec sztuki są działania radykałów z tzw. Państwa ISIS na terenie Syrii oraz Iraku. Patrz: W. Pływaczewski, *Grabież i niszczenie światowego dziedzictwa kultury na przykładzie tzw. Państwa Islamskiego (ISIS)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 383–393.

⁴⁴ Szerzej patrz: M. Kulicki, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, L. Stępka, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczej*, Toruń 2009, s. 103, 122–123.

⁴⁵ B.J. Rouba, *Pielęgnacja świątyni i innych zabytków. Książka nie tylko dla księży*, Toruń 2014, s. 137.

⁴⁶ W. Ślesieński, op. cit., s. 99.

niezwykle istotna, bowiem to właśnie na niej ujawniają się rezultaty wszystkich działań podjętych w stosunku do obrazu. Będą to zatem wszelkiego rodzaju rysy (ślady po przypadkowych zadrapaniach), ślady nieumiejętnego postępowania, np. odkurzania, niewłaściwego przechowywania lub transportu⁴⁷. W przypadku grafik niebezpieczne są zarówno grzyby, jak i bakterie, ale także wszelkie działania mechaniczne, takie jak dotykanie czy wstrząsanie, które mogą prowadzić do obsypywania się farb, przywierających do papierowego podłoża głównie na zasadzie adhezji⁴⁸. W przypadku rzeźb wykonanych z metalu naniesiony za sprawą dotyku brud różnego rodzaju i składu oraz kurz w połączeniu z wysoką wilgotnością mogą prowadzić do wystąpienia korozji⁴⁹. Kontakt złotych ozdób, zwłaszcza długotrwałe, z ludzkim ciałem prowadzi do powstawania na ich powierzchni delikatnej matowej patyny⁵⁰. Dotykanie przedmiotów z metalu może prowadzić także do ścierania ich wierzchniej warstwy lub nawet do zacierania konturów danego przedmiotu. Doskonałym przykładem takiego działania są zniekształcone, w wyniku ciągłego dotykania przez zwiedzających, stopy brązowego posągu św. Piotra z watykańskiej bazyliki św. Piotra⁵¹. W przypadku rzeźb z drewna dotyk może prowadzić do naniesienia brudu, który ułatwia osadzanie się kurzu, stanowiącego pożywkę dla grzybów wywołujących m.in. gnicie drewna⁵². Dotyk człowieka jest niebezpieczny również dla przedmiotów wykonanych z kamienia (nawet posadzek czy mozaik), mimo iż do głównych czynników je niszczących zalicza się przede wszystkim zanieczyszczenie powietrza, wodę, wilgoć, wahania temperatury oraz sól⁵³. Przykładowo marmurowa posadzka w sienneńskiej katedrze z uwagi na swą wyjątkowość od lat udostępniana jest turystom jedynie raz w roku⁵⁴. W wyniku dotknięcia możliwe jest również ułamanie, oderwanie lub trwale odkształcenie kamiennego obiektu, zwłaszcza, gdy wykonany został z nietrwałego lub wiekowego już materiału. Sytuacja taka miała miejsce w 2013 r. w jednym z florenckich muzeów, kiedy turysta dotykając ponad sześćsetletniej rzeźby ułamał jeden z palców posągu⁵⁵. Powyższe przykłady dotyczą sytuacji, w których obiekt dotykany jest samą dłonią, jednakże nietrudno wyobrazić sobie również sytuacje, w których zniszczenie lub uszkodzenie dotykanego

⁴⁷ Ibidem, s. 116.

⁴⁸ Ibidem, s. 126.

⁴⁹ Ibidem, op. cit., t. 3: *Rzemiosło artystyczne*, Warszawa 1995, s. 95.

⁵⁰ Ibidem, s. 96.

⁵¹ *Roma dalle origini ai nostri giorni*, Rzym 2005, s. 91, 99.

⁵² W. Ślesiński, op. cit., t. 2: *Rzeźba*, Warszawa 1990, s. 10.

⁵³ Szarzej patrz: ibidem, s. 40–60.

⁵⁴ A.K. Otwinowska, *Posadzka ze Sieny*, <http://podsloncemitalii.pl/katedra-w-sienie/posadzka-ze-sieny-2/> (data dostępu: 18.04.2016).

⁵⁵ A.P., *Turysta zniszczył bezcenną rzeźbę sprzed 600 lat*, <http://rynekisztuka.pl/2013/08/09/turysta-zniszczył-bezcenna-rzezbe-sprzed-600-lat-giovanniego-dambrogio/> (data dostępu: 21.04.2016).

obiekty następuje w wyniku trzymania w dłoniach przedmiotu codziennego użytku, np. telefonu, aparatu lub tabletu czy nawet kubka z napojem. Sytuacja taka miała miejsce w 2015 r. w jednym z tajwańskich muzeów: zwiedzający je chłopiec, próbując utrzymać równowagę, oparł się dłonią, w której trzymał kubek, o XVII-wieczny obraz, tworząc w nim kilkunastocentymetrowy otwór⁵⁶.

W związku z powyższym zakaz dotykania eksponatów występuje najczęściej wraz ze skierowanym do odbiorcy nakazem zachowania odpowiedniej odległości, wynoszącej około 60, 70 cm⁵⁷. Wszystko to ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa zniszczenia lub uszkodzenia eksponatów. W zależności od charakteru zniszczonego lub uszkodzonego eksponatu sprawca odpowiadać będzie albo za czyn popełniony w stosunku do zabytku, albo w stosunku do rzeczy cudzej. Ten pierwszy penalizowany jest przepisem art. 108 ustawy z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁵⁸. Z kolei ten sam czyn popełniony w stosunku do rzeczy cudzej wypełniać będzie znamiona czynu z art. 288 k.k. Pomędzy przedmiotami ochrony wspomnianych przepisów istnieje wyraźna różnica. W przypadku zabytku ustawodawca wprowadził jego legalną definicję w art. 3 u.o.z.o.z. W procesie uznania danego dobra za zabytek decydujące znaczenie ma fakt, iż przedmiot ten stanowi świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia. Pod hasłem „miniony” w Słowniku języka polskiego PWN znajdują się hasła „przeszły, dawny”⁵⁹. Badacze M. Budyn-Kulik i M. Kulik wskazują za innymi, że określenie „miniony” może również oznaczać „miniony niedawno”, lecz kontekst zastosowania wskazuje, iż zabytkiem jest jedynie przedmiot, który stworzony został dostatecznie dawno⁶⁰. Z kolei K. Zalaszińska i K. Zeidler zwrócili uwagę, że powyższe stwierdzenie jest niedookreślonym zwrotem językowym, który ulega konkretyzacji w procesie stosowania prawa, zwłaszcza w decyzji o wpisie danego obiektu do rejestru zabytków⁶¹. Drugim elementem niezbędnym do uznania danego obiektu za zabytek są posiadane przez niego wartości. Badacze ci uznali, iż wystarczający jest już stopień dostateczny występowania jednej z powyższych cech oraz że zabytek może cechować jedna lub

⁵⁶ K. Nadolski, *Przychodzi wandal do muzeum*, „Focus” 2015, nr 12, s. 84.

⁵⁷ P. Ogrodzki, op. cit., s. 59.

⁵⁸ Dz.U. z 2003 r. Nr 162, poz. 1568 z późn. zm. Dalej w skrócie „u.o.z.o.z.”.

⁵⁹ Hasło „miniony” w SJP PWN, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/miniony.html>, (data dostępu: 29.04.2016).

⁶⁰ Patrz np.: S. Waltoś, *Opinia o projekcie ustawy o zabytkach* (z dn. 30.08.2000), „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 4, s. 115. Cyt. za: M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Zniszczenie lub uszkodzenie zabytku. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2014, http://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Budyn-Kulik%20M%20Zniszczenie%20lub%20uszkodzenie%20zabytku.pdf (data dostępu: 15.04.2016), s. 4.

⁶¹ K. Zalaszińska, K. Zeidler, *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015, s. 24. Pytanie, czy może to nastąpić również w procesie stawiania zarzutów sprawcy zniszczenia lub uszkodzenia eksponatu wystawienniczego?

wszystkie te cechy⁶². Przepis art. 108 u.o.z.o.z. chroni dobro, jakim jest całość i nienaruszalność zabytku i nie uwzględnia przy tym znamienia szkody majątkowej. Ponadto czyn zniszczenia lub uszkodzenia może zostać popełniony w stosunku do przedmiotu stanowiącego własność sprawcy. W przeciwieństwie do legalnej definicji zabytku, cudza rzecz nie została zdefiniowana przez ustawodawcę. Jednakże możliwe jest zrekonstruowanie jej treści na podstawie uprawnień właściciela w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, wśród których wymienić należy uprawnienie do korzystania z rzeczy (tj. do jej posiadania, używania, pobierania pożytków i przychodów, a także do dyspozycji faktycznych) oraz uprawnienie do rozporządzania rzeczą (tj. uprawnienie do wyzbycia się jej własności oraz do jej obciążenia)⁶³. Wydaje się zatem, że rzecz cudzą należy rozumieć jako rzecz ruchomą lub nieruchomą, z której sprawca nie ma prawa korzystać oraz nie ma prawa nią rozporządzać. Czym innym zatem będzie zniszczenie lub uszkodzenie eksponatu będącego zabytkiem, a czym innym zniszczenie lub uszkodzenie eksponatu niebędącego zabytkiem, stanowiącego rzecz cudzą. Zaprezentowane powyżej rozróżnienie ma znaczenie dla ewentualnego wymiaru odpowiedzialności. W przypadku czynu wymierzonego w zabytek – sprawcy grozi kara daleko surowsza, tj. kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. Występuje również wyraźna różnica w formach winy. W przepisie art. 108 u.o.z.o.z. ustawodawca przewidział obie jej postacie (umyślność w art. 108 ust. 1 oraz nieumyślność w art. 108 ust. 2), natomiast w przypadku przepisu art. 288 k.k. występuje jedynie umyślność (art. 288 § 1 k.k.) oraz wypadek mniejszej wagi (art. 288 § 2 k.k.), stanowiący typ uprzywilejowany przestępstwa, umożliwiający przy uwzględnieniu szczególnych sytuacji występujących w życiu, zasądzenie przez sąd łagodniejszej kary⁶⁴. Zauważyć należy przy tym, że nieumyślne zniszczenie, uszkodzenie rzeczy cudzej lub uczynienie jej niezdatną do użytku w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa jest zachowaniem niekaralnym. W opinii A. Marka działanie takie stanowić będzie delikt cywilny, powodujący obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego (*restitutio in integrum*) lub zapłacenia stosownego odszkodowania⁶⁵. Ponadto w przeciwieństwie do występku z art. 108 u.o.z.o.z., który ścigany jest w trybie publicznoskargowym, czyn z art. 288 k.k. ścigany jest jedynie na wniosek pokrzywdzonego (art. 288 § 4 k.k.), co również stanowi istotną różnicę pomiędzy omawianymi przestępstwami. W odniesieniu do czynu z art. 288 k.k. znaczenie ma również wielkość wyrządzonej szkody (a nie wartość samej rzeczy). W przypadku, gdy wielkość szkody jest nieznacznie niższa od 1/4 minimalnego wynagrodzenia miesięcznego (w 2019 r. wartość ta wyniosła 562 zł 50 gr),

⁶² K. Zalańska, K. Zeidler, op. cit., s. 24.

⁶³ J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, wyd. II, Warszawa 2006, s. 66–67.

⁶⁴ A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, wyd. VIII, 2007, s. 90.

⁶⁵ A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit.

czyn ten nie będzie stanowił występku z art. 288 k.k., lecz wykroczenie z art. 124 ustawy z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń⁶⁶. Ponadto w doktrynie podnosi się pogląd, że rzecz cudza może zostać zniszczona, uszkodzona lub uczyniona niezdatną do użytku w wyniku wyżej wskazanego występku chuligańskiego⁶⁷. Oczywiście możliwy jest kumulatywny zbieg art. 108 ust. 1 u.o.z.o.z. z art. 288 § 1 k.k. oraz zbieg art. 108 ust. 2 u.o.z.o.z. z art. 288 § 1 k.k. występujący w sytuacji, w której sprawca umyślnie zniszczy, uszkodzi lub uczyni niezdatną do użytku cudzą rzecz, nie wiedząc, iż jest ona zabytkiem⁶⁸. Przypuszczać należy, że zniszczenie lub uszkodzenie eksponatów w wyniku dotykania stanowić będzie w większości przypadków czyn nieumyślny, popełniony w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Jak już to zostało wskazane, sprawcy dotknięcia nie zależy na zniszczeniu lub uszkodzeniu eksponatu. Nie dąży on również do uzyskania jakiejś bezpośredniej korzyści, z wyjątkiem zaspokojenia swojej ciekawości lub odczucia przyjemności. Pytanie, jakie można by postawić, dotyczyłoby sposobu udowodnienia sprawcy zniszczenia lub uszkodzenia eksponatu w wyniku dotknięcia, przy założeniu, że skutki takiego działania występują dopiero po czasie, a czyny te nie są nigdzie odnotowywane z wyjątkiem systemu telewizji dozorowej, o ile takowy występuje w danym obiekcie⁶⁹.

Wszystkie przytoczone powyżej argumenty przemawiają za tym, iż obowiązujący w instytucjach wystawienniczych zakaz dotykania eksponatów stanowi bezwzględną konieczność. Jak się jednak okazuje, zakaz ten stanowi poważne utrudnienie dla szczególnej grupy odbiorców. Są to odbiorcy z dysfunkcją wzroku, dla których zmysł dotyku stanowi jedno z najbogatszych pod względem doznań źródeł poznania. Niestety, współczesna, zdominowana przez zmysł wzroku kultura, niejednokrotnie skazuje ich na wyobcowanie, utrudniając im pełne poznanie eksponatów wraz z prezentowanymi treściami. Problem ten można wyeliminować poprzez odpowiednie dostosowanie przestrzeni wystaw oraz eksponatów do ich potrzeb, np. wybierając kilka najbardziej charakterystycznych obiektów z wystawy⁷⁰.

Możliwości zaprezentowania i zapoznania niewidomych i niedowidzących z eksponatem jest wiele, począwszy od udostępnienia jego oryginału lub

⁶⁶ Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 z późn. zm. Dalej w skrócie „k.w.” Od 01.2019 r. wys. minimalnego wynagrodzenia ustalona została na kwotę 2250 zł brutto. Patrz: Roz. RM z dn. 11.09.2018 r. w sprawie wys. minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki wynagrodzeniowej w 2019 r., Dz.U. z 2018 r., poz. 1794.

⁶⁷ J. Giezek (red.), op. cit., art. 115 § 21 k.k., pkt 5 i 6.

⁶⁸ M. Kulik, *Komentarz do przepisów karnych ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, LEX 2010.

⁶⁹ W skrócie „CCTV”, co oznacza *Close Circuit Television*. Szerzej na temat pow. systemu patrz: S. Kocewiak, P. Ogrodzki, J. Rulewicz, op. cit., s. 114–118.

⁷⁰ R. Więckowski, *Zobaczyć muzeum*, „ABC Gość niepełnosprawny w muzeum. Szkolenia Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów” 2013, nr 2, s. 77.

trójwymiarowej makiety, modelu bądź kopii, odpowiednio wcześniej wyskalowanych oraz tyflografiki, czyli metody grafiki wypukłej. Ta ostatnia umożliwia zaprezentowanie kompozycji malarskiej wraz z kluczowymi elementami, np. rozmieszczeniem postaci, relacjami pomiędzy poszczególnymi częściami etc. Ostatnią metodą jest metoda audiospekcji, czyli słownego opisu, prezentowanego zarówno na żywo przez przewodnika, jak i udostępnianego w formie nagrania lub wydruku w brajlu⁷¹. Najwięcej kontrowersji wzbudza oczywiście możliwość dotykania oryginałów, będących nierzadko obiektami niezwykle cennymi. Jednakże, jak się okazuje, w Polsce od wielu lat osobom z dysfunkcją wzroku udostępnia się różnego rodzaju obiekty, np. archeologiczne, rzemiosło artystyczne, brąz⁷², przy czym do tej pory nie odnotowano ani jednego przypadku zniszczenia eksponatu w trakcie brajlowania⁷³.

Wytypowanie i udostępnianie oryginalnych eksponatów do brajlowania poprzedza ich dokładna ocena konserwatorska. W jego trakcie obowiązują ściśle określone zasady, takie jak np.: jedna osoba zapoznaje się tylko z jednym obiektem; odbiorca ma na rękach bawełniane lub lateksowe rękawiczki; odbiorcy towarzyszy wykwalifikowany w omawianym zakresie pracownik, a całość ma miejsce na terenie instytucji wystawienniczej⁷⁴. Brajlowanie eksponatów wymaga od osób z dysfunkcją wzroku czasu i skupienia. Polega ono na zapoznawaniu się z całym obiektem (jego gabarytami, kształtem, fakturą powierzchni), a nie jedynie z jego wybranymi elementami⁷⁵. Najlepszymi do brajlowania są oczywiście przedmioty trójwymiarowe, wykonane z różnych materiałów o zróżnicowanej fakturze. W związku z powyższym przyjąć należy, że brajlowanie malarstwa mija się z celem z uwagi na jego dwuwymiarowość, choć pewnym rozwiązaniem w tym zakresie jest stworzenie wyżej wskazanej tyflografiki⁷⁶. Wskazuje się, iż niepełnosprawnemu odbiorcy można pomóc w oglądzie obiektu prowadząc jego dłonie swoimi⁷⁷, wskazując warte uwagi detale, dzięki czemu brajlowanie przebiega szybciej i sprawniej oraz jest bardziej wartościowe pod kątem poznawczym. Ponadto pracownik ma wówczas możliwość bezpośredniego zadbania o bezpieczeństwo udostępnianych obiektów⁷⁸. Dotykowe poznanie obiektu jest pełniejsze, jeśli uzupełni je audiospekcja⁷⁹. Zgodnie z wynikami badań przeprowadzonych w 2013 r. przez W. Figła oraz R. Więckowskiego, niewidomi i niedowidzący wskazują, że niezwykle przydatne w opisywaniu dzieła jest przywołanie kontekstu

⁷¹ Szerzej patrz: R. Więckowski, *Sztuka...*, op. cit., s. 9.

⁷² Ibidem, s. 7.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem, s. 6–8, 11.

⁷⁵ Ibidem, s. 5–6.

⁷⁶ Ibidem, s. 9.

⁷⁷ Ibidem, s. 12.

⁷⁸ Ibidem, s. 7.

⁷⁹ Szerzej patrz: R. Więckowski, *Zobaczyć...*, op. cit., s. 78–79.

z historii sztuki, bez którego opis jest dla nich niewystarczający⁸⁰. Powyższe badania wyraźnie wskazały, że chęć dotknięcia oryginału wyraziła prawie 1/3 badanych (26,9% respondentów)⁸¹.

Podsumowując powyższe rozważania dotyczące zakazu dotykania stwierdzić można, że współczesne instytucje wystawiennicze mają przed sobą niezwykle trudne zadanie. Z jednej strony zobowiązane są do wychodzenia naprzeciw potrzebom zwiedzających, nie tylko tych posługujących się zmysłem wzroku. Z drugiej strony zobowiązane są do zapewnienia prezentowanym zbiorom odpowiednich warunków bezpieczeństwa, wpisującego się w wypełnianie ustawowego obowiązku dbania o zachowanie ich dla dalszych pokoleń⁸². Istniejące współcześnie zabezpieczenia stanowią m.in. rezultat podejmowanych nieprzerwanie od II połowy XIX w. ataków na eksponaty⁸³. Ataki te poskutkowały opracowaniem zasad bezpieczeństwa i wymusiły zmiany w obrębie przestrzeni wystawienniczej. Z kolei zabezpieczenia wymuszają niejako na odbiorcy zachowanie określonego dystansu względem eksponatu, ten zaś wpływa na jakość odbioru oraz interpretację treści. Omówioną problematykę można zatem sprowadzić do pytania o granicę pomiędzy bezpieczeństwem eksponatów a prawem odbiorcy do ich niezakłóconego kontemplowania oraz niczym nieograniczonego poznania, nie tylko intelektualnego. Co wyznacza zatem granicę: sztuka czy prawo? Rozważyć to należy w kontekście faktu, iż dotykanie stanowi jedną z najbardziej rozpowszechnionych form działania, która może prowadzić do zniszczenia lub uszkodzenia eksponatu. W aspekcie wyżej wymienionych argumentów, wątpliwości, wyzwania i zagrożeń związanych z zakazem dotykania należy opowiedzieć się za jego słuszością. Jednakże warto zauważyć, że obowiązywanie powyższego zakazu w stosunku do osób z dysfunkcją wzroku jest krzywdzące. Tym samym poprzec należy możliwość dotykania eksponatów przez wyżej wskazane osoby, lecz tylko w ściśle określonych warunkach i okolicznościach oraz przy zachowaniu odpowiednich zasad. Jak się okazuje, kwestia ta, mimo toczącej się od lat dyskusji w polskim środowisku muzealnym, wciąż pozostaje nierozstrzygnięta. I nie chodzi tu nawet o stworzenie odpowiednich regulacji prawnych, lecz o wypracowanie zgodnej i spójnej polityki muzealnej⁸⁴. Być może po jej utworzeniu możliwym byłoby zastosowanie powyższych zasad także w stosunku do odbiorców posługujących się przede wszystkim wzrokiem? Być może również udostępnienie im wykonanych na potrzeby osób z dysfunkcją wzroku kopii obiektów mogłoby służyć ich do-

⁸⁰ Ibidem, s. 75.

⁸¹ Ibidem, s. 75. W badaniu udział wzięło 210 osób.

⁸² Obowiązek zachowania zabytków dla dalszych pokoleń wyrażony został w art. 3 u.o.z.o.z.

⁸³ Szerzej patrz: J. Makilla-Polak, *Sztuka jako prowokacja. Akty wandalizmu wobec dzieł sztuki*, Warszawa 2013.

⁸⁴ R. Więckowski, *Sztuka...*, op. cit., s. 6–7.

tknięciu lub wykonaniu sobie *selfie* na ich tle, co niejako wychodziłoby na przeciw oczekiwaniom niektórych badaczy. Można by również rozważyć kwestię organizowania wystaw jedynie z obiektami przeznaczonymi do dotykania, co oprócz walorów emocjonalnych (zaspokojenie naturalnej potrzeby dotknięcia oraz ciekawości) mogłoby mieć również walor edukacyjny. Tego rodzaju inicjatywy podejmowane są już z myślą o dzieciach, np. niedawne wystawy edukacyjne w Muzeum Narodowym w Warszawie⁸⁵ czy Galerii *Labirynt* w Lublinie⁸⁶.

Na zakończenie warto jeszcze odrobinę przekornie pokusić się o podanie w wątpliwość aktualności powyższych rozważań. Przemawiałyby za tym dwa spostrzeżenia. Po pierwsze na naszych oczach kształtuje się zupełnie nowa forma obcowania z wyjątkowymi obiektami, jakimi są eksponaty muzealne, to jest *selfie*. Przypuszczać należy, że wykonanie samemu sobie zdjęcia z eksponatem w tle powoli zastępuje konieczność zapoznania się z jego historią, warstwą intelektualną, a także z osobą jego twórcy, zaś użycie wskazanego *selfie stick'a* prowadzi do faktycznego oddalenia od niego odbiorcy. Tym samym uznać można, iż współcześnie kontakt z eksponatem stopniowo ulega spłyceciu oraz zatrzymaniu na poziomie pospolitych treści. Po drugie, szerzące się coraz bardziej uzależnienie od nowoczesnych urządzeń elektronicznych (smartfonów, tabletów etc.) doprowadzić może do znacznego ograniczenia w przyszłości kontaktu odbiorców (zwłaszcza młodych) z otaczającym światem poprzez zwyczajne zatrzymanie ich w domach, w tym z dala od muzeów i galerii, co paradoksalnie może ochronić eksponaty przed wieloma niebezpieczeństwami, w tym także przed ich dotykaniem.

Wykaz literatury

Arystoteles, *O duszy*, Kraków 2016.

Arystoteles, *Metafizyka = Ta meta ta fusika = Metaphysica*, Lublin 2017.

Brycz H., *Człowiek – instrukcja obsługi. Przewodnik po zachowaniach społecznych*, Sopot 2012.

Czaplicka K., *Przestępczość kryminalna przeciwko dobrom kultury w Polsce w latach 2013–2014*, „Cenne. Bezcenne. Utracone” 2015, nr 1.

Gamboni D., *The destruction of art. Iconoclasm and Vandalism since the French Revolution*, London 2007.

Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. II, stan pr. na 2012.

⁸⁵ Wystawa *W muzeum wszystko wolno* w MN w Warszawie, <http://www.mnw.art.pl/wystawy/w-muzeum-wszystko-wolno-wystawa-przygotowana-przez-dzieci,195.html> (data dostępu: 28.04.2016).

⁸⁶ Wystawa edukacyjna dla dzieci *Na opak* w Galerii *Labirynt* w Lublinie, <http://labirynt.com/na-opak/> (data dostępu: 28.04.2016).

- Holyst B., *Przyczyny i przejawy wandalizmu*, [w:] idem (red.), *Wandalizm. Aspekty socjologiczne, psychologiczne i prawne*, Warszawa 1984.
- Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo rzeczowe*, wyd. II, Warszawa 2006.
- Kocewiał S., Ogrodzki P., Rulewicz J., *Vademecum zabezpieczenia muzeów*, Warszawa 2002.
- Kulicki M., Kwiatkowska-Wójcikiewicz V., Stępka L., *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczej*, Toruń 2009.
- Kulik M., *Komentarz do przepisów karnych ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami*, LEX 2010.
- Kwiatkowska-Darul V., *Przesłuchanie dziecka*, Kraków 2001.
- Makiła-Polak J., *Sztuka jako prowokacja. Akty wandalizmu wobec dzieł sztuki*, Warszawa 2013.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, stan pr. na 2010.
- Marek A., *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, wyd. VIII, 2007.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, stan pr. na 2015.
- Nadolski K., *Przychodzi wandal do muzeum*, „Focus” 2015, nr 12.
- Ogrodzki P., *Ochrona indywidualna dzieł sztuki i zabytków w muzeach*, Warszawa 2008.
- Pływaczewski W., *Grabież i niszczenie światowego dziedzictwa kultury na przykładzie tzw. Państwa Islamskiego (ISIS)*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Pływaczewski W., *Wandalizm z perspektywy ochrony dziedzictwa kultury – diagnoza zjawiska oraz możliwości przeciwdziałania*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Gdańsk–Warszawa 2014.
- Ripa C., *Ikonologia*, Kraków 1998.
- Rouba B.J., *Pielęgnacja świątyni i innych zabytków. Książka nie tylko dla księży*, Toruń 2014.
- Roma dalle origini ai nostri giorni*, Rzym 2005.
- Spock B., *Dziecko. Pielęgnacja i wychowanie*, Warszawa 2014.
- Ślesiński W., *Konserwacja dzieł sztuki*, Warszawa 1989.
- Traczyk W.Z. (red.), *Fizjologia człowieka w zarysie*, Warszawa 2016.
- Waltoś S., *Opinia o projekcie ustawy o zabytkach* (z dn. 30.08.2000), „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 4.
- Więckowski T., *Zobaczyć muzeum*, „ABC Gość Niepełnosprawny w Muzeum. Szkolenia Narodowego Instytutu Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów” 2013, nr 2.
- Zalasińska K., Zeidler K., *Wykład prawa ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2015.
- Zimbardo P.G., Gerring R.J., *Psychologia i życie*, Warszawa 2012.

Summary

“Please do not touch the exhibits” – absolute necessity or unnecessary impediment? The issues of very close contact of the recipient with art exhibits

Key words: art exhibit, work of art, monument, ban on touching the exhibits, human senses, sight, touch, destruction and damage to exhibit, blind, partially sighted.

This paper analyses the issue of visitors touching the exhibits and the touching ban common in museums and galleries. In this analysis, it was assumed that the touching ban can be considered in two different ways – as an absolute necessity and as an unnecessary impediment. Accordingly, the author presents issues, doubts and examples for each of the above-mentioned approaches.

Piotr Modrzejewski

Uniwersytet Warszawski

ORCID: 0000-0002-4987-4951

Sposoby naruszania dóbr osobistych w Internecie – zagadnienia wybrane

Wstęp

W polskim systemie prawnym, w art. 23 Kodeksu cywilnego¹, została przyjęta koncepcja otwartego katalogu dóbr osobistych. Wyliczenie dóbr osobistych zawarte w tym przepisie nie jest wyczerpujące. W związku z tym można wyróżnić dobra bezpośrednio wymienione w ustawie i dobra, o których istnieniu przesądziła doktryna lub judykatura. Do pierwszej kategorii, w myśl art. 23 k.c., należą zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko, pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Do drugiej kategorii, podążając za dorobkiem doktryny², należą życie, nietykalność cielesna, integralność seksualna, dobre imię osoby prawnej, nazwa osoby prawnej, firma, nazwa zespołu, stan cywilny, poczucie przynależności do określonej płci, kult po zmarłej osobie bliskiej, prawo do prywatności, ochrona danych osobowych, możliwość korzystania z walorów środowiska naturalnego oraz ochrona przed hałasem.

Jednym z podziałów dóbr osobistych jest podział na dobra, które mogą być naruszone w Internecie oraz te, które w taki sposób naruszone być nie mogą. Podział ten ma istotne znaczenie z punktu widzenia potrzeb niniejszego opracowania. Niestety, jest podziałem niejednoznacznym i wywołującym wiele wątpliwości. Zgodnie z poglądem J. Sadowskiego, dobrami osobistymi, które najczęściej są naruszane przez media (czyli również w Internecie) są cześć, wizerunek i prywatność³. Autor ten wprawdzie nie wyklucza, że za pomocą środków masowego przekazu można naruszyć również inne dobra osobiste, ale nie precyzuje, których dóbr to dotyczy. Powszechnie uważa się,

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 – dalej jako „k.c.”

² M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, tom 1, Warszawa 2007, s. 1119–1149.

³ J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003, s. 26.

że istnieją dobra osobiste, które można naruszyć jedynie w świecie rzeczywistym. W doktrynie wskazuje się, że przykładem takiego dobra jest nietykalność mieszkania⁴. Z kolei M. Pazdan uważa, że w systemie komunikacji elektronicznej może dojść do naruszenia wizerunku⁵ oraz tajemnicy korespondencji⁶. Co do możliwości naruszenia jakichkolwiek innych dóbr osobistych za pomocą środków masowego przekazu (w tym również Internetu) nie zabiera głosu. Według P. Wagłowskiego, praktycznie wszystkie dobra osobiste wymienione w art. 23 k.c. mogą być zagrożone lub naruszone w Internecie⁷. Przykładowo, życie i zdrowie przez umieszczenie migającej grafiki na forum internetowym często odwiedzanym przez osoby chore na epilepsję. Nazwisko przez bezprawne umieszczenie go w domenie internetowej. Wizerunek przez opublikowanie zdjęcia osoby bez jej zgody. Tajemnica korespondencji przez przeglądanie cudzej poczty elektronicznej. Prywatność przez monitorowanie czynności innych osób w Internecie. Jak również wolność, cześć, pseudonim, firma i twórczość.

Moim zdaniem, praktycznie każde dobro osobiste może zostać zagrożone lub naruszone w Internecie, na co wskazują chociażby przykłady wymienione powyżej. Co więcej, stoję na stanowisku, że nawet nietykalność mieszkania może być przedmiotem naruszeń w Internecie. Należy pamiętać, że naruszenie nietykalności mieszkania nie wymaga fizycznego wtargnięcia do cudzego mieszkania⁸. Może polegać na zainstalowaniu ukrytych kamer czy urządzeń podsłuchowych. Współcześnie powszechnie dostępne są programy lub aplikacje, dzięki którym, przy wykorzystaniu Internetu i urządzeń elektronicznych, możemy oglądać obraz z kamery lub słuchać nagrywanych rozmów niezależnie od miejsca, w którym się znajdujemy (może to być miejsce oddalone nawet o setki kilometrów). W ten sposób, przez zamontowanie odpowiedniego urządzenia w cudzym mieszkaniu, można obserwować, nagrywać, odtwarzać i udostępniać każdy ruch i każde słowo osób tam przebywających – zarówno domowników, jak i osób trzecich. Niewątpliwie będzie to stanowiło naruszenie nietykalności mieszkania, zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku⁹, który stwierdził, że przy ustalaniu treści prawa nietykalności mieszkania powinien być brany pod uwagę aspekt niematerialny. W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Apelacyjny w Gdańsku, odnosząc się do aspektu niematerialnego nietykalności mieszkania, zwrócił uwagę, iż „chodzi w nim o ochronę przed bezprawnym wtargnięciem osoby trzeciej

⁴ P. Wagłowski, *Ochrona dóbr osobistych i danych osobowych*, Warszawa 2009, s. 4.

⁵ M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), op. cit., s. 1132.

⁶ Ibidem, s. 1135.

⁷ P. Wagłowski, *Ochrona dóbr osobistych...*, op. cit., s. 4–5.

⁸ M. Pazdan, [w:] M. Safjan (red.), op. cit., s. 1138.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 29 grudnia 2000 r., I CA 910/00, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2002, Nr 2, poz. 11.

w sferę określonego stanu psychicznego i emocjonalnego, jaki daje człowiekowi poczucie bezpiecznego i niezakłóconego korzystania z własnego kąta, w którym ześrodkowana jest jego aktywność życiowa i z którym związana jest jego prywatność”.

Dobra osobiste mogą zostać naruszone na wiele różnych sposobów. Niezwykle wydaje się wskazanie wszystkich. Katalog dóbr osobistych, które mogą zostać naruszone w Internecie, niczym się nie wyróżnia, ale sposoby ich naruszeń są inne. Stawiam sobie zadanie wskazania podstawowych sposobów, które mogą prowadzić do naruszenia dóbr osobistych w Internecie.

Cookies

Pierwszym sposobem, za pomocą którego może dojść do naruszenia dóbr osobistych w Internecie jest używanie tzw. *cookies*, czyli, jak charakteryzuje je A. Rogacka-Łukasik w odniesieniu do prawa do prywatności, małych plików tekstowych umieszczanych na komputerze użytkownika w chwili połączenia się ze stroną internetową¹⁰. Dzięki tym plikom można prześledzić i zgromadzić wszelkiego rodzaju działania użytkownika Internetu. Informacje nazywane ciasteczkami (ang. *cookies*) są wysyłane przez odwiedzany serwis internetowy i zapisywane na używanym do tego urządzeniu (np. komputerze, laptopie czy smartfonie). Ciasteczka umożliwiają zapamiętanie preferencji użytkownika i personalizowanie stron internetowych w zakresie wyświetlanych treści, dopasowanie reklam, rejestrowanie produktów i usług czy głosowanie w internetowych ankietach. Niewątpliwie dzięki ciasteczkom korzystanie ze stron internetowych jest łatwiejsze i szybsze, ale stwarza też szerokie możliwości naruszania dóbr osobistych człowieka, przede wszystkim prawa do prywatności.

Należy zauważyć, że w znowelizowanej w 2013 r. ustawie Prawo telekomunikacyjne¹¹ przyjęta została procedura uzyskiwania zgody na stosowanie plików *cookies* (w art. 173 tej ustawy). Użytkownik podczas łączenia się ze stroną internetową używającą omawianych plików otrzymuje automatyczny komunikat, zgodnie z którym ma możliwość (nie obowiązek) wyrażenia zgody na przechowywanie i używanie tych plików. Wydaje się na pozór, że można bez żadnych konsekwencji odmówić takiej zgody. Niestety tak nie jest, ponieważ brak zgody powoduje zablokowanie ciasteczek, co oznacza, że strona nie będzie funkcjonować poprawnie. W związku z tym, większość użytkowników stron internetowych udziela zgody na korzystanie z plików *cookies*

¹⁰ A. Rogacka-Łukasik, *Prawo do prywatności w dobie współczesnej ekspansji Internetu*, [w:] A. Kalisz (red.), *Prawa człowieka. Współczesne zjawiska, wyzwania, zagrożenia*, tom 2, Sosnowiec 2015, s. 66.

¹¹ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. 2004 nr 171 poz. 1800.

na ich urządzeniach, pozostając w nieświadomości co do potencjalnych naruszeń ich dóbr osobistych.

Sniffing, phishing i heartbleed bug

Do naruszenia dóbr osobistych w Internecie może dojść także przez *sniffing* (po polsku węszenie), który, według A. Rogackiej-Łukasik, stanowi jedną z najskuteczniejszych technik przechwytywania danych przesyłanych w sieci¹². *Sniffing* umożliwia nie tylko monitorowanie czy słuchanie transmisji danych komputerowych, ale również pozyskiwanie cudzych haseł dostępu do poczty elektronicznej, portali społecznościowych, a nawet kont bankowych. Ten sposób naruszania jest szczególnie groźny, ponieważ pozostaje niezauważony przez użytkownika i jest bardzo trudny do wykrycia nawet przez informatyków. Warto wspomnieć, że *sniffing* może być wykorzystywany legalnie jako narzędzie do zarządzania i usuwania problemów z siecią¹³.

Kolejnym sposobem, za pomocą którego może dojść do naruszenia dóbr osobistych w Internecie jest *phishing* (określany też jako *spoofing*, po polsku podszywanie się). A. Rogacka-Łukasik wskazuje, że *phishing* można określić jako kradzież tożsamości, ponieważ polega na podszywaniu się pod znane użytkownikom osoby lub instytucje w celu uzyskania od nich poufnych danych osobowych, przede wszystkim numerów kart kredytowych oraz haseł do kont bankowych, ale nie tylko¹⁴. Równie dobrze może dojść do ujawnienia innych poufnych danych, które mogą zostać wykorzystane do naruszenia dóbr osobistych, jak choćby zdjęć, wyników prac naukowych czy danych dotyczących stanu zdrowia. W celu pozyskania danych służących np. wykorzystaniu cudzej karty kredytowej, tworzone są specjalne strony internetowe¹⁵. Na tych stronach można nabywać różne towary. W momencie sfinalizowania zakupu przez użytkownika, wszystkie dane dotyczące transakcji zostają przechwycone przez nieuprawniony podmiot, o czym użytkownik oczywiście nie wie. Szczególną odmianą *phishingu* jest *SMiShing*, który również polega na podszywaniu się pod znane użytkownikom osoby lub instytucje w celu uzyskania od nich poufnych danych osobowych, ale przez wykorzystanie telefonu komórkowego (również smartfona), a nie komputera lub laptopa¹⁶.

¹² A. Rogacka-Łukasik, op. cit., s. 67.

¹³ M. Nowak, *Cybernetyczne przestępstwa – definicje i przepisy prawne*, „Biuletyn EBIB” 2010, nr 4 (113), s. 5.

¹⁴ A. Rogacka-Łukasik, op. cit., s. 67.

¹⁵ P. Wąglowski, *Prawo w sieci. Zarys regulacji internetu*, Gliwice 2005, s. 353.

¹⁶ M. Nowak, op. cit., s. 5.

Naruszenie prawa do prywatności oraz przyczynę do naruszania innych dóbr osobistych stanowi zjawisko *heartbleed bug* (po polsku „krwawienie z serca”) ¹⁷. Błąd bezpieczeństwa, który często wyświetla się na ekranach mobilnych urządzeń, może spowodować odczyt pamięci systemu. W efekcie naruszciciel uzyskuje dostęp do wszelkich danych zgromadzonych w pamięci systemowej atakowanego urządzenia (np. kluczy szyfrujących, nazw i haseł użytkownika). Specyficzną nazwę tego zjawiska można uzasadnić tym, że pamięć systemowa stanowi serce każdego elektronicznego urządzenia, a więc nieuprawniony dostęp można określić jako „krwawienie z serca”.

Google Maps

Google Maps (po polsku mapy Google) to serwis internetowy (lub aplikacja na smartfony) umożliwiający oglądanie map i sprawdzanie położenia określonych obiektów ¹⁸. Pozornie tylko wydaje się, że przez użycie tego programu nie może dojść do naruszenia dóbr osobistych. Było tak do 2007 roku, w którym to została dodana do Map Google usługa Street View (pl. widok ulicy). Dzięki tej usłudze można wirtualnie „spacerować” po wielu miastach na świecie, między innymi po Warszawie. Zdjęcia satelitarne wykorzystane do usługi Street View mają bardzo wysoką rozdzielczość, a więc ich jakość jest doskonała. Poza budynkami i ulicami można bez problemu obejrzeć postacie sfotografowanych osób, samochody, ogródki oraz wszystkie inne przedmioty, które w momencie robienia zdjęcia znajdowały się w zasięgu obiektywu. W związku z tym w Internecie swobodnie krążą zdjęcia określonych osób w określonych miejscach, z którymi to miejscami te osoby być może nie chciałyby być kojarzone. Stanowi to również doskonałą bazę danych dla złodziei, którzy mogą wykorzystać tę usługę do planowania różnego rodzaju przestępstw ¹⁹. Należy stwierdzić, że Street View może być szeroko wykorzystywany przez użytkowników Internetu do naruszania dóbr osobistych innych osób, o ile już samo istnienie tej usługi nie narusza prywatności czy wizerunku osób na nich widniejących.

Spam

Jednym z podstawowych celów korzystania z Internetu jest możliwość używania poczty elektronicznej, powszechnie określanej jako e-mail czy po

¹⁷ A. Rogacka-Łukasik, op. cit., s. 69.

¹⁸ Ibidem, s. 68.

¹⁹ W. Lis, *Prawo do prywatności a rozwój nowych technologii informatycznych. Szanse i zagrożenia*, [w:] J. Mucha (red.), *Nie tylko Internet. Nowe media, przyroda i „technologie społeczne” a praktyki kulturowe*, Kraków 2010, s. 180.

prostu mail²⁰. Dzięki niej można, między innymi, wysłać, odbierać i przekazywać wiadomości elektroniczne między użytkownikami. Problem pojawia się wtedy, gdy otrzymana wiadomość elektroniczna jest niepotrzebna czy wręcz niechciana, a więc jest tzw. spamem. Spam, występujący najczęściej w postaci informacji reklamowej, stanowi zazwyczaj zbędną dla adresata wiadomości informację. Warto dodać na marginesie, że poczta elektroniczna jest atrakcyjniejszym nośnikiem komercyjnych danych niż strony WWW, ponieważ dociera do adresata w sposób nieuchronny²¹. Jednakże szkodliwość spamu nie ogranicza się jedynie do marnowania czasu użytkowników poczty elektronicznej na odbieranie zbędnych wiadomości, choć z pewnością ten czas mogliby spożytkować w inny sposób. Przede wszystkim spam może doprowadzić do blokady poczty elektronicznej w ogóle, blokady pożądanej korespondencji, zakłócenia działania sieci internetowej przez nadmierne obciążenie serwerów wywoływane ogromną ilością i rozmiarem spamu, wywołania awarii w komputerze (i w każdym innym urządzeniu elektronicznym używanym do obsługi poczty elektronicznej) oraz narażenia użytkownika na ponoszenie zwiększonych kosztów dostępu do jego poczty²². Zwiększenie kosztów powoduje konieczność zainstalowania odpowiednich programów antyspamowych, w które wciąż wiele komputerów nie jest wyposażonych. Takie programy stanowią, co do zasady, skuteczne zabezpieczenie wszelkich urządzeń służących do obsługi poczty elektronicznej przed spamem, co nie oznacza, że są niezawodne. Dostawcy Internetu pracują nad wdrożeniem specjalnych mechanizmów filtrujących pocztę elektroniczną i odrzucających listy pochodzące z jednego źródła, a adresowane do tysięcy użytkowników Internetu, ale pojawiają się coraz to nowe, oszukańcze metody omijania tych mechanizmów, polegające na myłącym formułowaniu tytułów listów (tak, aby nie wskazywały na reklamową treść), zmienianiu źródła ich nadania czy wykorzystywaniu adresu osoby nieistniejącej. Wywołanie szkód w komputerze polega zazwyczaj na możliwości przesyłania za pomocą spamu wirusów komputerowych, które mogą służyć do niszczenia danych lub zdobycia informacji poufnych przez podmioty nieuprawnione.

Według D. Kasprzyckiego, w zasadzie każda niezamawiana przesyłka (czyli każdy spam, który bywa też określany mianem *junk e-mail*²³) stanowi naruszenie sfery prywatności odbiorcy przez zakłócenie swobodnego i płynnego korzystania przez niego z Internetu. Istotą zjawiska *spammingu* jest

²⁰ A. Rogacka-Łukasik, op. cit., s. 68–69.

²¹ D. Kasprzycki, *Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna: zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2005, s. 24–39.

²² P. Wąglowski, *Spam a prawo. Próba wskazania kierunków badawczych*, „Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji” 2003, nr 4, s. 64.

²³ Pochodzenie terminu „spam” oraz szeroka gama jego możliwych rozwinięć, jak również synonimów jest warta uwagi, lecz nie mieści się w ramach niniejszego opracowania. W związku z tym proponuję zapoznanie się z następującą publikacją: D. Kasprzycki, op. cit., s. 30–33.

korrespondencja elektroniczna przesyłana masowo do wielu użytkowników Internetu, którzy jej nie zamawiali. Praktyki spammingowe nie są związane wyłącznie z działalnością gospodarczą, lecz mogą być również stosowane w działalności politycznej, kulturalnej, religijnej i społecznej. Spam, poza naruszaniem dobra osobistego w postaci sfery prywatności, może naruszać również wolność człowieka²⁴. Wolność należy w tym przypadku rozumieć jako wolność od złośliwego, uciążliwego niepokojenia, od obawy i strachu, a także od wszelkich nieuprawnionych nacisków krępujących swobodne dysponowanie wartościami osobistymi²⁵. Słusznie wskazuje się w literaturze²⁶, że spam, mimo iż dotyczy poczty elektronicznej, nie narusza tajemnicy korespondencji, ponieważ jego istotą nie jest zapoznanie się z informacją kierowaną do innego podmiotu, ani ujawnienie informacji otrzymanej poufnie.

Domeny internetowe

Domeny internetowe, inaczej nazywane adresami internetowymi, są jednym z najważniejszych i najczęściej stosowanych narzędzi w Internecie²⁷. Na świecie zarejestrowanych jest około trzydzieści milionów domen internetowych, które służą przede wszystkim do identyfikacji stron WWW oraz lokalizacji kont pocztowych używanych w korespondencji elektronicznej. Zarejestrowanie i używanie domen internetowych, których częścią jest cudze nazwisko, pseudonim, firma czy nazwa, może prowadzić do naruszenia dóbr osobistych tych podmiotów²⁸. Co więcej, w związku z wykorzystaniem w adresach internetowych wskazanych danych, może dojść do naruszenia takich dóbr osobistych jak wizerunek, cześć, dobre imię czy renoma²⁹. Warto mieć świadomość, że większość dóbr osobistych osób fizycznych i osób prawnych może zostać naruszona przez używanie ich nazwisk, pseudonimów, firm i nazw w adresach stron WWW oraz adresach poczty elektronicznej.

Należy poczynić uwagę, że niemożliwe jest funkcjonowanie dwóch identycznych domen internetowych na jednym poziomie domen (są trzy poziomy domen internetowych – globalny, unijny i krajowy) ze względu na koniecz-

²⁴ D. Kasprzycki, op. cit., s. 307–311.

²⁵ Z. Radwański, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 października 1967 r., II CZ 92/67*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1968, z. 10, poz. 208, s. 447.

²⁶ P. Drewniak, *Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.

²⁷ J. Ożegalska-Trybalska, *Adresy internetowe. Zagadnienia cywilnoprawne*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2003, z. 84, s. 18.

²⁸ O. Szejnert, *Ochrona praw do domeny w procesie cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 10, dodatek: Internet i komputer w kancelarii, s. 12.

²⁹ J. Ożegalska-Trybalska, *Adresy internetowe...*, op. cit., s. 223–243.

ność jednoznacznej identyfikacji urzędzeń w Internecie³⁰. Dopuszczenie do sytuacji, w której miałyby istnieć dwa identyczne adresy internetowe zapisane w systemie domenowym na tym samym poziomie, uniemożliwi należytą identyfikację urzędzeń, a zatem uniemożliwi należyte działanie Internetu. W konsekwencji każdy podmiot, który zarejestruje nazwę domeny internetowej, uzyska jednocześnie pewność, że żadna osoba nie dokona rejestracji tożsamej nazwy. Jednakże w pełni dopuszczalne i niewywołujące żadnych problemów w funkcjonowaniu Internetu jest rejestrowanie nazw domen internetowych różniących się od siebie nieznacznie, a nawet łudząco do siebie podobnych (np. firma.pl i frima.pl)³¹. Tak samo za w pełni dopuszczalne należy uznać zarejestrowanie identycznych nazw domen internetowych, ale na różnym poziomie domen (np. firma.com i firma.com.pl)³².

Należy zauważyć, że nie każda forma posługiwania się cudzym nazwiskiem lub pseudonimem prowadzi do naruszenia dóbr osobistych. Konieczne jest, poza istnieniem innych przesłanek odpowiedzialności z tytułu naruszenia cudzych dóbr osobistych, aby posługiwanie się cudzym nazwiskiem lub pseudonimem w adresie strony internetowej naruszało sferę identyfikacji osoby fizycznej. Nie może dotyczyć to danego nazwiska lub pseudonimu w ogólności. Musi odnosić się do konkretnej osoby o tym nazwisku lub pseudonimie. Samo użycie cudzego nazwiska lub pseudonimu nie umożliwia zidentyfikowania tej osoby. Dopiero powiązanie tego nazwiska lub pseudonimu z dodatkowymi informacjami lub osadzenie go w odpowiednim kontekście sytuacyjnym pozwala na identyfikację konkretnej osoby noszącej to nazwisko lub używającej tego pseudonimu. Według J. Ożegalskiej-Trybalskiej³³, do naruszenia cudzego nazwiska lub pseudonimu przez bezprawne użycie ich w adresie strony internetowej, może dojść w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, gdy za pośrednictwem tej strony rozpowszechniane są nieprawdziwe informacje, ujemne oceny, fałszywe zarzuty, krytyczne uwagi w stosunku do osoby noszącej to nazwisko lub używającej tego pseudonimu, w celu jej poniżenia w oczach opinii publicznej lub narażenia na utratę zaufania potrzebnego do sprawowania określonego stanowiska czy wykonywania określonego zawodu. Tytułem przykładu można wskazać na wykorzystanie nazwiska

³⁰ P. Wilczak, *Skutki zawarcia umowy o rejestrację i utrzymywanie nazwy domeny .pl w sferze uprawnień i sytuacji faktycznej abonenta*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.

³¹ W prawie nieuczciwej konkurencji takie zjawisko określane jest mianem *typosquatting*. Stanowi formę naruszenia uprawnień do oznaczeń odróżniających w Internecie. Traktowane jest jako odmiana *cybersquattingu*. Szerzej na ten temat: M. Modrzejewska, *Wykorzystanie w nazwie domeny internetowej cudzych oznaczeń identyfikacyjnych jako czyn nieuczciwej konkurencji*, [w:] M. Pazdan (red.), M. Jagielska (red.), E. Rott-Pietrzyk (red.), M. Szpunar (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017, s. 1122–1124.

³² Szerzej o możliwościach rejestracji różnych domen, o sposobie zawierania umów dotyczących korzystania z domeny oraz o nadzorze nad domeną „.pl” sprawowanym przez instytut badawczy NASK (Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa): M. Modrzejewska, op. cit., s. 1109–1114.

³³ J. Ożegalska-Trybalska, *Adresy internetowe...*, op. cit., s. 238–239.

znanego polityka w adresie strony internetowej, która zawiera ośmieszające i kompromitujące go treści albo wykorzystanie nazwiska nobliwego duchownego w adresie strony WWW, reklamującej towary pornograficzne. Po drugie, gdy strona służy do celów reklamowych, a nazwisko lub pseudonim powszechnie znanej osoby ma na celu zwrócenie uwagi odbiorców. W takim przypadku przeciętny użytkownik Internetu, skojarzy adres strony internetowej z nazwiskiem lub pseudonimem sławnych osób ze świata sportu, mody, filmu, mediów czy polityki.

W przypadku osób prawnych, tak jak w przypadku osób fizycznych, najbardziej narażona na naruszenia spowodowane używaniem adresów stron internetowych jest sfera identyfikacji osoby prawnej. Używanie nazwy lub firmy osoby prawnej będzie stanowiło naruszenie jej dóbr osobistych, gdy podmiot nieuprawniony wywołuje niebezpieczeństwo pomyłek wśród użytkowników Internetu co do tożsamości osoby prawnej i dysponenta adresu lub co do związku dysponenta adresu z osobą prawną³⁴. Warto zauważyć, że do naruszenia dóbr osobistych osoby prawnej w postaci jej nazwy lub firmy może również dojść, gdy w adresie strony internetowej zostanie wykorzystana część (skrót lub akronim) nazwy lub firmy, ale tylko pod warunkiem, że ta część jest wystarczająca do identyfikacji tej osoby prawnej oraz odróżnienia jej od innych podmiotów. W praktyce używanie przez osoby prawne w adresach stron internetowych skrótów ich oznaczeń odróżniających jest powszechne (np. podmiot National Aeronautics and Space Administration używa skrótu NASA).

Deep links

Poddać pod rozwałę należy problem możliwości naruszenia dóbr osobistych, zwłaszcza prawa do wizerunku, przez stosowanie tzw. głębokich odesłań (ang. *deep links*) z innych stron internetowych. W doktrynie zostało postawione pytanie, czy umieszczenie na stronie internetowej głębokiego odesłania do wizerunku znajdującego się na linkowanej stronie internetowej bez zgody dysponenta wizerunku może naruszać jego prawo do wizerunku i ewentualnie inne dobra osobiste. Odpowiedź twierdząca na to pytanie wywołuje wątpliwość co do kwalifikacji takiego odesłania jako bezpośredniego naruszenia³⁵. Zagadnienie to było przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Kra-

³⁴ R. Skubisz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 1991 r., II CR 753/90*, „Przełąd Sądowy” 1993, nr 1, s. 95.

³⁵ K. Włodarska, *Naruszenie prawa do wizerunku w Internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania*, [w:] J. Barta, A. Matlak (red.), *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej” 2007, z. 100, s. 603–627.

kowie, który zajął stanowisko, że działanie polegające na zamieszczeniu na stronie internetowej głębokiego odesłania, umożliwiającego użytkownikom tej strony bezpośrednio otwarcie rekomendowanej witryny, stanowi rozpowszechnienie wizerunku zamieszczonego w tej witrynie³⁶. Sąd uznał, że użycie takiej techniki elektronicznej zwiększa ilość osób, które mogą zapoznać się z zawartością strony, do której prowadzi głębokie odesłanie. W dalszej części uzasadnienia Sąd stwierdził, że należy odróżnić sytuację powstałą na tle omawianego zagadnienia, od sytuacji stosowania zwykłych odesłań do innych stron internetowych. Za odesłania zwykle uznaje się takie, które nie umożliwiają bezpośredniego dostępu do określonych treści, lecz wymagają dodatkowych czynności ze strony użytkownika Internetu (mówiąc kolokwialnie – wymagają kilku dodatkowych kliknięć). Rozstrzygnięcie Sądu Apelacyjnego w Krakowie spotkało się z negatywną oceną niektórych przedstawicieli doktryny³⁷. Ich zdaniem celem stosowania głębokich odesłań jest szybkie i łatwe zapoznawanie się z materiałami dostępnymi pod linkiem. Istotą tego narzędzia jest możliwość bezpośredniego dostępu do informacji zawartych na stronie, na którą użytkownik zostaje przekierowany. Uznanie, że na posługiwanie się takimi odesłaniami konieczna jest zgoda podmiotu, na którego stronę następuje odesłanie, nakłada na podmioty je umieszczające dodatkowy obowiązek obserwowania i weryfikowania treści znajdujących się na stronie, do której prowadzi odesłanie oraz obowiązek uzyskiwania zgód od odpowiednich podmiotów na rozpowszechnianie ich wizerunku za pomocą odesłania. Warto zauważyć, że treści znajdujące się na stronie, do której prowadzi odesłanie, zazwyczaj ulegają zmianom, a zgoda podmiotów na rozpowszechnianie ich wizerunku może zostać cofnięta czy unieważniona, co jeszcze bardziej komplikuje prawne aspekty stosowania głębokich odesłań i prowadzi do dalszych pytań i problemów, na które próżno szukać jednoznacznych odpowiedzi.

Niezależnie od tego, czy w następnych orzeczeniach, dotyczących omawianego zagadnienia, sądy wesprą pogląd ukształtowany przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, czy zmienią go i jakie będzie ich uzasadnienie, a także jakie będą na ten temat wypowiedzi doktryny, to *deep links* są kolejnym sposobem, za pomocą którego może dojść do naruszenia dóbr osobistych w Internecie. Czy w danym stanie faktycznym rzeczywiście dojdzie do naruszenia prawa do wizerunku lub innego dobra osobistego przez stosowanie głębokich odesłań rozstrzygnie każdorazowo sąd, lecz warto mieć świadomość, że również w taki sposób dobra osobiste mogą zostać naruszone.

³⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2004 r., I ACa 564/04, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2004, nr 3–4, s. 155; Zob. podobnie Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 grudnia 2015 r., VI ACa 1772/14, LEX 2009536.

³⁷ J. Ożegalska-Trybalska, *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie w świetle orzecznictwa sądowego*, [w:] J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012, s. 380.

Cloud Computing

Cloud Computing, tłumaczony na język polski jako usługa „w chmurze”, stał się narzędziem dostępnym dla każdego, kto nie chce inwestować w drogi sprzęt elektroniczny (przede wszystkim dyski pamięci), lecz wystarczy mu dostęp do współdzielonych, wirtualnych zasobów umieszczonych na zewnętrznych serwerach³⁸. Rozwój sprzętu komputerowego, połączeń internetowych oraz usług świadczonych przez producentów aplikacji mobilnych spowodował, że współcześnie każdy może udostępniać i przechowywać dane „w chmurze”. Dotyczy to zarówno wszystkich danych prywatnych, jak i służbowych, które mogą być zapisane na komputerach i innych urządzeniach elektronicznych (np. tabletach czy smartfonach). Powszechnie „chmura” jest używana przez osoby korzystające z internetowych i mobilnych usług konsumenckich, takich jak Facebook, Bing, Google czy Office 365³⁹. Jednak nie może zostać niezauważone, że taki sposób udostępniania i przechowywania danych powoduje znaczne ryzyko dla ich prywatności i bezpieczeństwa. Nieodpowiednie zarządzanie systemem, mogące doprowadzić do niekontrolowanego „wycieku” danych, a także ataki hakerów, będą niewątpliwie stanowiły naruszenie prawa do prywatności. Co prawda przy użyciu tej usługi wprost może dojść do naruszenia tylko jednego dobra osobistego, jakim jest prawo do prywatności, jednakże informacje pozyskane w ten sposób przez nieuprawnione podmioty mogą zostać wykorzystane do naruszenia innych dóbr osobistych, jak choćby wizerunku, czci czy dobrego imienia. *Cloud Computing* stanowi kolejny, możliwy do zrealizowania jedynie w cyberprzestrzeni, sposób naruszenia dóbr osobistych.

Zakończenie

Warto zasygnalizować daleko idące konsekwencje, jakie rodzi korzystanie z Internetu przez jego użytkowników. W niniejszym opracowaniu zostały omówione podstawowe sposoby naruszeń, które można kwalifikować jako godzące w dobra osobiste w Internecie. Należy zaznaczyć, że nie stanowią one zamkniętego katalogu, lecz jedynie najczęściej spotykane przykłady. Używanie tzw. *cookies*, *sniffing*, *phishing*, *heartbleed bug*, spam, *deep links*, *Cloud Computing*, korzystanie z aplikacji typu Google Maps oraz rejestrowanie i używanie domen internetowych mogą stanowić źródło naruszeń dóbr

³⁸ E. Molenda-Kropielnicka, „*Cloud Computing*” – zagadnienia prawne, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2013, nr 1 (119), s. 109

³⁹ S. Ahmed, R. Zalewska, *Przetwarzanie w chmurze obliczeniowej (cloud computing): kwestie umów i zgodności z prawem z perspektywy prawnika wewnętrznego*, „*Monitor Prawniczy*” 2014, nr 22, s. 1213.

osobistych. Wszystkie wymienione wyżej sposoby naruszeń powstały wraz z rozwojem cyberprzestrzeni, która, jak słusznie wskazuje A. Rogacka-Łukasik, jest symbolem najnowocześniejszej technologii⁴⁰. Technologii, bez której gatunek ludzki nie potrafiłby w dzisiejszych czasach funkcjonować. Jak słusznie wskazuje się w doktrynie, korzystanie z komputerów i Internetu, w życiu prywatnym i zawodowym, wpływa pozytywnie na ogólny rozwój i postęp⁴¹. Należy jednak zdawać sobie sprawę, że ogromny potencjał Internetu stanowi jednocześnie rzeczywiste zagrożenie naruszeń dóbr osobistych. Całkowicie uzasadnione są obawy wielu użytkowników Internetu, którzy obserwują jak wraz z jego rozwojem następuje coraz brutalniejsze wkraczanie w ich życie prywatne.

Wykaz literatury

- Ahmed S., Zalewska R., *Przetwarzanie w chmurze obliczeniowej (cloud computing): kwestie umów i zgodności z prawem z perspektywy prawnika wewnętrznego*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 22.
- Drewniak P., *Wybrane problemy regulacji antyspamowych w Polsce*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.
- Kasprzycki D., *Spam, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna: zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2005.
- Lis W., *Prawo do prywatności a rozwój nowych technologii informatycznych. Szanse i zagrożenia*, [w:] J. Mucha (red.), *Nie tylko Internet. Nowe media, przyroda i „technologie społeczne” a praktyki kulturowe*, Kraków 2010.
- Modrzejewska M., *Wykorzystanie w nazwie domeny internetowej cudzych oznaczeń identyfikacyjnych jako czyn nieuczciwej konkurencji*, [w:] M. Pazdan (red.), M. Jagielska (red.), E. Rott-Pietrzyk (red.), M. Szpunar (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, Warszawa 2017.
- Modrzejewski P., *Odpowiedzialność innych podmiotów niż sprawca za naruszenie dóbr osobistych w Internecie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 3.
- Molenda-Kropielnicka E., *Cloud Computing – zagadnienia prawne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2013, nr 1 (119).
- Nowak M., *Cybernetyczne przestępstwa – definicje i przepisy prawne*, „Biuletyn EBIB” 2010, nr 4 (113).
- Ożegalska-Trybalska J., *Adresy internetowe. Zagadnienia cywilnoprawne*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2003, z. 84.
- Ożegalska-Trybalska J., *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie w świetle orzecznictwa sądowego*, [w:] J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012.

⁴⁰ A. Rogacka-Łukasik, op. cit., s. 71

⁴¹ P. Modrzejewski, *Odpowiedzialność innych podmiotów niż sprawca za naruszenie dóbr osobistych w Internecie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2017, nr 3, s. 58

- Pazdan M., [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, tom 1, Warszawa 2007.
- Radwański Z., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 października 1967 r., II CZ 92/67*, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1968, z. 10, poz. 208.
- Rogacka-Łukasik A., *Prawo do prywatności w dobie współczesnej ekspansji Internetu*, [w:] A. Kalisz (red.), *Prawa człowieka. Współczesne zjawiska, wyzwania, zagrożenia*, tom 2, Sosnowiec 2015.
- Sadomski J., *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003.
- Skubisz R., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 1991 r., II CR 753/90*, „Przebieg Sądowy” 1993, nr 1.
- Sztejnert O., *Ochrona praw do domeny w procesie cywilnym*, „Monitor Prawniczy” 2000, Nr 10, dodatek: Internet i komputer w kancelarii.
- Wagłowski P., *Ochrona dóbr osobistych i danych osobowych*, Warszawa 2009.
- Wagłowski P., *Prawo w sieci. Zarys regulacji internetu*, Gliwice 2005.
- Wagłowski P., *Spam a prawo. Próba wskazania kierunków badawczych*, „Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji” 2003, nr 4.
- Wilczak P., *Skutki zawarcia umowy o rejestrację i utrzymywanie nazwy domeny .pl w sferze uprawnień i sytuacji faktycznej abonenta*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.
- Włodarska K., *Naruszenie prawa do wizerunku w Internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania*, [w:] J. Barta, A. Matlak (red.), *Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej” 2007, z. 100.

Summary

Ways of violating personal rights on the Internet – selected issues

Key words: personal rights, Internet, ways of violating personal rights, consent of the rights holder, internet domains.

One of the many divisions of personal rights was the division into rights which can be infringed on the Internet and those that cannot be violated in this way. Nowadays, it should be assumed that practically all personal rights may be endangered or violated on the Internet. Moreover, the role of identifying, indicating and describing the basic ways that violate personal rights in cyberspace is increasing. The use of cookies, sniffing, phishing, the Heartbleed bug, spam, deep links, Cloud Computing, the use of the Google Maps application, and the registration and use of Internet domains are just the most common examples. The development of these cutting-edge technologies has led to significant violations of privacy rights.

Jerzy Nikolajew

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-1505-9710

Katarzyna Pluta

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0001-6899-1574

Ochrona małoletnich przed przemocą domową na przykładzie wyroku ETPC w sprawie M. i M. przeciwko Chorwacji (skarga 10161/13)

Wprowadzenie

Prawo do ochrony małoletnich przed przemocą domową to bez wątpienia obowiązek każdego państwa, a jego zaniechanie można oceniać w kategoriach naruszenia praw człowieka, gwarantowanych na podstawie konwencji prawnomiędzynarodowych¹. Stąd też właściwość Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC lub Trybunał) jako sądu rozstrzygającego spory pomiędzy stronami Konwencji a obywatelami tych państw, w zakresie naruszenia podstawowych praw i wolności człowieka, w tym także małoletniego. w przedmiocie jego ochrony (także procesowej) przed przemocą domową. Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w sprawie skargi M. i M. przeciwko państwu chorwackiemu, gdzie skarżące, matka i córka, złożyły pozew o naruszenie art. 3 i 8 EKPC, zarzucając państwu przewlekłość postępowania opiekuńczego oraz brak wysłuchania dziecka w postępowaniu, które je bezpośrednio dotyczyło (takie orzeczenie zapadło w formie wyroku z 3 września 2015 r.). Orzeczenie to jest jednym z kilku wyroków Trybunału, odnoszących się do ochrony małoletnich przed przemocą domową w kontekście naruszenia konwencyjnych uprawnień, jednak *passus* ze skargi nr 10161/13 wymaga osobnych rozważań, przynajmniej z powodu czterech łącznie występujących przesłanek². Po pierwsze, to sprawa dotycząca przemocy stosowanej

¹ Europejska konwencja z 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z protokołami uzupełniającymi (dalej: EKPC).

² Warto odnieść się także do przynajmniej trzech podobnych rodzajowo spraw zawisłych przed Trybunałem. Pierwsza to skarga nr 71127/01 w sprawie Bevacqua przeciwko Bułgarii o naruszenie art. 8 EKPC. Trybunał uznał, że państwo nie chroniło dziecka przed przemocą stosowaną podczas

przez ojca faktycznie wykonującego opiekę nad córką, po drugie – dotyczy przewlekłości postępowania w sprawie o ustanowienie opieki nad małoletnim dzieckiem po rozwodzie rodziców, po trzecie – związana jest z prawem dziecka do wysłuchania w postępowaniu sądowym i po czwarte – dotyczy konieczności uwzględnienia jego dojrzałości w kontekście aktywności procesowej³.

Kazus M. i M. przeciwko Chorwacji daje także tytuł do podjęcia rozważań na temat skuteczności przyjętych rozwiązań normatywnych i praktyki poszczególnych państw, nie tylko Chorwacji, ale też i Polski oraz norm przyjętych w prawie międzynarodowym. Szczególnie chodzi o EKPC, lecz także o inne przepisy wynikające z zaleceń Rady Europy czy Narodów Zjednoczonych. W kontekście tych analiz nie można pominąć rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie Chorwacji i w porządku prawnym RP. Dlatego też zdecydowano się na kwerendę tego tematu w ujęciu prawnomiędzynarodowym oraz rodzinnym i opiekuńczym. Jednak problematyka przemocy w rodzinie to przede wszystkim zjawisko interdyscyplinarne i można je wyjaśniać na podstawie doktryny kryminologii, prawa karnego, ale także psychologii, zwłaszcza psychologii zachowań społecznych⁴.

Już na wstępie należy zauważyć, że mimo sporej aktywności różnych środowisk, zjawisko przemocy i przemocy w rodzinie, szczególnie wobec kobiet i dzieci, to wciąż poważny problem społeczny. Zwłaszcza statystyki sądowe pochodzące z polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości, dotyczące sprawców czynów z art. 207 Kodeksu karnego potwierdzają to i w konsekwencji powinny wymuszać skuteczne działanie państwa, tak w sferze legislacyjnej i orzeczniczej, jak i wykonawczej. Biorąc pod uwagę społeczne skutki zaniechania, skuteczne działanie organów państwa wydaje się być najlepszym rozwiązaniem (złagodzeniem?) problemu przemocy dorosłych wobec dzieci⁵.

widzeń z dzieckiem po rozwodzie rodziców. W drugiej sprawie: *Kontova przeciwko Słowacji* (skarga nr 7510/04) Trybunał stwierdził naruszenie art. 2 EKPC, skoro rząd nie dopełnił obowiązku aktywnego przeciwdziałania przemocy a sprawca tej przemocy zabił dwójkę swoich dzieci, a potem siebie. Z kolei w sprawie ze skargi nr 7050/75 w sprawie *A. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* odpowiedzialność państwa rozpoznawano z punktu widzenia ewentualnego naruszenia normy z art. 3 EKPC. W tej sprawie ETPC zdecydował, że „nie jest możliwe uwolnienie się od odpowiedzialności sprawcy przemocy wobec dziecka uzasadniającego swoje działanie racjonalnym wychowaniem”. Zob. też wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie *R.R. przeciwko Polsce*, skarga nr 27617/04; wyrok ETPC z dnia 31 maja 2007 r. w sprawie *Kontrova przeciwko Słowacji*, skarga nr 7510/04; wyrok ETPC z dnia 2 marca 2017 r. w sprawie *Talpis przeciwko Włochom*, skarga nr 41237/14.

³ Zob. także L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*. t. I, Warszawa 2010, s. 96–137.

⁴ Zob. także E. Bieńkowska, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości o mediacji w sprawach przemocy w rodzinie*, „Prokuratura i Prawo” nr 4/2012, s. 81.

⁵ Trzeba jednak zauważyć, że nie można postawić znaku równości pomiędzy pojęciem znęcania się (art. 207 kk) a przemocą w rodzinie, tak samo jak pomiędzy przemocą w rodzinie a konfliktem rodzinnym. Natomiast według ministerialnych danych w 2015 r. z art. 207 kk skazano łącznie 10 533 osoby. Zob. G. Wrona, *Konflikt a przemoc. Zastosowanie art. 207 par. 1 kk w przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, (niepublikowana rozprawa doktorska), Warszawa 2016, s. 132.

Kazus M. i M. przeciwko Chorwacji jako podstawa do dalszych rozważań

W omawianym kazusie przewodniczący sekcji I, rozpoznającej skargę przeciwko rządowi chorwackiemu słusznie postanowił nie ujawniać tożsamości skarżących. Sprawa dotyczyła przemocy domowej, dlatego powódki (matkę i córkę) określono jako M. i M. Pierwsza z nich urodziła się w 2001 r. i w chwili wniesienia skargi powodowej miała 12 lat, a w dacie domniemanego znęcania się nad nią przez ojca była dzieckiem prawie dziesięcioletnim. Wiek skarżącej ma tu istotne znaczenie także z punktu widzenia ochrony jej praw i stosowania odpowiednich reguł postępowania, również procesowego, co zostało również zauważone w rozstrzygnięciu Trybunału. W 2006 r. druga skarżąca (matka) wniosła powództwo cywilne przeciwko mężowi z żądaniem rozwodu, prawa do opieki nad córką (pierwszą skarżącą) i zasądzenia na rzecz pierwszej skarżącej alimentów od jej ojca. W tym samym czasie mąż drugiej skarżącej i jednocześnie ojciec pierwszej wniósł do sądu powództwo wzajemne. Także wzajemnie małżonkowie M. składali skargi na siebie z wnioskiem o ściganie, zarzucając popełnienie przestępstwa przemocy w rodzinie i przemocy domowej. Trybunał nie ujawnił treści decyzji (orzeczeń) kończących te postępowania, gdyż nie był w ich posiadaniu. Jednak istotnym rozstrzygnięciem w tej sprawie był wyrok rozwodowy (z 2007 r.), w którym sąd przyznał prawo do opieki nad pierwszą skarżącą jej ojcu, a matce (drugiej skarżącej) nakazał regularne płacenie alimentów oraz orzekł o kontaktach drugiej skarżącej z pierwszą. Jeszcze wcześniej, bo przed wydaniem wyroku rozwiązującego małżeństwo, sąd uwzględnił opinię wydaną przez lokalne centrum pomocy społecznej w Zadarze, z której wynikało, że druga skarżąca nie współpracuje z funkcjonariuszem sprawującym nadzór nad pierwszą skarżącą, a pierwsza skarżąca wyraziła chęć przebywania z ojcem, nie z matką. Stąd też obie skarżące utrzymywały między sobą kontakt doraźny, podczas kiedy dziecko (pierwsza skarżąca) przebywało z ojcem i członkami nowej rodziny przez niego założonej.

Kluczowym faktem w omawianej sprawie było zdarzenie z 1 lutego 2011 r., w trakcie którego ojciec pierwszej skarżącej uderzył ją w twarz, ścisnął za gardło i znieważył słownie. Pokrzywdzona poinformowała matkę, czyli drugą skarżącą i po obdukcji lekarskiej stwierdzono u dziecka siniaki na gałce ocznej i tkance gniazda oka. Po wizycie lekarskiej obie skarżące złożyły na policji zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa przez ojca dziecka. Po przesłuchaniu policyjnym i po interwencji pracownika pomocy społecznej pierwsza skarżąca powróciła do domu, w którym wcześniej przebywała, czyli do domu domniemanego sprawcy przestępstwa przemocy. Kilkanaście dni później, na wniosek matki, dziewczynka została przebadana

przez specjalistę w ośrodku psychiatrycznym dla dzieci i młodzieży w Zagrzebiu. Ustalenia psychiatry ujawniły okoliczności dotyczące przemocy stosowanej przez ojca pierwszej skarżącej. Zabraniał on dziecku przyjmowania jakichkolwiek prezentów od matki (czyli drugiej skarżącej), a przyniesione do domu wyrzucał, dyskredytował matkę wobec dziecka i nie pozwalał jej telefonować do niej, wobec dziecka używał wulgarnych słów, groził pobiciem, zmuszał do jedzenia, ograniczał jej kontakty z rówieśnikami, faworyzował dzieci swojej nowej partnerki. Agresja ojca wobec dziewczynki z 1 lutego 2011 r. spowodowana była jego niezadowoleniem z tego powodu, że pierwsza skarżąca udając się do matki zabrała po kryjomu pukiel włosów, obciętych jej kiedyś przez matkę. Po powrocie do domu ojciec uderzył ją w twarz w okolicę oka i ścisnął za szyję, w wyniku czego dziecko zwymiotowało. W tym samym czasie i wcześniej używał wobec niej określeń typu: „głupia krowa”, „wieprz”, „koza” i „złodziejka”. W rozmowie z psychiatrą pierwsza skarżąca wyjawiała, że ojciec już wcześniej stosował wobec niej przemoc fizyczną (nie tylko 1 lutego 2011 r.) i stale czuła się zagrożona z jego strony, gdyż groził jej także ograniczeniem kontaktów z matką. Pierwsza skarżąca o matce wypowiadała się bardzo pozytywnie, wyrażała silne pragnienie mieszkania razem z nią, a swoją wcześniejszą decyzję (oświadczenie przed sądem) o przebywaniu z ojcem tłumaczyła obawą o własne bezpieczeństwo ze strony ojca, niezadowolonego z powodu niemożności mieszkania z dzieckiem. W orzeczeniu Trybunału znalazł się także *passus* z zaleceń psychiatry, że „w celu zapobieżenia rozwojowi nieodwracalnych konsekwencji psychopatologicznych spowodowanych ciągłym maltretowaniem zaleca się niezwłoczne usunięcie dziecka z rodziny, w której obecnie żyje oraz by opieka została przyznana matce”. Opinia psychiatryczna uwzględniła także nową sytuację rodzinną w miejscu przebywania pierwszej skarżącej, gdzie oprócz niej i jej ojca przebywała także jego konkubina z trójką własnych dzieci. Dziecko miało możliwość kontaktowania się głównie z dziećmi konkubiny ojca, a ojciec niechętnie tolerował jej kontakty z innymi (matką, rówieśnikami). Pierwsza skarżąca była wielokrotnie konsultowana przez psychologa i psychiatrę, także badana przez biegłych sądowych i odwiedzana przez pracowników opieki społecznej. Ta sytuacja była dla niej wysoce niekomfortowa, tak samo zresztą, jak i konflikt pomiędzy jej rodzicami. W konsekwencji stwierdzono u niej stres pourazowy, a frustracji towarzyszyły akty samoagresji w postaci samookaleczeń na skórze. W prowadzonym postępowaniu karnym obie skarżące występowały w charakterze oskarżycieli posiłkowych. W procesie o opiekę nad dzieckiem pierwsza skarżąca, z uwagi na małoletniość, z urzędu była reprezentowana przez kuratora (w osobie adwokata) zaproponowanego przez lokalne centrum pomocy społecznej. Także w postępowaniu przed lokalnym ośrodkiem pomocy społecznej wyznaczono psychologa pełniącego funkcję nadzoru nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej nad pierwszą skarżącą przez matkę.

Inspektor (psycholog) w swoim raporcie końcowym podkreślił, że głównym problemem dziecka jest nierozwiązany konflikt rodzicielski.

Jednocześnie w orzeczeniu z 3 września 2015 r. Trybunał wskazał na podstawowe regulacje prawa chorwackiego, obowiązujące wówczas w przedmiotowym zakresie. Przede wszystkim na Kodeks rodzinny z 2003 r., a zwłaszcza normy z art. 88 i 89 tej ustawy, odnoszące się do konieczności nie narażania dziecka na poniżające traktowanie, przemoc psychiczną lub fizyczną, lub znęcanie się (skarżące zarzucały państwu naruszenie art. 3 i 8 EKPC). Poza tym przywołano przepisy kodeksu karnego w zakresie obejmującym przestępstwo uszkodzenia ciała, zaniechania lub znęcania się nad dzieckiem lub nieletnim i przemoc w rodzinie. Zwłaszcza w przedmiocie art. 215a chorwackiego k.k. Trybunał oparł swoje rozważania na doktrynie prawa chorwackiego, rozróżniającej przemoc od znęcania się. W pierwszym przypadku chodzi o takie rozumienie przemoc domowej, że jest ona zastosowaniem siły fizycznej i przymusu psychicznego wobec integralności innego członka rodziny. Natomiast znęcanie się, według karnistów chorwackich, to rozmyślne zadanie fizycznego lub psychicznego bólu o wysokiej intensywności i może być fizyczne, psychiczne, emocjonalne i seksualne. W tym samym wyroku ETPC przywołał chorwacką ustawę o ochronie przed przemocą domową przewidującą odpowiedzialność na podstawie kodeksu wykroczeń (kara grzywny do 4 tys. HRK lub aresztu do 40 dni a w przypadku recydywy – grzywna do 15 tys. HRK lub areszt do 60 dni). W każdym przypadku można też stosować środek ochronny w postaci uczestnictwa w obowiązkowej terapii. Trybunał wskazał także na konieczność uwzględnienia przez stronę pozwaną obowiązujących przepisów konwencyjnych, których Chorwacja jest stroną (wyższe zagadnienia zostaną przedstawione w dalszej części rozważań).

Trzeba jednak odnieść się do meritum rozstrzygnięcia w omawianej sprawie, tym bardziej, że sędziowie-orzecznicy nie byli ze sobą we wszystkim zgodni. W uzasadnieniu podkreślono, że życie rodzinne to wzajemne przebywanie rodzica i dziecka w swoim towarzystwie, jednak obejmuje ono także prawo do osobistej autonomii. Dzieciom przysługuje ograniczona w stosunku do dorosłych autonomia, bo nie mają one prawa do wyboru sposobu prowadzenia własnego życia, ale ich sytuacja zmienia się wraz z rozwojem psychofizycznym. Wraz z dojrzałością wzrasta zdolność do kształtowania własnych poglądów i ich wyrażania oraz prawo do bycia wysłuchanym, także w postępowaniu sądowym i administracyjnym (to wynika z przepisów międzynarodowych). Trybunał wyraźnie zwrócił uwagę na konieczność uszanowania pragnień dziecka co do tego, z kim chce zamieszkać, co można identyfikować z uprawnieniem do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego dziecka. ETPC w przedmiotowym wyroku podkreślił niecelowość przewlekania postępowania sądowego w przypadku skrzywdzonego dziecka, gdyż potęgowało to jego cierpienia psychiczne i w efekcie doprowadziło do groźnych dla zdrowia okaleczeń.

W treści uzasadnienia wyroku Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC w związku z naruszeniem obowiązku proceduralnego państwa do przeprowadzenia skutecznego dochodzenia w sprawie zarzutów o złe traktowanie. Także art. 8 EKPC został naruszony w zakresie, w jakim odnosi się do obu skarżących w kwestii braku poszanowania ich życia rodzinnego i prywatnego, ze względu na przewlekły charakter postępowania w sprawie opieki nad dzieckiem. Postępowanie trwające ponad 4 lata – w ocenie Trybunału – nie było uzasadnione względami zwykłego procedowania w podobnych rodzajowo sprawach.

W uzasadnieniu zdania odrębnego słusznie zauważono, że w przypadku M. i M. oboje rodzice byli równie niezdolni do opieki nad dzieckiem, a jego traumatyczne doświadczenia to konsekwencja konfliktu interesów rodziców co do modelu wychowania córki (liberalny i tradycyjny). W efekcie dziecko było traktowane instrumentalnie i manipulowane przez nich oboje, co wyraźnie podkreślono w *votum separatum*.

Ochrona przed przemocą domową – reguły międzynarodowe uwzględnione w przedmiotowym wyroku

W uzasadnieniu wyroku z 3 września 2015 r. przywoływane były odpowiednie przepisy prawa międzynarodowego, a w sposób wyraźny Konwencja o prawach dziecka⁶, która w odniesieniu do Chorwacji weszła w życie 12 października 1992 r., czyli obowiązywała w czasie sporu zawisłego pomiędzy stronami. W uzasadnieniu powołano się na brzmienie art. 12 tej Konwencji, odnoszącego się do prawa dziecka zdolnego do kształtowania własnych poglądów, do wyrażania własnych sądów we wszystkich sprawach jego dotyczących. Chodzi tu zwłaszcza o zapewnienie możliwości wypowiedzania się przez nie w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym (nie jest wystarczającą przesłanką proste wysłuchanie, gdyż należy także „uwzględnić poglądy dziecka i poważnie je rozważyć”). W przypadku M. i M. postępowanie sądowe wypełniało takie kryterium, gdyż odnosiło się do rozwodu rodziców, miejsca pobytu dziecka i opieki nad nim. Ponadto, należy uwzględnić konieczność wysłuchania za pośrednictwem przedstawiciela lub odpowiedniego organu, z tym że przedstawiciel powinien mieć świadomość tego, że reprezentuje interesy wyłącznie dziecka i np. to dziecko może nalegać na formalne złożenie wniosków dowodowych, czy odwołania lub skargi. Dlatego też interes innych osób (w tym przypadku skonfliktowanych rodziców) musi

⁶ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 677.

mieć charakter drugorzędny, gdyż generalnie należy zachować zasadę działania na rzecz dziecka. W przeciwnym razie można mówić o dyskryminacyjnym postępowaniu ze względu na wiek osoby będącej uczestnikiem (stroną) postępowania sądowego lub administracyjnego.

W wyroku Trybunał odniósł się również do autonomii dziecka w wyrażeniu swoich poglądów i do klauzuli przykładania odpowiedniej wagi w zależności od wieku i dojrzałości dziecka. W przypadku M. zarówno wiek jak i dojrzałość wskazywały na umiejętność rozumienia i oceny skutków spraw, w których uczestniczyła, gdyż jej wypowiedzi były formułowane w sposób rozsądny i niezależny. Co prawda w pierwszym okresie konfliktu rodziców była małym dzieckiem, ale cały czas miała świadomość konsekwencji zdarzeń, w których uczestniczyła i posiadała zdolność kształtowania swoich poglądów.

Należy podkreślić, że konwencyjna (pochodząca z 1989 r.) ochrona przed „wszelkimi formami przemocy fizycznej, psychicznej krzywdą, zaniedbaniami bądź złym traktowaniem lub wyzyskiem, w tym wykorzystywaniem w celach seksualnym dzieci pozostających pod opieką rodziców, opiekunów prawnych lub innych osób sprawujących opiekę nad dziećmi” została wyartykułowana w normie z art. 19. Nakłada ona na państwa-strony Konwencji obowiązek przyjęcia procedur chroniących dzieci przed takim traktowaniem poprzez przyjęcie odpowiednich programów profilaktycznych, socjalnych i edukacyjnych oraz poprzez instytucje państwowe do tego uprawnione i powołane. Niedopuszczalne są więc kary cielesne, albo inne okrutne lub poniżające formy karania dzieci, co w konsekwencji oznacza, że takie zachowanie powinno być nie tylko karane, ale również napiętnowane społecznie. Jednak słusznie ETPC skonstatował, że karanie rodziców stosujących przemoc wobec dzieci w konsekwencji dotyka je same, gdyż te ponoszą społeczne skutki ukarania rodziców. Według stanowiska Trybunału (popartego zaleceniami Konwencji) nie można też pominąć kwestii związanej z tym, że rozdzielenie każdego dziecka z jego rodzicami powinno być uzasadnione wyłącznie jego interesem i podlegać kontroli ze strony sądu. Natomiast w przypadku dzieci, wobec których stosowano przemoc, także wymaga się przeprowadzenia badań lekarskich i zapewnienia im bezpiecznego azylu po traumatycznym dla nich zdarzeniu.

Trybunał w przedmiotowym orzeczeniu zawarł także swoje spostrzeżenia sformułowane na kanwie Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 11 maja 2011 r.⁷, która w dacie wydania wyroku ETPC nie została jeszcze ratyfikowana przez Chorwację. Wówczas obowiązywała niemal identycznie brzmiąca Konwencja z 25 stycznia 1996 r. W tym kontekście zwrócono uwagę na kwestie związane

⁷ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej sporządzona w Stambule 11 maja 2011 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 961.

głównie z opieką nad dzieckiem, prawem do odwiedzin oraz z bezpieczeństwem dziecka, zwłaszcza wtedy, gdy przebywa razem ze sprawcą przemocy. Konwencja z 2014 r. jako zasadę przyjęła za ostateczność pozbawienie praw rodzicielskich, jeżeli bezpieczeństwa dziecka nie da się zapewnić w żaden inny sposób⁸.

Poza tym orzeczenie z 3 września 2015 r. wskazało na zasady wynikające z Wytucznych Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie sprawiedliwości wobec dzieci⁹. Zwłaszcza odniesiono się tu do prawa bycia wysłuchanym i zauważono, że dzieci powinny być informowane o toku i przebiegu postępowania z ich udziałem, a decyzje winny być im objaśniane w taki sposób, ażeby były dla nich zrozumiałe. Takie rozstrzygnięcie pozostaje też w zgodności z propozycją artykułowaną w Konwencji o wykonywaniu praw dzieci, gdzie *expressis verbis* przyjęto, że „dziecko uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie, w dotyczącym go postępowaniu przed organem sądowym powinno mieć przyznane i samo żądać przyznania następujących praw: do otrzymania wszystkich istotnych informacji i do pytania go o zdanie i do wyrażania swojego stanowiska”¹⁰.

W uzasadnieniu omawianego wyroku ETPC znalazł się także inny wyjątek prawnomiedzynarodowy związany z koniecznością uwzględnienia w orzecznictwie krajowym zaleceń Rady Europy w sprawie zintegrowanych krajowych strategii na rzecz ochrony dzieci przed przemocą¹¹. Z tego dokumentu wynika, że „podatność dzieci i ich zależność od dorosłych w zakresie dojrzewania i rozwoju wymagają większych inwestycji w zapobieganie przemocy i ochronę ze strony rodzin, społeczeństwa i państwa”. Stąd też w sposób wyraźny zobowiązano organy państw – członków Rady Europy do działań systemowych i organizacyjnych w tym zakresie.

Ochrona przed przemocą – porządek polski

Na gruncie prawa polskiego definicja ustawowa przemocy w rodzinie została przedstawiona w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, w tzw. słowniczku jako „jednorazowe albo powtarzające się umyślne działa-

⁸ Zob. E. Zielińska, *Konwencja Rady Europy o zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, jej ogólna ocena oraz celowość przystąpienia do niej przez RP*, Warszawa 2012, s. 11.

⁹ Tekst [w:] P. Jaros (oprac.), *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*, Warszawa 2013, s. 635.

¹⁰ Europejska konwencja o wykonywaniu praw dziecka sporządzona w Strasburgu 25 stycznia 1996 r., Dz. U. Nr 107, poz. 1128. Przepisy tej konwencji w odniesieniu do Chorwacji weszły w życie 1 sierpnia 2010 r. Szerzej zob. też: <https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-12/dobre-praktyki-12/strasburg-o-ochronie-najmlodszych.html>, (data dostępu: 30.05.2019).

¹¹ www.europarl.europa.eu/document/TA-8-2016-0485_PL.pdf?redirect, (data dostępu: 30.05.2019).

nie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste członków rodziny, a w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”¹². Poza definicją legalną w doktrynie wypracowano wiele definicji tego samego pojęcia, z tym że głównie skoncentrowano się na znaczeniu przemocy bez uwzględnienia jej rodzinnego „charakteru”. Na przykład J. Błachut, A. Gaberle i K. Krajewski¹³ główny ciężar położyli na siłowym i szkodzącym działaniu sprawcy, podobnie zresztą jak B. Hołyst, który dokonał dodatkowo podziału na kategorie przemocy przeciwko sobie, innym i przemocy grupowej¹⁴. Z kolei M. Mozgawa wyartykułował kolejny element, w postaci pokonywania oporu zmuszanego i dolegliwości szkody¹⁵. Natomiast definicje S. Spurek¹⁶ i E. Kruk¹⁷ wprost odnoszą się do przemocy w rodzinie. Pierwsza z autorek definiuje przemoc w rodzinie tak, jak to wynika wprost z ustawy, z tym że za członków rodziny uznaje (szeroko) osoby wspólnie mieszkające, niekoniecznie współgospodarujące, osoby wspólnie prowadzące gospodarstwo, lecz mieszkające gdzie indziej oraz osoby razem mieszkające i wspólnie gospodarujące (takie rozumienie wcale nie jest tożsame z definicją osoby najbliższej według art. 115 par. 11 k.k.¹⁸). Natomiast E. Kruk we własnej definicji uznaje elementy występujące u innych autorów i uzupełnia ją o umyślność działania sprawcy¹⁹.

Generalnie należy zaznaczyć, że ustawodawca kodeksowy nie wyspecyfikował odrębnego przestępstwa z użyciem przemocy ani przestępstwa przemocy w rodzinie. W pierwszym przypadku sprawca może popełnić np. przestępstwo zabójstwa, spowodowania uszczerbku na zdrowiu, uszkodzenia ciała dziecka poczętego, udziału w pobiciu, pozbawienia wolności, naruszenia miru domowego, zmuszania, uporczywego nękania, współżycia z małoletnim i w każdym przypadku osobą pokrzywdzoną może być członek rodziny,

¹² Art. 2 ust. 2 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1390; z 2019 r., poz. 730. Szerzej zob. np. J. Helios, W. Jedlecka, *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017.

¹³ Zob. J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2000, s. 259.

¹⁴ Zob. B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2007, s. 826.

¹⁵ Zob. M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 467.

¹⁶ Zob. S. Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 83–84.

¹⁷ Zob. E. Kruk, *Przemoc w rodzinie a ofiara i zabezpieczenie jej praw w świetle procedury „Niebieskiej Karty” i cywilnego „nakazu opuszczenia lokalu” ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2016, vol. LXIII, 1, Sectio G, s. 87.

¹⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600, 2077; z 2019 r., poz. 730, 858, 870.

¹⁹ Z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że przestępstwo znękania się może być popełnione także w zamiarze ewentualnym. Zob. Wyrok SN z 18 marca 2015 r., sygn. akt III 432/14, Lex 1663408.

w tym małoletni. Stąd też przemoc domowa to zjawisko dotyczące wielu wymienionych wyżej norm karnych. Jednak nie można uznać, że Kodeks karny przyjął optymalne rozwiązanie poprzez wyodrębnienie osobnego rozdziału przestępstw przeciwko rodzinie i opiece, gdyż zakres ochrony tych dóbr w żaden sposób nie jest kompletny²⁰. W rozdziale XXVI k.k. (art. 206–211a) ustawodawca spenalizował tylko kilka rodzajów przestępstw: bigamii, znęcania się, rozpijania małoletniego, uporczywego uchylania się od alimentacji, porzucenia (także uprowadzenia) małoletniego lub osoby nieporadnej i organizowania adopcji dzieci. Taki katalog nie może być w tym wypadku wystarczający, gdyż nie chroni w skuteczny sposób uprawnień małoletnich przed skutkami przemocy w rodzinie²¹.

Natomiast z samej ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie można wyprowadzić konkretne uprawnienia przysługujące osobom dotkniętym taką przemocą oraz obowiązki określonych organów. Stąd też pokrzywdzonym przysługuje wsparcie z zakresu poradnictwa i pomocy, interwencji kryzysowej, ochrony przed krzywdzeniem, bezpiecznego schronienia oraz badań lekarskich. Natomiast osobne zadania z zakresu przeciwdziałania w rodzinie zostały nałożone na gminy, powiaty, samorzady województwa, wojewodów, a także ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego. Zwłaszcza ten ostatni, pośród wielu zadań, ma obowiązek opracowywania i wydawania, co najmniej raz na 2 lata, wytycznych do prowadzenia szkoleń w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Z dostępnych (ale nieaktualnych) danych ministerstwa (ostatnie wytyczne datowane są na 17 października 2014 r. i dotyczą lat 2014–2015²²) wynika, że marszałkowie województw powinni zorganizować szkolenia tematyczne dla jednostek wsparcia w rodzinie, organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, służby zdrowia, oświaty, organizacji pozarządowych i związków wyznaniowych. W wytycznych zalecono także realizację konkretnych bloków tematycznych, w ramach których uwzględniono zjawisko przemocy w rodzinie, etapy pracy z krzywdzonymi i krzywdzącymi, przemocy wobec kobiet i wobec dzieci, starszych i niepełnosprawnych oraz zaproponowano konkretne metody szkolenia, a także czas trwania i sposób zaliczenia takiego szkolenia²³.

²⁰ W pełni podzielam słuszne, a jednocześnie krytyczne stanowisko M. Mozgawy, [w:] M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 571.

²¹ Zob. także P. Kobes, *Prawnokarne i administracyjne aspekty przemocy w rodzinie*, Białsko-Biała 2011, s. 41. Szerzej zob. np. *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle wybranych rozwiązań legislacyjnych*, Kancelaria Senatu. Biuro analiz i dokumentacji. Dział Analiz i Opracowań Tematycznych, Warszawa 2010.

²² Wytyczne Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 17 października 2014 r. do prowadzenia szkoleń w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie na lata 2014–2015 na podstawie art. 8 pkt 5 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (niepublikowane).

²³ Zob. A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 151.

Tzw. ustawa „przemocowa” zobowiązała także inne instytucje i organy państwowe do określonego postępowania w związku z koniecznością przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Na przykład Prokurator Generalny (co do opracowania zasad postępowania jednostek prokuratury), wójt, burmistrz lub prezydent miasta (w zakresie powołania tzw. zespołu interdyscyplinarnego). Obowiązki dotyczą także ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego jako organu o zasięgu krajowym (o tym było wcześniej). Także osoby, które służbowo lub zawodowo powzięły podejrzenie o popełnieniu ściganego z urzędu przestępstwa z użyciem przemocy w rodzinie zobligowano do niezwłocznego zawiadomienia organów ścigania. Taki obowiązek rozciągnięto na wszystkie inne osoby, będące świadkami takiej przemocy, niezależnie od ich profesji i kwalifikacji zawodowych²⁴.

W przekonaniu autorów, kwestią sporną pozostaje możliwość pełnego zastosowania przepisów ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka w przypadku pokrzywdzonych, a zwłaszcza ofiar przestępstw przemocy domowej²⁵. *Modus operandi* przyjęty w tej ustawie nijak się ma do uprawnień osób popełniających przestępstwa tego rodzaju, gdyż *de facto* ustawodawca zmarginalizował sytuację prawną (także faktyczną) pokrzywdzonych i sprawców przestępstw „przemocowych” i realnie „zapomniał” o zasadzie uszanowania zasady dobra dziecka skrzywdzonego w wyniku popełnienia przestępstwa, którego małoletni stał się ofiarą²⁶.

²⁴ Zob. M. Płatek, *Karnoprprawne modele przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, „Archiwum Kryminologii” T. XXIX–XXX/2007–2008, s. 61.

²⁵ Ustawa z 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, Dz. U. z 2015 poz. 21.

²⁶ Nie można też nie uwzględnić faktu, że przedmiotowa ustawa pozostaje w zgodności z unijną dyrektywą z 2012 r. przynajmniej w czterech punktach. Po pierwsze, zobowiązuje państwa do jej stosowania zgodnie z zasadą zabezpieczenia interesu dziecka, w tym także uwzględnienia jego zdolności do formułowania własnych poglądów (ma to szczególne odniesienie do wyroku ETPC w sprawie M. i M. przeciwko Chorwacji). Po wtóre, dyrektywa definiuje na własny sposób przemoc w rodzinie i dzieli ją na „fizyczną, seksualną, psychiczną, psychologiczną lub ekonomiczną i że ta może powodować uraz fizyczny lub psychiczny, cierpienie moralne bądź emocjonalne lub straty emocjonalne lub straty majątkowe”. Powyższa dyrektywa wskazuje również na to, że „przemoc w bliskich związkach jest poważnym i często ukrywanym problemem społecznym, który może skutkować systematycznymi urazami psychicznymi i fizycznymi o poważnych konsekwencjach, gdyż sprawcą jest osoba, której ofiara powinna móc ufać”. Po trzecie, dyrektywa statuuje konieczność „niepobawiania ofiar będących dziećmi prawa do bycia wysłuchanym w postępowaniu karnym jedynie z uwagi na ich wiek lub fakt, że są dziećmi”. Czwarty powód cytowania w tym miejscu dyrektywy związany jest ze zdefiniowaniem pojęcia „dziecka” w ten sposób, że jest to „każda osoba w wieku poniżej 18 lat” i „członka rodziny”, czyli „małżonka, osoby pozostającej z ofiarą w sposób trwały w bliskim pożyciu we wspólnym gospodarstwie domowym, krewnych w linii prostej, rodzeństwa oraz osoby pozostającej na utrzymaniu rodziny”. Takie rozumienie jak najbardziej przystaje do analiz opartych na kanwie wyroku cytowanego w tytule niniejszych rozważań, gdyż faktycznie dotyczy omawianego przeze mnie kazusu. Ważne dla niniejszych rozważań jest także założenie wyartykułowane w dyrektywie, że „dzieci będące ofiarami mają szczególne potrzeby w zakresie ochrony, gdyż narażone są na wtórną i ponowną wiktymizację, zastraszanie oraz odwet.”. Zob. Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/EU z 25 października

Zakończenie

Analizowane rozstrzygnięcie Trybunału jednoznacznie wskazuje na fakt, że ochrona małoletnich przed przemocą domową, gwarantowana ustawowo i na podstawie międzynarodowych konwencji, jest mimo wszystko niewystarczająca. Przypadek M. i M. można rozpatrywać przede wszystkim w kategoriach uwag końcowych, zawartych w uzasadnieniu wyroku i w zdaniu odrębnym, uznających naruszenie przez państwo chorwackie dwóch norm EKPC (art. 3 i 8). Kазus ten to nie tylko konflikt rozwiedzionych rodziców dotyczący opieki nad ich małoletnią córką, ale także sposób ich postępowania, oceniany jako niedojrzały, niezdatność obojga do opieki oraz wzajemne manipulacyjne postępowanie rodziców względem dziecka. W uzasadnieniu wyroku z 3 września 2015 r. zwrócono także uwagę na takie działanie organów państwa, które mogło naruszyć prawa dziecka występującego w procesie karnym i opiekuńczym. Trybunał zarzucił Chorwacji przewlekłość postępowania w specyficznej sytuacji, gdy dziecko było ofiarą ojca sprawującego nad nim opiekę (proces w sądzie opiekuńczym trwał ponad cztery lata). Umieszczenie dziecka w rodzinie, w której stosowana była przemoc, spowodowało poważne konsekwencje w rozwoju tego dziecka, dokonującego samouszkodzeń. Poza tym nie umożliwiono dziecku realizacji prawa do bycia wysłuchanym i nie uwzględniono faktu jego dojrzałości fizycznej i psychicznej, pozwalającej na formułowanie wniosków dowodowych we „własnych” sprawach.

Stosowanie przemocy w rodzinie ma charakter globalny. W większości państw przyjęto co prawda rozwiązania prawne o szerokim zasięgu (Rada Europy i Narody Zjednoczone), jednak praktyka stosowania tych zasad nie chroni w pełni praw małoletniego w rodzinie, zwłaszcza przed przemocą ze strony najbliższych. Niestety także w Polsce problem stosowania przemocy w rodzinie wymaga dalszego wsparcia instytucjonalnego, tak w wymiarze legislacyjnym, jak i praktycznym. Polskie ustawodawstwo (np. kodeks karny, czy ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie) wymagają nowelizacji. Konieczne jest uporządkowanie przestępstw „przemocowych” w ramach jednego systemu, a wielość zadań nałożonych na rozmaite instytucje państwowe (także jednostki samorządu terytorialnego) przeciwdziałające przemocy domowej, czyni je jedynie iluzorycznymi. Ustawodawca słusznie typizuje przestępstwa związane ze stosowaniem przemocy w rodzinie. Jednak wielość instytucji i organów zaangażowanych w ich zapobieganie, czy też egzekucję już nałożonych na sprawców kar, rozbieżność regulacji w różnych aktach prawnych powodują, że ofiary przemocy, nie mają realnej możliwości skorzystania z oferowanej przez państwo pomocy. Zawilość procedur i nad-

2012 r. ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW, Dz. Urz. EU L 315/57.

miar dokumentacji niestety przedłużają czas reakcji organu, a w tego typu przypadkach czas jest sprawą kluczową. Faktem jest rosnąca ilość kampanii społecznych, mających na celu zwrócenie uwagi na najbliższe, otaczające nas środowisko (np. Stop przemocy, czy Reaguj – to twój prawny obowiązek). Dodatkowo uruchomiono program „Niebieskie Karty” wraz z propagowaniem idei przeciwdziałania przemocy w rodzinie (ulotki, informatory), jednak ich efekty trudno uznać za satysfakcjonujące, gdyż liczba skazań z art. 207 k.k. od lat utrzymuje się na tym samym, względnie wysokim, poziomie.

Wykaz literatury

- Bieńkowska E., *Europejski Trybunał Sprawiedliwości o mediacji w sprawach przemocy w rodzinie*, „Prokuratura i Prawo” 2012 nr 4.
- Błachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Gdańsk 2000.
- Garlicki L. (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*. t. I, Warszawa 2010.
- Helios J., Jedlecka W., *Współczesne oblicza przemocy. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017.
- Holyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2007.
- Jaros P. (oprac.), *Prawa dziecka. Dokumenty Rady Europy*, Warszawa 2013.
- Kiełtyka A., Ważny A., *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Kobes P., *Prawnokarne i administracyjne aspekty przemocy w rodzinie*, Bielsko-Biała 2011.
- Kruk E., *Przemoc w rodzinie a ofiara i zabezpieczenie jej praw w świetle procedury „Niebieskiej Karty” i cywilnego „nakazu opuszczenia lokalu” ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2016, vol. LXIII, 1, Sectio G.
- Mozgawa M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Mozgawa M., *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.
- Platek M., *Karnoprawne modele przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, „Archiwum Kryminologii” T. XXIX–XXX/2007–2008.
- Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle wybranych rozwiązań legislacyjnych*, Kancelaria Senatu. Biuro analiz i dokumentacji. Dział Analiz i Opracowań Tematycznych, Warszawa 2010.
- Spurek S., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Wrona G., *Konflikt a przemoc. Zastosowanie art. 207 par. 1 kk w przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, (niepublikowana rozprawa doktorska), Warszawa 2016.
- Zielińska E., *Konwencja Rady Europy o zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, jej ogólna ocena oraz celowość przystąpienia do niej przez RP*, Warszawa 2012.

Summary

Protection of juveniles against domestic abuse based on judgments of the European Court of Human Rights of 3 September 2015 case M. i M. v. Croatia (complaint number 10161/13)

Key words: the European Court of Human Rights, the juvenile, the home abuse.

The protection of juveniles against domestic abuse is the state's duty in its wider association with the protection of human rights. The court in Strasbourg in the judgment of 3 September 2015 contested the length of the proceedings regarding child custody, recognized a child's right to be heard and the need to take into account the child's maturity in the proceedings that concern him. The action also included the behaviour of state authorities regarding the restriction of the use of violence by the father of the child towards the daughters after the divorce of the child. The court unanimously found that there had been a violation of the European Convention on Human Rights.

Paulina Pawluczuk-Bućko

Uniwersytet w Białymstoku

ORCID: 0000-0003-1277-599X

Zakres swobody artystycznej we Francji – wybrane aspekty

Wprowadzenie

Twórczość artystyczna stanowi nieodłączny element ludzkiej działalności, z którą ściśle powiązane są inne płaszczyzny życia społecznego, takie jak: religia, etyka czy polityka. Spór o granice twórczości artystycznej toczy się zarówno na gruncie religii czy etyki, ale i prawa. Wbrew roli jaką sztuka pełniła i pełni w każdej z kultur naszej cywilizacji, ochrona wolności twórczości artystycznej ma stosunkowo krótką historię. Zagadnienie to należy do najmłodszych i najmniej zbadanych elementów z katalogu wolności i praw zagwarantowanych jednostce (tzw. praw podstawowych)¹.

Zasadniczym asumptem do przygotowania niniejszego opracowania była potrzeba podjęcia analizy w zakresie normatywnego kształtu granic wolności twórczości artystycznej we Francji. Samo pojęcie wolności artystycznej wywiera szereg trudności interpretacyjnych z uwagi na jego nieostry charakter. Wynika to z faktu, iż działalność artystyczną należy traktować jako wytwór, w zakres którego wchodzi zarówno dzieła sztuki, utwory czy zabytki, jak i dobra kultury. Z uwagi na to, że Francja od pokoleń uchodzi za kolebkę kultury i sztuki, w niniejszym opracowaniu podjęto próbę zaprezentowania zakresu ingerencji prawa karnego w powszechnie uznaną wolność twórczości artystycznej – właśnie na przykładzie tego państwa.

Cała trudność określenia granic wolności artystycznej we Francji wynika z faktu, iż ani konstytucja francuska, ani Europejska konwencja praw człowieka w sposób wyraźny nie regulują tego zagadnienia. Zatem *a priori* trudno odnieść się precyzyjnie do zakresu wolności przekazu. Brak gwarancji wolności twórczości artystycznej znalazł swoje odbicie nawet w Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r., gdzie odniesiono się jedynie do wolności swobody wypowiedzi (art. 11). Wolność sztuki uregulowana została

¹ M.M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011, s.15.

w art. 13 Karty praw podstawowych (KPP), która stanowi, że: „sztuka i badania naukowe są wolne od ograniczeń”². Zatem wolność sztuki jest bezpośrednio regulowana jedynie w KPP. W Europejskiej konwencji praw człowieka można ją jedynie pośrednio wywieść sięgając do unormowań dotyczących wolności wypowiedzi.

Współczesna sztuka jest różnorodna i właściwie trudno ją zdefiniować. Często rezygnując z poszukiwania piękna, staje się narzędziem krytyki otaczającego świata. Kontrowersja stała się wyznacznikiem istnienia „artysty”, co często skutkuje naruszeniem dóbr prawnie chronionych. Zasadną staje się potrzeba precyzyjnego określenia prawnych granic wolności artystycznej. Warto zauważyć, iż analiza zagadnień granic wolności artystycznej jest silnie skorelowana z różnymi kontekstami kulturowymi i w taki sposób należy również na nią patrzeć. W związku z tym, iż zazwyczaj mamy do czynienia z kolizją praw artysty do realizacji wolności wyrażania własnych przekonań i emocji z innymi dobrami chronionymi prawem, zagadnienie to należy rozpatrywać wielopłaszczyznowo, odwołując się do różnych gałęzi prawa, przede wszystkim do prawa cywilnego, karnego i autorskiego. W tym miejscu warto zaznaczyć, iż to właśnie Francja jest kolebką autorskich praw osobistych³. Jednak do najskuteczniejszych narzędzi ograniczania swobody wolności artystycznej należy prawo karne.

Naruszenie praw autorskich oraz pokrewnych

O zakresie swobody artystycznej w znacznej mierze decydują także przepisy prawa autorskiego, które realnie wyznaczają granice jej wykonywania. Kluczowym zagadnieniem z punktu widzenia efektywności ścigania podmiotów przekraczających zakres swobody działalności artystycznej są przepisy regulujące odpowiedzialność karną za naruszenia praw autorskich oraz pokrewnych.

We francuskim porządku prawnym przepisy takie zawarte są w kodeksie własności intelektualnej – *Code de la propriété intellectuelle*⁴. Pierwszy typ czynów stanowi *delit* czyli czyn zabroniony o wadze mniejszej niż przestępstwo (*crime*) oraz większej niż występki (*contravenention*). Każda publikacja całości lub części utworu dokonana z naruszeniem praw autorskich jest czynem zabronionym, czyli *delit*, określanym jako *contrafacon* – plagiat,

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pl:PDF> (data dostępu: 12.03.2016).

³ M. M. Bieczyński, op. cit., s. 70 i nast.

⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414> (data dostępu: 25.02.2016).

sfalszowanie, podrobienie⁵. Dokładna treść przepisu traktującego o *contrafacon* brzmi: „Wszelka edycja pism, dzieł muzycznych, rysunków, malarstwa lub jakiegokolwiek innej produkcji, drukowania lub utrwalania w całości lub w części z naruszeniem przepisów prawnych oraz dotyczących praw własność autorów, jest bezprawna i stanowi wykroczenie”⁶. *Contrafacon* to także każda reprodukcja, przedstawienie bądź rozpowszechnienie utworu z naruszeniem praw autorskich. Ponadto ten sam czyn stanowi naruszenie prawa do programu komputerowego (*logiciel*), a także bezprawna, całkowita bądź częściowa rejestracja utworu audiowizualnego w sali kinowej. Bezprawny przedruk prac opublikowanych we Francji lub za granicą, jak też sprzedaż, import bądź eksport przedmiotów będących nośnikami sfalszowanych utworów, zagrożone są karą **3 lat pozbawienia wolności i 300 000 euro grzywny**. Postać kwalifikowaną stanowi działanie w zorganizowanej grupie przestępczej (*bande organise*), zagrożone karą **do 5 lat pozbawienia wolności i 500 000 euro grzywny**. Ponadto publikacja, publiczne udostępnianie oraz publiczne komunikowanie, umyślnie, w jakiegokolwiek formie, programu (*logiciel*) przeznaczonego do nieuprawnionego publicznego udostępniania utworów bądź innych przedmiotów ochrony, a także świadome nakłanianie – także poprzez komunikat reklamowy – do korzystania z wyżej wskazanego programu, zagrożone jest karą **3 lat pozbawienia wolności i 300 000 euro grzywny**. W dalszej kolejności art. L335-3-1 kodeksu karnego⁷ przewiduje, iż świadome naruszenie, w celach innych niż badawcze (*recherche*), tzw. skutecznego zabezpieczenia technicznego, poprzez każde indywidualne działanie zmierzające do objęcia, pozbawienia skuteczności bądź usunięcia mechanizmu ochrony bądź kontroli, przy wykorzystaniu innych środków niż aplikacja technologiczna, zagrożone jest karą **grzywny 3 750 euro**.

W przypadku skazania za popełnienie jednego z powyższych czynów zabronionych, może zostać orzeczony całkowity bądź częściowy zakaz prowadzenia działalności przedsiębiorstwa, które posłużyło do popełnienia wyżej opisanych czynów zabronionych. Ponadto osoby fizyczne, które ponoszą winę za popełnienie jednego z tych czynów mogą zostać skazane na wycofanie, na ich koszt, z komercyjnego obiegu przedmiotów uznanych za sfalszowane i wszelkich rzeczy, które posłużyły bądź były przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego. Zgodnie z obowiązującymi przepisami sąd może orzec konfiskatę części bądź całości przychodów (*recette*) uzyskanych w wyniku czynu zabronionego, jak również wszelkich fonogramów, wideogramów,

⁵ http://www.avocats-picovschi.com/les-infractions-en-droit-penal-des-affaires_article_268.html (data dostępu: 20.02.2016).

⁶ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414> (data dostępu: 25.02.2016).

⁷ Oficjalna baza legi france: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (data dostępu: 4.03.2016).

przedmiotów i sfalszowanych egzemplarzy. Sąd fakultatywnie orzeka, na koszt skazanego, zwrot poszkodowanym niniejszym czynem przedmiotów wycofanych z obrotu bądź skonfiskowanych, pozostawiając możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Kodeks karny francuski przewiduje również możliwość nakazania przez sąd obowiązku opublikowania wyroku na koszt skazanego, w wypadkach wskazanych w przepisach kodeksu postępowania karnego. W przypadku czynów popełnionych z wykorzystaniem Internetu, osoba winna popełnienia czynu zabronionego może zostać skazana na dodatkową karę czasowego pozbawienia dostępu do sieci Internet na czas nie dłuższy niż rok, przy jednoczesnym zakazie zawarcia w tym czasie umowy z jakimkolwiek innym operatorem.

Natomiast już tzw. *negligente characterisee* jest występkiem, zagrożonym karą grzywny w wysokości **1 500 euro**, który polega na braku zastosowania przez użytkownika kontroli dostępu do Internetu bądź też braku staranności w kontroli tego dostępu, w przypadku wcześniejszego stwierdzenia naruszeń oraz skierowania przez *Commission de protection des droits d'HADOPI*⁸ trzykrotnej rekomendacji do użytkownika. Czyny zabronione, zagrożone niższym wymiarem kary do 1500 euro, polegają na posiadaniu do użytku prywatnego bądź używaniu aplikacji technologicznej, stworzonej lub zaadaptowanej w celu naruszenia zabezpieczenia technicznego chroniącego utwór, wykonanie, fonogram, wideogram, program, bądź bazę danych, a także na korzystaniu z usług zmierzających do takiego celu.

W tym miejscu należy przypomnieć, iż w 2009 r. do francuskiego porządku prawnego wprowadzono ustawę⁹ zwaną Hadopi 2, która dotyczy przestępstw popełnionych w Internecie. Dzięki tym przepisom skonstruowano odpowiedzialność abonenta za niezabezpieczenie dostępu do sieci bez względu na to, czy osobiście dokonywał naruszeń. Powyższe przepisy wskazują, iż przestrzeganie praw autorskich stanowi gwarancję wolności artystycznej, a zarazem ograniczenie działalności, przede wszystkim zarobkowej, pseudo-artystów.

Zakres wolności wypowiedzi

Omawiając zagadnienie wolności artystycznej we Francji nie sposób nie ustosunkować się do bardzo aktualnych wydarzeń, które miały miejsce 7 stycznia 2015 r. w Paryżu. Z całą pewnością, wtargnięcie trzech muzul-

⁸ Wysoki urząd ds rozpowszechniania utworów i ochrony praw w Internecie (HADOPI) jest francuskim niezależnym organem publicznym, utworzonym dekretem nr 2009-1773 z dnia 29 grudnia 2009 r. Do podstawowych zadań urzędu należy kontrola naruszeń praw autorskich w Internecie.

⁹ Ustawa n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, dostępna na oficjalnej stronie internetowej: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id> (data dostępu: 25.02.2016).

mańskich dżihadystów do redakcji tygodnika „Charlie Hebdo” i dokonanie krwawej rzezi poprzez zabójstwo redaktora naczelnego i kilku rysowników oraz policjantów stanowi m.in. zamach na powszechnie obowiązującą wolność przekazu¹⁰. „Charlie Hebdo” to satyryczny tygodnik, który zasłynął głównie z publikacji karykatur Mahometa. Należy pochylić się m.in. nad kwestią, czy takie zamachy stanowią próbę ograniczenia wolności słowa. Wśród trzech organizacji, które w 2007 roku wniosły przeciwko tygodnikowi sprawę o rasizm, były dwie główne francuskie organizacje muzułmańskie. „Charlie Hebdo” uzasadniało swoją działalność obowiązującą we Francji zasadą wolności słowa i rozdziału kościoła od państwa, które dają mu prawo do krytykowania jakiegokolwiek religii. Biorąc pod uwagę fakt, że tygodnik nieustannie szydzi z wielu osób i instytucji, jego dosadna satyra – którą wielu muzułmanów może uznać nawet za okrutną – we Francji jest postrzegana bardziej jako wyraz wolności słowa niż antyislamskiej czy skrajnie prawicowej agitacji. W tym miejscu należy pochylić się nad kwestią odpowiedzialności karnej artysty za obrazę uczuć religijnych.

Zazwyczaj mamy do czynienia z kolizją prawa do wolności wypowiedzi, wolności twórczości artystycznej oraz wolności religijnej. Wszystkie mają na celu prowokację artystyczną, która w efekcie powoduje wyraźną kontrowersję w odbiorze społecznym. W zakresie pojęciowym „prowokacji” wyodrębnia się podtyp twórczości satyrycznej, czyli posługiwania się metodą wyolbrzymiania i zniekształcania rzeczywistości¹¹. Treść jednego z orzeczeń Trybunału Praw Człowieka wskazuje, iż zarówno artyści jak i inne osoby związane z promowaniem twórczości artystycznej – ci którzy interpretują, eksponują, rozpowszechniają dzieła artystyczne – uczestniczą w wymianie idei i opinii w ramach debaty publicznej, natomiast władze publiczne powinny powstrzymać się od bezpodstawnej ingerencji w wolność wypowiedzi tych osób¹². Jak trafnie zauważyła Dobrochna Bach-Golecka „szczególnie istotne jest podejmowanie działań w odniesieniu do prowokacji, dotyczącej przykładowo przedstawiania przedmiotów kultu religijnego w uwłaszczający sposób”¹³. W ślad za kontrowersją wokół czasopisma „Charlie Hebdo” warto zwrócić uwagę na orzecznictwa Trybunału, który wypowiada się w duchu, iż: „możliwość ograniczenia wolności wypowiedzi nie dotyczy wypowiedzi satyrycznych dotyczących nie instytucji kościoła lub związku wyznaniowego, ale poszczególnych osób sprawujących funkcje w ramach organizacji religijnej”. Co

¹⁰ <http://www.france24.com/fr/20160114-oeil-medias-charlie-hebdo-caricature-humour-de-samour-aylan-kurdi-provocation> (data dostępu: 26.02.2016).

¹¹ P. Wasilewski, *Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2012, s. 32.

¹² Wyrok ETPC z dnia 3.05.2007 r., Ulusoy i in. Przeciwko Turcji, skarga nr 3479/03://hudoc.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en (data dostępu: 20.03.2016).

¹³ D. Bach-Golecka, *Akt bluźniercze w świetle prawa europejskiego*, [w:] F. Cieply (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014, s. 35.

więcej, Trybunał uznał, iż ostra krytyka przywódców podmiotów wyznaniowych stanowi jeden z przejawów wolności wypowiedzi; ponadto „nie występuje pilna potrzeba społeczna” do podjęcia interwencji i działań zmierzających do ograniczenia swobody wypowiedzi¹⁴.

W innej sprawie Trybunał orzekł, że „(...) należy unikać w miarę możliwości wyrażen, które niepotrzebnie mogą urazić innych, naruszając ich prawa. Nie przyczyniają się one w żaden sposób do debaty publicznej, zdolnej zapewnić postęp w rozwiązywaniu ludzkich problemów. Można przyjąć jako zasadę, że w niektórych społeczeństwach demokratycznych jest konieczne karanie lub nawet zapobieganie niestosownym atakom na przedmioty czci religijnej, zawsze jednak z zastrzeżeniem, że zastosowane środki będą proporcjonalne do uprawnionego celu (...)”¹⁵.

Swoboda artystycznego wyrazu w kinematografii i teatrze

Istotnym zagadnieniem na gruncie zakresu wolności wypowiedzi jest kwestia granic twórczości w kinematografii czy na deskach teatru. Francja jako Państwo stanowiące centrum życia kulturowego, niewątpliwie często spotyka się z tego typu dylematami. W tym miejscu warto przytoczyć przykład skazania aktora i równocześnie działacza politycznego za publiczną obrazę osób pochodzenia żydowskiego¹⁶. Dieudonné M'Bala M'Bala, aktor znany pod pseudonimem Dieudonné, zaangażowany również w działalność polityczną, 26 grudnia 2008 r. w zespole obiektów koncertowych „Zénith” w Paryżu wystawił spektakl w ramach programu zatytułowanego „J'ai fait l'con” – „Byłem nieposłusznym chłopcem”. W finalnej scenie aktor zaprosił do siebie na scenę Roberta Faurissona, akademika, wielokrotnie skazanego we Francji za swoje sądy, głównie polegające na zaprzeczaniu istnieniu w obozach koncentracyjnych komór gazowych. Podczas spektaklu Dieudonné M'Bala M'Bala zwrócił się do aktora ubranego w coś, co określił jako „szatę świetlną” – w rzeczywistości pasiastą piżamę przypominającą ubiór żydowskich deportowanych, z przyszytą do niej żółtą gwiazdą ze słowem „Żyd” – aby wręczył Faurissonowi „nagrodę za jego wyjątkowość i zuchwałość”. Nagroda miała formę potrójnego lichtarza (lichtarz siedmioramienny jest

¹⁴ Wyrok z dnia 32.10.2006 r., Klein przeciwko Słowacji, skarga nr 72208/01 publikowany na oficjalnej stronie: <http://hudoc.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (data dostępu: 30.03.2016).

¹⁵ Wyrok z dnia 20.09.1994 r., Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii, A.295-A., Vereinigung Bildender Künstler v. Austria, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 25 kwietnia 2007 roku publikowany na oficjalnej stronie: <http://hudoc.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (data dostępu: 30.03.2016).

¹⁶ <http://www.mondialisation.ca/la-tentative-de-museler-dieudonne-mbala-mbala-la-bete-noire-de-lestablishment-francais/5363435?print=1> (data dostępu: 28.02.2016).

symbolem religii żydowskiej), z jabłkiem koronującym każde ramię. W wyniku tego 29 grudnia 2008 r. policja wszczęła wstępne dochodzenie. Następnie, 27 marca 2009 r., prokurator postawił zarzut publicznej obrazy osoby albo grupy ze względu na pochodzenie lub przynależność albo jej brak, do określonej wspólnoty etnicznej, narodu, rasy czy religii – w omawianym przypadku była mowa o pochodzeniu lub wierze żydowskiej. Sąd, orzekając na podstawie art. 23 ustawy z dnia 29 lipca 1881 r. o wolności prasy, 27 października 2009 r. skazał Dieudonné M'Bala M'Bala na karę 10 000 euro grzywny i zasądził symboliczne zadośćuczynienia dla każdego z powodów cywilnych.

Według znanego w Polsce i za granicą promotora praw człowieka, długoletniego i pierwszego prezesa Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Marka Antoniego Nowickiego: „Sędziowie uznali w szczególności, że Dieudonné M'Bala M'Bala nie mógł nie wiedzieć, że Robert Faurisson był jedną z wiodących postaci negujących Holokaust, a jego wypowiedzi mogły obrażać i wyrażać pogardę wobec osób pochodzenia lub wiary żydowskiej. Zauważył również, że Dieudonné M'Bala M'Bala nie mógł tłumaczyć się, że chodziło o komedię, a karykatura i satyra – nawet mające charakter świadomie prowokacyjny lub wulgarny – w społeczeństwie demokratycznym wyraźnie mieściły się w granicach wolności wypowiedzi i twórczości, w tym przekazywania idei i opinii.” Pomimo wnoszonych środków zaskarżenia, Sąd Apelacyjny w Paryżu utrzymał orzeczenie w mocy. W celu ponownego zbadania zakresu wolności wypowiedzi, sprawa trafiła do Trybunału w Strasburgu. W przytoczonej sprawie zasadnym było dokonanie oceny dopuszczalności akceptowania satyry, która prowokuje różny odbiór społeczny. Trybunał podtrzymał stanowisko Sądu Apelacyjnego przyznając, iż spektakl stał się okazją do przekroczenia granic wolności wypowiedzi. Skarżący podnosił, iż taka forma satyry i humoru mieści się w granicach wolności wypowiedzi. Według utrwalonej linii orzeczniczej, Trybunał nie może wykroczyć poza zakres praw i wolności zagwarantowanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Skazany w swoim odwołaniu powołał się na art. 10 Konwencji, na podstawie którego zagwarantowana jest wolność wyrażania opinii. Trybunał uznał, że taki argument nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę, że art. 17 Konwencji stanowi wprost: „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie może być interpretowane jako przyznanie jakiegokolwiek Państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do znieważenia praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji, albo ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje Konwencja”. Mając powyższe na względzie, Trybunał odrzucił skargę jako bezpodstawną i niezgodną z podstawowymi prawami zagwarantowanymi przez Konwencję. Na kanwie omawianego casusu krystalizuje się wniosek, iż w ramach, pomimo pozornie niewkraczającego w sferę ochrony dóbr spektaklu, może dojść do przekroczenia granicy swobody artystycznego przekazu. Dowodem na to, że

sztuka teatralna nieraz wywołuje wiele kontrowersji jest fakt, iż jesienią 2011 r. mieszkańcy Paryża zaprotestowali przeciwko jednemu z wystawianych przedstawień. Protestujący wykazali brak akceptacji dla wystawianej wówczas sztuki: „O twarzy. Wizerunek Syna Boga” w Théâtre de la Ville (miało to miejsce 20 października 2011 r.). Oponujący, niniejszą sztukę ocenili jako obraźliwą i bluźnierczą dla chrześcijan¹⁷.

Trudności interpretacyjne związane z określeniem zakresu swobody artystycznej nie są tylko domeną współczesnych sądów. Doskonale ukazuje to przypadek poety Charlesa Baudelaira, który w 1857 r. został skazany przez Sąd Rejonowy Sekwany na karę 300 franków grzywny za publikację tomiku poetyckiego „Kwiaty Zła”¹⁸. Prokurator postawił zarzut obrazy dobrych obyczajów, uzasadniając, iż nie można godzić się: „niezdrowej gorączce, która pragnie wszystko namalować, wszystko napisać i wszystko powiedzieć, jak gdyby zniesiono przestępstwo obrażania moralności publicznej bądź jak gdyby ta moralność już nie istniała”¹⁹. Kuriozum w niniejszej sprawie stanowił fakt, iż Paryski Trybunał Kasacyjny uchylił ten wyrok w 1949 r. W uzasadnieniu Sąd stwierdził, iż poemat nie stanowi przekroczenia dozwolonych granic twórczości artystycznej.

W 1994 r. orzeczenie stało się podstawą do analizy toczącego się wówczas sporu o obrazę dobrych obyczajów²⁰. „Sędzia Spielmann w zdaniu odrębnym do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie *Müller i inni przeciwko Szwajcarii* uznał, że uchylenie wyroku po osiemdziesięciu latach po śmierci Baudelaire’a „na gruncie prawnym było po prostu pomyłką wymiaru sprawiedliwości” *Müller v. Switzerland*²¹, której nie powinniśmy dzisiaj powtarzać. Dodał, że wobec wypowiedzi artystycznych nie powinno się stosować cenzury prewencyjnej ani następczej, nawet jeśli przez część społeczeństwa zostaną one uznane za „obraźliwe” czy „szokujące”.

W lipcu 2015 roku, minister kultury, Fleur Pellerin, zaprezentował projekt ustawy „odnoszący się do wolności tworzenia, architektury i dziedzictwa”. Pierwszy artykuł otrzymał następujące brzmienie: „twórczość artystyczna jest wolna”. W uzasadnieniu czytamy, iż nie chodzi o samo stwierdzenie tej wolności, ale o zapewnienie realnej ochrony tej wolności. Mając na względzie, iż środowiska kulturowe oczekują konkretnych zmian, należy zmierzać do konkretnych uregulowań w tym zakresie.

¹⁷ <http://www.lefigaro.fr/theatre/2011/10/30/03003-20111030ARTFIG00226-romeo-castelluccia-piece-qui-fait-scandale.php> (data dostępu: 01.03.2016).

¹⁸ <http://plus.lefigaro.fr/note/charles-baudelaire-ou-le-proces-des-fleurs-du-mal-20130124-1775071> (data dostępu: 29.02.2016).

¹⁹ <https://malakulturawspolczesna.org/2014/12/15/anna-wojcik-artystyci-przed-trybunalem/> (data dostępu: 25.03.2016)

²⁰ Ibidem.

²¹ *Müller v. Switzerland*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 24 maja 1988 roku. publikowany na oficjalnej stronie: <http://hudoc.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en> (data dostępu: 30.03.2016).

Analizując zagadnienie granic wolności artystycznej we Francji należy zauważyć, iż o ile sama twórczość artystyczna z zasady jest wolna – to w sposób całkiem prozaiczny staje ona wobec dwóch przeciwstawnych zagrożeń. Z jednej strony ogólny brak ustawodawstwa, a z drugiej nadmiar aktów prawnych. Brak ustawodawstwa, to m.in. brak ram prawnych wyraźnie gwarantujących niezależność i nietykalność miejsc, w których odbywają się ekspozycje artystyczne, co w konsekwencji powoduje ich słabość instytucjonalną i prawną. Istnieje zatem kodeks architektury, urbanistyki, dziedzictwa, filmu, prasy, własności intelektualnej, sportu, a nawet kodeks Legii Honorowej, ale nie ma kodeksu twórczości artystycznej.

Zatem jak jednoznacznie wyznaczyć granice twórczości artystycznej? Warto zwrócić uwagę, iż dawniej art. 283 kodeksu karnego zwalczał: „dystrybucję wszelkich druków, pism, rysunków, plakatów, grafik, malarstwa, fotografii, filmów, klisz, matryc czy też reprodukcji fonograficznych, symboli, wszelkich przedmiotów lub obrazów nieprzyzwoitych”²². W rzeczywistości, ten szczegółowo skonstruowany przepis nie był stosowany do dzieł sztuki czy też wystaw, ale był wymierzony przede wszystkim w podejrzane firmy, a dokładnie przemysł pornografii. Przy opracowywaniu nowego kodeksu karnego z 1992 roku przepis ten, uznany za przestarzały, został uchylony. Natomiast Charles Jolibois, senator znany wcześniej ze swojej wrogości wobec homoseksualizmu i aborcji doprowadził do przyjęcia nowego art. 227-24, na podstawie którego karze podlega ten, kto: „fakt produkuje, przekazuje, rozpowszechnia w jakikolwiek sposób i niezależnie od mediów wiadomości dotyczące przemocy lub o charakterze pornograficznym lub mogącem spowodować poważny uszczerbek dla godności ludzkiej, jak również ten kto handluje tego typu przekazem (...), gdy przekaz ten może być widziany przez osobę małoletnią”. Przede wszystkim wpisując ten artykuł nie tylko w księdze IV (przestępstwa i wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu), ale również w księdze II kodeksu karnego (przestępstwa i wykroczenia przeciwko osobom) umożliwił on wnoszenie bezpośrednich środków odwoławczych.

W rzeczywistości, w związku z rozwojem Internetu, przepis art. 227-24 francuskiego kodeksu karnego jest nieskuteczny wobec ścigania przestępstw pornografii. Jest on również martwy w odniesieniu do przestępstw dokonywanych za pośrednictwem prasy lub środków audiowizualnych, regulowanych szczególnymi przepisami. W istocie to właśnie współczesna sztuka ponosi tego konsekwencje. Bez cienia wątpliwości można stwierdzić, iż ściganie sprawców na podstawie tego przepisu rzadko prowadzi do skazania²³.

²² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (data dostępu: 12.04.2016).

²³ www.jacobavocats.com/droit-a-limage-une-limite-a-la-liberte-de-creation-artistique/ (data dostępu: 20.02.2016).

Francuska socjolog Nathalie Heinich, specjalizująca się w sztuce najnowszej wskazuje, iż najpilniejszą potrzebą jest przede wszystkim wyeliminowanie negatywnych skutków wywołanych stosowaniem art. 227-24. Należałoby skodyfikować czyny, polegające na rozpowszechnianiu dzieł sztuki współczesnej, w sposób prosty, jasny i taki, który nie zagwarantuje bezkarności (podżeganie do morderstwa lub nienawiści rasowej rzeczywiście słusznie jest przedmiotem sankcji obowiązującego ustawodawstwa)²⁴.

Odpowiedzialność w ramach „sztuki ulicy”

Jedną z form współczesnego ruchu artystycznego we Francji stanowi tzw. „sztuka ulicy”. Obejmuje ona wszystkie formy sztuki realizowanej na ulicy lub w miejscach publicznych, do których należy m. in. graffiti²⁵. Jednym z podstawowych problemów jest próba odpowiedzi na pytanie, czy graffiti może zostać uznane za dzieło sztuki²⁶. Graffiti jako pewien sposób kreacji artystycznej może być niejako uznane za dzieło sztuki, gdyż jest wytworem ludzkiej wyobraźni i wyrazem pewnej wrażliwości na tworzenie. Trudności pojawiają się jednak podczas orzekania w sprawach, których przedmiotem jest właśnie taka działalność artystyczna. Problem polega na trudności określenia statusu konkretnego dzieła. Należy zatem każdorazowo rozważyć kryteria, jakimi sędziowie powinni się kierować dokonując oceny dzieła. Przede wszystkim wypadałoby zbadać, jaki cel przyświecał twórcy (polityczny, religijny, buntowniczy...) i określić, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z estetycznym charakterem dzieła.

We Francji możliwość tworzenia graffiti zależy od uzyskania pozwolenia właściwego organu. Taką promesę otrzymało np. *Palais de Tokyo* w Paryżu, gdzie prezentowano sztukę graffiti. W przypadku, gdy dzieło jest niezgodne z obowiązującym prawem (niezgodność z zasadami planowania, naruszenie praw autorskich, podżeganie do nienawiści), graffiti nie może zostać uznane za wyraz swobodnej twórczości artystycznej. Natomiast wszelkie dzieła nawołujące do nienawiści rasowej, powstające za pozwoleniem właściciela budynku, budzą wątpliwości. W tym wypadku, zarówno właściciel, jak i twórca ponoszą odpowiedzialność karną.

Konkludując, praktyka graffiti jest zabroniona w miejscach publicznych. Francuskie prawo karne przewiduje konkretne sankcje za pogorszenie stanu

²⁴ Ibidem.

²⁵ <http://le-graffiti.blogspot.com/2012/03/graffiti-et-la-loi-pratique-du-graffiti.html> (data dostępu: 01.03.2016).

²⁶ Zob. też, J. A. Piszczek, *Przejaw działalności twórczej jako przesłanka uznania fotografii za utwór*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 20, s. 5–14.

obiekty dobra publicznego²⁷. Przepis art. 322-1 kodeksu karnego stanowi, że zniszczenie, degradacja czy pogorszenie dobra należącego do kogoś innego podlega karze **dwóch lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 30 000 euro**, chyba że szkoda stanowi przypadek mniejszej wagi. Dalsza część przepisu wprost odnosi się do czynów takich jak graffiti. Tworzenie napisów, znaków, rysunków, bez odpowiedniego zezwolenia, na fasadach budynków, pojazdach, dobrach publicznych, wyposażeniach miejskich – w przypadkach mniejszej wagi, zagrożone jest karą **do 3 700 euro i obowiązkiem pracy społecznej**. Natomiast karę grzywny – **15 000 euro**, przy równoczesnym orzeczeniu pracy społecznie użytecznej, orzeka się w przypadku:

– popełnienia przestępstwa przez kilka osób działających wspólnie i w porozumieniu; jeżeli popełnienie jest ułatwione przez stan osoby, której szczególna podatność na wpływ wynika z wieku, choroby, ułomności, upośledzenia fizycznego lub psychicznego lub ciąży – o czym sprawcza wiedział w czasie popełnienia przestępstwa;

– popełnienia przestępstwa na szkodę sędziego, przysięgłego, adwokata, funkcjonariusza publicznego, policjanta, urzędnika celnego i każdej innej osoby uznawanej za autorytet publiczny, w celu wpłynięcia na pełnione funkcje, związane z wykonywaniem zawodu.

Tej samej karze podlega ten, kto zniszczył, zdegradował, pogorszył stan dobra przeznaczonego do użytku publicznego. Ściganie twórców graffiti możliwe jest także na podstawie art. 322-3-1 francuskiego kodeksu karnego²⁸: zniszczenie, degradacja lub pogorszenie: budynku lub obiektu zabytkowego lub obiektu zarejestrowanego na podstawie przepisów dziedzictwa kultury czy też dokumentu archiwalnego podlega karze **do siedmiu lat więzienia i 100 000 euro grzywny**. Tej samej karze podlega zniszczenie, degradacja, uszkodzenie dobra kulturowego, które stanowi własność państwową lub które podlega ekspozycji, konserwacji lub które jest tymczasowo wystawiane w muzeum Francji, bibliotece czy miejscu zarządzanym przez osobę publiczną lub osobę prywatną zapewniającą dostęp do użytku publicznego – **jeśli dotyczy budynku przeznaczonego do kultu**. Wysokość kar wzrasta **do 10 lat pozbawienia wolności i 150 000 euro**, jeśli wyżej opisany czyn został popełniony w związku z czynem określonym w art. 322-3. Ponadto kary grzywny mogą zostać podwyższone do połowy wysokości wartości zniszczonego, zdegradowanego, uszkodzonego dobra.

²⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418260&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160312>, (data dostępu: 02.03.2016).

²⁸ [//www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418260&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160312](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006418260&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160312) (data dostępu: 20.04.2016).

Podsumowanie

Współcześnie, nawet w tak rozwiniętej kulturowo Francji, wyobrażenie o wolności twórczości artystycznej zdominowane jest przez spór pomiędzy moralnością a prawem. Kult wolności i kreatywności opanował rynek sztuki, przyczyniając się do powstania sporów interpretacyjnych w orzecznictwie i doktrynie. Ilość procesów przeciwko artystom stanowi dowód na to, że jednak pewien zakres cenzury we Francji wciąż istnieje. Liczne skandale, procesy ożywiają debatę wokół wolności twórczości artystycznej. Można pokusić się o stwierdzenie, że współcześni artyści często prezentują brak poczucia ograniczeń natury moralnej oraz prawnej, a „skandal” staje się strategią współczesnej sztuki. W tym wypadku, jednym z najskuteczniejszych narzędzi, za pomocą których państwo może temu przeciwdziałać, jest właśnie prawo karne – dotyczy to nawet Francji, która uchodzi za wzór demokratycznego państwa prawa.

Wykaz literatury

- Bach-Golecka D., *Akt bluźniercze w świetle prawa europejskiego*, [w:] F. Ciepły (red.), *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, Warszawa 2014.
- Bieczyński M.M., *Prawne granice wolności twórczości artystycznej w zakresie sztuk wizualnych*, Warszawa 2011.
- Piszczyk J.A., *Przejaw działalności twórczej jako przesłanka uznania fotografii za utwór*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, nr 20.
- Wasilewski P., *Wolność prasowej wypowiedzi satyrycznej. Studium cywilistyczne na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2012.

Streszczenie

Słowa kluczowe: sztuka we Francji, prawo karne, zakres odpowiedzialności artysty, przestępstwa na tle sztuki, wolność artystyczna we Francji.

W opracowaniu podjęto próbę analizy normatywnego kształtu granic wolności twórczości artystycznej we Francji. Z uwagi na to, że Francja od pokoleń uchodzi za kolebkę kultury i sztuki, ukazano zakres ingerencji prawa karnego w powszechnie uznaną wolność twórczości artystycznej – właśnie na przykładzie tego państwa. W artykule zwrócono również uwagę, iż kult wolności i kreatywności opanował rynek sztuki, przyczyniając się do powstania sporów interpretacyjnych w orzecznictwie i doktrynie. Ilość procesów przeciwko artystom stanowi dowód na to, że jednak pewien zakres cenzury we Francji wciąż istnieje. Liczne skandale, procesy ożywiają debatę wokół wolności twórczości artystycznej. Autorka omówiła charakterystykę

wybranych przestępstw popełnionych z przekroczeniem wolności artystycznej, wskazując na zasady odpowiedzialności karnej. W opracowaniu omówiono zakres swobody artystycznej we Francji w aspekcie ochrony praw autorских i pokrewnych, swobody wypowiedzi, a także w zakresie swobody artystycznego wyrazu w kinematografii i teatrze.

Summary

Scope of artistic freedom in France – selected aspects

Key words: art in France, criminal law, the responsibility of the artist, crime against art, artistic freedom in France.

This paper analyses the normative boundaries of freedom of artistic creation in France. France has long been recognized as a cradle of art and culture and, for this reason, any interference of criminal law in the field of artistic freedom is considered serious. The paper also draws attention to the fact that the cult of freedom and creativity has dominated the art market and has led to many discrepancies in the interpretation of the law. Currently, the number of trials against artists proves that censorship is still alive in France. Many scandals involving artistic freedom are heating up the public debate on the issue of creativity. The author analyses crimes against artistic freedom in reference to the rules of criminal liability. The paper also examines the scope of artistic freedom in France in relation to copyright and certain related rights, freedom of speech and artistic freedom of expression in cinematography and theatre.

Wiesław Pływaczewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-6172-5644

Ornitologia kryminalna jako narzędzie identyfikowania zagrożeń cywilizacyjnych w obszarze ochrony środowiska – problem amunicji łożyskowej

Wprowadzenie do problematyki ornitologii kryminalnej

W polskiej literaturze naukowej tzw. ptasia problematyka w kontekście zagrożeń przestępczych sygnalizowana jest przede wszystkim w opracowaniach z zakresu zoologii/ornitologii, ekologii, nauk weterynaryjnych, prawa (karnego, administracyjnego, cywilnego, międzynarodowego), a także w licznych pracach dotyczących szeroko definiowanej ochrony środowiska¹.

Natomiast w obszarze kryminologii tematyka ornitologiczna (awifaunistyczna) pojawia się głównie za sprawą przedstawicieli tzw. zielonej opcji. Pojęcie „zielona kryminologia” utrwaliło się w literaturze przedmiotu za sprawą brytyjskiego kryminologa, Michaela J. Lynch’a. Autor ten jako pierwszy użył go w 1990 r.² Dwa lata później, wraz z Nancy Frank, zaprezentował ideę zielonej kryminologii w znanej pracy *Corporate Crime, Corporate Violence. A Primer*³. Zawarte w tym opracowaniu spostrzeżenia ukazują ekonomiczne podłoże zielonej przestępczości, postrzeganej na tle problematyki ochrony środowiska.

¹ Zob. M. Adamczyk, J. Karaźniewicz, K. Pruszkiewicz-Słowińska (red.), *Karnoprawne aspekty ochrony środowiska – wyzwania dla teorii i praktyki*, Olsztyn 2017; E. Zębek, M. Szramka, *Wind farms in the light of current legal regulations in Poland*, „Journal of Modern Science” 2013, 2/17, s. 307; także tych autorów: *Location predisposition of wind turbine in the light of international and union law regulation*, „Journal of Modern Science” 2012, 3/14, s. 519 i n.; zob. również z zakresu prawa międzynarodowego: M.M. Kenig-Witkowska, *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska. Wybrane zagadnienia systemowe*, Warszawa 2011, s. 234.

² M.J. Lynch, *The greening of Criminology: a perspective for the 1990’s.*, „Critical Criminologist” 1990, 2, s. 1–4; zob. też: M.J. Lynch, P.B. Stretesky, *The meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives*, „Theoretical Criminology” 2003, 7(2), s. 217–238.

³ N.K. Frank, M.J. Lynch, *Corporate Crime, Corporate Violence. A Primer*, Harrow and Heston, Albany 1992.

Dorobek pionierów zielonej kryminologii pozwolił na sformułowanie podstawowych kierunków i zadań dla tej, dopiero co kształtującej się, subdyscypliny kryminologii. Do nich należy zaliczyć: potwierdzenie istnienia zielonych przestępstw w każdej postaci, rozwijanie ich typologii oraz wskazanie różnic pomiędzy nimi, określanie ram różnych obszarów zainteresowań nowej subdyscypliny, eksponowanie problematyki zróżnicowania społecznego na tle zielonych przestępstw oraz ocena partycypacji, tzw. zielonego ruchu społecznego w realizacji zmian społecznych⁴.

Nie ma zgodności co do zakresu przedmiotowego zielonej kryminologii. Na przykład niektórzy przedstawiciele tego kierunku uważają, że analiza podstawowych cech zielonej przestępczości, takich m.in. jak zbiorowy i anonimowy charakter ofiar, anonimowość sprawców tych przestępstw, abstrakcyjne rozumienie szkody ekologicznej, powszechne niepostrzeganie przez legislatorów rangi problematyki przestępstw przeciwko środowisku, a także komplikacje przy zbieraniu dowodów, które są niezbędne do ścigania tych przestępstw, prowadzi do wniosku, że niejednokrotnie ich istota zbliżona jest do konstrukcji „przestępstw bez ofiar”⁵. Coraz częściej jednakże podkreśla się, z czym w pełni zgadza się autor niniejszego opracowania, że tradycyjna formuła tej konstrukcji nie przystaje już do współczesnych realiów. Jest bardziej złożona niż pierwotnie sądzono, a przy tym podlega różnym interpretacjom⁶.

Należy bowiem pamiętać, że formy, jakie przybierają czyny godzące w dobra uniwersalne, są niezwykle zróżnicowane, a powstałe w ich wyniku straty są coraz bardziej dotkliwe dla środowiska naturalnego i przyrodniczego⁷. Niewątpliwie do najbardziej niebezpiecznych zjawisk godzących w naturalne zasoby środowiska, a zarazem mieszczących się w obszarze zainteresowania zielonej kryminologii, zaliczyć należy:

- komercyjną wycinkę lasów (zwłaszcza pierwotnych),
- zanieczyszczenie ziemi, wód oraz powietrza poprzez działalność międzynarodowych korporacji, a także prywatyzacja tych obszarów⁸,
- kłusownictwo zwierząt zagrożonych wyginięciem oraz nielimitowane pozyskiwanie chronionych gatunków fauny i flory i ich pochodnych, w tym przemysłowe odławianie ryb,

⁴ W. Pływaczewski, *Nielegalny rynek chronionych gatunków dzikiej fauny i flory. Geneza, przejawy przeciwdziałanie*, Szczytno 2016, s. 72.

⁵ K. Eman, G. Meško, Ch.B. Fields, *Crimes against the Environment: Green Criminology and Research Challenges in Slovenia*, „Journal of Criminal Justice and Security” 2009, rocz. 11, nr 4, s. 576.

⁶ Pogląd ten podzielają także inni autorzy zajmujący się szeroko rozumianą problematyką ochrony dziedzictwa przyrodniczego – por. m.in. J. Narodowska, *Przestępstwa kłusownictwa rybbackiego na wodach śródlądowych. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016.

⁷ Potwierdzeniem tej oceny może być katastrofa ekologiczna w miejscowości Bhopal w Indiach – por. Y.N. Srivastava, *Environmental pollution*, New Delhi 2009, s. 62.

⁸ E. Bendyk, M. Ciuba, Ł. Maźnica, A. Pająk, P. Palutkiewicz, *Po ile pół litra Bałtyku?*, „Polityka” 2011, nr 45 (2932), s. 40–43.

- wojny oraz konflikty zbrojne na obszarach uznanych za szczególnie cenne przyrodniczo,
- bezprawne przeznaczanie cennych obszarów przyrodniczych na cele inwestycyjne,
- masową turystykę zorientowaną na pozyskiwanie rzadkich gatunków zwierząt lub ich pochodnych,
- utrwalone stereotypy związane z tradycyjnym postrzeganiem środowiska jako przestrzeni o nieograniczonych zasobach,
- zjawisko korupcji wśród funkcjonariuszy policji, służb granicznych, strażników parków przyrodniczych oraz pracowników inspekcji sanitarnej,
- międzynarodowe konflikty pomiędzy firmami posiadającymi bogate złoża naturalne ziemi, prowadzące do przestępstw przeciwko środowisku,
- znęcanie się nad zwierzętami,
- nielegalny handel odpadami oraz inne⁹.

Należy zauważyć, że w literaturze kryminologicznej brak było monograficznych opracowań poświęconych wyłącznie przestępczości godzącej w dzikie populacje awifauny. Wprawdzie problematyka ta, jak wcześniej zauważono, sygnalizowana jest w obszarze zainteresowań zielonej kryminologii, jednakże dotychczasowe rozważania przedstawicieli tego kierunku mają charakter wybiórczy i stanowią zaledwie jeden z obszarów szerszej problematyki, odnoszącej się do zagadnień wpisujących się w ramy *wildlife crime*¹⁰. Próbę zrekapitulowania dotychczasowych osiągnięć badawczych, zarówno krajowych jak również międzynarodowych, w obszarze badań nad przestępczością wymierzoną w dzikie gatunki awifauny podjął dopiero autor niniejszego artykułu w monografii – *Ornitologia kryminalna*¹¹.

Zaproponowana w powyższym opracowaniu perspektywa badawcza, uwzględnia zarówno oczekiwania przedstawicieli nauk penalnych, jak również przyrodniczych. Obejmuje ona nie tylko problematykę kryminologiczną/wiktyologiczną i kryminalistyczną, ale także, w niezbędnym zakresie, dotyka aspektów normatywnych, w szczególności prawnokarnych.

Należy podkreślić, że w obrębie wymienionych obszarów badawczych zaczynają pojawiać się specjalności, wyraźnie ukierunkowane na poznanie specyfiki tzw. ptasiej przestępczości. Przestępczość ta kojarzona jest przede wszystkim z takimi zjawiskami, jak: kłusownictwo, przemyt, nielegalne chwywanie i zniewalanie poszczególnych gatunków awifauny, znęcanie się nad nimi, korupcja czy też zorganizowany handel chronionymi okazami dzi-

⁹ Por. W. Pływaczewski, *Organizacje pozarządowe na tle problematyki nielegalnego handlu chronionymi gatunkami dzikiej fauny i flory*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 286–287.

¹⁰ Zob. W. Pływaczewski, *Masajowie: między obroną odwiecznych tradycji a wyzwaniem współczesności (perspektywa „wildlife crime”)*, „Olsztyńskie Studia Afrykanistyczne” 2011, t. 2, s. 171.

¹¹ Zob. W. Pływaczewski, *Ornitologia kryminalna*, Warszawa 2019, mps.

kich gatunków ptaków. Z perspektywy ekonomicznych teorii przestępczości wiodącym zagadnieniem, dotyczącym wspomnianej problematyki, będą przede wszystkim podziemne rynki handlu poszczególnymi gatunkami chronionych gatunków ptaków, w tym **nielegalny rynek handlu sokołami, papugami oraz ptakami śpiewającymi**¹².

W ramach proponowanego przez autora kierunku zainteresowań badawczych, czyli wspomnianej już ornitologii kryminalnej, mieszczą się także te zjawiska, które nie będąc typowymi kryminologicznymi kategoriami przestępstw, definiowane są jako **zjawiska patologiczne**, co oznacza, że bezpośrednio lub pośrednio zagrażają populacjom dzikich gatunków ptactwa¹³.

Zatem, próbując określić zakres przedmiotowy wspomnianego kierunku badawczego, należy przyjąć, że **ornitologia kryminalna** to kierunek zainteresowań kryminologicznych, zorientowanych głównie na poznanie etiologii czynów przestępczych, wymierzonych w poszczególne gatunki ptaków i ich siedliska. Kolejnym zadaniem ornitologii kryminalnej jest także identyfikacja innych zjawisk o podłożu patologicznym, które zagrażają ptasim populacjom. Ponadto, nie mniej ważnym obszarem zainteresowań tego kierunku jest poznanie metod i technik przestępczych (symptomatologia kryminalna) oraz sposobów przeciwdziałania tym zagrożeniom o wymiarze patologicznym, które bezpośrednio lub pośrednio dotyczą chronionych gatunków awifauny (profilaktyka kryminologiczna).

Ornitologia kryminalna wobec problemu stosowania amunicji ołowianej

Niewątpliwie poważnym zagrożeniem dla wielu gatunków ptaków, w szczególności drapieżnych, staje się **śrut ołowiany**¹⁴. Zdaniem ornitologów, związki chemiczne znajdujące się w ołowianej amunicji mogą m.in. spowodować całkowitą zagładę kondora kalifornijskiego (*Gymnogyps californianus*), jednego z największych ptaków Północnej Ameryki. Z całej populacji tego gatunku, który jest uważany za symbol Dzikiego Zachodu, zostało tylko 405 sztuk, w tym 226 na wolności. Nie ulega wątpliwości, że winę za taki stan ponoszą m.in. myśliwi, bowiem ołów pozostający w mięsie upolowanych i porzuconych zwierząt powoduje u padlinożerców powolne zatrucie orga-

¹² Zob. W. Pływaczewski, P. Chlebowicz (red.), *Nielegalne rynki. Geneza, skala zjawiska oraz możliwości przeciwdziałania*, Olsztyn 2012, s. 14 i n; o funkcjonowaniu nielegalnego rynku można także mówić w kontekście procederu kłusownictwa rybackiego – zob. także E. Zębek, A. Napiórkowska-Krzebietke, *Nielegalny połów ryb w aspekcie karnoprawnym i środowiskowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29, s. 247–260.

¹³ Por. B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2009, s.853; A. Gaberle, *Patologie społeczne*, Warszawa 1997, s. 6.

¹⁴ Zob. W. Pływaczewski, *Ornitologia kryminalna*, Warszawa 2019, mps.

nizmu. Obrońcy ptaków drapieżnych w Stanach Zjednoczonych proponują wprowadzenie całkowitego zakazu używania ołowianej amunicji i zamienne używanie przez myśliwych kul miedzianych. Na takie rozwiązanie, jak na razie, nie godzi się **Narodowa Fundacja Sportów Strzeleckich**, która uważa, że wprowadzenie proponowanych zamienników spowoduje poważny wzrost cen amunicji, a tym samym przeczłodzi szeregi miłośników myślistwa¹⁵.

Należy zauważyć, że **skażenie środowiska śrutem ołowianym** przyczynia się także do zatruc ptaków wodnych. Ołów uszkadza ich narządy wewnętrzne, prowadząc do znacznego wychudzenia zwierząt. Ranne sztuki cierpią nie tylko na skutek postrzałów, ale także z powodu ich długotrwałych skutków (uszkodzenie wątroby, atonia przelyku, zakłócenie funkcjonowania układu nerwowego). Okaleczone ptaki mają także poważne problemy z poruszaniem się. Często też na skutek postrzałów ptaki tracą na zawsze umiejętność latania¹⁶.

Jak zauważają A. G. Kruszewicz i A. Czujkowska, częstym źródłem zatruc ptaków wodnych są także **pozostałości zestawów wędkarskich**. Ptaki nie tylko polykają pozostawione przez wędkarzy haczyki, co często kończy się dla nich śmiercią, ale także różnego rodzaju ołowiane obciążniki. Istnieje też realne niebezpieczeństwo, że skażone ołowiem mięso ptaków trafi do konsumpcji, co prowadzić może do poważnych powikłań w organizmie człowieka. Stąd, podobnie jak w Stanach Zjednoczonych, przedstawiciele środowisk proekologicznych domagają się wprowadzenia zakazu stosowania przez polskich myśliwych śrutu ołowianego. Wprawdzie **Polski Związek Łowiecki (PZŁ)** zobowiązał się do wprowadzenia całkowitego zakazu stosowania ołowiu w amunicji myśliwskiej do 2025 r. (w przypadku polowań na ptactwo ten rodzaj amunicji ma być wyeliminowany do 2020 r.), jednakże należy odnieść się do tej deklaracji z dużą dozą sceptycyzmu. Jak dotychczas organizacja ta nakreślony przez siebie program eliminacji kontrowersyjnej amunicji traktuje nie do końca poważnie, co potwierdza m.in. fakt wycofania się z wprowadzenia od 2015 r. zakazu używania ołowianej amunicji na terenach podmokłych¹⁷. Tego rodzaju postawa władz PZŁ budzi szczególny niepokój, bowiem, jak potwierdzają liczne badania, problem zanieczyszczenia środowiska śrutem ołowianym staje się poważnym zagrożeniem nie tylko dla ptaków, ale także dla ludzi. Na ich podstawie można stwierdzić, że skażenie ołowiem powierzchniowych warstw terenów wodnych jest w niektórych obwodach łowieckich wyjątkowo duże. Może ono wahać się w granicach od 300 tys. do 2 mln śrucin na hektar w wierzchniej, kilkunastocentymetrowej warstwie

¹⁵ P. Cieśliński, *Ostatnie dni kondora*, „Gazeta Wyborcza” z 27.06.2012 r., s. 28.

¹⁶ Szerzej na ten temat: A. G. Kruszewicz, A. Czujkowska, *Ornitologia nie tylko dla myśliwych*, t. 1, Warszawa 2018, s. 32 i 132.

¹⁷ Ibidem, s. 32.

osadów dennych. Przy czym ołów w środowisku zasadowym lub obojętnym rozkłada się wyjątkowo długo, od 40 do 70 lat, a całkowita jego degradacja następuje po 100–300 latach¹⁸. Należy zatem zgodzić się z opinią cytowanych wyżej autorów, że *bezsprzecznie myśliwi ponoszą odpowiedzialność za skażenie łowiem wielu biotopów, lecz trudno wyciągnąć konsekwencje wobec obecnego pokolenia za winę wielu generacji. Zadanie dzisiejszych polujących to przerwanie tego łańcucha skażenia*¹⁹. Nie wolno zapominać, że ołów jako metal wyjątkowo toksyczny wchodzi w łańcuchy pokarmowe wielu organizmów. Odkłada się i kumuluje zarówno w glebie, na dnie wód, jak i w organizmach dzikich i hodowlanych zwierząt. Jest on szczególnie niebezpieczny dla kobiet w ciąży oraz dzieci. Ponadto, związki ołowiu mogą być powodem poważnych problemów o podłożu neurologicznym. Stwierdzono, że mogą one również osłabiać odporność immunologiczną człowieka²⁰.

W kampanię na rzecz wyeliminowania amunicji łowianej angażuje się wiele środowisk proekologicznych. Problem ten od dawna podnoszą m.in. aktywiści skupieni wokół programu ochrony ptaków „**Niech Żyją!**”²¹. Należy także odnotować działania podejmowane przez słynną brytyjską ekolożkę Sachy Dench, zwaną „Kobietą Łabędziem” (*Fliht of the Swans*), która pokonała na motoparalotni dystans ponad 7 tysięcy kilometrów, zatrzymując się przy okazji w 11 krajach. Przerwy te wykorzystywane były do nagłaśniania problemu amunicji łowianej. Na przykład w Polsce skierowała ona specjalny apel do senatorów Rzeczypospolitej Polskiej o wprowadzenie zakazu stosowania wspomnianej amunicji.

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że problem amunicji łowianej stanowi poważne wyzwanie dla środowiska człowieka. Dotychczasowe badania ornitologów w pełni potwierdzają, że obecnie stosowane przez myśliwych techniki strzeleckie, bezpośrednio przyczyniają się do jego degradacji²². Jak potwierdzają D. Wiehle i Z. Bonaczar, wiele gatunków ptaków wodnych ginie od strzałów myśliwych, mimo że podlegają one ścisłej ochronie. Ranne sztuki, tzw. postrzałki, są często zjadane przez inne dzikie zwierzęta. W ten sposób łowiane śruciny przedostają się do układów pokarmowych drapieżników, padlino-

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, s. 35.

²⁰ <https://niechzyja.pl/ciezka-sprawa-mysliwski-olow-truje-nas-i-przyrode/>, 12.03.2019 r.; także: <https://www.facebook.com/NaturalniewWarszawie/posts/1020474311452399> (data dostępu: 12.03.2019).

²¹ <https://niechzyja.pl/kampania/co-chcemy-osiagnac/> (data dostępu: 10.02.2019).

²² D. Wiehle, Z. Bonczar, *Śmiertelność ptaków w warunkach stawów rybnych*, „Notatki Ornitologiczne” 2007, nr 48, s.168.

żerców oraz przedstawicieli innych gatunków zwierząt. Z tego też powodu od 1991 r. w Stanach Zjednoczonych obowiązuje całkowity zakaz stosowania śrutu ołowianego w przypadku polowań na ptactwo wodne. Należy w tym miejscu przypomnieć, że rozsiew śrutu o średnicy 3 mm od miejsca oddania strzału wynosi ok. 5 m kwadratowych. Na obrzeżach powstającej chmury śrutowej dochodzi często do zranienia innych sztuk, które objęte są zakazem polowania²³. Wszystko wskazuje, że skutki masowego stosowania kontrowersyjnej amunicji będą coraz bardziej odczuwalne przez ludzi i zwierzęta. Tym bardziej, że wobec zagrożenia ze strony gatunków inwazyjnych, europejskie związki myśliwskie zostały zobligowane, na mocy dyrektyw unijnych, do szerszego niż do tej pory zaangażowania się w odstrzał obcych gatunków. Oczywiście wspomniane decyzje nie pozostaną bez wpływu na stan środowiska. Istnieje zatem realne niebezpieczeństwo, że stopień zagrożenia związkami ołowianymi, pozostawionymi przez myśliwych w powietrzu, glebie, roślinach oraz mięsie dzikich zwierząt może osiągnąć wyjątkowo niebezpieczny poziom, przekraczający jakiegokolwiek dopuszczalne normy²⁴.

Rolej ornitologii kryminalnej w obszarze badań kryminologicznych jest nie tylko definiowanie zagrożeń cywilizacyjnych, ale przede wszystkim wskazywanie skutecznych metod ich eliminacji. W przypadku amunicji ołowianej istnieje szansa, że dzięki wspólnym działaniom ornitologów, kryminologów, a przede wszystkim przedstawicieli organizacji proekologicznych, uda się skłonić środowiska decydenckie oraz samych myśliwych do wprowadzenia zakazu stosowania toksycznej amunicji.

Paradoksalnie, to właśnie myśliwi są najbardziej narażeni na skutki ołowicy²⁵, chociażby z tego powodu, że przedstawiciele tego środowiska są częstymi konsumentami mięsa dzikich ptaków. Ponadto, co jest niezwykle ważne, na co dzień przebywają oni na obszarach szczególnie skażonych związkami ołowiu. Ujmując problem z perspektywy kryminologicznej można stwierdzić, że z jednej strony polujący odpowiadają za skutki swojego bez troskiego stosunku do problemu ochrony środowiska i zdrowia człowieka, a także zwierząt, z drugiej są oni pierwszą w kolejności grupą ryzyka, skazaną na ponoszenie konsekwencji ołowianych skażeń.

Jak na razie problem zagrożeń wywołanych przez ołowianą amunicję jest przez środowisko myśliwych bądź przemilczany, bądź ignorowany, co potwierdza, że poziom świadomości ekologicznej polujących, wbrew oficjal-

²³ Ibidem, s. 170 i n.

²⁴ Por. C. Mitrus, A. Zbyryt, *Wpływ polowań na ptaki i sposoby ograniczania ich negatywnego oddziaływania*, „Ornis Polonica” 2015, nr 56, s. 309–327.

²⁵ Ołowica (saturnizm) polega na zatruciu organizmu związkami ołowianymi powodującymi osłabienie, bezsenność, brak łaknienia, zaburzenia widzenia i uszkodzenia wewnętrznych narządów ciała (wątroby oraz nerek). Dodatkowo poprzez wiązanie się ołowiu z niektórymi enzymami związki te mogą uszkadzać krwinki czerwone, a także komórki nerwowe – zob. J. Roik, *Choroby cywilizacyjne*, Gliwice 2015, s. 134.

nym zapewnieniu władz PZŁ, musi budzić poważne obawy²⁶. Nie można też wykluczyć, że w nieodległej perspektywie organizacje myśliwskie mogą być pozywane – w ramach roszczeń indywidualnych lub zbiorowych – przez osoby, które chorują na ołowicę i są w stanie udowodnić, że zdiagnozowane przez lekarzy dolegliwości mają bezpośredni związek ze skażeniem ołowianym śrutem konkretnych obszarów łowieckich.

Wykaz literatury

- Adamczyk M., Karaźniewicz J., Pruszkiewicz-Słowińska K. (red.), *Karnoprawne aspekty ochrony środowiska – wyzwania dla teorii i praktyki*, Olsztyn 2017.
- Bendyk E., Ciuba M., Maźnica Ł., Pająk A., Palutkiewicz P., *Po ile pół litra Bałtyku?*, „Polityka” 2011, nr 45(2932).
- Cieśliński P., *Ostatnie dni kondora*, „Gazeta Wyborcza” z 27.06.2012 r.
- Eman K., Meško G., Fields Ch.B., *Crimes against the Environment: Green Criminology and Research Challenges in Slovenia*, „Journal of Criminal Justice and Security” 2009, rocz. 11, nr 4.
- Frank N.K., Lynch M.J., *Corporate Crime, Corporate Violence. A Primer*, Albany 1992.
- Gaberle A., *Patologie społeczne*, Warszawa 1997.
- Holyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2009.
- Jurszo R., *Prawdziwa cena rosołu z dzikiej kaczki*, „Dzikie Życie” 2018, nr 9/291.
- Kenig-Witkowska M.M., *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska. Wybrane zagadnienia systemowe*, Warszawa 2011.
- Kruszewicz A.G., Czujkowska A., *Ornitologia nie tylko dla myśliwych*, t. 1, Warszawa 2018.
- Lynch M.J., *The greening of Criminology: a perspective for the 1990's.*, „Critical Criminologist” 1990, no. 2.
- Lynch M.J., Stretesky P.B., *The meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives*, „Theoretical Criminology” 2003, no. 7(2).
- Mitrus C., Zbyryt A., *Wpływ polowań na ptaki i sposoby ograniczania ich negatywnego oddziaływania*, „Ornis Polonica” 2015, nr 56.
- Narodowska J., *Przestępstwa kłusownictwa rybackiego na wodach śródlądowych. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016.
- Pływaczewski W., *Organizacje pozarządowe na tle problematyki nielegalnego handlu chronionymi gatunkami dzikiej fauny i flory*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13.
- Pływaczewski W., *Masajowie: między obroną odwiecznych tradycji a wyzwaniami współczesności (perspektywa „wildlife crime”)*, „Olsztyńskie Studia Afrykanistyczne” 2011, t. 2.
- Pływaczewski W., *Nielegalny rynek chronionych gatunków dzikiej fauny i flory. Geneza, przejawy przeciwdziałanie*, Szczytno 2016.
- Pływaczewski W., Chlebowicz P. (red.), *Nielegalne rynki. Geneza, skala zjawiska oraz możliwości przeciwdziałania*, Olsztyn 2012.
- Pływaczewski W., *Ornitologia kryminalna*, mps, Warszawa 2019.

²⁶ Zob. R. Jurszo, *Prawdziwa cena rosołu z dzikiej kaczki*, „Dzikie Życie” 2018, nr 9/291, s. 32.

- Roik J., *Choroby cywilizacyjne*, Gliwice 2015.
- Srivastava Y.N., *Environmental pollution*, New Delhi 2009.
- Szramka M., Zębek E., *Location predisposition of wind turbine in the light of international and union law regulation*, „Journal of Modern Science” 2012, nr 3/14.
- Wiehle D., Bonczar Z., *Śmiertelność ptaków w warunkach stawów rybnych*, „Notatki Ornitologiczne” 2007, nr 48.
- Zębek E., Szramka M., *Wind farms in the light of current legal regulations in Poland*, „Journal of Modern Science” 2013, nr 2/17.
- Zębek E., Napiórkowska-Krzebietke A., *Nielegalny połów ryb w aspekcie karnoprawnym i środowiskowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29.

Summary

Criminal ornithology as a tool for identifying threats in the area of environmental protection – the problem of lead ammunition

Key words: green criminology, criminal ornithology, lead ammunition, hunting, protection of the natural environment.

This article deals with threats related to the use of lead ammunition in hunting. The author analyses the above problem from the perspective of a new direction in criminology, referred to as “criminal ornithology”. Based on the example of wild bird species, the paper shows the negative impact of lead compounds on human and animal organisms and on the natural environment. In the section devoted to criminological prevention, a proposal was made to completely eliminate lead ammunition and replace it with non-toxic bullets.

Magdalena Sitek

Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej im. Alcide de Gasperi
w Józefowie

ORCID: 0000-0002-7686-3617

Afrykański pomór świń i interwencyjny odstrzał dzika – podstawy prawa unijnego i krajowego

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest spojrzenie z dystansu na decyzję Ministra Środowiska, podjętą pod koniec 2018 r. podczas wspólnego posiedzenia z władzami Polskiego Związku Łowieckiego. Przedmiotem spotkania było poszukiwanie możliwości skutecznego zatrzymania rozpowszechniania się wirusa afrykańskiego pomoru świń (dalej: ASF – *African swine fever*) wśród dzików. Minister jako środek zwalczania wirusa zalecił myśliwym przeprowadzenie zmasowanego odstrzału dzików. Sam pomysł wcześniej wyszedł od Głównego Lekarza Weterynarii przy aprobacie Zarządu Głównego Polskiego Związku Łowieckiego. Decyzja polityczna zapadła 28 grudnia 2018 r., podczas spotkania w Ministerstwie Środowiska. W konsekwencji tego spotkania koła łowieckie otrzymywały, w dość nietypowy sposób, a mianowicie drogą SMS-ową, zalecenie o potrzebie organizacji przez koła łowieckie zmasowanego odstrzału dzików. Akcja, szeroko komentowana przez media, miała zastać przeprowadzona w dniach od 12 do 13 i od 26 do 27 stycznia 2019 roku. Zakładano odstrzał na poziomie 210 tys. dzików, przy populacji wynoszącej ok. 340 tys. dzików w 2018 roku. Realizacja tego pomysłu doprowadziłaby do znacznego ograniczenia populacji dzików na terytorium Polski. Ostatecznie, wskutek protestów środowisk ekologicznych oraz kampanii medialnej, nie doszło do realizacji zaplanowanych przez Ministerstwo działań

Motywy do podjęcia decyzji o dość radykalnej redukcji populacji dzików w Polsce jest rozprzestrzenianie się wirusa ASF, który stanowi zagrożenie dla trzody chlewnej i obrotu wieprzowiną¹. Należy przy tej okazji zauwa-

¹ Media dość szeroko donosiły o myślenie Ministra Środowiska wraz z komentarzami. Zob. J. Winiecki, *Minister Środowiska zlecił intensywny odstrzał dzików*, polityka.pl. Tekst z 13 lutego 2019 r. Online: <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1782216,1,minister-srodowiska-zlecił-intensywny-odstrzał-dzikow.read> (data dostępu: 18.03.2019).

żyć, że od wirusa ASF należy odróżnić podobną chorobę wirusową, nazywaną klasycznym pomorem świń (*Classical swine fever* – CSF), która nie jest przedmiotem niniejszego opracowania².

O skali występowania wirusa ASF na terytorium Polski świadczą dane statystyczne. W okresie od 2014 r. do końca 2018 r. w Polsce wykryto 2234 przypadki występowania wirusa ASF u dzików i 213 ognisk tej choroby u świń domowych³. Polska nie jest jedynym krajem w Europie, na terytorium którego występuje wirus ASF⁴. Ogniska tej choroby zostały odkryte m.in w Estonii, Białorusi, we Włoszech, na Łowie, Litwie, a nawet w Belgii

Rosnąca populacja dzików sprawiła, że Polacy przyzwyczaili się już do widoku tych zwierząt, spacerujących ulicami nawet dużych miast w poszukiwaniu żywności na śmietnikach. Mimo że niezwykle rzadko zdarzają się ataki tych zwierząt na ludzi, to jednak w społeczeństwie narasta lęk przed spotkaniem się *vis a vis* z osobnikiem tego gatunku, np. nocą przy własnym śmietniku.

Jednak istotnie negatywne skutki rozszerzania się wirusa AFS uwiadcniają się na polu ekonomicznym. Unia Europejska na podstawie decyzji wykonawczej Komisji 2014/709 z dnia 9 października 2014 r. w sprawie środków kontroli w zakresie zdrowia zwierząt w odniesieniu do afrykańskiego pomoru świń w niektórych państwach członkowskich i uchylającej decyzję wykonawczą 2014/178/UE, wprowadziła zakaz eksportu wieprzowiny z krajów objętych wirusem ASF⁵. Jest to dość ostra i najdalej idąca sankcja wynikająca z prawa unijnego.

W jaki sposób doszło do podjęcia decyzji o odstrzale dzików na poziomie 210 tysięcy sztuk? W dniu 6 grudnia 2018 r. na posiedzeniu Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi (druk sejmowy nr 199) w Sejmie RP odbyła się debata nad sposobami zwalczania i zatrzymania procesu rozprzestrzeniania się wirusa ASF. Sugerowano, że jedną z metod jest dość radykalne ograniczenie populacji dzików. Następnie ta dyskusja przeniosła się do mediów tradycyjnych,

² Odnośnie do CSF zostało wydane rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 grudnia 2017 r. w sprawie wprowadzenia programu wczesnego wykrywania występowania zakażeń wirusem. (Dz.U. z 2018 r. poz. 33).

³ Dane podaję za: KE: *Właściwie prowadzony odstrzał dzików może być sposobem walki z ASF*, TVN24, tekst z 11 stycznia 2019 r. Online: <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiatea,2/komisja-europejska-odstrzal-dzikow-sposobem-walki-z-asf,899478.html> (data dostępu: 20.03.2019).

⁴ Dane te pochodzą ze strony Komisji Europejskiej: Tekst: *African swine fever in Poland*. Online: https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/animals/docs/reg-com_ahw_20170918_african_swine_fever_upd-2017_pol.pdf (data dostępu: 23.03.2019). W Internecie można znaleźć też inne, dużo wyższe dane, np. 3317 tys. przypadków zakażeń wirusem ASF.

⁵ Dz.U. L 295 z 11.10.2014, s. 63. Zob. Pejsak Z., Truszczyński M., *Ryzyko szerzenia się afrykańskiego pomoru świń, ze szczególnym uwzględnieniem państw europejskich i Azji*, „Życie Weterynaryjne” 2014/89/09, s. 743–744; G. Burmakina (2016) *African swine fever virus serotype – specific proteins are significant protective antigens for African swine fever*, J. Gen. Virol. 97/2016, s. 1670–1675.

czyli do radia, telewizji czy gazet drukowanych. Jednak największy oddźwięk dyskusja ta znalazła w mediach społecznościowych. Analizując publikacje na ten temat można je podzielić na te, które popierają odstrzał⁶, ale też dość liczne są takie, które nawołują do odwołania planowej rzezi dzikiej zwierzyny⁷.

Niniejsze opracowanie ma na celu poszukanie odpowiedzi na pytanie o słuszność propozycji decyzji Ministra Środowiska oraz wskazanie, jak naprawdę ma się kwestia zagrożenia, związanego z dynamicznym rozwojem populacji dzików w Polsce.

Populacja dzików w Polsce a zagrożenie wirusem ASF

Według danych szacunkowych GUS w 2018 r. w Polsce żyło 341411 dzików. O dynamizmie przyrostu tej zwierzyny świadczy fakt, że w roku 2010 w Polsce było ich 264800. Z danych za lata 2017/2018 wynika, że najwięcej dzików żyje w województwach: zachodniopomorskim (51819 sztuk), warmińsko-mazurskim (30615 osobników) i mazowieckim (20530 dzików). Najmniej jest ich w województwach: podlaskim i śląskim⁸.

Odstrzał dzików systematycznie spada. W latach 2010–2011 odstrzelono 151 tys. dzików, w latach 2015–2016 117 tys., w 2016–2017 131 tys., zaś w 2017–2018 odstrzelono tylko 36 tys. dzików⁹.

Afrykański pomór świń jest to choroba wirusowa, która po raz pierwszy została zaobserwowana w Kenii w 1910 r. W drugiej połowie XX wieku choroba ta w różny sposób została przeniesiona również do Europy¹⁰. W Polsce pierwsze przypadki ASF zostały zaobserwowane w 2014 r., co nie oznacza, że wcześniej wirus ten nie występował na terytorium naszego kraju.

W oficjalnych dokumentach Unii, a także w licznych europejskich i polskich publikacjach utrzymuje się twierdzenie, że człowiek jest odporny na wirus ASF. Poglądu tego nie potwierdzają amerykańscy naukowcy, według których obecnie za wcześnie jest stawiać twierdzenie o odporności człowieka na wirus ASF. Odporność na ASF nie jest bowiem poznana w stopniu wystarczającym, zwłaszcza gdy chodzi o odporność humoralną czy komórko-

⁶ Zob. T. Szymańczka, S. Kacperczyk, *Dzików w Polsce jest zbyt duża populacja alarmuje PZPRZ*, „Tygodnik Rolniczy”, tekst online: https://www.tygodnik-rolniczy.pl/articles/aktualnosci/_dzikow-w-polsce-jest-zbyt-duza-populacja-alarmuje-pzprz/ (data dostępu: 18.03.2019).

⁷ Zob. J. Kowalik, *Jak dziki stały się kozłem ofiarnym. Rzeź nie powstrzyma ASF*, „Newsweek Polska” z 9.01.2019, tekst online: <https://www.newsweek.pl/polska/jak-dziki-staly-sie-kozlem-ofiarnym-rzez-nie-powstrzyma-asf/y9dk59s> (data dostępu: 18.03.2019).

⁸ „Rocznik Statystyczny Leśnictwa” 2018, s. 161.

⁹ Ibidem, s. 163.

¹⁰ Penrith, M. L., *African swine fever*, “Onderstepoort Journal of Veterinary Research” 2009, 76(1), 91–95; Enjuanes, L., Carrascosa, A. L., Moreno, M. A., & Vinuela, E., *Titration of African swine fever (ASF) virus*, “Journal of General Virology” 1976, 32(3), 471–477.

wą¹¹. Ponadto, wirus ASF jest odporny na zamrażanie i obróbkę termiczną i obecnie nie ma na niego żadnej skutecznej szczepionki. Wydaje się, że najskuteczniejszym sposobem walki z tym wirusem jest likwidacja i utylizacja zarazonych zwierząt. Wirus ten jest odporny na działania czynników środowiskowych, takich jak wysychanie, gnicie, temperaturę czy zmiany pH¹².

Podstawową metodą zwalczania tego wirusa są działania profilaktyczne, czyli zapobieżenie przenikaniu wirusa ASF na terytorium kraju. Ryzyko przeniesienia się tego wirusa na terytorium Polski zwiększa się ze względu na występowanie jego ognisk u naszych najbliższych sąsiadów, tj. w Rosji, na Litwie, Białorusi i Ukrainie. Trudno jest powstrzymać migrację dzików, czy też transport kołowy, pieszy lub handel mięsem¹³. W sumie na terytorium Polski do lipca 2018 r. wykryto 182 ogniska tej choroby – miało to miejsce na terenie województw: podlaskiego, lubelskiego, mazowieckiego i warmińsko-mazurskiego.

Podstawową metodą zwalczania wirusa ASF jest bioasekuracja, zalecana przez Komisję Europejską i wdrożona już w Polsce. Metoda ta polega m.in. na zwalczaniu gryzoni, zabezpieczeniu świń przed dostępem do innych zwierząt gospodarskich, a także na konieczności stosowania mat dezynfekujących i ubrań ochronnych¹⁴. W ramach tej metody przewiduje się odstrzał dzików.

Podstawy prawne zwalczania ASF i polityka kontroli dzików w prawie unijnym

Akty prawne dotyczące polityki kontroli populacji dzików, w szczególności w związku z AFS, można podzielić na przepisy prawa unijnego i przepisy prawa krajowego. Do tych pierwszych należy zaliczyć:

1. Dyrektywę Rady 2002/60/WE z dnia 27 czerwca 2002 r. ustanawiającą przepisy w celu zwalczania afrykańskiego pomoru świń oraz zmieniającą dyrektywę 92/119/EWG w zakresie choroby cieszyńskiej i afrykańskiego pomoru świń,

¹¹ Tak wynika z badań prowadzonych na Uniwersytecie Illinois w Urbannie w USA; D.L. Rock, *Challenges for African swine fever vaccine development – perhaps the end of the beginning*, „Vet. Microbiol.” 206/2017, s. 52–58; D.H. Schlafer, C.A. Mebus, J.W. McVica, *African swine fever in neonatal pigs*, „Am. J. Vet. Res” 45/1984, s. 1367–1372. Informację podają za: Z. Pejsak, M. Truszczyński, *Szczepionka przeciwko afrykańskiemu pomorowi świń*, „Życie Weterynaryjne” 93.05/2018, s. 321.

¹² Z. Pejsak, I. Markowska-Daniel, *Afrykański pomór świń*, Państwowy Instytut Weterynaryjny w Puławach, Puławy 2014, tekst online: http://www.piwstw.com2.pl/dokumenty/ASF_materiały_szkoleniowe_dla_hodowców.pdf (data dostępu: 18.03.2019).

¹³ Markowska-Daniel, I., Ziętek-Barszcz, A., Bocian, Ł., Kukier, M., Pejsak, Z., *Ocena ryzyka przeniesienia afrykańskiego pomoru świń z Obwodu Kaliningradzkiego do Polski*, „Życie Wet.” 2011, 86(6), 427–431.

¹⁴ Zob. D. Plokarz, Rudy A., *Bioasekuracja jako metoda ograniczenia szerzenia się afrykańskiego pomoru świń*, „Życie Weterynaryjne” 90(08)2015, s. 505–507.

2. Decyzję Komisji 2003/422/WE z dnia 26 maja 2003 r. zatwierdzającą podręcznik diagnostyczny dotyczący afrykańskiego pomoru świń,

3. Decyzję wykonawczą Komisji 2014/709/UE z dnia 9 października 2014 r. w sprawie kontroli w zakresie zdrowia zwierząt w odniesieniu do afrykańskiego pomoru świń w niektórych państwach członkowskich i uchylająca decyzję wykonawczą 2014/178/EU.

Początki polityki unijnej w zwalczaniu ASF ograniczały się przede wszystkim do działań profilaktycznych i diagnostycznych. W dyrektywie 2002/60WE postanowiono wprowadzić na terenie Unii jednolite praktyki diagnostyczne, metody pobierania próbek oraz ustalono kryteria oceny wyników laboratoryjnych. Instytucją odpowiedzialną za te działania zostało laboratorium referencyjne Wspólnoty dla afrykańskiego pomoru świń. W tej dyrektywie nie przewidziano możliwości fizycznej eliminacji dzików przez odstrzał w ramach walki z wirusem ASF.

Jako załącznik do tej dyrektywy został dodany podręcznik diagnostyczny. Stał się on oficjalnym dokumentem Unii, na podstawie Decyzji Komisji 2003/422/WE z dnia 26 maja 2003 r. zatwierdzającej podręcznik diagnostyczny dotyczący afrykańskiego pomoru świń¹⁵.

W tym dokumencie wskazano, że jednym z głównych kanałów rozprzestrzeniania się wirusa ASF jest kontakt świń z dzikami. Do takich sytuacji dochodzi wówczas, gdy świny są trzymane na otwartym terenie. Stąd też zlecano wprowadzenie kontroli serologicznej u dzików na terenach objętych występowaniem wirusa ASF. Określona została także minimalna liczba zwierząt, które winny zostać objęte tymi badaniami. Jednak co najważniejsze, w dyrektywie tej nie przewidziano możliwości zmniejszenia populacji dzików poprzez odstrzał. Fizyczna eliminacja została przewidziana w odniesieniu do hodowli świń zakażonych wirusem ASF. Zaznaczono, że ubój winien być przeprowadzony zgodnie z postanowieniami dyrektywy Rady 93/119/EWG z dnia 2 grudnia 1993 r. o ochronie zwierząt w czasie uboju lub zabijania¹⁶, zmienionej rozporządzeniem (WE) nr 806/2003¹⁷. Obecnie obowiązuje rozrządzenie Rady (WE) nr 1099/2009 z dnia 24 września 2009 r. w sprawie ochrony zwierząt podczas ich uśmiercania¹⁸. Rozporządzenie to jednak nie dotyczy uśmiercania zwierząt dzikich lub bezdomnych w celach kontroli liczebności populacji.

Ważnym dokumentem jest opinia Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności, w której zalecono odstrzał dzików jako jeden ze skuteczniejszych sposobów na ograniczenie rozpowszechniania się wirusa ASF.

¹⁵ Dz. U. L 143, 11/06/2003, str. 35–49.

¹⁶ Dz.U. L 340 z 31.12.1993, str. 21.

¹⁷ Dz.U. L 122, z 16.5.2003, str. 1.

¹⁸ Dz.U. L. z 2009 3030.1.

Odstrzał dzików był również przeprowadzany w innych krajach europejskich. Przykładem tego są Włochy. Komisja Europejska, decyzją 2005/362/WE, zatwierdziła przedstawiony przez Włochy plan zwalczania afrykańskiego pomoru świń u dzików na Sardynii¹⁹. Jednym z głównych środków zwalczania tego wirusa był planowany odstrzał dzików. Najnowsze regulacje dla Sardynii zostały zawarte w trzyletniej strategii zwalczania zagrożeń epidemiologicznych. W strategii tej przewidziano przede wszystkim działania kontrolne. W ramach działań prewencyjnych przewidziano również możliwość przeprowadzenia planowych odstrzałów dzików, zwłaszcza na terenach zagrożonych ASF²⁰.

Podstawy prawne zwalczania ASF i polityka kontroli dzików w prawie polskim

W Polsce instytucjami zaangażowanymi w zwalczanie wirusa ASF są Ministerstwo Środowiska, Ministerstwo Rolnictwa, Główny Lekarz Weterynarii oraz Zarząd Głównego Polskiego Związku Łowieckiego. Kompetencje tych organów w zakresie odstrzału dzików należy ocenić z punktu widzenia przepisów ustawy z 13 października 1995 r. prawo łowieckie (dalej: u.p.ł.)²¹. Na podstawie art. 6 u.p.ł. naczelnym organem administracji rządowej w zakresie łowiectwa jest minister właściwy do spraw środowiska.

Zgodnie z art. 8a ustawy planowy odstrzał zwierząt dziko żyjących, w tym i dzików, przeprowadza się na podstawie rocznego planu łowieckiego, który przygotowuje zarządca lub dzierżawca obwodu łowieckiego. Taki plan uzgadniany jest z zarządem okręgowym Polskiego Związku Łowieckiego. Plan wraz z opinią wójta przedkładany jest właściwemu nadleśniczemu. W przypadku, gdy obwód łowiecki graniczy z parkiem narodowym, plan musi być zaopiniowany przez dyrektora tego parku (art. 8a ust. 10).

W jednym z punktów wspomnianego powyżej planu określono liczbę zwierząt łownych planowaną do pozyskania w drodze odstrzału w ciągu łowieckiego roku gospodarczego (rok taki obejmuje okres od 1 kwietnia do 31 marca)²². W odrębnym jednak punkcie tego planu musi znajdować się wskazanie minimalnej liczby dzików zaplanowanych do pozyskania w danym roku gospodarczym (art. 8a. ust. 3 pkt. 4j).

¹⁹ Dz.U. L. 118 z 5.5.2005, s. 37.

²⁰ Piano Sanitario Triennale 2018-2020, Listopad 2017, tekst online: https://www.atssarde-gna.it/documenti/12_322_20171122133816.pdf (data dostępu: 21.03.2019).

²¹ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2033.

²² Wykaz zwierząt łownych znajduje się w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 marca 2005 r. w sprawie ustalenia listy gatunków zwierząt łownych (Dz.U. z 2005 r. nr 45, poz. 433).

Główną podstawę prawną do podejmowania działań przeciwko rozprzestrzenianiu się wirusa ASF stanowi ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt²³. Podstawową kwestią jest odnotowywanie przypadków występowania chorób zakaźnych u dzikich zwierząt. Na podstawie art. 42 ust. został wprowadzony obowiązek informowania odpowiednich organów o występowaniu takich przypadkach. Tymi organami są: inspekcja weterynaryjna, podmioty świadczące usługi z zakresu medycyny weterynaryjnej albo wójt, burmistrz czy prezydent miasta. Wypełnienie tego obowiązku spoczywa na tym, kto ma kontakt z zarażonym zwierzęciem, zatem może to być przypadkowy turysta będący w lesie, jak również osoby wykonujące czynności służbowe lub zawodowe, np. leśniczy czy gajowy, lekarz weterynarii, myśliwi, dzierżawcy oraz zarządcy obwodu łowieckiego.

W przypadku wystąpienia chorób zakaźnych u zwierząt, również dzikich, powiatowy lekarz weterynarii może wydać pozwolenie na zabicie lub ubój zwierząt chorych lub zakażonych (art. 44 ust. 1 pkt. 4). Ustawa ta jednak nie zawiera żadnych dyspozycji co do konieczności podejmowania działań w związku z występowaniem ASF na terytorium Polski.

Podejmowane przez władze polskie działania w zakresie zwalczania ASF miały przede wszystkim na celu zatrzymanie procesu rozprzestrzeniania się wirusa wśród hodowli świń. W tym celu rozporządzeniem MRiRW z dnia 3 kwietnia 2015 r. został ustanowiony „Program bioasekuracji mający na celu zapobieganie szerzeniu się afrykańskiego pomoru świń”, którego realizacja została przewidziana na lata 2015–2018. Program ten objął przede wszystkim województwo podlaskie, a więc teren, na którym ten wirus pojawił się w Polsce. W programie tym zostały jedynie określone elementy procedury składającej się na proces bioasekuracji. Między innymi dopuszczono ubój zwierząt domowych zarażonych wirusem ASF. Program ten, jako że był przewidziany do realizacji tylko w określonym czasie, obecnie już nie obowiązuje²⁴.

Na podstawie rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 24 stycznia 2018 r. w sprawie wprowadzenia w 2018 r. na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej „Programu mającego na celu wczesne wykrycie zakażeń wirusem wywołującym afrykański pomór świń i poszerzenie wiedzy na temat tej choroby oraz jej zwalczanie” obowiązuje nowy program zwalczania ASF²⁵. Jest to program bez wskazania końcowej daty jego realizacji. Celem tego programu jest wzmocnienie ochrony terytorium Polski i Unii Europej-

²³ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1967.

²⁴ Dz.U. z 2015 r. poz. 517. Rozporządzenie to było zmienione rozporządzeniem MRiRW z dnia 11 maja 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie wprowadzenia „Programu bioasekuracji mającego na celu zapobieganie szerzeniu się afrykańskiego pomoru świń” na lata 2015–2018 (Dz.U. z 2016 r., poz. 679).

²⁵ Dz.U. z 2018r. poz. 316.

skiej przed rozprzestrzenianiem się wirusa ASF. Jednym ze sposobów działań o charakterze zapobiegawczym jest ubój lub zabicie świń i dzików na obszarze zagrożenia lub obszarze ochronnym. Pozyskane w ten sposób tusze dzików, jeśli nie mogą być inaczej zagospodarowane przez myśliwych, winny być zutyliczowane (pkt. 3.1 Programu). W pkt. 4.1 Programu na rok 2018 przewidziano polowanie na dorosłe samice dzika i odstrzał selektywny samic dzika. Przeprowadzenie polowania spoczywa na barkach myśliwych.

Wnioski – przyszłe los dzików w Polsce i Europie

Zgodnie w rocznym planem łowieckim na lata 2018–2019 zakładano odstrzał 185 tys. dzików w całej Polsce. Do końca listopada 2018 r. zabito 168 tys. dzików. W wypowiedziach polityków wskazywano, że odstrzał dzików winien być na poziomie 210 tys. dzików w tym okresie. Zatem chodziło o zwiększenie odstrzału o 25 tys. dzików w stosunku do planowanej liczby²⁶. Tym bardziej, że dzik jest gatunkiem zwierząt dzikich, którego populacja bardzo szybko się odtwarza. Szacuje się, że poziom odtworzenia to 250% rocznie.

Ocena fizycznej eliminacji dzików została podniesiona przez wiceprezesa NIK Wojciecha Kutylę, który w swoim wystąpieniu na Sejmowej Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 6 grudnia 2017 r. stwierdził, że „podejmowane działania powinny wyprzedzać skutki choroby. Na przykład dziki powinny być likwidowane w promieniu co najmniej 50 km od miejsca wystąpienia zakażeń. Elementem walki z ASF jest również odstrzał loch dzików, systematyczne zbieranie padliny i patrochów oraz ich utylizacja, a także stosowanie bioasekuracji na obszarach, gdzie dotychczas nie stwierdzono obecności wirusa“. Stwierdził jednocześnie, że stosowanie w Polsce zasad bioasekuracji nie jest satysfakcjonujące i skuteczne. Wiceprezes NIK wspomniał też o potrzebie scentralizowania zarządzania procesem zwalczania wirusa ASF, co spotkało się ze sprzeciwem Ministra Środowiska²⁷.

Także stanowisko Komisji Europejskiej jest dość jednoznaczne, tak w wypowiedziach urzędników unijnych, jak w ustawodawstwie Unii. Przyjmuje się, że odstrzał dzików jest jednym ze środków walki z chorobą afrykańskiego pomoru świń. Rozprzestrzenianie się tego wirusa może spowodować

²⁶ Dane te pochodzą z wypowiedzi rzecznika prasowego PZŁ, podane za: J. Kowalik, *Jak dziki stały się kozłem ofiarnym. Rzeź nie powstrzyma ASF*, „Newsweek Polska” z 9.01.2019, online: <https://www.newsweek.pl/polska/jak-dziki-staly-sie-kozlem-ofiarnym-rzez-nie-powstrzyma-asf/y9dk59s> (data dostępu: 23.03.2019). Tekst tego artykułu jest bardzo nieobiektywny i zawiera manipulacje cyframi. Minister Rolnictwa chciał podnieść liczbę odstrzału o 25 tys. dzików. Trudno w tej perspektywie jest mówić o rzezi.

²⁷ Tekst online: <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?DoSearchNewByIndex> (data dostępu: 23.03.2019).

zakaz eksportu wieprzowiny z całej Unii Europejskiej, co stałoby się poważnym problemem ekonomicznym dla wielu państw członkowskich.

Zresztą w innych krajach Unii przeprowadza się profilaktyczny odstrzał dzików. W ostatnim roku w Niemczech dokonano odstrzału ok. 830 tys. dzików²⁸.

Można zatem stwierdzić, że zaproponowany przez Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi odstrzał dzików nie jest w sprzeczności z przepisami prawa polskiego oraz unijnego. Wątpliwości mogą budzić kompetencje Ministra Rolnictwa w tym zakresie. Z analizy polskiego ustawodawstwa wynika, że taka inicjatywa powinna być wyjęta od Ministra Ochrony Środowiska. Ponadto, dość sprzeczne są dane dotyczące populacji dzików w Polsce. Na tym tle też trudno jest ustalić stosunek podwyższonej liczby odstrzału do rocznego planu PZŁ oraz rzeczywistej liczby dzików w Polsce. Nie można dopuścić do całkowitego wyeliminowania dzika z terytorium Polski. Taki odstrzał byłby prawdziwą rzezią. Niemniej jednak przyjąwszy liczbę dzików występujących na terytorium Polski za prawdziwą, czyli ok. 310 tys., to odstrzał 210 tys. nie stanowi wielkiego zagrożenia dla populacji tych zwierząt. Konieczne jest jednak respektowanie przepisów prawa i kompetencji poszczególnych organów. Działania te są zgodne z polityką Unii Europejskiej.

Wykaz literatury

- Burmakina G., *African swine fever virus serotype – specific proteins are significant protective antigens for African swine fever*, "J. Gen. Virol." 2016, 97/2016.
- Enjuanes L., Carrascosa A.L., Moreno M.A., Vinuela, E., *Titration of African swine fever (ASF) virus*, "Journal of General Virology" 1976, 32(3).
- Markowska-Daniel I., Ziętek-Barszcz A., Bocian Ł., Kukier M., Pejsak Z., *Ocena ryzyka przeniesienia afrykańskiego pomoru świń z Obwodu Kaliningradzkiego do Polski*, „Życie Wet.” 86(6).
- Pejsak Z., Truszczyński M., *Ryzyko szerzenia się afrykańskiego pomoru świń, ze szczególnym uwzględnieniem państw europejskich i Azji*, „Życie Weterynaryjne” 2014/89/09.
- Pejsak Z., Truszczyński M., *Szczepionka przeciwko afrykańskiemu pomorowi świń*, „Życie Weterynaryjne” 93.05/2018.
- Penrith M.L., *African swine fever*, „Onderstepoort Journal of Veterinary Research” 2009, 76(1).
- Płokarz D., Rudy A., *Bioasekuracja jako metoda ograniczenia szerzenia się afrykańskiego pomoru świń*, „Życie Weterynaryjne” 2015, 90(08).
- Rock D.L., *Challenges for African swine fever vaccine development – perhaps the end of the beginning*, "Vet. Microbiol." 2017, 206/2017.

²⁸ Przedstawiciel Komisji Europejskiej popiera masowy odstrzał dzików. „To niezbędny krok”, tekst: strak.eu, online: <https://strak.eu/komisja-europejska-popiera-masowy-odstrzal-dzikow-to-niezbledny-krok/> (data dostępu: 23.01.2019).

“Rocznik Statystyczny Leśnictwa” 2018.

Schlafer D.H., Mebus C.A., McVica J.W., *African swine fever in neonatal pigs*, “Am. J. Vet. Res” 45/1984.

Summary

African swine fever and emergency wild boar hunting – the foundations of the EU and national law

Key words: EU law, hunting law, hunting wild boars, ASF.

The ASF virus has been spreading among wild boars for over a decade in several European countries, including Poland. As a result, there are quite numerous infections among domestic pigs as well. Therefore, numerous EU and Member State regulations have been published in this respect and a biosecurity procedure has been introduced. One of its elements is to hunt wild boars in areas vulnerable to the ASF virus. The increase in the number of infections among wild boars and the appearance of numerous outbreaks of this disease among pigs prompted the Polish authorities to allow a significant increase in the amount of wild boar hunting. This decision aroused debate on the legitimacy of such a solution. The purpose of this study is to analyse the provisions of EU and Polish law regarding the legitimacy of an increase in the amount of wild boar hunting in Poland.

Kuchin Oleg Stas'evich

Moscow state University M. V. Lomonosov

The tactics of crime scene examination in the commission of environmental crimes

In Russian criminal legislation, environmental crimes are criminal acts infringing on the natural environment and on various social relations for its protection and reproduction. In addition, environmental damage can be caused by violations of the safety rules for the operation of rail, air and water transport, violation of safety rules at nuclear facilities, illegal handling of radioactive materials, in some cases hooliganism, etc.¹

There is no the legal definition of environmental crimes in the Russian Criminal Code, as in the academic researches. Environmental crimes violate the provisions of Art. 42 of the Constitution of the Russian Federation – the human right to a healthy environment, i.e. in fact, on its normal existence, as a biological species. They destroy or qualitatively deteriorate the biological basis of the humanity's existence.

However, the definition of environmental crimes existed in Soviet legislation. Art. 85 of the Law on Environmental Protection (December 19, 1991) defined the environmental crimes as socially dangerous acts that encroach upon the environmental law and order established in the Russian Soviet Federative Socialistic Republic, the environmental safety of society and cause harm to the environment and human health.

According to the academic classification, environmental crimes of the Russian Federation can be divided on to two types:

1. General environmental crimes;
2. Special environmental crimes.

General environmental crimes impinge on environment in general. These crimes include: violation of environmental protection rules in the course of work (art. 246 of the Criminal Code of the Russian Federation), violation of the rules for handling environmentally hazardous substances and wastes (art. 247 of the Criminal Code of the Russian Federation), violation of vete-

¹ J. Ciechanowicz-McLean, *Węzłowe problemy prawa ochrony klimatu*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, № 37, p. 7–8.

rietary rules and rules established to combat diseases and pests (Art. 249 of the Criminal Code of the Russian Federation).

Special environmental crimes infringe on the units (areas) of environment. These include: water pollution (Art. 250 of the Criminal Code of the Russian Federation), air pollution (Art. 251 of the Criminal Code of the Russian Federation), pollution of the marine environment (Art. 252 of the Criminal Code of the Russian Federation), violation of legislation on the continental shelf and the exclusive economic zone (Art. 253 of the Criminal Code RF), damage to the land (Art. 254 of the Criminal Code of the Russian Federation), violation of the rules for the protection and use of mineral resources (Art. 255 of the Criminal Code of the Russian Federation), illegal extraction of aquatic animals and plants (Art. 256 of the Criminal Code of the Russian Federation), violation of the rules for the protection of fish stocks (Art. 257 Of the Criminal Code of the Russian Federation), illegal hunting (Art. 258 of the Criminal Code of the Russian Federation), destruction of populations of organisms listed in the Red Book of the Russian Federation (Art. 259 of the Criminal Code of the Russian Federation), illegal felling and forests (art. 260 of the Criminal Code), destruction or damage of forests (Art. 261 of the Criminal Code), violation of the regime of specially protected natural territories and natural objects (Art. 262 of the Criminal Code).

It should be noted that the criminalistics characterizations of different environmental crimes developed by Russian scientists and practitioners are quite similar. This can be explained by the fact that such crimes are related to the violation of environmental regulations that should necessarily be carried out in the production of various kinds of work, as well as in technological processes that are fraught with environmental pollution or dangerous to flora and fauna. In this case, criminal behavior is most often manifested in a typical combination of actions and inaction.

The multiplicity of combinations of various types of actions and inaction most often results from the mutual influence of various factors of the situation and personality characteristics of criminals, which in turn are complicated by the specifics of the direct impact of harmful production processes and their consequences.

The specific mechanism of committing environmental crimes consists of a number of elements, among which the central place is occupied by the specifics of the technological side of the criminal behavior of persons responsible for observing environmental regulations, illegal actions of specific executors of production operations and elements of improper functioning of certain technical systems and devices, as a result of which actual environmental pollution.

Modern typical investigative situations at the initial stage of the investigation of environmental crimes are determined by such factors as:

1. Nature of the source data that became the basis for initiating a criminal case, the degree of their completeness and concreteness;
2. Object, place and period, pollution season, type of damage caused;
3. Duration of the incident, degree of preservation of the traces formed during this, initial state of the situation of the scene of the accident and the source of pollution.

The formation of situations where investigations began is influenced by such circumstances as the type of production or its site where environmentally dangerous violations were committed, the availability of the necessary documentation, reference books, witnesses, specialists, etc. for the initial stage:

1. Background information on pollution, deterioration, damage to the land, water or air basin came from the state environmental control authorities. The materials of the inspection they carried out contain information about the circumstances of the incident, entailing dangerous consequences. This situation is typical for pollution of rivers, lakes, soil, less air. From the moment of pollution until its discovery, verification and initiation of business, the time period is small;

2. The initial information is similar to the above, but from the moment of pollution to the initiation of a criminal case, a considerable period of time has passed, as a result of which the pollution has been partially preserved, there are documents and witnesses, and there are no sources of pollution as it was before;

3. Baseline data are communications from members of the public, individuals, institutions, the media, public environmental organizations. The criminal case was initiated on the results of the inspection of the scene. Traces of contamination identified and recorded. The source and mechanism of pollution is unclear; environmental pollutants are supposedly known.

4. Therefore, the main and most important investigative action at the initial stage of the investigation of environmental crimes or during the course of the pre-investigation check is the inspection of the scene of the incident – the place where the traces of the violation or damage to the environment were found and the actual environmental damage or harm. In the specific methods of investigating environmental crimes, the examination of the place of their commission is given great and primary attention².

Inspection of the scene in the current Code of Criminal Procedure is an investigative action, which consists of the cognitive and certifying operations of the investigator, performed at the place of detection of signs of a committed or suspected crime with a slit of finding and fixing traces, objects and

² See: V. Yu. Tkach, *Inspection of the scene as an object of forensic research*, „Bulletin of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia” 2012, № 4, p. 130–135.

other objects, allowing to understand the mechanism of the incident and establish the circumstances relevant to the proper resolution of the case.

According to the provisions of the science of forensic science, any localized part of the space where traces, objects and other objects are found should be considered the scene of an incident with respect to which there was a reasonable assumption that they appeared as a result of the crime.

In many literary sources devoted to this topic, an inspection of a scene for environmental crimes is considered as a tactical forensic operation, during which it is possible to use operational-search measures. Therefore, this tactical operation can also be called complex operational tactical³.

As an operational-tactical operation, an inspection of the scene of an environmental crime may include the following sets of measures:

1. Preliminary collection of information on the commission of an environmental crime, the conduct of operational-search measures to clarify this information, the conduct of initial verification or investigative actions prior to the initiation of a criminal case;

2. Preparations for the inspection of the scene of the incident – the scene of the commission of an environmental crime. This stage includes both organizational measures and measures aimed at forensic support of the inspection, detection, fixation and seizure of the evidence found, and fixation of the situation of the scene of the incident.

3. Direct departure to the scene of the incident, ensuring the safety of participants in investigative actions and operational search activities, guarding the scene of the incident, identifying witnesses, suspects, and places of storage of documents, ensuring the safety of physical evidence, documents and other traces.

4. Directly conducting an inspection of the scene of an environmental crime using modern forensic technology, drawing up charts, maps, inspection protocol, photographing and videotaping the inspection process, conducting operational-search support of the scene inspection by police officers⁴.

5. The use of the consultative capabilities of various specialists during survey of the environmental crime site: surveyors, geologists, geodesists, mining foremen, zoologists, botanists, chemists, physicists, etc. specialists⁵.

6. Drawing up the results of the inspection of procedural protocols, as well as expert opinions.

7. Departure from the scene and transportation of the seized documents, objects, as well as convoy of detainees to the place of investigation.

³ See: M.A. Chernyshev, *Inspection of the scene as a basic tactical operation: thesis for the degree of Candidate of Law.*, M.: MSU, 2009, 124 p.

⁴ See: S. Kolotushkin, S. Kandaurov, *Video recording as a source of evidence in the detection and investigation of crimes*, „Forensic expert” 2009, № 2, p. 26–31.

⁵ See: N. Mamoshin, *On the issue of the participation of a specialist in individual investigative actions*, „Expert forensic expert” 2010, № 1, p. 8–12.

Inspection of the scene of environmental crime should be carried out immediately, immediately after receipt of information about the discovery of evidence of this crime, if there is reason to believe that evidence can be found in a certain area of a location or indoors or elsewhere that is relevant to making timely, legal and a reasoned decision to initiate a criminal case, to bring a person as an accused, etc. For environmental crimes, an inspection of the scene should be provided once, immediately after the fact of environmental pollution was identified and documented.

In the future, this will allow collecting important evidence on the criminal case under investigation: data on the situation, mechanism, features and scale of harm to nature. In addition, it is possible to detect and fully capture the trace picture of the committed crime.

In cases of environmental crimes investigative examination, as a rule, subject to:

- areas of the environment that have been deteriorated or polluted;
- degraded natural objects;
- sewage treatment plants, septic tanks, storage ponds, other places of utilization, neutralization and purification of hazardous waste produced by various industrial enterprises of petrochemical, metallurgical, mining and other industries, process drains, pipelines;
 - production facilities and premises of the shop, sites, tanks;
 - landfills, waste storage sites, storage of hazardous substances used in the production process for the production of raw materials and finished products, mercury used in the refining extraction of gold from rock, ammonia and phenol used in the production of synthetic materials;
 - vehicles used for removal and disposal of waste, automobiles, rolling stock, excavators, bulldozers, etc.).

Therefore, when examining the scene of an environmental crime, an appropriate specialist should take part, for example, an employee of the Federal Service for Supervision in the sphere of ecology and environmental management, sanitary and epidemiological supervision, and Federal Services for Technological and Atomic Supervision.

Inspection of the scene is recommended for individual areas, which most often include places of direct pollution of the environment, drains and pipelines leading to them, sewage treatment plants and their individual nodes: septic tanks, sewage wells, etc.

It is better to start the inspection from the point of detection of the most abundant contamination with the subsequent expansion of the boundaries of the territory, paying attention to the interrelationship of the selected sites of the scene. A specific action in the case of the category in question is the sampling of: water, soil, air, pollutant, corpses of birds, fish, animals. An appropriate specialist will be involved in the sampling at the scene.

The high quality and effectiveness of the inspection of the scene of environmental crime are determined by:

- timely and full implementation of organizational and preparatory activities that provide optimal conditions for the inspection;
- the implementation of the instructions of the criminal procedure law and recommendations developed in forensic science regarding the procedure for the conduct of the investigative action, addressed to the investigator;
- accurate performance of duties by the participants in the inspection of the scene of the incident and the consistency of their actions;
- compliance with the requirements of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation for the rules for drawing up a protocol for inspecting the scene of an incident;
- the use of special new technical means, drawing up diagrams, plans, the use of photo and video recording of the situation of the crime committed;
- participation in the examination of various specialists.

When arriving at the scene of an environmental crime, the investigator:

1) receives information from the witnesses and persons who were the first to discover the incident from the scene of the incident and information about the persons involved. From the police officers receives information about the activities planned and carried out with the aim of identifying the perpetrators, their search and detention;

2) instructs police officers to identify eyewitnesses and witnesses who were at the scene of the incident and retired from the scene

3) instructs the police to interview eyewitnesses and potential witnesses to obtain primary information about the incident, and also uses forensic and other counts for this purpose;

4) confirms that all urgent measures have been taken to eliminate the consequences of an environmental incident, assistance has been rendered to the victims, and, if necessary, takes the measures indicated

5) obtains information on changes made to the situation of the scene in the provision of assistance to victims and in connection with the elimination of the consequences of an environmental incident;

6) obtains information about detected tracks and objects of evidentiary value;

7) determines the circle of participants in the inspection of the scene of the incident, explains their rights and obligations.

Directly inspection of the scene for environmental crimes is carried out in the following order – first, a general and then a detailed inspection of the scene is carried out.

During the general inspection, the investigator makes a detour around the scene, identifies objects related to the incident, and, on the basis of the information received, gives a general idea of the nature of the incident; de-

termines the boundaries of the space to be inspected and clarifies its relationship with the adjacent territory; establishes the presence of traces that must be urgently protected from the effects of precipitation, accidental or intentional damage, destruction.

If traces left by the criminals are found, taking into account the opinions of the experts present, the decision is made to use the help of forensic scientists to search for various traces of crime and other items of relevance to the case, and if there are grounds for this, instructs the operative police officer to organize the search and detention of the criminals. Then, the investigator selects the starting point and method of inspection, as well as the position for the production of orienting and viewing photos and video.

In the future, the investigator, together with other participants in the inspection, investigates the whole range of issues related to the situation of the scene, that is, determines the mutual arrangement and interrelation of objects and buildings located on the scene, examines their appearance, condition and with the maximum possible in these conditions details captures everything found through photo and video, by drawing up plans, diagrams, drawings, and makes the necessary rough notes for further drawing up a protocol inspection⁶.

During the general inspection, a static inspection method is applied, which consists in the fact that the inspection is carried out without disturbing the initial arrangement of objects. The use of this method is a guarantee that the situation of the incident will be recorded in its original, unchanged form.

At the end of the general inspection, the investigator proceeds to a detailed examination, during which he thoroughly examines all the objects on the scene.

The concentric method of inspecting the scene of an incident is that the inspection is carried out in a spiral from the periphery to the center of the scene of the incident, which usually means the most important object located at a given place or a conditional point.

It is advisable to use a concentric method of inspecting the place where an environmental crime was committed because:

- 1) the center of the scene is sometimes difficult to determine;
- 2) when approaching the center of the scene, traces located on the periphery may be damaged;
- 3) there is a real threat that traces located on the periphery may be lost, while keeping traces in the center does not cause concern.

The eccentric way of inspecting the scene of an environmental crime is that the inspection is carried out from the center of the scene to its periphe-

⁶ F.G. Aminev, *On the use of forensic technologies in the inspection of the scene*, „Russian investigator” 2009, № 20, p. 2–5.

ry. This method is applied, as a rule, in open areas, if at the beginning of the inspection it is not possible to determine the boundaries of the scene.

The way of the frontal inspection of the scene of an incident is a linear inspection of the areas from one of their borders, taken as the source, to the other. This method of inspection is used in cases where the territory of the ecological disaster that is to be inspected is extensive and needs to be broken down into clearly distinct bands.

In the course of a detailed examination, the scene of the incident should be thoroughly examined in order to detect traces of shoes, objects left, excretions, crime instruments, criminal criminal clothing micro particles, etc. The objects, equipment, mechanisms and other objects located on the scene are examined in order to detect traces of hands and biological secretions of the offender. To this end, the investigator and the specialist participating in the inspection can use the dynamic inspection method, i.e., in order to fully investigate the situation of the incident, change the position of various objects on the scene (shift them, move them, turn them over).

To detect and fix traces, the investigator and forensic specialist, on his behalf, are obliged to use technical means that are in the investigative suitcase or in the suitcase of the forensic investigator, as well as in a mobile forensic laboratory.

The course and results of the inspection of the scene are recorded in the protocol, which must meet the requirements set forth in Art. 166 and 180 of the Code of Criminal Procedure:

1) fully, accurately and objectively reflect everything found during the inspection in the sequence in which the inspection was carried out, and in the form in which it was observed at the time of the inspection;

2) contain an enumeration and description of all traces and objects found at the scene of the incident and seized during the inspection⁷.

The implementation of these recommendations further contributes to the effective and high-quality investigation of environmental crimes, identifying all the perpetrators and bringing them to criminal responsibility, and taking appropriate measures to compensate for the damage caused.

Literature

Aminev F.G., *On the use of forensic technologies in the inspection of the scene*, „Russian investigator” 2009, № 20.

Chernyshev M.A., *Inspection of the scene as a basic tactical operation: thesis for the degree of Candidate of Law.*, M.: MSU, 2009.

⁷ See: E. Kadatenko, *Principles of inspection of the scene as the fundamental requirements for its production*, „Bulletin of the Academy of Economic Security of the Ministry of Internal Affairs of Russ” 2011, № 8, p. 78–82.

- Ciechanowicz-McLean J., *Węzłowe problemy prawa ochrony klimatu*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2017, № 37.
- Kadatenko E., *Principles of inspection of the scene as the fundamental requirements for its production*, „Bulletin of the Academy of Economic Security of the Ministry of Internal Affairs of Russ” 2011, № 8.
- Kolotushkin S., Kandaurov S., *Video recording as a source of evidence in the detection and investigation of crimes*, „Forensic expert” 2009, № 2.
- Mamoshin N., *On the issue of the participation of a specialist in individual investigative actions*, „Expert forensic expert” 2010, № 1.
- Tkach V. Yu., *Inspection of the scene as an object of forensic research*, „Bulletin of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia” 2012.

Streszczenie

Taktyka oględzin miejsca zdarzenia w razie popełnienia przestępstwa

Słowa kluczowe: informacje ekologiczne o zbrodni, środowisko, śledztwo, detektyw, pracownicy operacyjni, oględziny miejsca zdarzenia, szelf kontynentalny, nielegalne polowania, naruszenie zasad wędkowania, naruszenie zasad korzystania z transportu publicznego.

Publiczne zagrożenie przestępstwami przeciwko środowisku polega na tym, że wskazane czyny zabronione wpływają na człowieka przez naturę i powodują zniszczenie lub pogorszenie jakości biologicznej podstawy jego istnienia. Śledztwa w sprawie przestępstw przeciwko środowisku są jednymi z najtrudniejszych, a osoby je prowadzące muszą znać nie tylko normy prawa karnego, regulujące odpowiedzialność za nie, ale także przepisy innych gałęzi prawa. Przestępstwa ekologiczne zawsze powodują szkody, a pozostawione przez przestępców ślady tego typu czynów zabronionych należy odpowiednio zabezpieczyć. W związku z powyższym, należy zwrócić uwagę na fundamentalne znaczenie, zwłaszcza w początkowej fazie śledztwa, właściwie przeprowadzonych oględzin miejsca zdarzenia, w wyniku których można zabezpieczyć maksymalną ilość śladów pozostawionych przez przestępców.

Krystyna Szczechowicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7251-4962

Prawnokarna ochrona prawidłowego funkcjonowania rodziny

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie w zarysie regulacji Rozdziału XXVI Kodeks karnego i poczynienie uwag w zakresie ich oceny, a nadto przedstawienie argumentów przemawiających za koniecznością nowelizacji art. 211 k.k.

Współcześnie dużo uwagi poświęca się sprawom rodziny, jej zadaniom i roli, jaką powinna pełnić. Prawidłowe funkcjonowanie państwa jest zależne od prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa, a jego najmniejszą komórką jest właśnie rodzina. Należy mieć świadomość, że funkcjonowanie tej komórki nie jest wolne od zjawisk patologicznych, a jej członkowie mogą wyrządzać sobie krzywdę. Rodzina stanowi pewien mniej czy bardziej zamknięty system. Czasami to, co dzieje się w jej ramach nie jest łatwo dostrzegalne przez innych członków społeczeństwa. Zazwyczaj mówimy o rodzinie jako o tym środowisku, w którym członkowie winni darzyć się miłością, wspierać się i pomagać sobie, dawać siłę do pokonywania przeszkód życiowych. Niestety, jak wskazują statystyki jest to także środowisko, w którym dochodzi do dużej liczby przestępstw¹. Państwo poprzez regulacje prawne, w tym w zakresie prawa karnego, stara się chronić członków rodziny i kształtować ramy jej prawidłowego funkcjonowania.

Wyznacznikiem społecznej i prawnej pozycji rodziny są regulacje przyjęte w Konstytucji RP². Przepis art. 18 Konstytucji nakłada na Państwo Polskie obowiązek ochrony małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. W dalszych regulacjach Konstytucja określa prawa przysługujące rodzinie i jej członkom. W art. 33 ust. 1 zagwarantowano kobietom i mężczyznom równe prawa w życiu rodzinnym, a w art. 47

¹ W 2017 roku skazanych zostało 17 802 osób za przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Był to wynik najmniejszy od kilku lat. Przykładowo w roku 2011 było 29 491 osób skazanych za tego rodzaju przestępstwa. Dane pochodzą ze statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (data dostępu: 14.08.2019).

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

zapewniono każdemu prawo do ochrony prawnej m.in. życia prywatnego i rodzinnego. Konstytucja wyznacza również standard relacji rodziców i dzieci. Zgodnie z art. 48 ust. 1 Konstytucji RP, rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Wychowanie to powinno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania. Odnosi się to również do prawa rodziców do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniami, o czym stanowi art. 53 ust. 3. Konstytucja zapewnia również ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją, natomiast dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i pomocy władz publicznych (art. 72).

Konstytucja nakłada także na Państwo obowiązek opieki nad rodziną potrzebującą pomocy. Zgodnie z art. 71 ust. 1 Konstytucji: „Państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych”³.

Szczegółowe instrumenty prawnej ochrony małżeństwa i rodziny określają akty prawne rangi ustawowej. Są to przede wszystkim przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, prawa podatkowego, ubezpieczeniowego, karnego, cywilnego, administracyjnego, podatkowego, a nadto przepisy o pomocy społecznej, ochronie macierzyństwa.

Definiowanie rodziny jest różne w zależności od ustawy i obszaru, który reguluje. Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych⁴ przyjmuje, że w jej skład wchodzi małżonkowie, rodzice dzieci, opiekun faktyczny dziecka, a także dzieci pozostające na utrzymaniu w wieku do ukończenia 25. roku życia, a także dziecko, które ukończyło 25. rok życia, legitymujące się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, jeżeli w związku z tą niepełnosprawnością przysługuje świadczenie pielęgnacyjne lub specjalny zasiłek opiekuńczy albo zasiłek dla opiekuna (art. 3 pkt 16). Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej⁵ rozszerza krąg rodziny o osoby niespokrewnione, ale pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące (art. 6 pkt 14). Ordynacja podatkowa⁶ określa, że za członków rodziny podatnika uważa się zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, małżonków zstępnych, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz pozostającą z podatnikiem w faktycznym pożyciu (art. 111 § 3).

³ Zob. szerzej wyroki TK z: 18 maja 2005 r., sygn. K 16/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 51; 4 maja 2004 r., sygn. K 8/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 37; 8 maja 2001 r., sygn. P 15/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 83; 4 kwietnia 2001 r., sygn. K 11/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 54.

⁴ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2220.

⁵ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1507.

⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 900.

W Kodeksie karnym⁷ (dalej k.k.) rodzinie poświęcony został odrębny Rozdział XXVI, który nosi tytuł „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Tytuł wskazuje, że prawnym dobrem rodzajowym chronionym przez przepisy w nim zawarte jest rodzina i opieka⁸.

Pierwszym przestępstwem penalizowanym w tym rozdziale jest bigamia⁹. Przedmiotem ochrony przestępstwa bigamii, jak przyjmują generalnie przedstawiciele doktryny, jest rodzina¹⁰, a w jej ramach małżeństwo monogamiczne. Powyższe niewątpliwie wypływa z tradycji kulturowej i religii. Penalizacja bigamii stanowi swoiste wzmocnienie konsekwencji cywilnoprawnych zawarcia kolejnego małżeństwa przez osobę pozostającą już w związku małżeńskim. W myśl art. 13 § 1 k.r.o.¹¹ nie może zawrzeć małżeństwa, kto już pozostaje w związku małżeńskim, a zgodnie z § 2 tegoż przepisu konsekwencją zawarcia związku bigamicznego jest jego unieważnienie.

Regulacja prawnokarna w tym zakresie wydaje się celowa i niezbędna z uwagi na konsekwencje w aspekcie społecznym i prawnym, jakie niesie ze sobą bigamia. Na względzie należy mieć daleko idące negatywne skutki dla członków rodziny wynikające z bigamii. Chodzi tu przede wszystkim o ochronę dzieci i małżonków bigamisty/bigamistki. Odnosi się to do kwestii spadkowych, składników majątkowych w zakresie ustawowej wspólności małżeńskiej, domniemania ojcostwa męża matki (w przypadku kobiety bigamistki). Nie pozostaje to oczywiście obojętne także w sferze moralnej i etycznej. Zagadnienie to nie może pozostać obojętne dla ustawodawcy, stąd poza normami prawa cywilnego i rodzinnego wprowadził on regulację prawnokarną¹².

Przestępstwa w obrębie rodziny są bezpośrednio związane z problematyką przemocy. Zjawisko to ma szczególnie negatywny charakter, albowiem utrudnia normalne funkcjonowanie rodziny jako całości. Przemoc rodzinna potęguje poczucie pokrzywdzenia z uwagi na to, iż osobami ją stosującymi są osoby najbliższe¹³. Do zjawiska przemocy w rodzinie odnoszą się regulacje

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm.

⁸ Zob. szerzej: S. Hypś, *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012, s. 69–83.

⁹ Art. 206 „Kto zawiera małżeństwo, pomimo że pozostaje w związku małżeńskim, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

¹⁰ Zob. S. Hypś, [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Leagalis; J. Kosonoga, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Leagalis; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, LEX; J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, T. 2, Część I, *Komentarz do art. 117–211a*, LEX.

¹¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 682.

¹² Zob. szerzej na temat problematyki bigamii, [w:] M. Mozgawa (red.), *Bigamia*, Warszawa 2010.

¹³ Por. A. Kowalewska, *Przemoc w rodzinie – aspekty psychologiczne*, [w:] E. Kowalewska-Borys (red.), *Problematyka przemocy w rodzinie: podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, Warszawa 2012, s. 27.

prawa międzynarodowego i krajowego¹⁴. Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej definiuje przemoc domową jako każdy przejaw przemocy, stosowanej w postaci psychologicznej, fizycznej, ekonomicznej czy seksualnej, przy czym przejawy tej agresji muszą wystąpić w środowisku rodzinnym, bez względu na to, czy członkowie tej rodziny wspólnie zamieszkują¹⁵. Na gruncie prawa polskiego, przemoc w rodzinie definiuje ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹⁶. Zgodnie z przyjętą w ustawie definicją, przez przemoc w rodzinie należy rozumieć „jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”.

Tego rodzaju zachowania penalizowane są przede wszystkim przepisami art. 207 k.k.¹⁷ Głównym przedmiotem ochrony przestępstwa znęcania się jest rodzina, jej prawidłowe funkcjonowanie, wychowanie dzieci oraz ochrona osób nieporadnych i zależnych od sprawcy.

Konsekwencją tego rodzaju przestępstwa może być rozpad rodziny, złe przygotowanie młodego pokolenia do przyszłego funkcjonowania w społeczeństwie, czy też nieprawidłowa realizacja funkcji rodzinnych przez jej członków¹⁸. Ustawowe znamię „znęca się” oznacza działanie albo zaniechanie polegające na umyślnym zadawaniu bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych, powtarzające się albo jednorazowe, lecz intensywne i rozciągające w czasie¹⁹.

¹⁴ Zob. szerzej: S. Spurek, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 21–51.

¹⁵ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz. U. 2015 poz. 961.

¹⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 1390.

¹⁷ Art. 207 k.k. § 1. Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 1a. Kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 lub 1a połączony jest ze stosowaniem szczególnego okrucieństwa, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1–2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

¹⁸ Por. R.A. Stefański, *Prawo karne materialne: część szczególna*, Warszawa 2009, s. 276.

¹⁹ Por. Uchwała Pełnego Składu Izby Karnej Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, Nr 7–8, poz. 86.

Przestępstwo znęcania się jest najczęściej popełnianym przestępstwem przeciwko rodzinie. W 2017 roku na 17802 osoby skazane za przestępstwa przeciwko rodzinie było aż 9755 sprawców przestępstwa z art. 207 § 1 k.k.²⁰ Skala zjawiska jest więc bardzo duża. Ofiarami są najczęściej kobiety²¹ (pokrzywdzonych jest więcej niż skazanych, albowiem sprawca jednym czynem może dopuścić się przestępstwa znęcania się wobec więcej niż jednej osoby²²).

Należy mieć także na uwadze fakt, że wiele osób pokrzywdzonych nie zgłasza faktów stosowania wobec nich przemocy fizycznej i psychicznej przez osoby najbliższe²³. W toku postępowania karnego dochodzi także do sytuacji, gdy po złożeniu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa osoby te korzystają następnie z przysługującego im prawa do odmowy złożenia zeznań (art. 182 k.p.k.), podobnie czynią pozostałe osoby najbliższe i w konsekwencji wobec braku dowodów zachodzi konieczność umorzenia postępowania. Problem często przy tego rodzaju przestępstwach tkwi bowiem w więzi emocjonalnej pomiędzy sprawcą a ofiarą, wspólnym zamieszkiwaniu, uzależnieniu ekonomicznym od sprawcy. Po stronie pokrzywdzonego istnieje nadzieja na zmianę zachowania sprawcy.

Ochronę prawidłowego funkcjonowania rodziny zapewnić ma również przepis art. 208 k.k.²⁴, aczkolwiek pierwszoplanowym przedmiotem jego ochrony jest prawidłowy fizyczny, psychiczny i społeczny rozwój małoletniego, który może zostać zakłócony przez oddziaływanie alkoholu na jego organizm. Truizmem jest twierdzenie, że alkohol jest źródłem konfliktów rodzinnych i prowadzi do problemów wychowawczych z młodzieżą, która stała się jego ofiarą. Przestępstwo z art. 208 k.k. polega na rozpijaniu małoletniego przez dostarczanie mu napoju alkoholowego, ułatwianie jego spożycia lub nakłanianie go do spożycia takiego napoju.

W orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że przez pojęcie: „rozpijają” rozumieć należy takie działanie, które stwarza niebezpieczeństwo przyzwyczajenia małoletniego do stałego picia napojów alkoholowych lub umocnienia

²⁰ <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (data dostępu: 14.08.2019).

²¹ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/wymiar-sprawiedliwosci/wymiar-sprawiedliwosci/przemoc-wobec-kobiet,1,1.html> (data dostępu: 18.08.2019).

²² Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 2015 r., I KZP 1/15; http://www.sn.pl/sprawy/SitePages/Zagadnienia_prawne.aspx?ItemSID=571-16544171-be1b-4089-b74b-413997467af2&ListName=Zagadnienia_prawne&Rok=2015, dostęp dnia 17.08.2019 r.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1996 r., II KRN 185/95, LEX nr 25588.

²³ Zob. szerzej na temat problemu przemocy wobec kobiet i przeprowadzonych w tym zakresie w Polsce badań, [w:] B. Gruszczyńska, *Przemoc wobec kobiet w Polsce. Aspekty prawnokryminalistyczne*, Warszawa 2007.

²⁴ Art. 208 k.k. "Kto rozpijają małoletniego, dostarczając mu napoju alkoholowego, ułatwiając jego spożycie lub nakłaniając go do spożycia takiego napoju, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2".

w nim tego rodzaju skłonności²⁵. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 marca 2017 r., V KK 13/17 stwierdził, że „Wykładnia znamienia „rozpija”, użytego w treści art. 208 k.k., sprowadzająca się do stwierdzenia, że do jego wyczerpania nie jest konieczne działanie przez dłuższy okres, wystarczy działanie jednorazowe, ale mające intensywny przebieg, jest trafna”²⁶. W doktrynie na tym tle zarysowały się dwa stanowiska²⁷.

Ochronę we wskazanym zakresie małoletnim i rodzinie w odniesieniu do innych substancji psychotropowych i środków odurzających lub nowej substancji psychoaktywnej zapewniają unormowania ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²⁸. Choć głównym przedmiotem ochrony przestępstw przewidzianych w tejże ustawie jest zdrowie i życie społeczeństwa jako całości (życie i zdrowie publiczne)²⁹, to niewątpliwie społeczeństwo składa się z tych najmniejszych komórek, jakimi są rodziny. Każde uzależnienie członka rodziny wyrządza ogromne szkody dla rodziny jako całości.

Udzielanie innej osobie środka odurzającego, substancji psychotropowej lub nowej substancji psychoaktywnej, ułatwianie albo umożliwianie ich użycia, albo nakłanianie do użycia takiego środka lub substancji, stanowi przestępstwo penalizowane w art. 58 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Sytuacja, gdy sprawca podejmuje tego rodzaju działania w odniesieniu do małoletniego, stanowi typ kwalifikowany, określony w ust. 2 art. 58, zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Natomiast gdy sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, w odniesieniu do osoby małoletniej, zachowanie to będzie wyczerpywało znamiona z art. 59 ust. 2 cyt. ustawy i czyn ten stanowi zbrodnię.

Niewątpliwie prawidłowe funkcjonowanie rodziny uzależnione jest od środków materialnych. Zaspokojenie potrzeb materialnych umożliwia pra-

²⁵ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2014 r., II KK 77/14, LEX nr 1459175.

²⁶ LEX nr 2269114. Tak też wyrok Sądu Najwyższego z 14 marca 2007 r., IV KK 472/06, Lex nr 446387.

²⁷ Koncepcję jednorazowego działania sprawcy przyjmują m.in.: A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980, s. 169; J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, T. 2, Część I, *Komentarz do art. 117–211a*, LEX; A. Wąsek, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2006 T. I, s. 1066; J. Kosonoga, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Leagalis; Z. Siwik, [w:] M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2016, LEX; Koncepcję wielorazowego działania sprawcy przyjmują m.in.: M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 368; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, 4 wyd., Warszawa 2007, s. 404, L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 259; J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. II, LEX.

²⁸ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii, t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 852.

²⁹ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 27.10.2005 r., I KZP 32/05, Biuletyn SN 2005, Nr 10, poz. 20.

widłowy rozwój członków rodziny, zgodny z ich potrzebami. Zaspokojenie przynajmniej podstawowych potrzeb życiowych jest niezbędne, aby ta komórka społeczna mogła spełniać swoją rolę.

Ustawodawca w celu ochrony sfery materialnej rodziny wprowadził do Kodeksu karnego przestępstwo określone w art. 209, tzw. „przestępstwo niealimentacji”. Do nowelizacji ustawą z dnia 23 marca 2017 r.³⁰, która weszła w życie z dniem 31 maja 2017 r. przepis art. 209 k.k. swoim zakresem obejmował ochronę nie tylko obowiązku alimentacyjnego, lecz także innych świadczeń, do których sprawca był zobowiązany³¹. Po wskazanej nowelizacji zakres kryminalizacji objęty art. 209 k.k. uległ istotnej zmianie i ustawodawca objął ochroną wyłącznie obowiązek alimentacyjny³².

Zgodnie z intencją ustawodawcy celem tych zmian była poprawa efektywności egzekwowania świadczeń alimentacyjnych przez osoby do nich uprawnione oraz wyeliminowanie aktualnych i niepożądanych zjawisk w postaci celowego uchylania się osób zobowiązanych do alimentacji przez zatajanie uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku³³. Służyć temu ma rezygnacja ze znamienia „uporczywości” uchylania się od obowiązku alimentacyjnego i w pewnym zakresie „niemożności zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych” osoby uprawnionej na rzecz bardziej obiektywnego kryterium w postaci zaległości alimentacyjnych stanowiących równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo opóźnienia zaległego świadczenia innego niż okresowe, wynoszącego co najmniej 3 miesiące. W typie podstawowym (art. 209 § 1 k.k.) zrezygnowano z konieczności wykazania, że uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego musi prowadzić do sytuacji narażenia na niebezpieczeństwo braku zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych beneficjenta świadczenia. Okoliczność ta stanowi obecnie znamię typu kwalifikowanego, penalizowanego w art. 209 § 1a k.k. Słusznie ustawodawca odszedł w typie podstawowym od tego znamienia, albowiem rodziło ono trudności dowodowe i wątpliwości co do jego realizacji w przypadku zaspokajania potrzeb życiowych przez inne osoby. Obecnie w przypadku, gdy sprawca rzeczywiście narazi osobę uprawnioną na niemożność zaspokojenia pod-

³⁰ Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentacji, Dz. U. z 2017 r., poz. 952.

³¹ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 17.06.1993 r., I KZP 4/93, OSNKW 1993, Nr 7–8, poz. 39; D.J. Sosnowska, *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2012, s. 27–29.

³² Powyższe wynika wprost z treści art. 209 § 1 k.k., który stanowi „Kto uchyla się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową, jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

³³ Sejm VIII kadencji, druk Nr 1193, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193> (data dostępu: 20.08.2019).

stawowych potrzeb życiowych, będzie odpowiadał za przestępstwo w typie kwalifikowanym.

Ustawodawca także doprecyzował źródła powstania obowiązku alimentacyjnego i obecnie do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za przestępstwo niealimentacji konieczne jest stwierdzenie, że sprawca był zobowiązany do wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem, albo inną umową. To określenie źródeł obowiązku alimentacyjnego było, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej, celowym działaniem ustawodawcy. Należy pozytywnie ocenić tę zmianę, albowiem przepisy karne winny maksymalnie precyzyjnie określać znamiona czynu zabronionego, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. W art. 209 § 4 k.k. wprowadzono obligatoryjną klauzulę niekaralności w odniesieniu do sprawcy przestępstwa określonego w art. 209 § 1 k.k. (w typie podstawowym), który nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiścił w całości zaległe alimenty. Natomiast w art. 209 § 5 k.k. przewidziano instytucję obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary, jeżeli sprawca przestępstwa niealimentacji w typie kwalifikowanym (§ 1a), nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiścił w całości zaległe alimenty, chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu³⁴.

Wprowadzone zmiany należy ocenić pozytywnie, mają one prowadzić do wzmocnienia praw osób uprawnionych i skuteczniejszego pociągania do odpowiedzialności karnej osób zobowiązanych do świadczeń alimentacyjnych. Dają jednocześnie sprawcy szansę na uniknięcie karnoprawnych konsekwencji w przypadku czynnego żalu. Nie można akceptować sytuacji tego rodzaju, by stworzony przez państwo system wypłaty zastępczych świadczeń z tytułu niewywiązywania się z obowiązków alimentacyjnych zastępował obowiązki osób zobowiązanych.

Istotnym zadaniem z punktu widzenia rodziny i społeczeństwa jest wychowanie i opieka nad dziećmi. Władza rodzicielska, zgodnie z wolą ustawodawcy (art. 95 k.r.o.³⁵), wiąże się z prawami i obowiązkami. W skład władzy rodzicielskiej, jak przyjmuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, wchodzi trzy elementy: piecza nad osobą dziecka, piecza nad jego majątkiem oraz

³⁴ Zob. szerzej: M. Borodziuk, *Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji po nowelizacji w 2017 r.*, „Prokuratora i Prawo” 2018, nr 4, s. 33–51; B. Orłowska-Zielińska, *Karnoprawna odpowiedzialność za przestępstwo niealimentacji w świetle nowelizacji z 23 marca 2017 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41, s. 131–139.

³⁵ Art. 95 § 1. Władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. § 3. Władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny.

reprezentacja (przedstawicielstwo ustawowe) rodziców³⁶. Rodzice są zatem z mocy ustawy zobowiązani do troski i opieki nad dzieckiem. Niewypełnienie ciężącego obowiązku i porzucenie dziecka stanowi przestępstwo określone w art. 210 k.k.³⁷

Przedmiotem ochrony przestępstwa porzucenia jest opieka nad małoletnimi poniżej lat 15 oraz osobami nieporadnymi ze względu na ich stan fizyczny lub psychiczny. Chodzi przy tym tak o opiekę w znaczeniu prawnym, jak i faktycznym. Warunkiem bowiem prawidłowo sprawowanej opieki jest styczność osoby sprawującej opiekę z dzieckiem, nad którym ma ją sprawować.

Znamię „porzucenia”, jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 czerwca 2001 r., V KKN 94/99³⁸, „oznacza działanie polegające na opuszczeniu dziecka lub osoby nieporadnej, połączone z zaprzestaniem troszczenia się o nią, bez zapewnienia jej opieki ze strony innych osób. Do istoty «porzucenia» należy więc pozostawienie osoby, nad którą miałyby być roztoczona opieka, własnemu losowi, przy czym chodzi tu nie tylko o zaniechanie opieki nad osobą małoletnią lub nieporadną, lecz także o uniemożliwienie takiej osobie udzielenia natychmiastowego wsparcia”.

Nie ma dla bytu przestępstwa porzucenia znaczenia, że np. dziecko nie zostało narażone na niebezpieczeństwo dzięki szybkiemu znalezieniu go przez osobę trzecią³⁹.

Ustawodawca przewidział także typ kwalifikowany przestępstwa porzucenia przez nastąpienie skutku w postaci śmierci osoby porzuconej (art. 210 § 2 k.k.). Śmierć ta musi pozostawać w związku przyczynowym z porzuceniem, a skutek ten może być sprawcy obiektywnie przypisany.

W doktrynie pojawiły się dwa stanowiska co do tego, czy zakresem przepisu są objęte przypadki zamachów samobójczych. Większość opowiedziała się za tym, że przepisem art. 210 § 2 k.k. objęta jest także śmierć pokrzywdzonego, będąca skutkiem zamachu samobójczego⁴⁰. Powyższe stanowisko wydaje się słuszne, albowiem ustawodawca posłużył się znamieniem „śmierć

³⁶ Por. uchwała Sadu Najwyższego (PSIC) z 9 września 1976 r., III CZP 46/75, OSNCP 1976, Nr 9, poz. 184.

³⁷ Art. 210 § 1. Kto wbrew obowiązkowi troszczenia się o małoletniego poniżej lat 15 albo o osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny osobę tę porzucą, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 2. Jeżeli następstwem czynu jest śmierć osoby określonej w § 1, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

³⁸ LEX nr 49445.

³⁹ Zob. R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 5, s. 47–48.

⁴⁰ Tak: J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, T. 2, Część I, *Komentarz do art. 117–211a*, LEX; M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX i powołana tam literatura. Odmienne stanowisko wyrazili R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 5, s. 55; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 651.

osoby określonej w § 1” , nie zawężając w żaden sposób jej przyczyn, a zatem w jej ramach mieści się także śmierć samobójcza.

Ustawodawca w zakresie odpowiedzialności za naruszenia obowiązków płynących z obowiązku opieki zawarł także regulacje w Kodeksie wykroczeń⁴¹. W art. 106 ustawodawca stypizował wykroczenia polegające na dopuszczeniu przez osobę mającą obowiązek opieki lub nadzoru nad małoletnim do lat 7 albo nad inną osobą niezdolną rozpoznać lub obronić się przed niebezpieczeństwem, do jej przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla jej zdrowia. Dodatkowo wprowadził przepis szczególny w art. 89 k.w. odnoszący się do sytuacji, gdy dochodzi do przebywania małoletniego do lat 7, na drodze publicznej lub na torach pojazdu szynowego. Nadto uregulowano odpowiedzialność za rażące naruszenie obowiązków rodzicielskich lub opiekuńczych, wynikiem czego jest popełnienie przez nieletniego czynu zabronionego przez ustawę jako przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe i wskazującego na demoralizację nieletniego (art. 105 k.w.).

Istotnym przepisem Kodeksu karnego, mającym na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rodziny w zakresie wypełniania jej funkcji opiekuńczo-wychowawczej jest również przepis art. 211 k.k.⁴², penalizujący uprowadzenie małoletniego lub osoby nieporadnej.

Współcześnie wobec bardzo dużego wzrostu liczby rozwodów, ale także w związku z migracją ludności w obrębie Unii Europejskiej, problematyka tzw. uprowadzeń rodzicielskich jest nader aktualna i budzi często duże emocje społeczne. Wynika to także z nagłaśniania tego rodzaju spraw przez media.

Problemy w dużej mierze rodzą się w małżeństwach po separacji lub rozwodzie, gdy jeden z rodziców zabiera wspólne dziecko w inne miejsce lub do innego państwa, uprowadzając je lub zatrzymując, uniemożliwiając jakikolwiek kontakt z rodzicem, któremu sąd przyznał opiekę. Z drugiej strony rodzice, którym nie przyznano opieki nad dzieckiem także często borykają się z problemem utrudniania, czy wręcz uniemożliwiania kontaktu z dzieckiem przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej.

Jak słusznie wskazał Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej Trybunał, ETPCz) brak współpracy pomiędzy rodzicami będącymi w separacji nie jest okolicznością, która sama w sobie zwalnia władze z ich pozytywnych obowiązków, zgodnie z artykułem 8 Konwencji. Raczej nakłada na władze obowiązek powzięcia środków, które doprowadzą do pojednania skłóconych interesów stron, mając na uwadze interes nadrzędny. Ostatecznie, najlepszy

⁴¹ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 821.

⁴² Art. 211 Kto, wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru, uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

interes dziecka musi być najważniejszą przesłanką, która ze względu na swą naturę i powagę, przeważa nad interesami rodziców⁴³. Trybunał uznaje, że wzajemna radość dziecka i rodzica ze wspólnego przebywania stanowi fundamentalny element „życia rodzinnego” w znaczeniu art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.⁴⁴ i tym samym podlega ochronie Konwencji⁴⁵. Dodatkowo Trybunał zwraca uwagę, że w obszarze dotyczącym uprowadzenia dziecka za granicę, obowiązki nałożone na państwa-strony na podstawie art. 8 Konwencji muszą być interpretowane nadto w świetle wymogów Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r.⁴⁶ oraz tych wynikających z Konwencji o prawach dziecka, a także odpowiednich przepisów i zasad prawa międzynarodowego obowiązującego w stosunkach między umawiającymi się stronami.

Jak wcześniej wskazano, na gruncie polskiego Kodeksu karnego uprowadzenie dziecka jest penalizowane w art. 211. Czynnością sprawczą przestępstwa z art. 211 k.k. jest uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego do lat 15 wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru. Uprowadzenie oznacza zabranie, usunięcie spod władzy i nadzoru osoby uprawnionej, spowodowanie zmiany miejsca pobytu osoby pozostającej pod opieką, wbrew woli osoby sprawującej opiekę, i tym samym pozbawienie osoby uprawnionej możliwości faktycznego sprawowania opieki lub nadzoru. „Zatrzymanie” polega na skłonieniu lub zmuszeniu osoby pozostającej pod opieką lub nadzorem do pozostania w miejscu, w którym przebywa, wbrew woli osoby uprawnionej do opieki lub nadzoru⁴⁷. Z zatrzymaniem będziemy mieli do czynienia również wtedy, gdy małoletni lub osoba bezradna znajdują się w danym miejscu początkowo legalnie, a sprawca odmówi ich wydania, mimo żądania osoby sprawującej opiekę.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 14 lutego 2019 r., V KK42/18 „Odpowiedzialność za przestępstwo z art. 211 k.k. jeden z rodziców dziecka może ponieść tylko wówczas, gdy jego władza rodzicielska została ograniczona lub gdy został jej pozbawiony (...). W przeciwnym bowiem razie, oboje rodzice są osobami „powołanymi do opieki nad małoletnim poniżej lat 15” w rozumieniu tego przepisu. (...) Zgodnie z dyspozycją art. 113 § 1 k.r.o. niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obo-

⁴³ Wyrok ETPCz z dnia 7 lutego 2017 r., skarga nr 28768/12, Wdowiak przeciwko Polsce, Legalis nr 1569178.

⁴⁴ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

⁴⁵ Zob. wyroki ETPCz: z dnia 5 kwietnia 2005 roku Monory przeciwko Rumunii oraz Węgrom, skarga nr 71099/01; z dnia 27 lipca 2006 roku Iosub Caras przeciwko Rumunii, skarga nr 7198/04; z dnia 12 lutego 2013 roku Vojnity przeciwko Węgrom, skarga nr 29617/07.

⁴⁶ Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528.

⁴⁷ J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Część I, *Komentarz do art. 117–211a*, LEX.

wiązek utrzymywania ze sobą kontaktów. Tak więc kontakty z dzieckiem nie są elementem wykonywania władzy rodzicielskiej i prawo do nich jest niezależne od jej posiadania. Kontakty z dzieckiem obejmują w szczególności przebywanie z dzieckiem (odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu) i bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej (art. 113 § 2 k.r.o.)⁴⁸.

Istotne zatem jest to, czy rodzicowi przysługuje władza rodzicielska. Jeżeli tak, to nie może być sprawcą przestępstwa z art. 211 k.k.⁴⁹ Co do zasady władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom, dopóki nie zostanie decyzją sądu ograniczona lub rodzic zostanie jej pozbawiony.

Ostatnim przepisem Rozdział XXVI Kodeksu karnego jest art. 211a, penalizujący nielegalną adopcję. Spełnia on funkcję ochronną w ramach prawnokarnej ochrony struktury rodziny. Więż rodzinna opiera się bowiem przede wszystkim na pokrewieństwie i powinowactwie.

Do nowelizacji w 2010 r.⁵⁰ przestępstwo to było unormowane w art. 253 § 2 k.k. umiejscowionym w Rozdziale XXXII, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Należy uznać, że słusznie aktualnie umiejscowiono to przestępstwo w rozdziale obejmującym przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Trudno nie dostrzec, że godzi ono przede wszystkim w rodzinę.

Reasumując, ustawodawca w ramach przepisów prawnokarnych chce chronić ofiary i rodzinę oraz zapewnić im pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych lub kryzysowych. Zakres penalizacji generalnie należałoby uznać za wystarczający z małym wyjątkiem. Jak wskazano powyżej, obecnie wyraźnie rysuje się problem tzw. porwań rodzicielskich. U ich podłoża w wielu przypadkach leży fakt, że rodzice, którym nie przyznano opieki nad dzieckiem, borykają się z problemem utrudniania, czy wręcz uniemożliwiania kontaktu z dzieckiem przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej. Kontakty z dzieckiem nie są elementem wykonywania władzy rodzicielskiej i prawo do nich jest niezależne od jej posiadania. Rodzic ma prawo do odwiedzin, spotkań, bezpośredniego porozumiewania się i utrzymywania korespondencji z dzieckiem. Uporczywe i celowe utrudnianie mu tego prawa przez drugiego rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, prowadzi do aktów desperackich, takich jak porwanie własnego dziecka. Wydaje się, że wskazana byłoby penalizacja tego rodzaju zachowań, polegających na celowym i uporczywym utrudnianiu kontaktów z dzieckiem

⁴⁸ Legalis nr 1874350.

⁴⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30.09.2013 r., IV KK 232/13, Legalis nr 877740.

⁵⁰ Ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z 2010 r., Nr 98, poz. 626.

drugiemu rodzicowi. Regulacje innych gałęzi prawa okazują się najwyraźniej niewystarczające.

Wykaz literatury

- Borodziuk M., *Zakres kryminalizacji przestępstwa nie alimentacji po nowelizacji w 2017 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 4.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2005.
- Gruszczyńska B., *Przemoc wobec kobiet w Polsce. Aspekty prawnokryminologiczne*, Warszawa 2007.
- Hypś S., [w:] A. Grześkowiak (red.), K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Leagalis.
- Hypś S., *Ochrona rodziny w polskim prawie karnym*, Lublin 2012.
- Jodłowski J., Szewczyk M., [w:] W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, T. 2, Część I, *Komentarz do art. 117–211a*, LEX.
- Kosonoga J., [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Leagalis.
- Kowalewska A., *Przemoc w rodzinie – aspekty psychologiczne*, [w:] E. Kowalewska-Bo-rys (red.), *Problematyka przemocy w rodzinie: podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, Warszawa 2012.
- Lachowski J., [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, LEX.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, 4 wyd., Warszawa 2007.
- Mozgawa M., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX.
- Orłowska-Zielińska B., *Karnoprawna odpowiedzialność za przestępstwo nie alimentacji w świetle nowelizacji z 23 marca 2017 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 41.
- Ratajczak A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980.
- Siwik Z., [w:] M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Wyd. 5, Warszawa 2016.
- Sosnowska D.J., *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2012.
- Spurek S., *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Stefański R.A., *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 5.
- Stefański R.A., *Prawo karne materialne: część szczególna*, Warszawa 2009.
- Wąsek A., [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1997.

Summary

Criminal law protection of the proper functioning of a family

Key words: bigamy, evading paying alimony offence, abuse, abandonment of a minor, parental kidnapping.

This article deals with the issue of the scope of protecting marriage and the family in the Polish criminal law system. The family is subject to Chapter 16 of the Polish Criminal Code, which is entitled “Crimes against family and guardianship”. The chapter’s title indicates that family and care are the legal generic good protected by the provisions it contains. However, the legislator’s actions are restrained so as not to interfere too much in the functioning of a family, on the one hand, while, on the other, providing protection for its members. The problem also involves the emotional bond between the perpetrator and the victim, which in many cases leads to non-disclosure of the fact of committing a crime. Criminal law is, in many cases, intended to strengthen civil and family law regulations.

Aleksandr Treflov

Institut für Gesetzgebung und Rechtsvergleichung
bei der Regierung der Russischen Föderation

Grundsätze der Strafprozessordnung der Schweiz (Band 1)

Einleitung

In einem komparativen Kontext kann man zwei Herangehen an die Strafprozessprinzipien unterscheiden. *Das erste* setzt das Fehlen in der StPO des Kapitels mit ihrer Liste und inhaltliche Erschließung voraus, weshalb sie ausschließlich auf der Ebene der Rechtslehre zugeordnet werden. So wird die StPO Deutschlands vom 1877 mit dem Kapitel 1 «Sachkompetenz des Gerichts» eröffnet. Die StPO von Frankreich vom 1958 beginnt mit dem einleitenden Teil «Über öffentliche und zivile Klage». Das Fehlen des Kapitels über Prinzipien in der deutschen StPO kann durch das Datum seiner Annahme erklärt werden – zu dieser Zeit waren viele von ihnen noch nicht theoretisch entwickelt (die allgemeine Mode für die gesetzliche Konsolidierung von Grundsätzen ist nur im zwanzigsten Jahrhundert begonnen). In der Strafprozessordnung von Frankreich 1958 hat der Gesetzgeber die Grundsätze des Strafverfahrens nicht gesondert formilert, wahrscheinlich weil viele von ihnen (Gleichheit vor dem Gesetz und dem Gericht, die Unschuldsvermutung, etc.) in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 – einem untrennbarem Bestandteil der geltenden französischen Verfassung von 1958 – verkündigt sind. Strafprozessprinzipien wurden in der StPO der Mehrheit von deutschsprachiger Kantonen der Schweiz nicht verankert. *Das zweite* Herangehen zeichnet sich durch die normative Festlegung von in der Wissenschaft entwickelten Strafprozessprinzipien sowie durch mehr oder weniger detaillierte Offenlegung ihres Inhalts aus. Es wurde in vielen postsowjetischen Ländern weit verbreitet¹ und war

¹ Art. 8–36 StPO Aserbaidshans vom 14 Juli 2000, Art. 7–25 StPO Armeniens vom 1 September 1998, Art. 7–25 StPO Weißrusslands vom 16 Juli 1999, Art. 4–18 StPO Georgiens vom 9 Oktober 2009, Art. 8–31 StPO Kasachstans vom 4 Juli 2014, Art. 6–25 StPO Kirgisistans vom 30 Juni 1999, Art. 7–28 StPO Moldawiens vom 14 März 2003, Art. 140–226.9 StPO Russlands

auch in sieben früher geltenden deutschsprachigen schweizer Kantonen bekannt².

Die Entwickler der Strafprozessordnung von 2007 haben eine ausgewogene Position zu dieser Institution eingenommen: das Verzeichnis der Prinzipien darin ist enthalten, aber sehr kurz (Art. 2–11 und einige andere). Ihr Inhalt ist ausreichend kursorisch dargestellt.

Die normative Festlegung der Strafprozessprinzipien finden wir nicht nur in der Strafprozessordnung, sondern auch außerhalb ihrer Grenzen: im Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Artikel 3, 64), über das Bundesgericht (Artikel 2, 6), über Bundesstrafgericht (Artikel 2, 6). Die in der Doktrin festgelegten Grundprinzipien der Justiz finden sich in den entsprechenden wissenschaftlichen Arbeiten (eine Literaturübersicht findet sich oben).

Die wichtigsten Besonderheiten des Systems der schweizer Strafprozessprinzipien bestehen im Folgenden.

ERSTE BESONDERHEIT. Während die russische Strafprozessordnung die Grundsätze auf allgemeine prozessuale (Artikel 6–19) und in den Gerichtsphasen des Prozesses wirkende einteilt (Art. 240–241) ordnet sie die schweizerische Ordnung auf die im Titel 1 Abschnitt 2³ befindete «*Grundsätze des Strafverfahrensrechts*» und auf die im Titel 2 Abschnitt 8 dargelegte «*Allgemeine Verfahrensregeln in der Rechtssache*» ein. Die Logik eines solchen dualistischen Modells besteht darin, dass die erste Kategorie breiter ist als die zweite, in einigen Fällen ist das Verfahren mit ihr eigenen Mündlichkeit (Artikel 66), Verfahrenssprache (Artikel 67), Öffentlichkeit (Artikel 69), Begründetheit des Urteils (Teil 2 Artikel 80) usw. noch nicht begonnen, aber die Person ist bereits unter dem Schutz der allgemeinen Verfahrensgrundsätze der StPO, insbesondere gelten die Achtung der Menschenwürde (Artikel 3), Unabhängigkeit des Strafrechtssystems (Artikel 4),⁴ angemessener Zeitpunkt (Artikel 5),⁵ etc.

ZWEITE BESONDERHEIT. Der Begriff «Grundsätze» (*Prinzipien*) verwendet die StPO der Schweiz nicht einmal. Unter allen Quellen, die diesem

vom 18 Dezember 2001, Art. 7–23 StPO Tadschikistans vom 3 Dezember 2009, Art. 7–29 StPO Turkmenistans vom 18 April 2009, Art. 11–27 StPO Usbekistans vom 22 September 1994, Art. 7–29 StPO der Ukraine vom 13 April 2012, Art. 11–30 Modell-StPO für GUS-Mitgliederstaaten vom 17 Februar 1996.

² Art. 1–7a StPO Graubünden vom 8 Juni 1958, Art. 1 StPO Solothurn vom 7 Juni 1970, Art. 1–4 StPO Luzern vom 3 Juni 1957, Art. 1–4 StPO St. Gallen vom 1 Juli 1999, Art. 1–5 StPO Freiburg vom 14 November 1996, Art. 1–7 StPO Zug, Art. 1–4 StPO Schwyz vom 28 August 1974.

³ Ein weiteres interessantes Merkmal der Rechtstechnologie der Schweizerischen Strafprozessordnung: die Nummerierung von Artikeln in dieser Ordnung ist durchgängig, aber von Abschnitten und Kapiteln – nicht, denn in jedem Titel wird sie von neuem begonnen.

⁴ Einschließlich bei der Lösung der Frage des Anfangs von offiziellen Verfahrenshandlungen, das heißt im Moment, als das Verfahren noch nicht angefangen ist.

⁵ Einschließlich bei der Annahme und Betrachtung eines eingegangenen Strafanzeigeantrags.

Rechtsweg gehören, ist er nur im Art. 64 des Gesetzes über die Strafrechtsverfahrensorgane, das «*Öffentlichkeitsprinzip*» heist, zu treffen (darin handelt es sich um die Öffentlichkeit). In der Schweiz wird der Begriff «Prinzipien» eher als ein wissenschaftlicher betrachtet, weshalb der Gesetzgeber ihn bewusst vermeidet.

DRITTE BESONDERHEIT. Diese Ordnung legt unter anderen Prinzipien solche Grundlagen der Strafjustiz fest, die in anderen Ländern, einschließlich Russland, keine normative Verankerung erhalten haben⁶. Darunter sind hervorzuheben:

- 1) das Fairnessgebot (Artikel 3), insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Punkt b, Teil 2),
- 2) Untersuchungsgrundsatz (Art. 6),
- 3) Verfolgungszwang (Art. 7),
- 4) Anklagegrundsatz (Art. 9),
- 5) Unabhängigkeit der Strafbehörden (Art. 4).
- 6) Verbot der doppelten Strafverfolgung (Art. 11), das das strafrechtliche Prinzip *non bis in idem* ergänzt.

VIERTE BESONDERHEIT. Im Gegensatz dazu gibt es in dieser Ordnung keine direkte normative Verankerung vieler Prinzipien des Strafverfahrens in der Form, in der sie in der Strafprozessordnung der RF formuliert sind, und zwar: 1) die Unantastbarkeit der Persönlichkeit, 2) Schutz der Menschen- und Bürgerrechte und Freiheiten im Strafverfahren, 3) Unverletzbarkeit der Wohnung, 4) das Geheimnis der Korrespondenz, Telefongespräche, Post-, Telegraf- und anderer Versendungen, 5) Wettbewerbsfähigkeit, 6) Gewährleistung des Rechts auf Schutz, 7) das Recht, gegen Verfahrenshandlungen und Entscheidungen zu appellieren.

Ergänzen wir, dass in der Schweiz das Wettbewerbsprinzip abgelehnt wird, und die übrigen von allgemeineren Anfängen des Strafrechtsverfahrens absorbiert werden.

Als Nächstes betrachten wir die Prinzipien des schweizerischen Strafverfahrens in dem Maße, in dem sie in komparativer Hinsicht von Interesse sind.

Hauptinhalt

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit beruht auf Teil 1 Art. 5 der Verfassung, die festlegt, dass die Grundlage und die Schranke der Tätigkeiten der

⁶ Es ist möglich, viele in komparativen Hinsicht interessante Beispiele von Prinzipien anzuführen, die in einigen ausländischen Strafprozessordnungen verankert, aber nicht allgemein akzeptiert sind: So stellt die StPO Italiens das Prinzip der moralischen Freiheit des Individuums, die StPO Belgiens – das Prinzip der Anfechtung von Verfahrenshandlungen und Entscheidungen, die StPO der Ukraine – das Prinzip der Verfügung fest usw.

staatlichen Organe das Gesetz ist (vergleichen Sie mit dem Original: «*Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht*»). In der schweizerischen StPO ist dieses Prinzip nicht direkt benannt, folgt aber logisch aus dem Art. 2 mit dem Titel «*Ausübung der Strafrechtspflege*». Die Ordnung geht davon aus, dass die Rechtmäßigkeit aus zwei Komponenten besteht:

1) «Strafverfahren werden nur von den gesetzlich festgelegten Behörden durchgeführt» – es handelt sich um die Rechtmäßigkeit der Justiz (wie die schweizerische Doktrin spricht);

2) «Strafverfahren kann durchgeführt werden und der Fall kann gelöst werden nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise» – darunter wird versteht die Rechtmäßigkeit des Verfahrens verstanden. Zusammengefasst sichern sie die Gesetzlichkeit im Strafverfahren.

Dieser Grundsatz war auch in der früheren Strafprozessordnung der Kantone verankert, dabei in einigen Fällen hatte er eine gewisse Spezifität. Laut Art. 1 der StPO Graubündens, unterliegen alle allgemeinen Anordnungen des schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 1–110) der Anwendung im Strafverfahren, das entsprechend dem kantonalen Recht verwirklicht wird. Dadurch betrachtet der Gesetzgeber als integralen Bestandteil des Gesetzlichkeitsprinzips die korrekte Normenanwendung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches dieses Landes. Nach Art. 1 der Strafprozessordnung St. Gallens vom 1. Juli 1999 dürfen strafrechtliche Sanktionen nur von den gesetzlich vorgesehenen Körperschaften und nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise verhängt werden. In Übereinstimmung mit Art. 1 der Strafprozessordnung Freiburgs vom 14. November 1996 kann eine Person der strafrechtlichen Verfolgung, Verurteilung, Bestrafung, oder anderer strafrechtlichen Maßnahme ausgesetzt werden nur: 1) in den vorgesehenen Fällen, 2) in der durch dieses Gesetz vorgeschriebenen Weise und 3) durch die in diesem Gesetz festgelegten Körperschaften. Die in der Strafprozessordnung von Freiburg formulierte „Triade der Legalität“ ist auch für die russische Prozesswissenschaft von Interesse.

Die gegenwärtigen schweizerischen Juristen sehen die Grundlage des Legalitätsprinzips im staatlichen Gewaltmonopol.⁷ Auch wenn es sich um eine Privatklegesache handelt (ihre Liste ist im Strafgesetzbuch angegeben), werden Sanktionen gegen Personen von Einrichtungen des öffentlichen Rechts verschrieben und vollstreckt. Auch der Grundsatz der Rechtmäßigkeit setzt ihrer Ansicht nach voraus, dass die zuständigen Behörden ausschließlich die in dem Strafverfahren vorgesehenen Möglichkeiten nutzen können, da die StPO nicht verlangt, dass sie die Wahrheit um jeden Preis erreichen.⁸

⁷ P. Straub, T. Weltert, Art. 2, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 26–31.

⁸ *Ibidem*.

In der schweizerischen Lehre findet sich der Begriff „*das normative Fundament des Strafrechtspflege*“, zu dem P. Straub und T. Weltert ‚drei Tragsäulen‘ zählen. Die erste besteht darin, dass nur ein demokratisch gewähltes legitimes Parlament ein strafrechtliches Verbot der Tathandlung erlassen und die Bestrafung für ihre Ausführung vorsehen darf (*nulla poena sine lege parlamentaria*). Die zweite ist die Proportionalität (Verhältnismäßigkeit), die gewährleistet, dass die Anwendung des Strafrechts zum Schutz der Rechtsgüter nur als *ultima ratio* (als letzte, außerordentliche Maßnahme) möglich ist. Schließlich sichert die dritte Säule auf der verfahrensrechtlichen Ebene die Strafjustiz mit dem Ziel, die Wahrheit zu ermitteln und das materielle Recht durch ein ordnungsgemäßes Verfahren auszuüben.⁹ Es erscheint, dass dieses Konzept eine Aufmerksamkeit vonseiten der nationalen Doktrin verdient.

In der komparativen Hinsicht bemerken wir auch, dass der schweizer Gesetzgeber, im Gegensatz zum russischen, im Inhalt des Rechtmäßigkeitsgrundsatzes keinen Akzent auf der Hierarchie von normativ-gesetzlichen Akten macht. Es gibt keine Normen, die die Anwendung eines der StPO widersprechenden Gesetzes verbieten. Vom Standpunkt der Rechtskultur des schweizerischen Gesetzgebers ist der Widerspruch zwischen den Rechtsnormen undenkbar, weshalb ihm eine solche Situation als unmöglich erscheint. Im Gegenteil, die Entwickler der Strafprozessordnung Russland erlauben wissentlich eine solche Kollision (Teil 1–2 Art. 7). Der Legalitätsgrundsatz in der Strafprozessordnung der Schweiz ist, wie wir sehen, normativ kurz formuliert. Der Gesetzgeber dieses Landes geht auf Einzelheiten nicht ein, auf die der russische Gesetzgeber geht (Teil 3, Artikel 7 der Strafprozessordnung der Russischen Föderation), da er die Einhaltung aller Normen der Ordnung als Voraussetzung für die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit betrachtet.

Die Schweizer StPO weiß das Publizitätsprinzip nicht. Vielleicht ist dieser Ansatz damit verbunden, dass dies eher der Anfang des Prozesses als das Prinzip selbst ist (in dem Sinne, dass der Anfang mehr als das Prinzip ist; die Herangehen bestimmen das System der Prinzipien und stellen das Gleichgewicht zwischen Ihnen her¹⁰).

In der betrachteten Rechtsordnung werden die Strafsachen auf die öffentlichen und privaten Anschuldigungen unterteilt (die Kategorie «Sache der privat-öffentlichen Anklage» ist der schweizerischen StPO nicht bekannt). Der Unterschied zwischen ihnen besteht in der Frage, wer den Strafprozess einleitet: im ersten Fall – die Polizei und die Staatsanwaltschaft,

⁹ P. Straub, T. Weltert, Art. 2, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 26–31.

¹⁰ Sieh eingehend: A.A. Brester, *Der Hauptsatz des Strafverfahrens und seine Auswirkungen auf die Strafprozessordnung*, Tomsk 2013, s. 45.

und im zweiten – der Geschädigte oder andere bevollmächtigte Person. Im Unterschied zur russischen Gesetzgebung ist die Möglichkeit oder die Veröhnungsunmöglichkeit zwischen dem Beschuldigten und dem Geschädigten kein Kriterium, nach dem der Unterschied zwischen den gegebenen Kategorien der Schaffen durchgeführt wird.

Laut dem Art. 30 des Strafgesetzbuches der Schweiz, wenn die Tat strafbar nur nach der Klage ist, so ist jede beliebige Person, die davon gelitten hat, auf Bestrafung des Rechtsverletzers anzutragen berechtigt. Falls der Geschädigte geschäftsunfähig ist, so gehört die Antragsbefugnis dem gesetzlichen Vertreter. Wenn die Person unter der Vormundschaft steht, so hat das Antragsbefugnis auch die Kindes- und *Erwachsenenschutzbehörde*). Wenn die Person minderjährig ist oder unter der Vormundschaft steht, so ist sie auch berechtigt, den Antrag zu stellen, wenn sie sich der Bedeutung der Handlungen bewußt ist. Wenn der Betroffene gestorben ist, ohne den Bestrafungsantrag gestellt zu haben, oder hat verzichtet, diesen zu stellen, so geht dieses Recht zu den nahen Verwandten über. Wenn die bevollmächtigte Person auf die Stellung des Antrages in der klaren Weise verzichtet, so ist ihre Absage endgültig.¹¹

In der Schweiz beginnt das Strafverfahren gegen die meisten Verbrechen als öffentliche Anklage. Die Fälle der privaten Anklage, gemäß dem Strafgesetzbuch, sind: einfache Körperverletzung (Art. 123), fahrlässige Körperverletzung (Art. 125), Tötlichkeiten (Art. 126), Unrechtmäßige Aneignung ohne Bereicherungsabsicht (Art. 137), Veruntreuung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 138), der Diebstahl zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 139), Vertuschung der Sache oder Fundunterschlagung (Art. 141), unrechtmäßige Verwendung von Vermögenswerten (Art. 141^{bis}), unrechtmäßige Entziehung von Energie (Art. 142), unbefugte Datenbeschaffung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 143), unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem (Art. 143^{bis}), Sachbeschädigung (Art. 144), Datenbeschädigung (Art. 144^{bis}), Veruntreuung und Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen (Art. 145), Betrug zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 147), betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 147), Zechprellerei (Art. 149), Erschleichen einer Leistung (Art. 150), Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote (Art. 150^{bis}), arglistige Vermögensschädigung anderer Person (Art. 151), ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nach-

¹¹ Diese Norm betrachtet der schweizerische Gesetzgeber als strafrechtliche, sondern nicht als strafrechtlich-prozessuale. Wenn sich der Geschädigte an die Rechtsschutzorgane nicht gewandt hat, bedeutet es, dass die Tat die ausreichende öffentliche Gefahr nicht hat – den wichtigsten materiellen Verbrechenmerkmal.

teil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 158), Hehlerei des durch ein Verbrechen erworbenen, (Art. 160¹²), Verletzung des Fabrikations oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162), Misswirtschaft (Art. 165), üble Nachrede (Art. 173), Verleumdung (Art. 174), Beschimpfung (Art. 177), Verletzung des Briefgeheimnisses (Art. 179), Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche (Art. 179^{bis}), Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (Art. 179^{quater}), Missbrauch einer Fernmeldeanlage (Art. 179^{septies}), unbefugtes Beschaffen von Personendaten (Art. 179^{novies}), Drohung (Art. 180), Hausfriedensbruch (Art. 186), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung durch den Ehegatten oder eine Person, mit derer der Geschädigte mitwohnt (Art. 190), Exhibitionismus (Art. 194), sexuelle Belästigungen (Art. 198), Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten (Art. 217), Entziehen von Minderjährigen (Art. 220), Unterdrückung von Urkunden zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen (Art. 254), Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321), Widerhandlungen gegen die Bestimmungen zum Schutz der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 325^{bis}).

Wir sehen, dass in der Schweiz die Liste der Privatklaggesachen wesentlich breiter ist als in Russland. Dazu gehören nicht nur Verbrechen gegen die Persönlichkeit, sondern auch strafbare Handlungen, die an den Wirtschaftsbeziehungen vergreifen. In vielen Fällen differenziert der Gesetzgeber: eine und dieselbe Tat kann sowie in privater, als auch in öffentlicher Ordnung verfolgt werden, je nach dem, in Bezug auf wen sie begangen ist (auf einen Angehörigen oder einen Familiengenossen oder eine unbefugte Person). Der russische Gesetzgeber sollte auch darüber nachdenken, den Kreis der Angelegenheiten von privaten und privat- öffentlichen Anklagen zu erweitern.

Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot haben auch den verfassungsmäßigen Charakter: Die Würde des Menschen unterliegt der Achtung und dem Schutz (Art. 7). Laut Art. 3 der StPO, achten die Strafbehörden in allen Verfahrensstadien die Würde der betroffenen Menschen und beachten namentlich:

- 1) die Grundsätze von Treu und Glauben;
- 2) das Gebot, alle Verfahrensbeteiligten gleich und gerecht zu behandeln und ihnen rechtliches Gehör zu gewähren die Forderung, dass es notwendig ist, alle Verfahrensbeteiligte auf der Grundlage Ihrer Gleichberechtigung und Justiz zu behandeln, und ihnen rechtliches Gehör zu gewähren;
- 3) das Verbot, bei der Beweiserhebung Methoden anzuwenden, die die Menschenwürde verletzen.

¹² In diesem Fall macht der Gesetzgeber eine interessante Präzisierung: wenn die verbrecherische Tat, die der vollkommenen verbrecherischen Tat vorangeht, nach der Klage bestraft wird, so wird die Hehlerei nur dann verfolgt, wenn die Beschwerde gegen die Verfolgung der verbrecherischen Tat, die der vollkommenen verbrecherischen Tat vorangeht (Art. 160) gehoben war.

In den zuvor geltenden kantonalen Gesetzgebungen gab es das Prinzip der Menschenwürde als selbständiges, nur in der StPO von St. Gallen.¹³ Sehr ungewöhnlich sieht Art. 1 dieser Ordnung aus, laut dem während des ganzen Verfahrens der Beschuldigte *als Mensch betrachtet wird* (vergleichen Sie mit dem Original: *Im ganzen Verfahren ist der Beschuldigte als Mensch zu achten*).

Einige kantonale StPO verankerten direkt das Gerechtigkeitsprinzip. Laut dem Art. 4 der Freiburger StPO (*Faires Verfahren*), soll das Verfahren sich nach der Gerechtigkeit verwirklichen; die staatlichen Organe folgen solchen Anfängen, wie:

- a) Präsomtion der Nichtschuld;
- b) das Verbot auf die doppelte Strafverfolgung;
- c) freie Beweiswürdigung;
- d) das Gebot, jedem rechtliches Gehör zu gewähren (das Recht auf rechtliches Gehör);
- e) die Chancengleichheit der Seiten;
- f) Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität,
- g) die Grundsätze von Treu und Glauben;
- h) Beschleunigungsangebot.¹⁴

Dieser Ansatz stellt in der komparativen Hinsicht das bedeutende Interesse vor. Der Freiburger Gesetzgeber schlägt vor, die meisten wesentlichen Bestimmungen des Strafprozesses als Bestandteile des Gerechtigkeitsprinzips zu betrachten. Gleichzeitig trennt er davon die Gesetzlichkeit, die Unabhängigkeit, die Untersuchungsmaxime, die unabhängig davon handeln.

In der schweizerischen Doktrin werden verschiedene Aspekte der Menschenwürdeachtung und des Gerechtigkeitgebots ausführlich erörtert. Einer davon – wer ist verpflichtet, dieses Prinzip zu erfüllen? M. Tommen bemerkt, dass der Empfänger der Norm, die sich im Art.3 der StPO der Schweiz enthält, sind nur Strafrechtspflegeorgane des Bundes unabhängig davon, um welche Prozessstufe die Rede geht. Auf der Privatpersonen setzt sie irgendwelche Pflichten nicht.¹⁵ Dem gegebenen Herangehen kann man nur teilweise zustimmen: denn sind der Geschädigte, der Privatkläger, der Zeuge und andere Personen nicht verpflichtet, die Menschenwürde des Beschuldigten, des Verteidigers und anderer Teilnehmer des Gerichtsverfahrens zu achten?

¹³ Es sei noch einmal betont, dass wir nur StPO der deutsch-sprachigen Kantone betrachten, die insgesamt 21 sind.

¹⁴ Vergleichen Sie mit dem Original: *«Es muss ein faires Verfahren gewährleistet werden. Die Behörde befolgt insbesondere die Grundsätze: a) der Unschuldsvermutung; b) des Verbots der Doppelverfolgung; c) der freien Beweiswürdigung; d) des Anspruchs auf rechtliches Gehör; e) der Waffengleichheit; f) der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität; g) von Treu und Glauben; h) des Beschleunigungsgebots»*.

¹⁵ M. Thommen, Art. 3, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 35.

Obwohl die Polizei der Schweiz eine der musterhaften ist, werden ihre Handlungen ein Betrachtungsgegenstand des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich der Achtung der Menschenwürde und des Gerechtigkeitsgebots. Eine laute Resonanz in diesem Land hat der Schiedsspruch „Skavuzzo-Hager gegen die Schweiz“ vom 7. Februar 2006 herbeigeführt. Aus der Fabel folgt, dass der Mann drei Tage später gestorben ist, nachdem ihn zwei Polizeimitarbeiter verhaftet haben. Zum Zeitpunkt der Verhaftung befand sich dieser Mensch im äußerst aufgeregten Zustand. Als man ihn ins Polizeiauto hingesetzt hat, ist er in den hysterischen Anfall geraten, aus dem Auto hinausgesprungen, wurde wütend widerstanden, aber von den Polizeimitarbeitern gefangen, und dann das Bewusstsein verloren hat. Auf den Ereignisort sind schnell Notfallmediziner angekommen, denen es gelang, ihn in die Gefühle zu bringen, aber unterwegs ins Krankenhaus ist er wiederum bewusstlos geworden und nicht mehr zu sich gekommen. Der schweizerische Staatsanwalt hat die Verfahrenseröffnung abgesagt. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte hat darin den Verstoß gegen Punkt 1 Art. 2 der Menschenrechtskonvention ersehen und hingewiesen, dass die Behörden die gegebene Entscheidung nur aus der Gründung getroffen haben, dass der narkotische Vergiftungsgrad des Geschädigten zu seinem Tod auf jeden Fall gebracht hätte; dabei haben die Richter vor den Experten nicht die Frage gestellt, ob die Gewalt, die von den Mitarbeitern der Polizei verwendet ist – obwohl nicht tödlich an und für sich – den Tod des Betroffenen nichtsdestoweniger verursachen oder mindestens beschleunigen konnte. Vollständig ist auch die genaue Weise nicht bestimmt, die für die Abstellung der Handlungen des Geschädigten verwendet wurde, einschließlich, wie die Polizisten den Verdächtigten an die Erde gedrückt haben und ob die Handfesseln verwendet wurden. Endlich sollten sich die kompetenten Organe der Anschuldigung die Frage stellen, ob die Mitarbeiter der Polizei vom physisch hilflosen Zustand des Verdächtigten wissen konnten. Den Verwandten des Gestorbenen wurde die Kompensation in Höhe von 12 Tausend Euro verliehen. Der Urteil ist zum jetzigen Zeitpunkt vollstreckt.

Das Obergericht der Schweiz hat im Urteil № 6B_654/2007 vom 1. Juli 2008 den Verstoß gegen Menschenwürde darin ersehen, dass beim Fahrer, der wegen der Fahrzeugführung in betrunkenem Zustand verdächtigt wird, die Muster des Blutes unter Ausnutzung in Bezug auf ihn der Körperkraft zwanghaft genommen waren (das Abhalten der Person, das Durchstechen des Fingers mit der Spritze usw.). Im Urteil wird angewiesen, dass die Weise der Beschlagnahme zweckwidrig war und die medizinischen Dokumente waren rechtsungültig anerkannt.¹⁶

¹⁶ M. Thommen, Art. 3, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 40.

In Rahmen der Vergleichsanalyse des schweizerischen Herangehens an das gegebene Prozessprinzip tut die Niederlegung auf die Strafrechtspflegeorgan der Pflicht hervor, die Hauptvorschriften des Glaubens und der Religion zu beachten (*Grundsatz von Treu und Glauben*),¹⁷ was als der untrennbare Bestandteil der Achtung der Menschenwürde der berührten Personen betrachtet wird. Übrigens sind laut der offiziellen Webseite des Außenministeriums Russlands, die in der Schweiz vorherrschende Konfessionen – römisch-katholische (38% die Bevölkerungen) und protestantische (27%), andere christliche Konfessionen, einschließlich die orthodoxe Religion – 5,7%; die Anhänger des Islams – 4,9%, des Judentums – 0,3%; 21,4% der Bevölkerung beordern sich zu keiner der Konfessionen. Folglich kennzeichnet sich die Bevölkerung dieses Landes durch die große Religiosität. Außerdem kann man dieses prozessuale Prinzip mit der Achtungsverhältnis zu den persönlichen und geistigen-kulturellen Menschenrechten erklären.

Zugleich legt die StPO der Schweiz, im Unterschied zu benachbartem Liechtenstein nicht auf die Rechtsschutzorgane die Pflicht auf, *dem Bischof oder dem Kirchenoberhaupt*, zu deren Diözese der Beschuldigte gehört, über den Anfang und den Abschluss des Strafverfahrens mitzuteilen (Teil 2 § 40), sowie sieht die Verschickung diesen Geistlichen des Urteils vor seiner offiziellen Veröffentlichung vor, «damit man noch vor der Urteilsvollstreckung in der Strafsache über die Ausschließung der gegebenen Person aus kirchlicher Gemeinde» anordnen kann (Teil 1 § 247) .

Ergänzen wir noch, dass das schweizerische Prinzip der Achtung der Menschenwürde und das Gebot der Gerechtigkeit nach dem Inhalt der Achtung der Ehre und Würde der Persönlichkeit nah ist (Art. 9 StPO der Russischen Föderation). Dabei gliedert der Gesetzgeber in der betrachteten Rechtsordnung speziell das Prinzip der Unverletzbarkeit der Person und die Rechts- und Freiheitenwahrnehmung des Menschen und des Bürgers nicht aus. Die Notwendigkeit der Beachtung von gegebenen Ansätze in der Schweiz versteht sich, und der Gesetzgeber hielt nicht als nötig, sie abgesondert hervorzuheben.

Rechtsmißbrauchverbot. In der komparativen Hinsicht stellt das vorliegende Prinzip das bedeutende Interesse vor – dazu kann man drei rechtsvergleichende Herangehen ausgliedern. *Das erste* besteht darin, dass es sich im Strafprozess (in der StPO, in der gerichtlichen Praxis, in der Doktrin)

¹⁷ Die Frage, was für ein Staat die Schweiz ist – weltlich oder klerikal – ist mehrdeutig. Einersets beginnt seine Verfassung mit den Worten „Im Namen Gottes des Allmächtigen!“. Es gibt keinen direkten Hinweis auf die säkulare Natur des Staates; die oben genannte Norm der Strafprozessordnung ist ebenfalls wichtig. Andererseits verbietet das Hauptgesetz dieses Landes die Diskriminierung nach dem religiösen Merkmal (Art. 8), sieht vor, dass man niemanden zwingen darf, religiöse Gemeinde zu betreten oder zu ihr zu gehören, die konfessionellen Bräuche zu begehren oder in der Religion ausgebildet zu werden (Teil 4, Art. 15); darin fehlt auch die Vorschrift über die dominierende Rolle irgendwelches Glaubens.

nicht heraussteht. Als Beispiel kann man Deutschland anführen.¹⁸ *Das zweite* setzt seine Anerkennung in der gerichtlichen Praxis und die Befestigung in den Akten der höchsten gerichtlichen Organe. So lässt obwohl die Verordnung des Plenums des Obergerichtes der Russischen Föderation über die Praxis der Anwendung von den Gerichten der Gesetzgebung, die das Recht auf den Schutz im Strafrechtsverfahren gewährleistet, den Begriff «das Verbot des Missbrauchs vom Recht» nicht enthält, dem Gericht jedoch erlaubt, «das Recht auf den Schutz als verletzt nicht anzuerkennen», wenn seine Beschränkung mit «offenbar unzuverlässiger Nutzung» dieses Rechtes «zum Schaden den Interessen anderer Prozessteilnehmer verbunden ist». *Das dritte* Herangehen setzt eine direkte Befestigung des Rechtsmissbrauchsverbots in der StPO. Als Beispiel kann man die Rechtsordnung anführen, dessen Studium die vorliegende monographische Forschung gewidmet ist.

In keinem der vorher geltenden deutsch-sprachigen kantonalen StPO war das Rechtsmissbrauchverbot als selbständiges Rechtsprinzip festgestellt, und seine direkte normative Befestigung wurde eine wesentliche Novelle für den Strafprozess der Schweiz. L.W. Golowko betrachtet die Herkunft der vorliegenden Norm und zitiert schweizerischen französisch-sprachigen Klassiker Pikires, der behauptet, dass die StPO dieses Landes «seit langem der entstandenen gerichtlichen Praxis folgt, die als der Rechtsmissbrauch die Erhebung durch die Verteidigung von unzählbaren Ablehnungsanträgen; die Erhebung vom Anwalt der zahlreichen Ablagerungsanträge, damit den Prozess lahmzulegen, den er nicht besuchte; der Hinweis der Ausstandsbeurteilungen nur bei der Urteilsanfechtung, obwohl man es früher machen konnte, u.a. anerkannte»¹⁹. Somit hat sich das vorliegende Prinzip in der gerichtlichen Praxis gebildet und der Gesetzgeber hat nachher für notwendig gehalten, es «zu legalisieren».

In der Schweiz hat das vorliegende Prinzip zur Zeit den Verfassungscharakter: Art. 5 des Grundgesetzes dieses Landes sieht vor, dass Staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben handeln.

Der Punkt «b») Teil 2 Art. 3 der StPO stellt «das Verbot des Missbrauchs von subjektivem Recht» (*Verbot des Rechtsmissbrauchs*) fest.²⁰ Sein Inhalt findet die Entwicklung in den weiteren Artikeln der Ordnung. So ist die Ver-

¹⁸ Dieses Prinzip hebt sich in StPO 1877 nicht heraus, sowie in den wissenschaftlichen Quellen, in denen das Prinzipiensystem des deutschen Strafprozesses betrachtet wird. Es misslang auch, es in der gerichtlichen Praxis (in den studierten Lösungen über die Fallentscheidungen) auszufinden.

¹⁹ URL: https://zakon.ru/blog/2015/8/24/zloupotreblenie_pravom_na_zashhitu_v_ugolovnom_processe_vs_sleduet_evropejskomu_razvitiyu (die letzte Webseitendurchsicht – am 01.06.2016).

²⁰ Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist der Titel eines abgesonderten Artikels der StPO nicht und wird als Teil des Prinzips der Achtung der Menschenwürde und das Gerechtigkeitsgebot (Art. 3) betrachtet. Nichtsdestoweniger, misst ihm die schweizerische Doktrin nicht selten eine selbständige Bedeutung bei.

fahrensleitung verpflichtet, Missbräuche bei der Akteneinsicht zu verhindern (Teil 1 Art. 102), ist berechtigt das rechtliche Gehör einschränken, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht (Punkt. «a» Teil 1 Art. 108), die unleserliche, unverständliche, ungebührliche oder weitschweifige Eingaben zurückzuweisen (Teil 4 Art. 110). Wenn die inhaftierte Person den Verkehr mit dem Verteidiger missbraucht, so kann dieser eingeschränkt werden (Teil 4 Art. 235). Einer der Gründungen für die Beschwerde ist der Missbrauch des Ermessens (Punkt „a“ Teil 2 Art. 393; der Punkt „a“ Teil 3 Art. 398). Dieses Prinzip wird auch im Gesetz über das Bundesgericht konkretisiert. Demgemäß können die unleserliche, ungebührliche, unverständliche, übermäßig weitschweifige oder nicht in einer Amtssprache verfasste Rechtsschriften zur Änderung zurückgewiesen werden; Rechtsschriften, die auf querulatorischer oder rechtsmissbräuchlicher Prozessführung beruhen, sind unzulässig (Teil 6–7 Art.42). Der Präsident oder die Präsidentin der Abteilung entscheidet im vereinfachten Verfahren über Nichteintreten auf querulatorische oder rechtsmissbräuchliche Beschwerden (Punkt ‚c‘ Teil 1 Art. 108).²¹

Wir sehen, dass in der Schweiz der Rechtsmissbrauch im Strafrechtsverfahren keine deklarative Norm ist, da den Verlust oder die Beschränkung des konkreten Verfahrensrechtes und andere unvorteilhafte Folgen für den Verletzter des betrachteten Prinzips verursachen kann.

Das Verbot auf das Missbrauch des Rechts, in Anbetracht der positiven Erfahrungen der ausländischen Staaten, einschließlich der Schweiz, ist gerade zweckmäßig, auch in der russischen StPO zu festigen, da nicht selten die Verteidiger ihre Rechte missbrauchen.²² N.F. Faizrachmanov schreibt, dass «eine breite Verbreitung in der Praxis des Rechtsmissbrauchs seitens der Verteidigung, vor allem der Anwälte – der Verteidiger bekommen hat. Indem sie ihre Kenntnisse und Erfahrungen für die Erweisung der Rechts Hilfe dem Vollmachtgeber verwenden, gebrauchen sie für diese Zwecke alle möglichen Methoden und «beliebigen Mittel», die nicht immer den Interessen der Rechtspflege und der Teilnehmer des Strafprozesses entsprechen».²³ Der Autor führt die zahlreichen Beispiele aus der gerichtlichen Praxis an

²¹ Das vorliegende Prinzip ist auch im schweizerischen *Zivilgesetzbuch* vom 10. Dezember 1907 (in der Fassung vom 1. Januar 2016) unmittelbar gefestigt, demlaut handelt jeder bei der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben; der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2). Es sei zu ergänzen, dass in diesem Land die allgemeinen Vorschriften des ZGB eine gemeinrechtliche Bedeutung haben, sondern verhalten sich nicht ausschließlich zum bürgerlichen Recht.

²² Sieh eingehend: O.I. Darovskih, *Rechtsmissbrauch im Strafverfahren Russlands*, Tscheljabinsk 2013, s. 37.

²³ N.F. Fayzrahmanov, *Rechtsmissbrauch durch Teilnehmer in Strafverfahren seitens Verteidigung bei der Voruntersuchung*, „Bulletin des Kasaner Rechtsinstituts des Innenministeriums Russlands“ 2015, № 4, s. 87–88.

und klassifiziert sie sogar. Unseres Erachtens könnte das schweizerische Herangehen wenn ja nicht Arznei gegen dieses Problem, sondern wenigstens schmerzstillendes Mittel werden.

Das Prinzip der Unabhängigkeit. Während die Schweizerische Verfassung die Unabhängigkeit nur der gerichtlichen Organe festigt (Art. 191c), sieht die StPO vor, dass «die Strafbehörden sind in der Rechtsanwendung unabhängig und allein dem Recht verpflichtet» (Art.4). Nach dem Sinn dieser Ordnung erstreckt sich diese Forderung auch auf die Staatsanwaltschaft, die staatlichen Experteninstitutionen, andere Organe der Justiz, die am Strafprozess teilnehmen.

Das vorliegende Prinzip war in einigen kantonalen Strafprozessordnungen verwendet. Zum Beispiel, unterwerfen sich laut dem Teil 2 Art. 1 StPO Sankt Gallens die staatlichen Organe dem Recht und sind in der Rechtsanwendung unabhängig. Dem Sinne dieser Norm nach, handelt es sich nicht nur um das Gericht.

H. Wiprächtiger betrachtet das vorliegende Prinzip und zählt auf, von wem namentlich die Strafrechtspflegeorgane unabhängig sind:

- 1) von politischen Organen und Institutionen (dem Parlament, der Regierung, dem Staatsoberhaupt);
- 2) von föderalen und kantonalen Gerichtsbehörden;
- 3) von politischen Parteien (der Richter ist mit irgendwelchen ihren Positionen oder Entscheidungen nicht gebunden);
- 4) von öffentlichen Vereinigungen (Bunden, Organisationen);
- 5) Von den eigenen Emotionen – Richter sollen die Rechtsstreitigkeiten mit der nötigen Nüchternheit (Bedächtigkeit) und Gelassenheit verhandeln, in Ruhe und mit der Fähigkeit, die Situation adäquat einzuschätzen.²⁴

Es ist sehr interessant, dass in der Schweiz das Prinzip «der Richter darf nicht ein Parteimitglied sein» nicht gilt, außerdem – die Mehrheit der Richter des Bundesgerichtes bestehen offiziell in irgenwelcher Partei. Nach Worten des ehemaligen Vorsitzenden des Bundesgerichtes der Schweiz L. Maier, «*der Richter soll bei der parlamentarischen Abstimmung die Stimmenmehrheit bekommen, und die Kandidaturen der Richter treten von irgendwelcher Parlamentspartei heraus. Deshalb sind alle Bundesrichter formell Mitglieder irgendwelcher politischen Partei. Es klingt natürlich eigenartig – der Richter von der Partei – aber in der Praxis distanziert er sich nach der Wahl stark von ihr*»²⁵. Wie wir sehen, hält der russische Gesetzgeber an ganz anderer

²⁴ Vergleichen Sie den letzten Punkt mit dem Original: «*den eigenen Emotionen: Richter sollen Rechtsstreitigkeiten mit der nötigen Nüchternheit und Gelassenheit, in Ruhe und mit Augenmass beurteilen*».

²⁵ «*Ich war beeindruckt davon, was ich in russischen Gerichten gesehen habe*», [in:] Interview mit dem Präsidenten des Bundesgerichts der Schweiz, Lorenz Mayer, Das Gesetz 2010, № 11, s. 10.

Position (der Punkt 2 Teil 3 Art. 3 des Föderalen Gesetzes über den Status der Richter in der Russischen Föderation) fest.

In der schweizerischen Doktrin wird betont, dass die Unabhängigkeit der Organe des Strafrechtsverfahrens kein Selbstzweck ist. Umso mehr kann man sie nicht als Privileg einzelner Beamten ansehen. Dieses Prinzip dient vorerst den Interessen der Bürger, die für die gehörige Rechtsprechung interessiert sind²⁶.

Zu den Garantien der richterlichen Unabhängigkeit zählt G. Wiprechtiger, insbesondere das Verbot der Einmischung in ihre Tätigkeit, die Kollegialität, die besondere Ernennungsordnung zu einer Position.²⁷

Die Schweizerische StPO behielt im Teil 2 Art. 4 speziell vor, dass das vom Gesetz vorgesehene Recht, den Organen der Strafverfolgung entsprechend Art. 14 des Gesetzbuches zu weisen, in der Kraft bleibt. Nach dem Sinn der gegebenen Normen gilt die Unabhängigkeit als das Prinzip für jene Fälle nicht, wenn entsprechend dem Gesetz ein Organ berechtigt ist einem anderem (zum Beispiel, das Gericht – der Staatsanwaltschaft) oder der übergeordnete Beamte – dem untenstehenden zu weisen (zum Beispiel, der Generalstaatsanwalt – dem Staatsanwalt des Kantons²⁸). Nichtsdestoweniger bietet das Gesetz an, die Unabhängigkeit gerade als Prinzip zu verstehen, das, wie auch die Mehrheit anderer Hauptvorschriften des Prozesses, die Ausnahmen weiß. Auf alle Fälle sollten die Organe des Strafgerichtsverfahrens, nach dem Vorhaben der Entwickler der Schweizerischen StPO, von den Privatpersonen, der Organisationen, der öffentlichen Meinung, der Massenmedien, anderer Institute der Zivilgesellschaft, sowie einer willkürlichen Einmischung in ihre Tätigkeit der föderalen und kantonalen Staatsorgane unabhängig sein.

Das schweizerische Herangehen stellt sich als rechtfertigter vor, als russisches, da die Strafprozessordnung der Russischen Föderation das Prinzip der Unabhängigkeit unbegründet einengt, indem sie darin nur die Unabhängigkeit der Richter vorsieht (Art. 8.1). Dabei wäre es zweckmäßig, das Prinzip der Unabhängigkeit in Russland auszudehnen und unmittelbar in der StPO die Unabhängigkeit des Staatsanwalts, des Leiters der Untersuchungsbehörden, des Fachmanns, des Sachverständigen u.a. von jenen Subjekten zu festigen, die obengenannt sind.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Laut dem Art. 13 des Gesetzes über der Organisation der Organe des Strafgerichtsverfahrens des Bundes, der Bundesstaatsanwalt und die Leiter der Staatsanwaltschaften sind berechtigt, den untenstehenden Staatsanwälten Weisungen zu erteilen; es sind die Hinweise in der einzelnen Sache über die Eröffnung der Untersuchung zulässig, über das Verfahren oder Abschluß des Verfahrens, sowie auch über die Aufrechterhaltung der Anschuldigung und die Erhebung der Klagen.

Der Begriff „außerprozessuale Anrede an den Richter“ (Teil 3 Art. 8.1 der StPO der Russischen Föderation) ist dem schweizerischen rechtlichen System nicht bekannt.

Beschleunigungsgebot. Gemäss dem Art. 5 nehmen die Strafrechtspflegeorgane unverzüglich die Strafsache in Behandlung und führen sie ohne unbegründete Verschleppung bis zum Abschluss hin; wenn sich der Beschuldigte im Schluss befindet, so wird in Bezug auf ihn das Verfahren in erster Linie geführt.

Die Kategorie der *angemessener Frist* ist auch dem schweizerischen Strafverfahren bekannt und wird mehrmals in der Strafprozessordnung (Teil 2, Artikel 112, Teil 2, Artikel 149 usw.) und in anderen Bundesgesetzen, die das Gerichtsverfahren regeln (Artikel 15 des Gesetzes über der Hilfe den Opfern der verbrecherischen Taten usw.) erwähnt.

Dieser Grundsatz ist für die Schweiz nicht neu – er wurde auch in einigen der früheren kantonalen Strafprozessordnungen festgelegt. Zum Beispiel, nach Art. 1^{ter} der StPO von Luzern, wird das Strafrechtsverfahren ohne Verzögerung durchgeführt (vgl. mit Original: *die Strafverfolgung ist ohne Verzögerung durchzuführen*).

Die moderne schweizerische Doktrin ist der Auffassung, dass in der Grundlage des gegebenen Prinzips die These über die Wechselbeziehung zwischen der Verzögerung und der Absage in der Rechtspflege liegt. Die Beachtung der prozessualen Fristen ist eine wichtige Vorbedingung der Verwirklichung und des Schutzes der Rechte von Privatpersonen im Strafprozess.²⁹

Laut der Position des Schweizerischen Obergerichtes, besteht das Ziel des Beschleunigungsgebots «in erster Linie darin, dass der Beschuldigte mit der Ungewissheit im Laufe der nicht von der Notwendigkeit herbeigerufenen Zeit nicht beschwert werden soll, bis in Bezug auf ihn die Beschuldigung erhoben wird, und um seine Belastung vom Strafrechtsverfahren zu minimisieren.»³⁰ Da der Strafprozeß in der Regel mit ethischen, psychologischen und anderen Leiden des Beschuldigten verbunden ist, kann man diesem Gedanken aus voller Brust zustimmen.

S. Sammers betrachtet die Frage über die Kriterien der Einschätzung der Angemessenheit von prozessualen Fristen und bemerkt, dass man in der Praxis dazu die Tätigkeit der Strafrechtsverfahrensorgane, das Verhalten des Beschuldigten und seines Verteidigers, den Faktor der Komplexität der Sache, ihre tatsächliche und rechtliche Komplexität zählt.³¹ Diese These ist der im Teil 3 Art. 6.1 der StPO der Russischen Föderation enthaltenen sehr

²⁹ S. Summer, Art. 5, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel, 2010, s. 67.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ S. Summer, Art. 5, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 67.

nahe; nichtsdestoweniger ist sie in der betrachteten Rechtsordnung ausschließlich auf doktrinalen Niveau abgefasst.

Die Vorschrift, laut der, wenn sich der Beschuldigte im Schluss befindet, so wird in Bezug auf ihn die Produktion in erster Linie geführt (Teil 1 Art. 5 der StPO der Schweiz), sieht sehr aktuell und fortschreitend aus. Wenn eine Person eingesperrt ist, so soll zwecks der Minimierung ihrer Verfassungsrechtebescheidung (auf die Freiheit, auf der Gesundheit usw.) ihre Sache vom Gesichtspunkt des gesunden Menschenverstandes in der Prioritätsordnung, das heißt «ohne Wartezeit», betrachtet werden. Da solche Personen wesentlich grösser leiden, als, zum Beispiel, unter Auflagen oder unter das Pfand entlassene, wäre es zweckmässig, diese Vorschrift in Art. 6.1 der StPO der Russischen Föderation zu implementieren und sie in den Bestimmungen über die Gerichtsbesetzung zu konkretisieren.

Untersuchungsgrundsatz. Laut dem Art. 6 der betrachteten Ordnung, sind die Strafrechtspflegeorgane verpflichtet, *ex officio* alle für die Qualifikation der Tat und die Lösung der Sache in Bezug auf den Beschuldigten bedeutende tatsächliche Umstände festzustellen. Sie zeigen mit der gleichen Sorgfalt alle Umstände auf, die von seiner Schuld und die Schuldlosigkeiten zeugen. Dieser Artikel der Schweizerischen StPO ist einer am meisten zitierten in der wissenschaftlichen Doktrin dieses Landes bezüglich der Mehrheit von Strafprozessinstitutionen.

Die Hauptideen des Gesetzgebers dieses Landes sind:

1) in den gerichtlichen Stadien des Prozesses ist das Gericht ein aktives Beweisführungssubjekt, der *ex officio* verpflichtet ist, alle Umstände der Sache feststellen, die in den Beweisgegenstand eingehen (selbst wenn aus irgendwelchen Gründen die Seiten in dieser Frage passiv sind);

2) in vorgerichtlichen Stadien erfüllen die Strafrechtspflegeorgane (die Polizei, die Staatsanwaltschaft) gleichzeitig die Funktionen sowie der Anschuldigung, als auch des Schutzes, da sie verpflichtet sind, sowie belastende Beweise zu sammeln, als auch die entlastenden³² (oder im Gegenteil wird kein Fehler die Behauptung sein, dass sie die Funktion nicht der Anschuldigung weder der Schutz erfüllen, aber verwirklichen stattdessen die Funktion der Untersuchung);

3) die Wahrheitsermittlung ist das wichtigste Ziel der Tätigkeit aller Strafrechtsverfahrensorgane; im Nachtrag zum Untersuchungsgrundsatz bezeichnet der Art. 139 der Ordnung direkt, dass sich die Beweiserhebung zwecks der Wahrheitsermittlung verwirklicht. Die StPO enthält keine Erklärungen, um welche Art der Wahrheit es sich handelt, aber man kann schließen – um materielle.

³² Wir meinen, dass man die Wortfolge im Art. 6 der StPO der Schweiz («über die Schuld und die Schuldlosigkeit des Beschuldigten») als Ausdruck der Anklageneigung nicht betrachten darf.

Dieser Grundsatz war in vielen kantonalen Strafprozessordnungen gefestigt. Zum Beispiel, laut dem Art. 1^{bis} der StPO Solothurns, unterliegt das Verbrechen von Amtes wegen der Untersuchung und der rechtlichen Einschätzung. Entsprechend dem Art. 1 der StPO Luzerns, fängt die Strafverfolgung *ex officio* an, da föderales oder kantonales Recht nicht vorsieht, dass sie nur nach dem Antrag geführt wird. Die meistvollkommene Befestigung findet die Untersuchungs- Maxime im Art. 3 der StPO Freiburgs, demlaut die staatlichen Organe die Sachuntersuchung und die Sachbehandlung mit der vollen Unvoreingenommenheit erzeugen; sie zeigen die entlastenden und die erschwerenden Umstände mit der gleichen Sorgfalt auf, sie ergreifen die Maßnahmen dazu, dass der Straftäter die Strafe nicht vermeidet und dass Schuldlose nicht verurteilt ist; bei der Untersuchung und der Beweiserhebung muss man alle wesentlichen Umstände beachten, wenn es sich nur nicht über allgemeinbekannte oder schon in der ausreichenden Stufe enthüllten Tatsachen handelt. Wir sehen, dass diese Abfassungen fast wörtlich in die bundesstaatliche StPO implementiert waren. Laut dem Art. 2 der StPO Schwyz, machen die staatlichen Organe und die Beamten, die am Strafprozess teilnehmen, alle notwendigen Anstrengungen für die Errichtung der Wahrheit.

K. Riedo und G. Fiolka schreiben begründet, dass die Untersuchungsmaxima (das Untersuchungsprinzip) aus von alten Zeiten und bis zum Heute ein Bestandteil des kontinental-europäischen Strafprozesses ist. Die meisten Institutionen dessen stützen sich auf diesem Hauptsatz. Zugleich beachten die gegebenen Autoren die natürlichen Beschränkungen im Wirken dieses Prinzips – es betrifft nur schon anfangenden Strafprozess und erstreckt sich auf außerprozessuale Tätigkeit der Rechtsschutzorgane, einschließlich der auf die Errichtung der Gründungen für Anfang des nachfolgenden Gerichtsverfahrens gerichteten.³³ Sie schreiben auch, dass «sich die Untersuchungs-Maxime in dem vereinfachten Sachverfahren etwas mildert».³⁴

In der ursprünglichen Fassung des StPO-Projektes der Schweiz war der Artikel 6 nicht «das Prinzip der Untersuchung», sondern «das Prinzip der materiellen Wahrheit» benannt.³⁵ Übrigens verwendet die schweizerische Doktrin beide Kategorien.

Ergänzen wir, dass der Gesetzgeber dieses Landes, der die Parteien und das Gericht unter den anderen Teilnehmern des Verfahrens hervorhebt, großen Wert auf die von ihnen ausgeübten Funktionen legt (Anschuldigung

³³ R. Cristof, G. Fiolka, Art. 6, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010, s. 77.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Dadurch war der schweizerische Gesetzgeber bestrebt, die Notwendigkeit der Errichtung der materiellen, sondern nicht formalen Wahrheit im Strafprozess zu betonen.

– Verteidigung – Sachverhandlung). Gleichzeitig ist sie im Unterschied zu Russland, wo, nach Ansicht vieler Wissenschaftler,³⁶ die Konkurrenz als allgemeines Verfahrensprinzip im gesamten Strafprozessrecht festgesetzt ist (Art. 15 der Strafprozessordnung), in der Schweiz nur in den gerichtlichen Phasen vorausgesetzt, weil während der Voruntersuchung ist die Staatsanwaltschaft keine Partei (Buchstabe «c» Teil 1 Artikel 104 der Strafprozessordnung). Der Charakter der Voruntersuchung in diesem Land, im Gegenteil, wird infolge des Art. 6 der gegebenen Ordnung als Prinzip der Untersuchung bestimmt. Nach der Meinung des schweizerischen Gesetzgebers kann es während der Ermittlungen und der Voruntersuchung nicht eine Konkurrenz sein, weil zum einen es keine dritte Partei gibt, vor der «der Wettkampf» geschehen würde und zum anderen in dem betreffenden Land die Anklage unmittelbar an das Gericht herangetragen wird, in den vorgegerichtlichen Phasen fehlt der Streitgegenstand selbst.

Die russische StPO legt direkt weder ein Untersuchungsprinzip noch ein Prinzip der objektiven Wahrheit fest. Dabei ist zur gleichen Zeit in der Staatsduma ein vom Untersuchungsausschuss vorbereiteter Gesetzentwurf «Über die objektive Wahrheit im Strafverfahren» anhängig.³⁷

Literatur

- Brester A., *Der Hauptsatz des Strafverfahrens und seine Auswirkungen auf die Strafprozessordnung*, Tomsk 2013.
- Cristof R., Fiolka G., Art. 6, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010.
- Darovskih O.I., *Rechtsmissbrauch im Strafverfahren Russlands*, Tscheljabinsk 2013.
- Fayzrahmanov N.F., *Rechtsmissbrauch durch Teilnehmer in Strafverfahren seitens Verteidigung bei der Voruntersuchung*, „Bulletin des Kasaner Rechtsinstituts des Innenministeriums Russlands“ 2015, № 4.
- “Ich war beeindruckt davon, was ich in russischen Gerichten gesehen habe”, [in:] Interview mit dem Präsidenten des Bundesgerichts der Schweiz, Lorenz Mayer, „Das Gesetz“ 2010. № 11.
- Pieth M., *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009.

³⁶ Wie der erste Stellvertretende Vorsitzende des Obergerichtes der Russischen Föderation W.I. Radtschenko schreibt, «ist von der neuen Strafprozessgesetzgebung, nach unserer Meinung, ein vieljähriger Streit über das Zurechnen der Konkurrenz zur Zahl der Grundsätze, die die Organisation des Gerichtsverfahrens nur in der Gerichtsverhandlung bestimmen oder seine Handlung auf das Strafgerichtsverfahren insgesamt verbreiten, beigelegt. Zur Zeit findet die *Handlungsallgemeinheit* des Konkurrenzprinzips den Ausdruck in jenen Vollmachten, die das Gesetz die Subjekte der strafrechtlich-prozessualen Tätigkeit zuteilt, in jenen Verfahren in vorgerichtlichen Stadien des Prozesses, als sich die Parteien an das Gericht für die Lösung der entstehenden Widersprüche wenden“.

³⁷ Sieh eingehend: A.S. Aleksandrov. *Wettbewerbsfähigkeit und objektive Wahrheit*, „Bibliothek des Kriminalisten. Wissenschaftliche Zeitschrift“ 2012, № 3, s. 142–157.

- Straub P., Weltert T., Art. 2, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010.
- Summer S., Art. 5, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010.
- Thommen M., Art. 3, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010.
- Tyrakowski M., Pośrednie odniesienia w Ordynacji podatkowej do konstrukcji prawa cywilnego, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2012, № 17.
- Urwylker A., Art. 66, [in:] M. Niggli, M. Heer, H. Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2010.

Streszczenie

Zasady procesowe w procesie karnym Szwajcarii – część 1

Słowa kluczowe: zasady procesu karnego, zasada sprawiedliwości, zasada skargowości, zasada ścigania w trybie publicznoskargowym.

Podstawę procesu karnego stanowią zasady procesowe, które determinują jego przeznaczenie, narzędzia oraz procedurę stosowania prawa. Zasady procesowe obowiązują na wszystkich etapach postępowania – od śledztwa do wykonania wyroku i mają bezpośredni związek z efektywnością procesu. W artykule autor analizuje zasady procesowe zawarte w Kodeksie postępowania karnego Szwajcarii z 2007 r. Szczególną uwagę zwraca na zasady legalizmu, poszanowania godności człowieka, sprawiedliwości, praworządności, niezależności organów procesowych oraz zakończenia postępowania w rozsądnym terminie.

Adam Zienkiewicz

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-2824-7123

Transformacyjny potencjał mediacji w sprawach rodzinnych

I. Wprowadzenie

Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na transformacyjny potencjał mediacji, który może być aktywowany podczas polubownego opanowywania sporów za pośrednictwem mediatora w różnych typach konfliktów, w tym zwłaszcza w tzw. sporach osobowych, charakterystycznych dla spraw rodzinnych. Podjęte rozważania skoncentrują się w pierwszej kolejności na przedstawieniu przyjmowanego przez autora rozumienia fundamentalnych dla podejmowanych rozważań pojęć, takich jak: „mediacja” oraz „transformacja personalna”, które kształtują rozumienie transformacyjnego potencjału mediacji. Następnie wskazane zostaną różnorodne, wieloaspektowe cele mediacji. Ich identyfikacja połączona będzie z zaakcentowaniem tych celów, których realizacja może w istotnym stopniu urzeczywistnić transformacyjny potencjał mediacji. W trzeciej części artykułu przedstawione zostaną najważniejsze założenia paradygmatu mediacyjnego, nazywanego mediacją transformacyjną (*transformative mediation*), traktującego postępowanie mediacyjne nie tylko jako formę rozwiązywania sporów na drodze porozumienia, wypracowanego przy udziale bezstronnego i neutralnego pośrednika, ale przede wszystkim jako specyficzny dyskurs, dający szansę na poprawę komunikacji i relacji skonfliktowanych stron, wzajemne zrozumienie, wzmocnienie osobowej siły, a nawet wzrost moralny¹. Zwieńczeniem rozważań stanowią uwagi dotyczące transformacyjnego potencjału mediacji w kontekście wybranych aspektów sporów rodzinnych, zwłaszcza pomiędzy rozwodzącymi się małżonkami.

¹ Szerzej na temat założeń mediacji transformacyjnej zob. R. Bush, J. Folger., *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco 1994; R. Bush, J. Folger, *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict, New and Revision Edition*, San Francisco 2005.

II. Przyjmowane rozumienie podstawowych pojęć

Konsekwencja i porządek rzeczy obligują autora do przedstawienia na wstępie przyjmowanego rozumienia fundamentalnych dla podejmowanych rozważań pojęć, takich jak: „mediacja” oraz „transformacja personalna”, które konstytuują tzw. transformatywny potencjał mediacji.

Zgodnie z sformułowanym przez autora postulatem odpowiedniego łączenia paradygmatów mediacyjnych (w tym zakładanych przez nie celów) – mediacja będzie postrzegana szeroko, jako jedna z podstawowych form tzw. *Alternative Dispute Resolution* (ADR), służąca rozwiązywaniu sporów na drodze porozumienia, której konstytutywny zespół cech stanowią:

a) obecność bezstronnej i neutralnej osoby trzeciej – mediatora, pomagającego (w sposób zależny od wykorzystywanych strategii i technik mediacyjnych) stronom w osiągnięciu wzajemnie korzystnego i akceptowalnego oraz realnego porozumienia (tzw. *win-win solution*);

b) brak władzy mediatora do narzucenia stronom wiążącego rozstrzygnięcia sporu;

c) posiadanie wyłącznej władzy decyzyjnej co do przedmiotu sporu, a w szczególności co do zawarcia i treści porozumienia przez strony sporu².

Jednocześnie mediacja ujmowana jest jako szczególnego rodzaju dyskurs, który może być skoncentrowany zarówno na potrzebach i interesach stron, wymianie ich stanowisk i argumentacji (negocjacjach), jak również na:

a) wprowadzeniu i utrzymaniu niezakłóconej komunikacji pomiędzy stronami;

b) zlikwidowaniu przyczyn konfliktu oraz zapewnianiu pozytywnych relacji i podstaw współpracy stron w przyszłości;

c) samopoznaniu, samodoskonaleniu i wewnętrznym wzroście (rozwoju) moralnym stron;

d) interesach istotnych w wymiarze ogólnospołecznym³.

Tak rozumiana mediacja może realizować zatem wiele różnorodnych celów, które można podzielić na dwie podstawowe grupy: cele nadrzędne (dalsze) w wymiarze personalnym, interpersonalnym, społecznym oraz cele podrzędne (bliższe) w wymiarze komunikacyjnym, psychologicznym, negocjacyjno-informacyjnym, które zostaną szerzej przedstawione w kolejnej części rozważań.

Przyjmowane w pracy rozumienie transformacji personalnej, wywodzone z psychologicznej teorii ontogenezy⁴, oparte na wieloczynnikowej koncep-

² Por. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007, s. 44–45.

³ *Ibidem*, s. 45.

⁴ Ontogeneza w znaczeniu psychologicznym obejmuje całokształt zmian dokonujących się w psychice i zachowaniu się człowieka w toku życia indywidualnego. Naukę o rozwoju, poza ontogenezą, tworzą antropogeneza oraz filogeneza, ponadto czasami opisując rodzaje zmian rozwojowych dodatkowo wskazuje się na tzw. genezę aktualną lub mikrogenezę – szerzej np. J. Trempała, *Psychologia rozwoju jako nauka o genezie życia psychicznego: przełomowe dokonania i kierunki przyszłych badań*, „Psychologia Rozwojowa”, z. 1/2012, s. 17–29.

cji rozwoju psychicznego (czynniki endogenne oraz egzogenne) oznacza trwałą zmianę (przemianę) o charakterze progresywnym (wartościowaną pozytywnie), przynoszącą stadialny rozwój osoby zwłaszcza w sferze moralno-społecznej⁵. Obiektem podlegającym procesowi transformacji jest wyjściowo psychika ludzka, czyli całokształt procesów psychicznych, które następnie determinują zachowanie jednostki oraz jej relacje z rzeczywistością przyrodniczą i społeczną. Prezentowane podejście koresponduje zatem z klasycznym filozoficznym oraz psychologicznym rozumieniem rozwoju (zakładającym teleologiczną konotację) jako wzrostu/zmiany czynności, funkcji czy procesów psychicznych od ich postaci mniej do bardziej doskonałych – rozwoju podążającego w kierunku zmian progresywnych, tj. stadiów (celów, punktów) wartościowanych zwykle pozytywnie⁶. Osiągnięcie transformacji personalnej nie wyklucza przy tym możliwości występowania na drodze do jej osiągnięcia momentów kryzysowych, procesów zahamowania, a nawet (w pewnych okolicznościach) regresji.

Dostrzeżenie transformacyjnego potencjału mediacji wymaga przygotowania mediatorów oraz prawników do uwzględniania w praktyce zawodowej również psychologicznych, emocjonalnych, a nawet duchowych wymiarów danej sprawy oraz ukierunkowania ich wpływu w możliwym i uzasadnionym zakresie na zdrowie psychofizyczne zaangażowanych w nią stron, umożliwiającego w razie potrzeby pozytywną zmianę ich zachowań oraz przemianę osobową. Tak ujmowany transformacyjny potencjał mediacji realizuje się przez oddziaływanie na aspekt psychologiczny (w tym emocjonalny, relacyjny), behawioralny, a nawet somatyczny życia stron sporów, które może prowadzić do trwałego ukształtowania czy zmiany ich postaw (reakcji emocjonalnych, poznawczych lub behawioralnych) oraz stymulowania osobowego rozwoju⁷.

⁵ W tym miejscu należy wspomnieć o dwóch kierunkach ustaleń psychologicznych: 1) wyróżnieniu w ludzkiej psychice tzw. linii rozwojowych oraz 2) zwróceniu uwagi na etapowy charakter rozwoju psychiki każdego człowieka. Połączenie obu tych problematyk dało rozległą wiedzę na temat fazowego osiągania coraz większego stopnia zaawansowania w ramach poszczególnych linii rozwojowych, będących podstawą postępującej dojrzałości jednostki w różnych sferach (np. językowej, matematyczno-logicznej, poznawczej, emocjonalnej czy moralnej). – zob. P. Koberda, U. Stodolska-Koberda, *Rozwój psychiki u osób dorosłych a etiologia chorób cywilizacyjnych*, „Choroby Serca i Naczyni”, z. 1/2008, s. 38.

⁶ Szerzej na temat przyjmowanego rozumienia transformacji personalnej zob. A. Zienkiewicz, *Transformacyjny wymiar dyskursu integracyjnego. Kilka uwag z perspektywy psychologicznej teorii ontogenezy Laurence’a Kohlberga*, „Studia Prawnoustrojowe”, z. 26/2014, s. 381–396. Autor ma świadomość współczesnych tendencji przeformułowywania koncepcji rozwoju jako procesu różnych zmian o charakterze progresywnym i regresywnym. O poszczególnych koncepcjach rozumienia rozwoju oraz poszukiwaniu metateorii rozwoju – zob. J. Trempała, op. cit., s. 17–29.

⁷ W tym miejscu należy zwrócić uwagę na kwestię istnienia konkurencyjnych koncepcji psychologicznych dotyczących człowieka (m.in. koncepcję behawiorystyczną, psychodynamiczną, poznawczą i psychologię humanistyczną, w tym podejmowane próby ich łączenia – postawa eklektyczna), które poszukują odpowiedzi, zwłaszcza w obrębie dwóch fundamentalnych zagadnień: 1) jak funkcjonuje człowiek, jakie prawa rządzą przebiegiem jego procesów poznawczych czy

Przy czym należy zaznaczyć, iż proces transformacji personalnej (w tym przemiany moralnej) ma charakter stadialny, podmioty mogą nie tylko zastrzymać się w rozwoju personalnym (osobowym) na określonym etapie (*situational transformation*), lecz także przyswajając, a następnie kultywować ów rozwój w przyszłości (*developmental transformation*) w pożądanym kierunku takiego kształtowania swojej świadomości, tożsamości oraz postaw, które będzie skutkowało naturalnym ich dążeniem do kooperatywnego⁸, opartego na powszechnie akceptowanych wartościach i zasadach pokojowego współistnienia społecznego⁹.

III. Wielocelowość a transformatywność mediacji

Dyskurs mediacyjny może realizować wiele różnorodnych celów, które można podzielić na dwie podstawowe grupy: cele nadrzędne (dalsze) oraz cele podrzędne (bliższe)¹⁰. Do nadrzędnych (dalszych) celów mediacji należy zaliczyć¹¹: cele w wymiarze personalnym, cele w wymiarze interpersonalnym oraz cele w wymiarze społecznym.

Cele w wymiarze personalnym (osobistym) są realizowane przez proces samopoznawania, proces samodoskonalenia (autoanalizy, nauki) oraz proces wewnętrzny rozwoju (wzrostu moralnego). Wszystkie te procesy mają charakter stadialny (fazowy).

Cele w wymiarze interpersonalnym to w szczególności: przywrócenie i utrzymanie poprawnej komunikacji oraz utrzymanie lub odbudowa pozy-

motywacyjnych; 2) jak zmienia się człowiek czy też jak zmienić człowieka oraz jakie czynniki zewnętrzne lub wewnętrzne mogą kształtować ludzkie potrzeby, poglądy lub nowy system wartości i priorytetów. Szczególna rola kategorii rozwoju, czyli m.in. wychowania, uczenia się, dążenia do samorealizacji, aktualizacji własnych potencjalnych szans, przypisywana jest koncepcjom psychologii poznawczej oraz psychologii humanistycznej – szerzej np. J. Koziński, *Koncepcje psychologiczne człowieka*, Warszawa 2000, *passim* oraz wskazana tam literatura.

⁸ Por. uwagi B. Brożka oraz W. Załuskiego na temat kooperatywnych skłonności gatunku ludzkiego i tendencji altruistycznych w kontekście zjawiska prawa – B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 266–267; W. Załuski, *Ewolucyjna filozofia prawa*, Kraków 2010, s. 95–97.

⁹ Szerzej na temat etapów rozwoju osobowego, zwłaszcza w ramach dyskursu integracyjnego przy udziale mediatora oraz *situational transformation* i *developmental transformation* zob. J. Seul, *How Transformative Is Transformative Mediation? A Constructive-Development Assessment*, "Ohio State Journal on Dispute Resolution" z. 15/1999–2000, s. 143–157. Zob. również badania autora dotyczące stadialnej koncepcji L. Kohlberga odniesione do polubownego rozwiązywania sporów – A. Zienkiewicz, *Transformacyjny wymiar dyskursu integracyjnego...*, op. cit., s. 392–396, por. J. Stanik, *Psychologia sądowa. Podstawy, badania, aplikacje*, Warszawa 2013, s. 32.

¹⁰ Szerzej na temat modelowych celów mediacji – zob. A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, op. cit., s. 96–123.

¹¹ Por. L. Riskin, *Understanding Mediator's Orientations Strategies, and Techniques*, "Alternative to the High Costs of Litigation", 1994, nr 12, s. 18–24; J. Folberg, D. Golann, L. Kloppenberg, T. Stipanowich, *Resolving Disputes. Theory, Practice, and Law*, New York 2005, s. 240.

tywnych relacji pomiędzy stronami (tak w trakcie samego postępowania mediacyjnego, jak i na przyszłość), rozwiązanie sporu przez osiągnięcie wzajemnie akceptowalnego i możliwego do zrealizowania porozumienia, zlikwidowanie przyczyn konfliktu, przygotowanie podstaw do efektywnej współpracy stron w przyszłości.

Natomiast celami w wymiarze społecznym są m.in.: odpowiednie włączenie obywateli w proces działania organów państwowych i wymierzania sprawiedliwości, ochrona porządku społecznego oraz stabilizacja stosunków społecznych przez rozwiązywanie konfliktów na drodze ugodowej, a tym samym utrwalanie pokojowego i pojednawczego sposobu współpracy oraz współistnienia.

Do celów podrzędnych mediacji (stanowiących cele „bliższe”, będące zazwyczaj środkami realizacji celów nadrzędnych) można zaliczyć trzy podstawowe grupy, a mianowicie: cele w wymiarze komunikacyjnym, cele w wymiarze psychologicznym oraz cele w wymiarze negocjacyjno-informacyjnym.

Celami w wymiarze komunikacyjnym są przede wszystkim: doprowadzenie do otwarcia się stron na komunikację opartą na zasadach mediacyjnej etyki mowy (rozumiałość, prawdziwość, szczerść, słuszność), zapewnienie warunków idealnej sytuacji mowy (równość i wolność w dyskursie, uczciwe procedury), stworzenie uczestnikom dyskursu mediacyjnego optymalnych warunków komunikacyjnych z punktu widzenia czasu, miejsca i sposobów porozumiewania się. Ponadto, doprowadzenie do właściwego rozumienia wzajemnych przekazów i ich kontekstów, a także do posługiwania się językiem o niekonfliktowym charakterze oraz spowodowanie otwarcia się na argumenty, interpretacje i twierdzenia drugiej strony.

Cele w wymiarze psychologicznym koncentrują się przede wszystkim na wywoływaniu i kształtowaniu (pożądanych z punktu widzenia nadrzędnych celów mediacji) cech i postaw uczestników mediacji oraz na zaspokajaniu ich wewnętrznych potrzeb. Do katalogu potrzeb, które mogą zostać spełnione w związku z dyskursem mediacyjnym w szczególności można zaliczyć: potrzebę wyładowania negatywnych emocji (która powinna być zaspokajana za pomocą tzw. „wentylacji” już na samym początku mediacji, najlepiej tylko w obecności mediatora), potrzebę bycia wysłuchanym i docenionym oraz zyskania poczucia, iż odgrywa się istotną rolę w procesie decyzyjnym, potrzebę bycia akceptowanym i rozumianym, potrzebę bycia przeproszonym (bądź potrzebę przeproszenia) czy potrzebę wyzwolenie samodzielności i kreatywności w poszukiwaniu rozwiązań dla danej sytuacji konfliktowej. Wśród pożądanych postaw kształtowanych w postępowaniu mediacyjnym można wskazać na postawę wzajemnego szacunku oraz tolerancji dla odmienności stanowiska i oczekiwań drugiej strony, postawę współpracy stron (tzw. dobrej wiary i integracyjnego podejścia do negocjacji) oraz postawę wzajemnego wybaczenia sobie doznanych krzywd i poniesionych szkód.

Celami w wymiarze negocjacyjno-informacyjnym są z kolei m.in.: uświadomienie stronom najważniejszych kwestii dotyczących istoty, zalet oraz celów mediacji, właściwe przygotowanie i zaplanowanie procesu mediacji, optymalny dobór strategii i technik mediacyjnych do danej sytuacji i uczestników, zebranie danych na temat istniejących w danej sytuacji przeszkód w komunikacji pomiędzy stronami, dotarcie do niezbędnych informacji dotyczących psychicznego i psychologicznego podłoża sporu, które należy uwzględnić podczas prób przywrócenia i utrzymania pozytywnych relacji, zebranie i odpowiednie ujawnienie obu stronom sporu danych istotnych dla osiągnięcia porozumienia, uświadomienie stronom stopnia realności ich oczekiwań, wypracowanie jednego bądź kilku konkurencyjnych wariantów rozwiązania sporu, przeprowadzenie efektywnych negocjacji przez strony sporu, uświadomienie stronom prawdopodobnych skutków ich postaw w dyskursie mediacyjnym oraz zawarcia i realizacji porozumienia¹².

Przedstawione zestawienie różnych katalogów celów mediacji prowadzi do konstatacji, że zawarcie porozumienia pomiędzy stronami nie jest jedynym możliwym czy pożądanym celem postępowania mediacyjnego oraz iż zawarcie ugody może być niejednokrotnie połączone, czy też uwarunkowane realizacją innych celów dyskursu mediacyjnego (takich np. jak likwidacja przyczyn sporu, poprawa komunikacji i relacji między stronami czy osobista przemiana każdej z nich).

Podejmując się próby identyfikacji tych celów mediacji, które mogą stymulować czy też kształtować transformację personalną stron, należy zwrócić uwagę w pierwszej kolejności na cele w wymiarze osobistym, dotyczące procesów samopoznania, samodoskonalenia oraz wzrostu moralnego, w ramach realizacji których mediator ukierunkowuje strony na lepsze zrozumienie i szacunek do samego siebie (pozytywną samoocenę) oraz poczucie własnej godności, korespondujące z postawą niedyskryminacji drugiej strony (uznanie równości statusu drugiej strony w sporze). Bezstronny i neutralny pośrednik ułatwia stronom wzmocnienie wiary we własne siły, wzmacnia umiejętność przełamywania nieśmiałości oraz samostanowienia w rozwiązywaniu sporów, zażegnaniu konfliktów czy pokonywaniu innych życiowych trudności. Dzięki mediacji strony mogą uzyskać bądź poprawić umiejętność precyzyjnego i niekonfliktowego wyrażania swoich myśli i słuchania drugiej strony, rzeczowej argumentacji, podnieść zdolność do uznawania pewnych racji drugiej strony, a także przyznawania się do własnych błędów oraz zrozumienia uwarunkowań, uczuć i potrzeb adwersarza. Ponadto, odpowiednio prowadzone postępowanie mediacyjne może pomóc stronom w podjęciu współdziałania i wypracowaniu kompromisu, wzmocnić potrzebę troski o losy dru-

¹² Por. A. Kalisz, A. Zienkiewicz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu. II wydanie poprawione i uzupełnione*, Warszawa 2014, s. 43–45.

giego człowieka, a także poszanowania społecznie akceptowanych zasad, norm i wartości, które mają ułatwić funkcjonowanie w pokojowych relacjach z otoczeniem społecznym. Nie mniej istotny potencjał transformacyjny posiadają instytucje czy kategorie, które niejednokrotnie stanowią warunek konieczny dla osiągnięcia w postępowaniu mediacyjnym przez strony porozumienia, takie jak przeproszenie, wybaczenie i pojednanie się stron, stanowiące wsparcie ich pozytywnej przemiany behawioralnej i personalnej. Wreszcie osiągnięcie celów interpersonalnych mediacji, takich jak poprawa komunikacji i relacji pomiędzy stronami oraz zbudowanie podstaw ich współpracy na przyszłość, połączone zwłaszcza z likwidacją przyczyn sporu – może skutecznie aktywizować transformacyjny potencjał dyskursu mediacyjnego, którego skutkiem będzie porzucenie dotychczasowych konfliktorodnych zachowań stron czy pozytywna, wewnętrzna praca nad sobą celem utrzymania pokojowej formuły społecznego współistnienia. Wskazane aspekty mediacji są nie do przecenienia nie tylko w stosunkach o charakterze rodzinnym, pracowniczym czy sąsiedzkim, ale także w relacjach biznesowych pomiędzy współpracującymi czy konkurującymi przedsiębiorcami.

Należy przy tym zauważyć, iż realizacja transformacyjnego potencjału mediacji nie jest pożądana czy możliwa w każdym sporze, a jej osiągnięcie jest uzależnione od wielu czynników związanych chociażby z wolą stron, ich kondycją psychofizyczną, charakterem przyczyn sporu, przebiegiem i stadiem eskalacji konfliktu czy profesjonalizmem mediatora, w tym umiejętnością stosowania przez niego i odpowiedniego łączenia z innymi – strategii i technik mediacji transformacyjnej¹³.

IV. Mediacja transformacyjna

Orientacja *Transformative Mediation* stanowi alternatywę dla najpopularniejszego paradygmatu mediacji, określanego zazwyczaj mianem *problem-solving mediation*¹⁴, występującego w ramach facylitatywno-ewaluacyjnego

¹³ Por. rozważania autora na temat ograniczenia transformacyjnego potencjału dyskursu integracyjnego, obecnego m.in. podczas mediacji w odniesieniu do osób posiadających osobowość dysocjalną (psychopatów) – A.Zienkiewicz, *Transformacyjny wymiar dyskursu integracyjnego...*, op. cit., s. 395. Szerzej por. R. Hare, *Psychopaci są wśród nas*, Kraków 2010.

¹⁴ Przedstawiając konstytutywne cechy paradygmatu *problem-solving* należy wskazać na co najmniej cztery podstawowe idee (założenia). Po pierwsze, ideę mediatora jako neutralnej osoby trzeciej, zainteresowanej przede wszystkim ułatwianiem (facilitator) procesu komunikacji i dochodzenia do porozumienia przez strony, a nie samą istotą (substancją) sporu (w tym np. jego przyczynami, charakterem, skutkami w wymiarze relacyjno-psychologicznym). Po drugie, ideę polaryzacji pozycji stron sporu, ukierunkowaną na ich interesy oraz potrzeby. Po trzecie, ideę uznającą, iż konflikt najlepiej rozwiązać przede wszystkim koncentrując się na osobistych interesach stron (*interest-based*), a nie np. na ich pozycji dowodowej, racjach (*right-wrong paradigm*) czy wprost argumentacji prawnej w sporze. Po czwarte, ideę polegającą na przyjmowaniu, iż głównym

*continuum*¹⁵. Jej twórcy R.B. Bush i J. Folger prezentują specyficzne rozumienie mediacji i konfliktu, oparte na ocenie osobowej siły stron sporu oraz na wzajemnym zrozumieniu i współodczuwaniu¹⁶. Utrzymują, że stosowanie mediacji może powodować „wzrost moralny” (*moral growth*) poprzez występowanie w tym procesie tzw. *empowerment* i *recognition*. *Empowerment* ujmują jako przywracanie jednostkom poczucia własnej wartości, siły oraz zdolności do samodzielnego rozwiązywania problemów życiowych, natomiast *recognition* dotyczy wywoływania w jednostkach wzajemnego uznania oraz empatii wobec położenia i problemów innych ludzi¹⁷. Naczelnym zadaniem mediatora staje się osiągnięcie przez strony sporu podczas dyskursu mediacyjnego rzeczonych wymiarów¹⁸. R. Bush i J. Folger odmiennie niż zwolennicy *problem-solving mediation* definiują zatem istotę instytucji mediacji, wskazując, iż mediacja jest procesem, w którym osoba trzecia podczas eksplorowania i dyskusowania przez strony kwestii spornych oraz możliwości rozwiązania sporu współpracuje z nimi tak, aby pomóc im zmienić jakość ich interakcji w konflikcie, z negatywnej i destrukcyjnej na pozytywną i konstruktywną¹⁹.

celem mediacji są negocjacje stron (prowadzone przy pomocy mediatora) dla osiągnięcia wzajemnie dogodnego rozwiązania przyjmującego formę porozumienia – szerzej na temat paradygmatów *problem-solving* – zob. np.: A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, New York 2002, s. 358–370, 423–431; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, op. cit., s. 40–41.

¹⁵ Facylitatywna strategia mediacyjna silnie akcentuje zasadę neutralności mediatora oraz jego, co do zasady, jak najmniejszą interwencję w spór. Mediator powstrzymuje się od prezentowania osobistego punktu widzenia na istotę konfliktu, nie wydaje stronom poleceń, nie udziela porad, nie przedstawia opinii na temat wariantów (opcji) rozwiązania sporu, nie proponuje treści porozumienia, nie prognozuje, jak rozstrzygnąłby sporne kwestie sąd. Mediator „opiekuje się” procesem mediacyjnym, strony zaś jego wynikiem. Mediator koncentruje uwagę uczestników postępowania głównie na ich potrzebach i interesach, a nie na ich faktycznej i prawnej pozycji, ocenianej w kontekście ewentualnej rozprawy sądowej. W ramach ewaluatywnej strategii mediacyjnej pośrednik ma możliwość znacznej interwencji w spór, może nawet prezentować otwarcie własne stanowisko co do meritum sporu. Uczestniczy w merytorycznym opracowywaniu porozumienia, mogąc jednocześnie zaproponować stronom własny projekt rozwiązania sporu, uwzględniający interesy obu stron. Mediator koncentruje się raczej na pozycji/racjach (w tym prawnej) stron, aniżeli na ich potrzebach i interesach, przedstawiając im własne przewidywania co do rezultatu ewentualnego postępowania w spornej sprawie przed sądem lub w arbitrażu – szerzej zob. np. L. Riskin, *Understanding Mediator’s Orientations...*, op. cit., s. 7–51; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji...*, op. cit., s. 104–114, 170–181; A. Zienkiewicz, *Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego*, „Kwartalnik ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2 (2), s. 61–77.

¹⁶ Szerzej R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation. The Transformative Approach to Conflict...*, op. cit., *passim*.

¹⁷ A. Rau, E. Sherman, S. Peppet, *Processes of dispute resolution...*, op. cit., s. 427.

¹⁸ R. Bush, J. Folger, *Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, „Mediation Quarterly” 1996, nr 13, s. 266. Szerzej zob. R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation. The Transformative Approach to Conflict...*, op. cit., s. 75–78.

¹⁹ Por. R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation. The Transformative Approach to Conflict...*, op. cit., s. 65–66.

Główną rolą mediatora jest pomaganie stronom w pozytywnej przemianie ich relacji²⁰. Z uwagi na konsensualność i nieformalność mediacji, spierające się strony uczą się samodzielnie definiować problemy i cele w sporze. Uczestnictwo w postępowaniach mediacyjnych pozwala im ćwiczyć samostanowienie (tzw. *self-determination*), które przydaje się im również w przyszłych sytuacjach życiowych. Strony procesu mediacyjnego mają osiągnąć odpowiednie poczucie własnej godności, samodzielności, pewności siebie oraz wiary we własne siły, co łącznie stanowi wymiar *empowerment* w procesie mediacji. Zdaniem R. Busha i J. Folgera prywatny i nieosądzający charakter mediacji może dostarczać stronom bezpiecznej możliwości do wyjaśnienia sobie różnicy zdań i humanizacji wzajemnych stosunków. Przy takim nastawieniu i przy udziale mediatora, który ulepszy komunikację interpersonalną, strony często mogą osiągnąć wzajemne zrozumienie (pomimo zaistnienia sytuacji sporu). Taki proces mediacji ma w pewnym zakresie pomóc stronom we wzmocnieniu ich zdolności do otwartości, szczerości, nieuprzedzania się i empatii. Skuteczne stosowanie strategii transformatywnej wywołuje nawet pomiędzy stronami, które zaczęły konflikt od zagorzalej wrogości, osiągnięcie pełniejszego zrozumienia uwarunkowań (perspektywy) drugiej strony sporu, poczucie uznania pewnych racji strony przeciwnej oraz troskę o drugą stronę jako bliźniego. Taka postawa stanowi wymiar *recognition* w procesie mediacji²¹.

Szczególnym celem mediacji i powodem, dla którego określa się ją mianem *transformative*, jest promowanie wzrostu moralnego. To cel, który traktowany jest jako korzyść ogólnospołeczna²². Autorzy koncepcji wierzą, iż wzrost moralny pojawia się wtedy, gdy u stron sporu rozwija się samostanowienie oraz wrażliwość (reagowanie) na innych, które odnoszą oni odpowiednio do wymiaru *empowerment* albo *recognition* mediacji²³. Sukces w *transformative mediation* mierzony jest takimi czynnikami, jak: charakter wywołanych zmian w zachowaniu (interakcjach) i relacjach stron oraz jakość ich wewnętrznej przemiany²⁴. Samo zawarcie porozumienia nie jest zatem głównym celem mediacji transformatywnej, istotniejsze są poprawa relacji stron oraz ich pozytywna wewnętrzna przemiana w wymiarze *empowerment* i *recognition*, których osiągnięcie oznacza sukces przeprowadzonego postępowania mediacyjnego.

²⁰ Ibidem.

²¹ R. Bush, J. Folger, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict...*, op. cit., s. 20.

²² Ibidem, s. 83.

²³ R. Bush, J. Folger, *Transformative Mediation...*, op. cit., s. 264.

²⁴ Por. R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation. The Transformative Approach to Conflict...*, op. cit., s. 75.

V. Transformacyjny potencjał mediacji a polubowne rozwiązywanie sporów rodzinnych

Zaprezentowane transformacyjne podejście do mediacji traktuje postępowanie mediacyjne nie tylko jako formę rozwiązywania sporów na drodze porozumienia, opartego na wyważeniu interesów ekonomiczno-prawnych stron, ale przede wszystkim jako specyficzny dyskurs dający im wieloaspektową szansę na identyfikację i likwidację przyczyn konfliktu, realizację istotnych potrzeb psychicznych, poprawę komunikacji i relacji, wzajemne zrozumienie, przeproszenie, wybaczenie, pojednanie, wzmocnienie osobowej siły, a nawet pozytywną przemianę behawioralną i osobową (w tym wzrost moralny). Tak postrzegana i wykorzystywana instytucja mediacji może stanowić istotny instrument polubownego rozwiązywania konfliktów, zwłaszcza w tzw. sporach osobowych, charakterystycznych dla spraw rodzinnych. Zważywszy, że konflikty rodzinne, w szczególności pomiędzy małżonkami na tle rozwodowym, odsłaniają ich wieloaspektowość i znaczny stopień skomplikowania, dotyczą zazwyczaj nie tylko kwestii ekonomicznych i prawnych, ale także w wymiarze psychologicznym (emocjonalnym), relacyjnym, komunikacyjnych, rodzicielskim, społecznym czy etycznym. Co więcej, niejednokrotnie okazuje się, iż głównym powodem trwania czy eskalacji sporu jest nie tyle stan psychiczny stron, ile czasowe niedopasowanie i konfrontowanie się ich odrębnych tzw. stadiów psychologicznych. Małżonkowie rozwodzący się nie rzadko znajdują się bowiem na różnych etapach zaawansowania decyzji o rozstaniu (np. jedno chce zmiany, drugie aby pozostało tak, jak jest), czy tzw. fazy psychologicznej rozwodu, co powoduje istotne różnice nawet w postrzeganiu wspólnej rzeczywistości związku (stadium zaprzeczenia, stadium żałoby, stadium złości i gniewu, stadium rekonstrukcji)²⁵. Należy podkreślić, iż skutek przechodzenia przez każdą ze stron przez fazy psychologiczne rozwodu trudno im jest ustalić stabilną hierarchię własnych potrzeb, gdyż podlega ona zmianom w zależności od etapu rozwodu, stopnia eskalacji sporu i związanego z tym natężenia emocji. Dla każdego małżonka oznacza to konieczność rozważenia nawet kilkakrotnie redefinicji własnej osoby, systemu wartości oraz roli społecznej. Tak skomplikowana sytuacja sporna związana silnie z aspektem psychicznym (emocjonalnym) życia stron wymaga wyjścia poza rozwiązania skoncentrowane na wymiarze ekonomiczno-prawnym, oferowane podczas tradycyjnego procesu rozwodowego, którego przebieg niejednokrotnie powoduje eskalację konfliktu stron, która szkodzi nie

²⁵ A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007, s. 62, 70–75. Por. J. Guttman, *Divorce in Psychosocial Perspective: Theory and Research*, London 1993; P. Bohannon, *The Six Stages of Divorce*, [w:] P. Bohannon (red.), *Divorce and After*, New York 1970, s. 29–55; R. Cochrane, *Marriage, Separation, Divorce*, [w:] S. Fisher, J. Reason (red.), *Handbook of Life Stress, Cognition and Health*, Chichester 1988, s. 137–160.

tylko im samym, ale również ich najbliższemu otoczeniu społecznemu, w tym dzieciom. Wykorzystując natomiast transformacyjny potencjał mediacji, może dojść do polubownego i wieloaspektowego opanowania sporu małżonków, przy wsparciu profesjonalnego mediatora rodzinnego, posiadającego odpowiednie kompetencje, zwłaszcza w zakresie psychologii konfliktów oraz wysoki poziom inteligencji emocjonalnej. W konfliktach rodzinnych szczególna jest bowiem sama, wiążąca strony, natura relacji. Ma ona wymiar bliskości (w tym intymności), o bardzo dużym ładunku emocjonalnym i potencjale długotrwałości, zwłaszcza jeżeli para ma wspólne dzieci. Kryzys dotyczący naruszenia trwałości rodziny dotyka fundamentalnych wartości i przekonań małżonków. Wiąże się z ryzykiem godzenia w poczucie własnej tożsamości, kompetencji, sprawczości, autorytetu oraz samooceny, w szczególności, gdy strony oskarżają się wzajemnie o bycie nieudolnym partnerem, rodzicem, a nawet złym człowiekiem. Stąd udział profesjonalnego mediatora w polubownym opanowaniu sporu rodzinnego może okazać się niejednokrotnie niezbędny, gdyż samodzielne próby jego rozwiązania przez strony są skutecznie utrudniane zarówno przez jego wieloaspektowość, jak również nakładanie się konfliktów jawnych i ukrytych oraz współwystępowanie świadomych, a także nieświadomych intencji i motywacji stron oraz wpływających na nie osób trzecich²⁶. Co więcej, podczas rozwiązania konfliktu rodzinnego strony mogą spotkać się z koniecznością uwzględnienia czy hierarchizacji interesów wielu podmiotów. Tytułem przykładu, w ramach sporów na tle wykonywania władzy rodzicielskiej czy kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, w polskim porządku prawnym na pierwszym miejscu stawia się dobro dziecka (tzw. wartość nadrzędna), w poszanowaniu interesu społecznego, a nie jedynie czy głównie interesu jednego czy nawet obojga rodziców, który jest co prawda istotny, ale nie może być jako jedyny brany pod uwagę czy decydujący w sprawie²⁷. Doprowadzenie do zawarcia przez strony sporu rodzinnego porozumienia, godzącego w interesy wielu zainteresowanych podmiotów, zwłaszcza przy jego nacechowaniu znacznym poziomem reakcji emocjonalnych, bywa często zadaniem bardzo trudnym, wymagającym pomocy bezstronnego i neutralnego mediatora. Profesjonalny pośrednik, poza tradycyjnymi strategiami i technikami mediacyjnymi (jeżeli uzna to za odpowiednie i nie napotka sprzeciwu stron), może wykorzystać również nowe technologie informatyczne, w tym dorobek tzw. *Artificial Intelligence and Law*, który dostarcza m.in. specyficznych narzędzi informatycznych do prowadzenia postępowań w zakresie polubownego opanowywania sporów rodzinnych w po-

²⁶ A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu...*, op. cit., s. 62, 70–75.

²⁷ Zob. artykuł 95§3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 12.06.1992 r., III CZP 48/92, OSNC 1992, nr 10, poz. 179, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.01.2001 r., V CKN 915/00, LEX nr 45571, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12.12.2000 r., V CKN 1751/00, LEX nr 1635378.

staci zautomatyzowanych negocjacji, mediacji *online* czy projektów bardziej specjalistycznych, takich jak np. system komputerowy „*Parenting Plan Support System*”, zaprojektowany celem pomocy rozwodzącym się rodzicom w polubownym ustalaniu planów rodzicielskich w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem²⁸. Ponadto, w razie takiej potrzeby mediator rodzinny może zaproponować stronom włączenie w postępowanie doradcze czy w zakresie opanowywania sporu innych ekspertów (np. terapeuty rodzinnego, pedagoga, księgowego, pracownika socjalnego czy lekarza), jak również osób z rodziny bądź pracodawcy. Może to okazać się bardzo pomocne w wykorzystaniu transformatywnego potencjału mediacji i prowadzić nie tylko do zawarcia porozumienia przez strony konfliktu, ale również identyfikacji i likwidacji jego przyczyn, poprawy ich komunikacji i relacji, a nawet pozytywnej przemiany behawioralnej i osobowej (w tym w zakresie kondycji psychofizycznej czy wzrostu moralnego). Poszerzenie katalogu uczestników postępowania mediacyjnego o neutralnych ekspertów odpowiednich dziedzin może okazać się szczególnie zasadne w sporach rodzinnych, w których pojawiają się dodatkowo tak poważne kwestie, jak: przemoc domowa, problemy z uzależnieniem, zaburzeniami psychicznymi czy bezrobociem jednej bądź obydwu stron konfliktu.

Podsumowanie

Dostrzeżenie i odpowiednie wykorzystanie transformatywnego potencjału mediacji, zwłaszcza w polubownym rozwiązywaniu sporów rodzinnych, może przynieść wiele korzyści zarówno stronom, jak i otoczeniu społecznemu. Twórcy *transformative mediation* R. Bush i J. Folger widzą w mediacji nawet unikalną zdolność do pozytywnego przemieniania charakteru stron konfliktu (jednostek) oraz całego społeczeństwa (*transformative potential of mediation*)²⁹. Konkretny spór, w którym uczestniczy transformatywny mediator, postrzegany jest bowiem jako jedna z wielu interakcji społecznych

²⁸ Szerzej na temat założeń systemu komputerowego „*Parenting Plan Support System*”, współtworzonych m.in. przez autora – zob. M. Araszkievicz, A. Łopatkiewicz, A. Zienkiewicz, *Factor-based Parent Plan Support System*, [w:] E. Francesconi, B. Verheij (red.), *ICAAIL '13: Proceedings of the Fourteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York 2013, s. 171–175; M. Araszkievicz, A. Łopatkiewicz, A. Zienkiewicz, *Factors and Dimensions in Parent Plan Support System*, [w:] E. Schweighofer, F. Kummer, W. Hotzendorfer (red.), *Transparenz. Tagungsband des 17. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums, IRIS 2014 Salzburg*, Wiedeń 2014, s. 103–111; M. Araszkievicz, A. Łopatkiewicz, A. Zienkiewicz, T. Żurek, *Representation of an Actual Divorce Dispute in the Parenting Plan Support System*, [w:] T. Sichelman, K. Atkinson (red.), *Proceedings of the 15th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL '15)*, New York 2015, s. 166–170.

²⁹ R. Bush, J. Folger, *The promise of mediation. The Transformative Approach to Conflict...*, op. cit., s. 83–84.

oraz ważny element całokształtu sytuacji życiowej stron³⁰. Powyższe wpisuje się w koncepcję holistycznego podejścia do praktyki prawniczej, bazującej m.in. na założeniu, że „prawo w działaniu” ma potencjał pozytywnej indywidualnej i interpersonalnej zmiany sytuacji i samych podmiotów oraz oferowania takich rozwiązań, które dają im również szansę na bardziej satysfakcjonujące, harmonijne funkcjonowanie indywidualne i społeczne, w tym również na przełamywanie różnorodnych przyczyn natury behawioralnej, psychologicznej czy społecznej, powodujących ich problemy z prawem lub członkami społeczności, w których na co dzień żyją. Konsekwencją takiego ujęcia stanowi postulat uwzględniania przez prawników i mediatorów w praktyce opanowywania konfliktów nie tylko potrzeb i interesów klientów czy stron sporów o charakterze prawno-ekonomicznym (tzw. *legal needs*), ale również potrzeb w szerszym, humanistycznym wymiarze (tzw. *human needs*). Wpływa to na zasadność poszukiwania optymalnych rozwiązań danego konfliktu, z uwzględnieniem również jego pozaprawnych wymiarów o charakterze psychologicznym, emocjonalnym, komunikacyjnym, relacyjnym czy etycznym, co niejednokrotnie stanowi warunek *sine qua non* realnego i trwałego opanowywania tzw. sporów osobowych, zwłaszcza w sprawach rodzinnych³¹. Szerokie stosowanie transformacyjnego podejścia do mediacji rodzinnych może okazać się szczególnie przydatne w systemach prawnych, przewidujących obowiązkowość sesji mediacyjnej, nawet pomiędzy stronami sporów, które deklarują brak woli ich ugodowego opanowania³².

Wykaz literatury

- Araszkiwicz A., Łopatkiewicz A., Zienkiewicz A., *Factor-based Parent Plan Support System*, [w:] E. Francesconi, B. Verheij (red.), *ICAAIL'13: Proceedings of the Fourteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York 2013.
- Araszkiwicz A., Łopatkiewicz A., Zienkiewicz A., *Factors and Dimensions in Parent Plan Support System*, [w:] E. Schweighofer, F. Kummer, W. Hotzendorfer (red.), *Transparenz. Tagungsband des 17. Internationalen Rechtsinformatik Symposiums, IRIS 2014 Salzburg*, Wiedeń 2014.
- Araszkiwicz A., Łopatkiewicz A., Zienkiewicz A., Żurek T., *Representation of an Actual Divorce Dispute in the Parenting Plan Support System*, [w:] T. Sichelman, K. Atkinson (red.), *Proceedings of the 15th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAAIL'15)*, New York 2015.

³⁰ Ibidem, s. 274.

³¹ Szerzej na temat koncepcji holizmu prawniczego zob. A. Zienkiewicz, *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement. Studium teoretycznoprawne*, Warszawa 2018.

³² Szerzej na temat obligatoryjności mediacji zob. A. Zienkiewicz, *Mandatory mediation – remarks on determining a dispute's suitability for mediation and the parties' concerns regarding mediation*, „*Studia Iuridica Lublinensia*”, vol.27, Nr 3, 2018, s. 61–71.

- Bush R., Folger J., *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, San Francisco 1994.
- Bush R., Folger J., *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict, New and Revision Edition*, San Francisco 2005.
- Bush R., Folger J., *Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, „Mediation Quarterly” 1996, n. 13.
- Bohannon P., *The Six Stages of Divorce*, [w:] P. Bohannon, *Divorce and After*, New York 1970.
- Brożek B., *Normatywność prawa*, Warszawa 2012.
- Cochrane R., *Marriage, Separation, Divorce*, [w:] S. Fisher, J. Reason (red.), *Handbook of Life Stress, Cognition and Health*, Chichester 1988.
- Folberg J., Golann D., Kloppenberg L., Stipanowich T., *Resolving Disputes. Theory, Practice, and Law*, New York 2005.
- Gójska A., Hurn V., *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007.
- Guttman J., *Divorce in Psychosocial Perspective: Theory and Research*, London 1993.
- Hare R., *Psychopaci są wśród nas*, Kraków 2010.
- Kalisz A., Zienkiewicz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu. II wydanie poprawione i uzupełnione*, Warszawa 2014.
- Koberda P., Stodolska-Koberda U., *Rozwój psychiki u osób dorosłych a etiologia chorób cywilizacyjnych*, „Choroby Serca i Naczyń” 2008, z. 1.
- Kozielecki J., *Koncepcje psychologiczne człowieka*, Warszawa 2000.
- Rau A., Sherman E., Peppet S., *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, New York 2002.
- Riskin L., *Understanding Mediator’s Orientations Strategies, and Techniques*, “Alternative to the High Costs of Litigation” 1994, nr 12.
- Seul J., *How Transformative Is Transformative Mediation? A Constructive-Development Assesments*, „Ohio State Journal on Dispute Resolution” 1999–2000, z. 15.
- Stanik J., *Psychologia sądowa. Podstawy, badania, aplikacje*, Warszawa 2013.
- Trempała J., *Psychologia rozwoju jako nauka o genezie życia psychicznego: przełomowe dokonania i kierunki przyszłych badań*, „Psychologia Rozwojowa” 2012, z. 1.
- Załużski W., *Ewolucyjna filozofia prawa*, Kraków 2010.
- Zienkiewicz A., *Holizm prawniczy z perspektywy Comprehensive Law Movement. Studium teoretycznoprawne*, Warszawa 2018.
- Zienkiewicz A., *Mandatory mediation – remarks on determining a dispute’s suitability for mediation and the parties’ concerns regarding mediation*, „Studia Iuridica Lublensia” 2018, vol. 27, nr 3.
- Zienkiewicz A., *Różnorodny paradygmat mediacji – odpowiedź na wielocelowość dyskursu mediacyjnego*, „Kwartalnik ADR. Arbitraż i Mediacja” 2008, nr 2 (2).
- Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Warszawa 2007.
- Zienkiewicz A., *Transformacyjny wymiar dyskursu integracyjnego. Kilka uwag z perspektywy psychologicznej teorii ontogenezy Lawrence’a Kohlberga*, „Studia Prawno-ustrojowe” 2014, t. 26.

Summary

Transformative potential of mediation in family matters

Key words: transformative mediation, personal transformation, family disputes, divorce.

The main aim of the article is to draw attention to the transformative potential of mediation that can be used especially when resolving family disputes. At the beginning, the considerations focus on presenting the author's understanding of the basic concepts of „mediation” and „personal transformation” that shape the understanding of the transformative potential of mediation. Various mediation goals are then identified and goals were set, the implementation of which can significantly realize the transformative potential of mediation. The third part of the article presents the most important assumptions of the transformative strategy of mediation. The conclusion summarises the transformative potential of mediation in the context of selected aspects of family disputes, especially between divorced spouses.

Krystyna Ziółkowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-4825-0597

Instrumenty prawne służące zabezpieczeniu społecznemu rodziny

Wstęp

Po transformacji ustrojowej rozpoczętej w roku 1998 przyjęto nowe regulacje, dotyczące rozwoju demokracji w Polsce. Przede wszystkim przywrócono wolność słowa, wprowadzono rzeczywisty wpływ na demokratyczny wybór senatorów do izby niższej Parlamentu – Senatu. Społeczeństwo otrzymało możliwość polepszenia swojego standardu życia, coraz więcej pojawiało się przedsiębiorców z kapitałem zagranicznym, a tym samym tworzyły się nowe miejsca pracy. Jednakże należy podkreślić, że nowe reformy wprowadzane przez ówczesnego Ministra Finansów doprowadzały do upadłości rodzimych zakładów pracy, w szczególności tzw. opartych na kapitale państwowym, co w dalszym czasie doprowadzało do zwiększenia bezrobocia w państwie.

Należy podkreślić, że rodzina jest podstawową komórką społeczną, która przyczynia się do rozwoju państwa, zaś rodzące się dzieci powinny zastępować pokolenie, które w chwili obecnej coraz szybciej się starzeje. Niestety, system ubezpieczeniowy w zakresie wypłacania emerytur lub rent staje się coraz mniej wydolny. Powodem takiej sytuacji jest niewątpliwie zbyt mała dzietność w państwie. Należałoby postawić pytania: czy państwo jako jednostka, która ma służyć społeczeństwu proponuje wprowadzenie odpowiedzialnej polityki prorodzinnej, czy posiada instrumenty prawne, które zachęciłyby do posiadania większej liczby dzieci, czy polityka w zakresie zatrudnienia jest odpowiednio prowadzona? Statystyki wskazują na model rodziny „dwa plus jeden” (rodzice plus jedno dziecko), posiadanie więcej dzieci skazuje rodzinę na krytykę ze strony społeczeństwa. Innym czynnikiem jest obawa utrzymania finansowego rodziny na godnym poziomie czy brak stabilności zatrudnienia na rynku pracy. Praca zawodowa determinuje układ dnia, styl życia, relacje społeczne. Jej utrata może zmienić radykalnie światopogląd, opinie,

system wartości, zamierzenia i aspiracje członków rodziny (...). Długotrwałe bezrobocie zakłóca życie rodzinne, prowokuje rozruchy społeczne¹.

Prawna ochrona rodziny – wybrane aspekty

Problematyka prawnej ochrony rodziny jest pojęciem bardzo szerokim oraz złożonym, toteż zostaną przedstawione najważniejsze akty prawne regulujące ten aspekt. Najważniejszy w Polsce akt prawny również wskazuje na wysoką rangę w aspekcie prawnym jednostki jaką jest rodzina, małżeństwo czy rodzicielstwo. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.² daje gwarancję ochrony indywidualnej oraz w ramach tzw. grupy rodzinnej. W rozdziale I Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej można znaleźć naczelne zasady ustrojowe naszego państwa, zawarte w art. 18 wskazujące, że: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”³. Przepis ten świadczy o przyznaniu rodzinie konstytucyjnej ochrony. Zdaniem M. Dobrowolskiego⁴ zainteresowanie prawa konstytucyjnego rodziną wynika z faktu, że z jednej strony jest ona instytucją ustrojową *sensu largo* (instytucją ustroju społecznego), z drugiej założenie rodziny i ochrona spokojnego jej funkcjonowania stanowią podstawowe prawa człowieka. Zgodnie z Konstytucją RP związek małżeński mogą zawrzeć wyłącznie jedna kobieta i jeden mężczyzna, którzy korzystają z ochrony i opieki przyznanej przez ustawę zasadniczą. Jednakże należy podkreślić, że inne niż małżeństwo formy pożycia nie są zakazane. Związki takie, w tym konkubinat, są przez prawo tolerowane, a niektóre interesy majątkowe i osobiste konkubentów pośrednio i w ograniczonym zakresie są nawet chronione⁵. Nadanie małżeństwu i rodzinie szczególnej pozycji w strukturze norm konstytucyjnych stanowi element „aksjologii konstytucyjnej”⁶. Usytuowanie art. 18 w rozdziale poświęconym zasadom ustroju państwa, według powszechnie panującej w literaturze przedmiotu opinii, świadczy o tym, że ustrojodawca nadaje małżeństwu i rodzinie szczególnie istotne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa i państwa, podnosząc kwestię ochrony tych instytucji do rangi podstawowej zasady konstytucyjnego porządku prawnego⁷. Należy stwierdzić, że

¹ B. Mierzwiński, *Zjawisko bezrobocia a życie rodzinne*, [w:] W. Nowak, M. Tunkiewicz (red.), *Rodzina w jednoczącej się Europie*, Olsztyn 2013, s. 40.

² Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

³ *Ibidem*, art. 18.

⁴ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4, s. 25–26.

⁵ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 47.

⁶ M. Dobrowolski, *Rodzina jako wartość konstytucyjna w orzecznictwie TK (1996–2007)*, [w:] P. Czarnek (red.), M. Dobrowolski (red.), *Rodzina jako podmiot prawa*, Zamość 2012, s. 9.

⁷ K. Serafin, *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018, s. 93.

doktryna prawa konstytucyjnego zalicza przepis art. 18 Konstytucji do tzw. norm programowych, nakazujących realizację celów wyznaczanych przez normodawcę. Normy te posiadają charakter wiążący, jednakże nie nakładają na adresata obowiązków o charakterze definitywnym⁸.

W literaturze zwraca się uwagę na to, że nie ma legalnej definicji rodziny, która posiadałby walory charakteru uniwersalnego. Próby zdefiniowania pojęcia rodziny występują w doktrynie oraz orzecznictwie. Według M. Zubika, zgodnie z treścią zawartą w art. 18 Konstytucji – rodzina to „trwały związek kobiety i mężczyzny, nakierowany na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo”⁹. Należy przypomnieć, że według prawa polskiego rodzina nie posiada osobowości prawnej, zaś poszczególne normy prawne są adresowane do jej członków np. małżonków, dzieci. Według M. Andrzejewskiego¹⁰ pojęcie rodziny można określić w drodze wykładni z norm regulujących daną dziedzinę stosunków społecznych. Normy prawne pełniące funkcję ochronną rodziny pojawiają się w różnych gałęziach prawa i mają różny charakter prawny. Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹¹ nie wskazuje na legalną definicję rodziny. Jednakże w kilku przepisach ustawodawca używa terminu „rodzina”, w której skład wchodzi małżonkowie i ich dzieci lub sami małżonkowie¹². Niewiele jest wzmianek szerszego ujmowania rodziny, dotyczą one w szczególności aspektu obowiązku alimentacyjnego, którym objęci są wszyscy krewni, byli małżonkowie oraz niektórzy powinowaci. Szersze pojęcie „rodziny” występuje w Ustawie z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹³ – art. 6 pkt 14 uznaje za rodzinę osoby spokrewnione lub niespokrewnione pozostające w faktycznym związku, wspólnie zamieszkujące i gospodarujące. Według W. Borysiaka ochrona rodziny, która zawarta jest w przepisie art. 18 Konstytucji obejmuje zakresem kilka rodzajów wspólnot, pod warunkiem, że można przypisać im cechę trwałości. Do tej grupy należą małżonkowie i ich wspólne dzieci, matki albo ojcowie wychowujący dziecko lub dzieci, pod warunkiem wcześniejszego pozostawania w związku małżeńskim lub trwałym konkubinacie¹⁴. Zaś według G. Kowalskiego ochroną zostało objęte małżeństwo i rodzina, a konkubinaty nie podlega tym normom. Jednakże osoby pozostające w takim związku mogą korzystać z ochrony i opieki państwa, jeżeli

⁸ T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, [w:] J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1995, s. 95 i nast.

⁹ M. Zubik, *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” 2002, nr 2, s. 41.

¹⁰ M. Andrzejewski, *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999, s. 17.

¹¹ Dz.U. z 2017 r., poz. 682.

¹² T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11/12, s. 191.

¹³ Dz.U. z 2017 r., poz. 1952.

¹⁴ W. Borysiak, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 489.

w tych związkach zawiera się także ich rodzina, tworzona bądź przez partnerów i ich wspólne dziecko, bądź przez partnerów i dziecko (dzieci) jednego albo dzieci każdego z nich. Ochrona taka będzie dotyczyła rodziny, a nie samego związku nieformalnego¹⁵.

W polskim systemie prawnym pojawiło się nowe pojęcie: „inny członek rodziny”. Zmianę wprowadzono z dniem 2 stycznia 2016 r.¹⁶, która w art. 175¹ Kodeksu pracy wprowadziła nowe pojęcia: pracownika – innego członka najbliższej rodziny oraz ubezpieczonego – innego członka najbliższej rodziny. Mając na myśli pracownika – innego członka rodziny – należy przez to rozumieć będącego pracownikiem, innego niż pracownik – ojciec wychowujący dziecko, członka najbliższej rodziny, o którym mowa jest w art. 29 ust. 5 ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa¹⁷. Za innego członka rodziny uważa się małżonka, rodziców, ojczyma, macochę, teściów, rodzica dziecka, dziadków, wnuki, rodzeństwo, dzieci w wieku powyżej 14 lat, jeżeli pozostają we wspólnym gospodarstwie domowym. Prawo do zasiłku co do zasady przysługuje osobom objętym ubezpieczeniem chorobowym, zwolnionym od wykonywania pracy z powodu konieczności osobistego sprawowania opieki nad dzieckiem w wieku do osiągnięcia 8 lat – w określonych przez ustawodawcę przypadkach, chorym dzieckiem w wieku do ukończenia 14 lat, innym chorym członkiem rodziny. 1 września 2019 r.¹⁸ zmieniły się przepisy w tym zakresie, że uprawnienia do urlopu rodzicielskiego, ojcowskiego oraz na warunkach urlopu macierzyńskiego na wniosek pracownicy – matki dziecka, będzie mógł wziąć inny członek rodziny, np. babcia, dziadek, siostra czy brat. Do chwili obecnej inny członek najbliższej rodziny mógł pójść na jeden ze wskazanych urlopow, jednakże tylko wtedy, gdy matka miała orzeczenie o niezdolności do samodzielnej egzystencji, przebywała w szpitalu lub innym zakładzie leczniczym ze względu na stan zdrowia, uniemożliwiający jej opiekę nad dzieckiem oraz w przypadku śmierci lub porzucenia dziecka. Znowelizowane przepisy Kodeksu pracy i ustawy zasiłkowej przewidują cztery przypadki, kiedy prawo do części urlopu macierzyńskiego lub prawo do pobierania zasiłku macierzyńskiego za okres odpowiadający części urlopu macierzyńskiego może nabyć nie tylko ojciec dziecka, ale także inny członek najbliższej rodziny. Jako pierwsze należy zastrzec jednak to, że uprawnienia innego członka najbliższej rodziny zawsze pojawiają się obok uprawnień ojca

¹⁵ G. Kowalski, *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji*, [w:] P. Kasprzyk (red.), P. Wiśniewski (red.), *Prawo rodzinne w dobie przemian*, Lublin 2009, s. 55.

¹⁶ Ustawa z 24.07.2015 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, (Dz.U. z 2015 r., poz. 1268).

¹⁷ Dz.U. z 2014 r., poz. 159 z późn. zm., dalej ustawa zasiłkowa.

¹⁸ Ustawa z dnia 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, (Dz.U. z 2019 r., poz. 1040).

dziecka, choć w przypadku tego ostatniego Kodeks pracy przewiduje więcej przypadków „przejmowania” urlopu lub zasiłku. To, czego znowelizowane przepisy nie czynią, to nie rozstrzygają, który z uprawnionych ma pierwszeństwo w nabyciu uprawnień – ojciec czy członek najbliższej rodziny¹⁹. Nowe przepisy zrównują ochronę stosunku pracy, a także przysługujące uprawnienia pracownikowi – ojcu wychowującemu dziecko i pracownikowi – członkowi najbliższej rodziny, którzy korzystają z urlopów macierzyńskich lub rodzicielskich²⁰. Według M. Mędrali²¹ włączenie w pewnych przypadkach innych członków rodziny do podmiotów, które mogą skorzystać z wymienionych urlopów będzie stanowiło w pewnym sensie uelastycznienie uprawnień rodzicielskich. Jest to wyraz zmniejszenia ograniczenia konstytucyjnego obowiązku kobiety do wykorzystania urlopu macierzyńskiego, zwłaszcza w sytuacji, gdy ojciec dziecka z różnych powodów nie chce lub nie może przejąć pozostałej części urlopu lub zasiłku.

Ustawa zasadnicza jaką jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wskazuje również na aspekt ochrony macierzyństwa. W szczególności wskazuje na to art. 68 ust. 3, który stanowi: „władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym (...)”. Na mocy art. 71 ust. 2 „matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych w zakresie określonym ustawą.”²² J. Ignatowicz i M. Nazar tworząc definicję macierzyństwa podkreślają, że powinno być ono odnoszone przede wszystkim do więzi łączącej kobietę ciężarną z jej nienarodzonym jeszcze dzieckiem, natomiast rodzicielstwo obejmuje więź wynikającą z faktu bycia matką, albo ojcem²³. Warty podkreślenia jest również aspekt państwa, który w swej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny²⁴. Jednakże, jak wskazuje M. Chmaj, wymieniony przepis nie może być podstawą skargi konstytucyjnej. Jest to tzw. norma programowa, która wskazuje na postulaty, jakimi powinny się kierować organy władzy podczas stanowienia i stosowania prawa²⁵.

Wśród aktów niższego rzędu, które również poruszają problematykę rodzinną należy wymienić Kodeks pracy, gdzie w sposób szczególny wskazano na jej funkcję ochronną²⁶. Według T. Liszcz z reguły, gdy oboje rodziców

¹⁹ K. Kulig, *Członek najbliższej rodziny jako osoba nabywająca uprawnienia związane z rodzicielstwem*, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 3, s. 135.

²⁰ E. Panufnik, *Zmiany w Kodeksie pracy 2019 – ochrona innych członków najbliższej rodziny korzystających z urlopu macierzyńskiego i rodzicielskiego*, www.infor.pl (data dostępu: 30.08.2019).

²¹ M. Mędrala, *Uprawnienia rodzicielskie dla członków najbliższej rodziny pracownika*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2016, s. 93–94.

²² Konstytucja RP z dnia 2.04.1997 r., art. 68 i art. 71, ust. 2.

²³ J. Ignatowicz, M. Nazar, op. cit., s. 48.

²⁴ Konstytucja RP, art. 71, ust. 1.

²⁵ M. Chmaj, *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji RP*, Warszawa 2008, s. 181.

²⁶ Ustawa z 26.06.1974 r. Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141 ze zm.

pracuje poza domem, konieczne jest ustanowienie w prawie pracy takich rozwiązań, które pomogą im zorganizować opiekę nad dziećmi, stosowną do ich wieku i stanu zdrowia, a także będą chronić organizm kobiety jako matki (przyszłej matki) przed szkodliwym wpływem pracy zawodowej na jej potomstwo. Prawo pracy może też odegrać pewną rolę, chociaż na pewno nie pierwszoplanową, w zapewnieniu rodzinie materialnych podstaw egzystencji przez stworzenie preferencji w zatrudnieniu oraz umocnienie trwałości stosunku pracy i zatrudnienia osób obciążonych obowiązkiem utrzymania rodziny²⁷.

Nauka Kościoła Katolickiego również wspiera i wskazuje na ochronę rodziny w państwie, podkreślając jak ważną funkcję pełni rodzina jako podstawowa komórka społeczna. Należy podkreślić fakt ochrony rodziny w Konkordacie zawartym między Stolicą Apostolską i Rzeczypospolitą Polską z 1993 r., który stanowi, że: „układające się Strony deklarują wolę współdziałania na rzecz obrony i poszanowania instytucji małżeństwa i rodziny będących fundamentem społeczeństwa”²⁸. Kościół Katolicki „rodzinę” pojmuje jako odrębny podmiot praw i obowiązków. Papież Jan Paweł II w liście do Rodzin podkreślił, że: „prawa rodziny nie są tylko matematyczną sumą praw osoby. Rodzina bowiem jest czymś więcej niż każdy z osobna człowiek. Jest wspólnotą rodziców i dzieci, bywa nieraz wspólnotą wielu pokoleń. Dlatego też jej podmiotowość domaga się własnych specyficznych praw”²⁹. Prawa fundamentalne, które powinny uwzględniać rolę państwa w prowadzeniu polityki rodzinnej zawarte są w Karcie praw rodziny z 1983 r. W adhortacji apostolskiej *Familiaris consorti* wskazuje się w jaki sposób państwo oraz społeczeństwo powinno udzielać wsparcia dla rodziny: „Władze publiczne przekonane o tym, że dobro rodziny stanowi wartość niezastąpioną i nieodzowną we wspólnocie obywateli, winny czynić wszystko celem zabezpieczenia wszelkiej pomocy gospodarczej, społecznej, pedagogicznej, politycznej i kulturalnej, niezbędnej do tego, ażeby rodziny mogły w sposób ludzki sprostać swoim odpowiedzialnym zadaniom”³⁰.

Należy również w tym miejscu podkreślić, że zauważa się odniesienie się do regulacji związanych z prawem pracy, dotyczących aspektów zabezpieczenia społecznego czy równego wynagrodzenia dla kobiety i mężczyzny. Z Karty praw rodziny wynika, że rodziny mają prawo do takiego systemu gospodarczego i społecznego, w którym organizacja pracy: zapewniałaby rodzinom wspólne życie, nie zagrażałaby ich wspólnocie majątkowej, stabilności oraz zdrowiu, stwarzałaby też możliwość odpoczynku, zapewniałaby wynagrodze-

²⁷ T. Liszcz, *Prawo pracy instrumentem polityki prorodzinnej państwa*, „PiZS” 2007, nr 6, s. 3.

²⁸ Dz.U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

²⁹ T. Liszcz, op. cit., s. 2–6.

³⁰ S.L. Stadniczenko, *Rodzina i jej prawa w świetle Karty Praw Rodziny*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa rodziny-prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej*, Toruń 1999, s. 23.

nie wystarczające potrzebom założenia i godnego utrzymania rodziny, czy to w formie tzw. płacy rodzinnej, czy też innych form zabezpieczenia społecznego, zapewniałaby równe wynagrodzenie za pracę jednakowej wartości, co miałoby szczególne znaczenie w kontekście pracy kobiet. Karta praw rodziny stawia wyraźny postulat, by wynagrodzenie otrzymywane przez ojca rodziny było takie, aby kobieta – matka nie była zmuszona do pracy poza domem, ze szkodą dla życia rodzinnego, a zwłaszcza dla wychowania dzieci³¹.

Polityka prorodzinna prowadzona przez państwo

Państwo odgrywa niezwykle ważną rolę w kształtowaniu prawa pracy oraz dokonywaniu interpretacji przepisów prawnych oraz wprowadzaniu istotnych zmian w prawodawstwie krajowym. Władza w państwie prawa powinna być sprawowana poprzez właściwe organy, które są przewidziane w przepisach Konstytucji RP oraz przepisach szczególnych. Rada Ministrów, na czele z Premierem, wykonuje władzę w państwie realizując program polityczny. W Polsce w zasadzie utożsamia się rząd z Radą Ministrów i oba terminy często stosuje się wymiennie (szczególnie używając języka potocznego), mimo że Konstytucja RP oraz ustawy konsekwentnie używają tylko określenia „Rada Ministrów”³². Z dziedziną prawa pracy, polityką społeczną czy polityką rodzinną ściśle powiązane jest Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej. Urząd ten ma najważniejszy wpływ na politykę prorodziną w kraju, proponowane programy pomocowe, wdrażanie instrumentów prawnych, m.in. mających na celu ochronę rodziny. Ważnym programem zasługującym na aprobatę jest wprowadzenie tzw. asystentów rodziny. Obecna Minister E. Rafalska wskazuje, że głównym zadaniem asystenta rodziny jest prowadzenie zindywidualizowanej pracy z rodziną, która ma np. problemy opiekuńczo-wychowawcze. Rolą asystentów rodziny jest wspieranie rodziny, jest to działanie profilaktyczne, a nie kontrolne, ingerujące w samodzielność rodziny. Ponadto rolą asystenta rodziny jest wspieranie rodzin, które z różnych powodów nie są w stanie samodzielnie spełniać prawidłowo funkcji opiekuńczo-wychowawczych wobec własnych dzieci. Celem pracy asystenta jest doprowadzenie do osiągnięcia przez rodzinę podstawowego poziomu stabilności życiowej, która umożliwi jej wychowywanie dzieci. Jego głównym zadaniem jest nie dopuścić do oddzielenia dziecka od rodziny lub umożliwić jak najszybszy powrót dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej. Powołanie asystentów rodziny jest zadaniem własnym gminy. W latach 2012–2014 było ono zadaniem fakultatywnym, a od 2015 r. stało się obligatoryjne. Z danych

³¹ Ibidem, s. 26–27.

³² K. Ziółkowska, *Rola Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej jako władzy wykonawczej w zakresie prawa pracy*, [w:] P. Majer, M. Kowalczyk (red.), *Władza w prawie*, Olsztyn 2014, s. 255.

na koniec grudnia 2015 r. wynika, że gminy zatrudniały 3816 asystentów rodziny, czyli o 12,4% więcej niż w 2014 r. (3393 asystentów). W 178 gminach wciąż jednak nie ma ani jednego asystenta. Z usług asystentów rodziny w roku ubiegłym skorzystało 41 739 rodzin (w 2014 r. 37 876 rodzin), co oznacza wzrost w stosunku do roku poprzedniego o 10,1%.

Od 2012 r. działa program „Asystent rodziny i koordynator rodzinnej pieczy zastępczej”, który wspiera samorządy terytorialne w zatrudnianiu asystenta rodziny. W 2016 r. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej przeznaczyło na ten cel najwyższą do tej pory kwotę 59,1 mln zł³³. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej ma niebagatelny wpływ na kształtowanie się przepisów dotyczących Kodeksu pracy oraz przepisów związanych z polityką rodzinną, ubezpieczeniami społecznymi (świadczenia macierzyńskie, rodzicielskie, wychowawcze). Niewątpliwie należy podkreślić, że poprzez Ministerstwo władza rządząca wykonuje swoje założenia programowe, realizuje pomysły dotyczące m.in. polityki zatrudnienia czy polityki rodzinnej. Wszelkie decyzje, które są podejmowane w Ministerstwie dotyczą całego społeczeństwa, niezależnie od tego czy jego członkowie są pracownikami, pracodawcami, matkami lub ojcami wychowującymi dziecko/dzieci czy też osobami bezrobotnymi. Zatem przepisy dotyczące polityki rodzinnej, które zostają wprowadzone do Kodeksu pracy mają na celu zwiększenie atrakcyjności powiększenia rodziny, nawiązanie ściślejszej więzi między rodzicami, zwiększenie zaangażowania ojca w wychowanie dziecka/dzieci³⁴. Głównym zadaniem asystenta jest wspieranie rodzin dotkniętych ubóstwem, niezaradnych życiowo, które ze względu na niskie wykształcenie nie potrafią sobie poradzić ze sprawami urzędowymi. Można nawet stwierdzić, że asystent rodziny jest pierwszą osobą, która wspiera rodzinę w bieżących problemach społecznych czy nawet wychowawczych. W tym miejscu należy zadać pytanie: jakby funkcjonowała rodzina, gdyby w systemie wpierania rodziny nie było ustanowionej takiej instytucji? Kto dotarłby do rodzin, które są niewydolne społecznie i finansowo? Praca asystenta rodziny nie należy do najłatwiejszych, często asystenci odwiedzają rodziny popołudniami lub wieczorami. Zaś ze względu na trudności w wykonywaniu tej pracy asystenci mogą korzystać z pomocy psychologów, pracowników socjalnych czy prawników. Niewątpliwie jest jeszcze wiele mankamentów tej pracy (np. zbyt dużo rodzin przypada na jednego asystenta rodziny), które należałoby poprawić (np. zagwarantowanie stabilności zatrudnienia). W konkluzji przydatności asystenta rodziny w obecnym systemie prawnym można stwierdzić, że ze względu na ciągle rosnące zapotrzebowanie na wsparcie rodzin szczególnie niewydolnych społecznie, wskazuje się na dużą potrzebę zapewnienia takiej opieki.

³³ *Asystenci rodziny to ważne wsparcie – informacja z dnia 12.września 2016 r.*, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 12.09.2019).

³⁴ K. Ziółkowska, op. cit., s. 264.

Warto wspomnieć o ważnym i jednocześnie nowym projekcie Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, jakim jest program „Rodzina 500+”, za który rząd polski dostał Nagrodę Europejskiej Konfederacji Dużych Rodzin (ELFAC) w uznaniu za wybitne osiągnięcia w zakresie polityki prorodzinnej. Program „Rodzina 500 plus” został opracowany z myślą o tym, aby poprzez zmniejszenie obciążenia finansowego rodzin, związanego z wychowywaniem ich dzieci, zachęcić Polaków do podejmowania decyzji o posiadaniu większej rodziny. Rządowy program „Rodzina 500+” ma za zadanie pomóc w wychowywaniu dzieci poprzez przyznawanie świadczeń wychowawczych. Wypłacane pieniądze mają posłużyć jako pokrycie kosztów związanych z zaspokojeniem potrzeb życiowych oraz wychowaniem dziecka. Program w swoim założeniu, poza poprawą sytuacji polskich rodzin, ma za zadanie również przyczynić się do zwiększenia dzietności. Aktualnie współczynnik dzietności w Polsce wynosi 1,3 urodzeń na kobietę, a dla porównania w roku 1983 wynosił 2,42³⁵. Pomimo że stanowi istotny wkład państwa w pomoc polskim rodzinom w sprostaniu trudom życia codziennego w zakresie zabezpieczenia podstawowych potrzeb życiowych dzieci, a tym samym wpływa na podwyższenie standardu życia dzieci, chociażby w minimalnym zakresie, to jednak nie stanowi leku na wszystkie bolączki społeczeństwa polskiego w tym zakresie³⁶. Prawo do świadczeń wychowawczych będzie przysługiwać na dziecko, rozumiane jako: dziecko własne, dziecko małżonka, dziecko przysposobione (adoptowane), dziecko znajdujące się pod opieką prawną do czasu ukończenia przez nie 18. roku życia. Świadczenie mogą pobierać rodzice, jeden rodzic, opiekunowie prawni oraz faktyczni opiekunowie. Beneficjentami rządowego programu „Rodzina 500+” mogą zostać obywatele Polski oraz cudzoziemcy, jeżeli znajdują wobec nich zastosowanie przepisy o koordynacji systemów zabezpieczeń społecznych, gdy wynika to z międzynarodowych umów dwustronnych, gdy osoba posiada kartę pobytu z adnotacją „dostęp do rynku pracy”, ale z wyłączeniem obywateli państw trzecich (z pozwoleniem na pracę na okres krótszy niż 12 miesięcy, którzy przybyli do Polski na studia, mogących pracować w oparciu o wizę). Cudzoziemcy mają prawo do świadczeń pod warunkiem zamieszkiwania na terytorium Polski przez okres pobierania świadczenia. Wyjątek stanowią sytuacje, gdy dwustronne umowy międzynarodowe lub przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego mówią inaczej³⁷.

³⁵ *Zasady i warunki programu „Rodzina 500 plus*, <http://www.program500plus.pl> (data dostępu: 20.09.2019).

³⁶ P. Zyśk, *Rządowy program „Rodzina 500 plus” a problem obniżania należnych świadczeń alimentacyjnych – sygnalizacja problemu na tle poprzedniego i obecnego stanu prawnego*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 24, s. 1339.

³⁷ *Program 500 Plus*, <http://www.program500plus.pl/dla-kogo.html> (data dostępu: 09.01.2018).

Minister Elżbieta Rafalska wskazała, iż wielowymiarowe wsparcie rodzin obejmuje także takie działania, jak pomoc finansowa, rozwój usług dla rodzin wychowujących dzieci, rozwój usług opieki nad małymi dziećmi, urlopy związane ze sprawowaniem opieki nad dzieckiem, wsparcie rodzin wielodzietnych, osób niepełnosprawnych i ich opiekunów, działania na rzecz stabilizacji zatrudnienia. Tworzą one rodzinom godne warunki do życia i podejmowania decyzji o rodzicielstwie. Do 30 czerwca 2019 r. świadczenie wychowawcze z programu „Rodzina 500+” było wypłacane w kwocie 500 zł miesięcznie na drugie i kolejne dziecko, bez dodatkowych warunków. Rodziny o niskich dochodach otrzymywały wsparcie także na pierwsze lub jedyne dziecko, przy spełnieniu kryterium dochodowego na osobę, wynoszącego 800 zł netto lub 1200 zł w przypadku wychowywania w rodzinie dziecka niepełnosprawnego. Było to nawet 6.000 zł netto rocznego wsparcia dla dziecka. Program „Rodzina 500+” to systemowe wsparcie polskich rodzin. Zgodnie z projektem, z pomocy korzystali rodzice oraz opiekunowie dzieci do 18. roku życia. Od 1 lipca 2019 r. świadczenie wychowawcze przysługuje na każde dziecko do ukończenia 18. roku życia, bez względu na dochód osiągany przez rodzinę³⁸. Prawo do tego świadczenia nie jest już także uzależnione od warunku ustalenia alimentów na dziecko od drugiego rodzica w przypadku wniosków składanych przez rodziców samotnie wychowujących dziecko. Przyznanie świadczenia nie wymaga wydawania i doręczania decyzji administracyjnej. Rodzic wnioskujący o wypłatę 500 złotych na dziecko otrzyma na wskazany we wniosku adres e-mail informację o przyznaniu świadczenia. Jeśli nie podał adresu poczty elektronicznej, taką informację będzie mógł odebrać osobiście, ale nie będzie to obligatoryjne. Nawet nieodebranie informacji nie będzie miało żadnego wpływu na wypłatę przyznanego świadczenia wychowawczego³⁹.

Należy podkreślić, że program nie dyskryminuje rodziców ze względu na stan cywilny, zatem świadczenie rodzicielskie otrzymają rodzice pozostający w związku małżeńskim, ale również pozostający w związkach nieformalnych. Wniosek do programu „Rodzina 500+” o zasiłek wychowawczy należy składać w urzędzie gminy lub miasta, właściwym dla miejsca zamieszkania osoby starającej się o świadczenie. Co więcej, istnieje możliwość złożenia wniosku również poprzez Internet. Wniosek o świadczenie wychowawcze 500 zł powinien zawierać:

- dane osoby starającej się o świadczenie (imię, nazwisko, datę urodzenia, PESEL, a w przypadku, gdy nie nadano numeru PESEL wymagany będzie numer dokumentu potwierdzającego tożsamość),
- dane dzieci będących pod opieką osoby składającej wniosek (imię, nazwisko, datę urodzenia, PESEL, stan cywilny).

³⁸ *Rodzina 500 plus – informacja z dnia 12 września 2016 r.*, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 20.04.2018).

³⁹ <https://www.zus.pl/program-rodzina-500> (data dostępu: 20.09.2019).

Warunkiem otrzymania świadczenia wychowawczego (500+) jest jednak złożenie wniosku o przyznanie świadczenia. Wnioski o przyznanie świadczenia na nowych zasadach można składać online od 1 lipca (poprzez kanał bankowości elektronicznej, portal Emp@tia lub portal PUE ZUS), a od 1 sierpnia drogą tradycyjną (w urzędzie lub listownie poczta)⁴⁰.

Świadczenie wychowawcze będzie realizowane w gminach, a w sprawach, w których zastosowanie będą miały unijne przepisy o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego, świadczenie realizować będą marszałkowie województw. Wybór optymalnych rozwiązań organizacyjnych w gminach, które zapewnią prawidłową i terminową realizację świadczenia wychowawczego, należeć będzie do wójtów, burmistrzów i prezydentów miast. Analogicznie do funkcjonujących od wielu lat rozwiązań organizacyjnych, dotyczących świadczeń rodzinnych, świadczenie wychowawcze będzie mogło być realizowane w danej gminie, zarówno w urzędzie gminy/miasta lub w wyodrębnionej komórce organizacyjnej w ośrodku pomocy społecznej lub innej jednostce organizacyjnej w danej gminie, np. w funkcjonujących już w wielu miastach w Polsce specjalnych centrach utworzonych do realizacji świadczeń socjalnych⁴¹.

Niestety, polityka prorodzinna została zaniedbana już wcześniej, przez poprzednie rządy, które sprawowały władzę. Wielu Polaków rozpoczęło swoją migrację za granicę, gdyż bezrobocie po transformacji ustrojowej bardzo wzrosło. Zatem pojawia się pytanie: czy obywatele polscy zamieszkujący poza terenem kraju mają prawo skorzystać z wspomnianego programu? Program „Rodzina 500+” jest zgodny z dotychczasową, unijną praktyką koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Pozwala ona ograniczyć przypadki nienależnego pobierania świadczeń przez osoby mieszkające za granicą. Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci⁴² przewiduje, że świadczenie wychowawcze nie będzie przysługiwać, jeżeli rodzinie przysługuje za granicą świadczenie o podobnym charakterze, z wyjątkiem sytuacji, gdy przepisy o koordynacji systemu zabezpieczenia społecznego lub dwustronne umowy przewidują inaczej. Rodzice składający wniosek o przyznanie świadczenia są zobowiązani do informowania o każdej zmianie, mającej wpływ na prawo do tego świadczenia, w tym również o zmianie miejsca zamieszkania. Działania te wynikają z zakazu kumulacji świadczeń o charakterze rodzinnym, przewidzianych w przepisach unijnych. Zgodnie z ww. zasadą, wnioskodawca nie będzie mógł jednocześnie pobierać pełnej kwoty świadczeń w dwóch państwach członkowskich, jednak otrzyma najwyższą możliwą kwotę świadczeń przewidzianą w ustawodawstwie jednego z tych

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ *Rodzina 500 plus – informacja z dnia 31 marca 2016 r.*, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 20.04.2018).

⁴² Ustawa z 11.02.2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, Dz.U. z 2016 r., poz. 195.

państw (z reguły właściwym do wypłaty świadczeń jest to państwo, w którym wykonywana jest praca). Jeśli rodzic przebywa w innym państwie UE i złoży tam wniosek o świadczenia rodzinne, tamtejszy organ informuje o tym fakcie marszałków województw w Polsce. Marszałek zaś przekazuje te informacje do właściwej gminy. Mechanizm koordynacji świadczeń o charakterze rodzinnym w ramach przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego nie jest rozwiązaniem nowym. Funkcjonuje już od dnia wejścia Polski do UE, tj. od ponad 11 lat i skutecznie zapobiega jednoczesnemu pobieraniu pełnej kwoty świadczeń o charakterze rodzinnym na te same dzieci w dwóch państwach, w tym samym okresie⁴³. W przypadku podania we wniosku informacji niezgodnych ze stanem faktycznym (np. niewskazania miejsca zamieszkania poza granicami RP) istnieje możliwość uznania wypłaconych świadczeń za nienależnie pobrane. Nienależnie pobrane świadczenie wychowawcze podlega egzekucji w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Z szacunków Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej wynika, że po rozszerzeniu formuły programu „Rodzina 500+” wsparcie trafi łącznie do ok. 6,8 mln dzieci (dzisiaj ze świadczenia wychowawczego korzysta 3,6 mln dzieci – stan na kwiecień 2019 r.). Wśród nich będą teraz także wszystkie dzieci przebywające w placówkach opiekuńczo-wychowawczych. Nowelizacja ustawy wydłuża też – do 31 maja 2021 r. – pierwszy okres, na jaki zostanie przyznane świadczenie wychowawcze na nowych zasadach. Oznacza to, że nie będzie trzeba składać ponownie wniosków o świadczenie wychowawcze w 2020 r.⁴⁴ W ciągu trwania programu pojawiają się również aspekty bardzo niepokojące. Mianowicie zauważa się spadek aktywności kobiet, które mogą mieć w przyszłości problem z ewentualnym powrotem na rynek pracy. Dodatkowym pomysłem na formę wykorzystania 500 złotych jest propozycja, aby te pieniądze mogły trafiać bezpośrednio do takich instytucji, jak przedszkola i żłobki. Program ten wciąż wywołuje wiele kontrowersji co do wykorzystywania przez rodziny tych pieniędzy. Powstaje pytanie, czy każda rodzina, która otrzymuje pieniądze z tego programu właściwie je wydatkuje na dzieci? Na chwilę obecną nikt nie jest w stanie tego do końca zweryfikować. Natomiast w momencie pojawienia się takich informacji, odpowiednie organy powinny zareagować. Według A. Gromady⁴⁵ żadna polityka społeczna nie istnieje w społeczno-ekonomicznej próżni, a program „Rodzina 500+” przez swój koszt (22 mld złotych rocznie), zasięg (2,4 ml rodzin), poparcie społeczne (77%) i wolę polityczną miał jeszcze większe szanse na osiągnięcie synergii z innymi politykami publicznymi. Pre-

⁴³ *Program Rodzina 500 plus – informacja z dnia 31 marca 2016 r.*, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 20.04.2018).

⁴⁴ <https://www.zus.pl/program-rodzina-500> (data dostępu: 20.09.2019).

⁴⁵ A. Gromada, *Czemu służy Program Rodzina 500 Plus? Analiza celów polityki publicznej i polityki partyjnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, Rok LXXX, z. 3, s. 244.

sja czasu, pod którą tworzono program, negatywnie wpłynęła na jego jakość: od niejasności celów, przez niedostosowanie narzędzi, po brak komplementarności w systemach wsparcia rodzin i fasadowe konsultowanie rozwiązań.

Od początku lipca 2019 r. drogą internetową można było także złożyć wniosek o wyprawkę szkolną w wysokości 300 zł z programu „Dobry start”. Świadczenie „Dobry start” przysługuje raz w roku na dziecko uczące się w szkole, aż do ukończenia przez nie 20 lat. Dzieci niepełnosprawne, uczące się w szkole, mogą otrzymać świadczenie do ukończenia przez nie 24 lat. Wnioski można składać online za pośrednictwem kanałów bankowości elektronicznej lub portalu Emp@tia. Termin składania wniosków upływa 30 listopada 2019 r.⁴⁶ Aby otrzymać wsparcie, należy złożyć wniosek. Może to zrobić matka, ojciec, opiekun prawny dziecka lub opiekun faktyczny dziecka (opiekun faktyczny to osoba faktycznie sprawująca opiekę nad dzieckiem, która wystąpiła do sądu opiekuńczego o przysposobienie dziecka). Wniosek o świadczenie dla dzieci, które przebywają w pieczy zastępczej składa rodzic zastępczy, osoba prowadząca rodzinny dom dziecka lub dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej. Świadczenie „Dobry start” nie przysługuje na dzieci uczęszczające do przedszkola oraz dzieci realizujące roczne przygotowanie przedszkolne w tzw. zerówce w przedszkolu lub szkole. Program „Dobry start” nie obejmuje również studentów⁴⁷.

Od 1 marca 2019 r. można ubiegać się o rodzicielskie świadczenie uzupełniające⁴⁸. Będzie ono mogło być przyznane matce, która urodziła i wychowała lub wychowała co najmniej czworo dzieci, a w przypadku śmierci matki dzieci albo porzucenia dzieci przez matkę lub też długotrwałego zaprzestania wychowania dzieci – ojcu, który wychował co najmniej czworo dzieci. O świadczenie będą mogły ubiegać się osoby, które nie posiadają niezbędnych środków do życia i osiągnęły wiek emerytalny. W przypadku kobiet to 60 lat, mężczyzn – 65 lat. Rodzicielskie świadczenie uzupełniające będzie przysługiwać wyłącznie osobom mieszkającym w Polsce i mającym (po ukończeniu 16 lat) tzw. ośrodek interesów życiowych na terytorium naszego kraju – przez co najmniej 10 lat⁴⁹. Pisemny wniosek o rodzicielskie świadczenie uzupełniające będzie rozpatrywał prezes Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub prezes Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Do wniosku trzeba będzie dołączyć oświadczenie „o sytuacji rodzinnej, majątkowej i materialnej”, a także inne dokumenty, które mogą mieć wpływ na przyznanie świadczenia. Następnie, po przeanalizowaniu całej dokumentacji, zostanie podjęta

⁴⁶ <https://www.portalsamorzadowy.pl/polityka-i-spoleczenstwo/mieszkam-za-granica-czy-dostane-500-plus-ministerstwo-odpowiada-rodzicom,128326.html> (data dostępu: 20.09.2019).

⁴⁷ <https://www.gov.pl/web/rodzina/dobry-start> (data dostępu: 20.09.2019).

⁴⁸ Ustawa z 31.01.2019 r. o rodzicielskim świadczeniu uzupełniającym (Dz.U. z 2019 r., poz. 303).

⁴⁹ <https://www.gov.pl/web/rodzina/mama-4-pytania-i-odpowiedzi> (data dostępu: 20.09.2019).

decyzja o przyznaniu świadczenia lub jego odmowie. Oddziały Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz inne organy rentowe (np. służb mundurowych) będą zajmowały się obsługą oraz wypłatą świadczenia. Rodzicielskie świadczenie uzupełniające jest specjalnym świadczeniem nieskładkowym, finansowanym z budżetu państwa, które jedynie uzupełniająco lub zastępczo jest powiązane z ryzykiem starości. W przypadku, gdy osoba zainteresowana pobiera już świadczenie niższe od najniższej emerytury, świadczenie rodzicielskie będzie uzupełniać pobierane świadczenie do tej kwoty. Natomiast w przypadku osoby niemającej prawa do żadnego świadczenia, wysokość rodzicielskiego świadczenia uzupełniającego odpowiadać będzie kwocie najniższej emerytury, która od 1 marca 2019 r. wynosić będzie 1100 zł⁵⁰. Jeśli nie zgadzamy się z decyzją w sprawie rodzicielskiego świadczenia uzupełniającego, mamy prawo:

- w ciągu 14 dni od otrzymania decyzji zgłosić wniosek do prezesa ZUS lub KRUS o ponowne rozpatrzenie sprawy,
- w ciągu 30 dni od doręczenia decyzji zgłosić skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie za pośrednictwem Prezesa ZUS lub KRUS.

Jeśli nie zgadzamy się z decyzją wydaną po ponownym rozpatrzeniu sprawy, mamy prawo złożyć skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Można również złożyć odwołanie do sądu, jeśli nie zgadzamy się z decyzją w sprawie:

- ponownego ustalenia wysokości rodzicielskiego świadczenia uzupełniającego,
- ustania prawa do tego świadczenia,
- wypłaty tego świadczenia,
- zwrotu nienależnie pobranego świadczenia.

W takiej sytuacji odwołanie należy złożyć do sądu okręgowego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych⁵¹.

Kolejnym ważnym elementem wspierającym rodzinę w Polsce jest tzw. Karta Dużej Rodziny. Ogólnopolska Karta Dużej Rodziny to system zniżek dla rodzin wielodzietnych. Przysługuje niezależnie od dochodu, rodzinom z przynajmniej trojgiem dzieci:

- w wieku do ukończenia 18. roku życia,
- w wieku do ukończenia 25. roku życia, w przypadku, gdy dziecko uczy się w szkole lub w szkole wyższej,
- bez ograniczeń wiekowych, w przypadku dzieci legitymujących się orzeczeniem o umiarkowanym albo znacznym stopniu niepełnosprawności.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

Dotyczy to także rodzin zastępczych oraz rodzinnych domów dziecka. Karta przyznawana jest każdemu członkowi rodziny. Dochód rodziny nie jest kryterium przyznania Karty.

Prawo do posiadania Karty przysługuje członkowi rodziny wielodzietnej, który jest:

1. osobą posiadającą obywatelstwo polskie, mającą miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

2. cudzoziemcem mającym miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia na pobyt stały, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej, zezwolenia na pobyt czasowy udzielony w związku z okolicznością, o której mowa w art. 186 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. poz. 1650 oraz z 2014 r. poz. 463 i 1004), lub w związku z uzyskaniem w Rzeczypospolitej Polskiej statusu uchodźcy lub ochrony uzupełniającej, jeżeli zamieszkuje z członkami rodziny na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;

3. mającym miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej oraz członkom jego rodziny w rozumieniu art. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz.U. z 2014 r. poz. 1525), posiadającym prawo pobytu lub prawo stałego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Ważne jest, aby w chwili składania wniosku rodzina spełniała wskazane warunki. Jeśli w chwili składania wniosku rodzina nie ma na utrzymaniu co najmniej trojga dzieci spełniających wymienione wyżej warunki, Karta Dużej Rodziny nie będzie przysługiwała żadnemu z jej członków. Karta jest wydawana bezpłatnie, każdemu członkowi rodziny. Rodzice, przez których rozumie się także rodziców zastępczych lub osoby prowadzące rodzinny dom dziecka, mogą korzystać z Karty dożywotnio, dzieci – do 18 roku życia lub do ukończenia nauki, maksymalnie do osiągnięcia 25 lat. Osoby posiadające orzeczenie o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności otrzymują Kartę na czas trwania orzeczenia o niepełnosprawności. Karta przyznawana jest dzieciom umieszczonym w rodzinnej pieczy zastępczej na czas umieszczenia w danej rodzinie zastępczej lub rodzinnym domu dziecka⁵². Należy podkreślić, że Karta oferuje system zniżek oraz dodatkowych uprawnień. Jej posiadacze mogą korzystać z katalogu oferty kulturalnej, rekreacyjnej czy transportowej na terenie całego kraju. Dzięki Karcie osoby

⁵² *Czym jest Karta Dużej Rodziny? – informacja z dnia 10 września 2016 r.*, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 19.09.2019).

z rodzin wielodzietnych mogą korzystać m.in. z ustawowych zniżek na przejazdy kolejowe – rodzice lub małżonkowie rodziców 37% na bilety jednorazowe lub 49% na miesięczne; zniżek w opłatach paszportowych – 75% w przypadku dzieci i 50% w przypadku rodziców i małżonków rodziców oraz darmowych wstępów do parków narodowych. Zniżki mogą oferować nie tylko instytucje publiczne, ale również przedsiębiorcy prywatni, którzy przystępując do programu zyskują prawo do posługiwania się znakiem „Tu honorujemy Kartę Dużej Rodziny”⁵³. Jednakże należy wspomnieć, że Karta Dużej Rodziny ma również swoje słabe strony. Przede wszystkim są nimi za niskie zniżki w sklepach z drogiem asortymentem, tym samym mało atrakcyjna oferta sklepów, częstotliwość przedłużania karty. Najwyższa Izba Kontroli zwraca uwagę, że duża część rodzin wielodzietnych nadal nie uczestniczy w programie. Kartę Dużej Rodziny założyło na razie jedynie 41 proc. uprawnionych. Z ankiety przeprowadzonej przez NIK wynika, że duża część rodzin wielodzietnych nie przystąpiła do programu, bo w pobliżu ich miejsca zamieszkania brakowało miejsc, firm i usług, które proponowałyby ofertę zniżkową. Ankietowane rodziny nie zawsze wiedziały też, gdzie i jak mogą z Karty skorzystać. Często wskazywano także na nieciekawe zniżki i nieatrakcyjną listę podmiotów, które je oferują⁵⁴. Pomysłodawcy powinni rozszerzyć swoją ofertę o sklepy obuwnicze, spożywcze, część rekreacyjną oraz basenową, która powinna być bardziej rozbudowana, wprowadzenie opcji zniżkowej w szkołach językowych czy wsparcie edukacji (np. zakup książek ze zniżką). W mojej ocenie należałoby przeprowadzić badania ankietowe wśród rodzin, które korzystają z Karty Dużej Rodziny, aby wzmocnić jej słabe strony oraz zdobyć wiedzę, czego oczekują beneficjenci.

Dnia 1 stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 listopada 2016 r. o wsparciu kobiet w ciąży i rodzin „Za życiem”⁵⁵. Ustawodawca wprowadził wypłatę „jednorazowego świadczenia z tytułu urodzenia się dziecka, u którego zdiagnozowano ciężkie i nieodwracalne upośledzenie albo nieuleczalną chorobę zagrażającą życiu, które powstały w prenatalnym okresie rozwoju dziecka lub w czasie porodu”. Przysługuje ono w przypadku łącznego spełnienia następujących warunków:

- 1) dziecko urodzi się żywe,
- 2) kobieta pozostawała pod opieką medyczną najpóźniej od 10 tygodnia ciąży do porodu, co potwierdzono stosownym zaświadczeniem lekarskim lub zaświadczeniem wystawionym przez położną,
- 3) wniosek zostanie złożony w terminie 12 miesięcy od dnia narodzin dziecka,

⁵³ *Duża rodzina. Czym jest Karta Dużej Rodziny?*, <https://rodzina.gov.pl> (data dostępu: 19.09.2019).

⁵⁴ NiK o Karcie Dużej Rodziny, www.nik.gov.pl (data dostępu: 30.08.2019).

⁵⁵ Dz. U. z 2016r., poz. 1860.

4) osoba uprawniona posiada zaświadczenie lekarza ubezpieczenia zdrowotnego o ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniu albo nieuleczalnej chorobie zagrażającej życiu dziecka, które powstały w prenatalnym okresie jego rozwoju lub w czasie porodu.

Urodzenie żywego dziecka skutkuje spełnieniem warunku uprawniającego do ubiegania się o jednorazowe świadczenie. W tym zakresie nie ma znaczenia czas, przez jaki dziecko po urodzeniu było żywe. Po ustaleniu, że dziecko urodziło się żywe i zostały spełnione pozostałe przesłanki ustawowe, organ powinien przyznać prawo do jednorazowego świadczenia z tytułu urodzenia się żywego dziecka⁵⁶. Program „Za życiem” skierowany jest również do rodzin z dzieckiem legitymującym się orzeczeniem o niepełnosprawności albo orzeczeniem o lekkim lub umiarkowanym lub znacznym stopniu niepełnosprawności określonym w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, a także do dzieci i młodzieży posiadających odpowiednio opinię o potrzebie wczesnego wspomagania rozwoju dziecka, orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego lub orzeczenie o potrzebie zajęć rewalidacyjno-wychowawczych (o których mowa w przepisach ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Prawo oświatowe) i ich rodzin⁵⁷. Na podstawie ww. ustawy opracowany został program kompleksowego wsparcia dla rodzin „Za życiem”, przyjęty uchwałą Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2016 r.

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej zajmuje się również szeroko pojętą polityką dotyczącą świadczeń rodzinnych. Pracownicy na bieżąco dokonują opracowań danych statystycznych w celu zdobycia informacji m.in. w jaki sposób, z jaką częstotliwością, jakie podmioty są uprawnione do otrzymywania świadczeń rodzinnych. Wśród świadczeń rodzinnych, które są wypłacane przez państwo wyróżnić można: zasiłki rodzinne, dodatki do zasiłku rodzinnego, świadczenia opiekuńcze, jednorazową zapomogę z tytułu urodzenia się dziecka, zapomogę z tytułu urodzenia, wypłacaną ze środków własnych gminy. Funkcjonujący aktualnie system świadczeń rodzinnych został wprowadzony 1 maja 2004 r. Podstawę prawną systemu stanowi ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych⁵⁸. System świadczeń rodzinnych jest systemem pozaubezpieczeniowym, zorganizowanym na zasadzie zaopatrzeniowej, finansowanym z budżetu państwa. System świadczeń rodzinnych oparty jest o zasadę pomocniczości, uwzględniającą regułę, że osobami w pierwszej kolejności zobowiązanymi dołożenia na utrzymanie dzieci są ich rodzice. W przypadku, gdy ich środki i uprawnienia są niewystarczające do wychowania i utrzymania dzieci, przysługuje pomoc państwa

⁵⁶ A. Brzezińska, *Ustawa za życiem oraz inne zmiany w pomocy społecznej 2017*, Warszawa 2017, s. 6.

⁵⁷ <https://www.gov.pl/web/rodzina/cel-programu> (data dostępu: 19.09.2019).

⁵⁸ Ustawa z 28.11.2003 r. o świadczeniach rodzinnych, Dz.U. z 2015 r., poz.114 z późn. zm.

w postaci świadczeń rodzinnych. W sytuacji osób samotnie wychowujących dzieci oznacza to konieczność zasądzenia alimentów na rzecz dziecka od drugiego z rodziców (wymóg ten nie dotyczy jednorazowej zapomogi z tytułu urodzenia się dziecka). Świadczenia rodzinne uzależnione od spełniania kryterium dochodowego są udzielane na roczne okresy zasiłkowe. Przy ustalaniu uprawnień do świadczeń rodzinnych, uzależnionych od kryterium dochodowego, brane są pod uwagę dochody osiągnięte w roku poprzedzającym okres zasiłkowy. W przypadkach określonych w ustawie dochód ten pomniejsza się o dochód utracony lub powiększa o dochód uzyskany⁵⁹.

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w imieniu rządu stoi na straży przestrzegania prawa oraz wypełniania wszelkich zadań w oparciu o aktualną politykę rządową oraz akty prawne. Każdego roku sporządza szczegółową informację, wykorzystując dane z poszczególnych instytucji (np. gmin) i tworzy raport z danych statystycznych. Zatem, obok posiadania dziecka na utrzymaniu, głównym kryterium uprawniającym do zasiłku rodzinnego jest przeciętny miesięczny dochód, w przeliczeniu na osobę w rodzinie. Kryterium dochodowe dotyczy dochodu netto, tj. po odliczeniu podatku dochodowego i składek na ubezpieczenie społeczne oraz na ubezpieczenie zdrowotne. Do 31 października 2015 r. kryterium dochodowe wynosiło 574 zł na osobę lub 664 zł na osobę, jeśli w rodzinie wychowuje się dziecko niepełnosprawne. W 2015 r., w ramach przypadającej co 3 lata weryfikacji, dwuetapowo zostało podniesione kryterium dochodowe uprawniające do świadczeń rodzinnych (tj. od 1 listopada 2015 r. i od 1 listopada 2017 r.). Od 1 listopada 2015 r. do chwili obecnej (w 2019 r.) kryterium dochodowe wynosi 674 zł na osobę lub 764 zł, jeśli w rodzinie wychowuje się dziecko niepełnosprawne.

Określone w ustawie kryterium dochodowe powinny spełniać rodziny ubiegające się o zasiłek rodzinny oraz dodatki do niego, a także osoby ubiegające się o specjalny zasiłek opiekuńczy (w tym przypadku kryterium dochodowe do 31 października 2015 r. wynosiło 664 zł na osobę w rodzinie, zaś od 1 listopada 2015 r. – 764 zł netto). Specjalny zasiłek rodzinny funkcjonuje od 1 stycznia 2013 r. Zasiłek ten przysługuje osobom, na których zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2012 r. poz. 788 i 1529 oraz z 2013 r. poz. 1439) ciąży obowiązek alimentacyjny, a także małżonkom, jeżeli:

- nie podejmują zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej lub
 - rezygnują z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej
- w celu sprawowania stałej opieki nad osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności albo orzeczeniem o niepełnospraw-

⁵⁹ Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o realizacji świadczeń rodzinnych w 2015 r.*, s. 4, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 19.09.2019).

ności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji⁶⁰. Wysokość specjalnego zasiłku rodzinnego od 1 listopada 2018 r. wynosi 620 złotych.

Jednorazowa zapomoga z tytułu urodzenia się dziecka (tzw. becikowe) przysługuje, jeżeli dochód rodziny w przeliczeniu na osobę nie przekroczy kwoty 1922,00 zł netto. W obecnym stanie prawnym, tj. od 1 listopada 2019 r. do 31 października 2020 r. kwoty zasiłku rodzinnego wynoszą odpowiednio:

- 95 zł na dziecko w wieku do ukończenia 5. roku życia;
- 124 zł na dziecko w wieku powyżej 5. roku życia, do ukończenia 18. roku życia;
- 135 zł na dziecko w wieku powyżej 18. roku życia, do ukończenia 24. roku życia.

Do zasiłku rodzinnego przysługują dodatki z następujących tytułów:

a) urodzenia dziecka (1000 zł na dziecko; świadczenie jednorazowe);
b) opieki nad dzieckiem w okresie korzystania z urlopu wychowawczego (400 zł miesięcznie);

c) samotnego wychowywania dziecka (170 zł miesięcznie na dziecko, nie więcej niż 340 zł na wszystkie dzieci, w przypadku dzieci niepełnosprawnych kwotę dodatku zwiększa się o 80 zł, nie więcej niż o 160 zł na wszystkie dzieci, od 1 listopada 2015 r. – 185 zł nie więcej niż 370 zł na wszystkie dzieci, w przypadku dzieci niepełnosprawnych kwotę dodatku zwiększa się o 80 zł, nie więcej niż o 160 zł);

d) wychowywania dziecka w rodzinie wielodzietnej – na trzecie i kolejne dziecko w rodzinie (80 zł miesięcznie, od 1 listopada 2015 r. – 90 zł miesięcznie);

e) kształcenia i rehabilitacji dziecka niepełnosprawnego (60 zł na dziecko do 5. roku życia, 80 zł – na dziecko od 5. do 24. roku życia; od 1 listopada 2015 r. – odpowiednio 80 zł i 100 zł);

f) rozpoczęcia roku szkolnego (100 zł; świadczenie jednorazowe);

g) podjęcia przez dziecko nauki poza miejscem zamieszkania (90 zł na internat/stancję lub 50 zł na dojazd do szkoły, od 1 listopada 2015 r. odpowiednio 105 i 63 zł).

Aby skorzystać z dodatków należy przede wszystkim mieć prawo do zasiłku rodzinnego. Ponadto, do każdego z dodatków wymagane jest spełnienie dodatkowych warunków związanych z tytułem (powodem) jego przyznania. Jednocześnie można pobierać kilka rodzajów dodatków⁶¹. Innym świadcze-

⁶⁰ <https://www.gov.pl/web/rodzina/specjalny-zasilek-opiekunczy> (data dostępu: 19.09.2019).

⁶¹ Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o realizacji świadczeń rodzinnych w 2015 r.*, s. 4–6, <http://www.mpips.gov.pl> (data dostępu: 19.09.2019).

niem, z którego może skorzystać rodzina jest zasiłek pielęgnacyjny. Zasiłek ten przyznaje się w celu częściowego pokrycia wydatków wynikających z konieczności zapewnienia opieki i pomocy innej osoby w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji. Podmiotem uprawnionym do otrzymania tego rodzaju zasiłku jest niepełnosprawne dziecko, osoba niepełnosprawna w wieku powyżej 16. roku życia, jeżeli legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, osoba niepełnosprawna w wieku powyżej 16. roku życia, jeżeli legitymuje się orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, jeżeli niepełnosprawność powstała w wieku do ukończenia 21 lat, osobie, która ukończyła 75 lat. Wysokość zasiłku pielęgnacyjnego od 1 listopada 2019 r. wynosi 215, 84 złotych miesięcznie.

Świadczenia rodzinne wypłaca się nie później niż do ostatniego dnia miesiąca, za który przyznane zostało świadczenie rodzinne. W przypadku złożenia wniosku w sprawie ustalenia prawa do świadczeń rodzinnych po 10 dniu miesiąca, świadczenia rodzinne za dany miesiąc wypłaca się najpóźniej do ostatniego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym złożono wniosek. W przypadku, gdy osoba ubiegająca się o świadczenia rodzinne na nowy okres zasiłkowy złoży wniosek wraz z dokumentami do dnia 30 września, ustalenie prawa do świadczeń rodzinnych oraz wypłata świadczeń przysługujących za listopad następuje do 30 listopada. Gdy osoba ubiegająca się o świadczenia rodzinne na nowy okres zasiłkowy złoży wniosek wraz z dokumentami w okresie od 1 października do 30 listopada, ustalenie prawa do świadczeń rodzinnych oraz wypłata świadczeń przysługujących za listopad następuje do 31 grudnia. W przypadku złożenia nieprawidłowo wypełnionego wniosku podmiot realizujący świadczenia wzywa pisemnie osobę ubiegającą się o świadczenia do poprawienia lub uzupełnienia wniosku w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania. Gdy osoba złoży wniosek bez wymaganych dokumentów, podmiot realizujący świadczenia przyjmuje wniosek i wyznacza termin nie krótszy niż 14 dni i nie dłuższy niż 30 dni na uzupełnienie brakujących dokumentów. Niezastosowanie się do wezwania skutkuje pozostawieniem wniosku bez rozpatrzenia⁶².

Kolejnym ważnym świadczeniem możliwym do uzyskania jest zasiłek opiekuńczy. Zasiłek opiekuńczy⁶³ należy się każdej osobie ubezpieczonej, objętej ubezpieczeniem chorobowym, która jest zwolniona z wykonywania pracy, ponieważ musi sprawować osobistą opiekę nad dzieckiem do lat ośmiu w przypadku porodu, choroby lub pobytu w stacjonarnym zakładzie opieki zdrowotnej małżonka, który do tej pory stale opiekował się dzieckiem. Zasiłek opiekuńczy przysługuje również w przypadku niespodziewanego za-

⁶² Ustalenia prawa do świadczeń rodzinnych oraz ich wypłata następują na wniosek, <https://rodzina.gov.pl> (data dostępu: 20.09.2019).

⁶³ Ustawa z 25.06.1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (Dz.U. z 2014 r. poz. 159 ze zm.).

mknięcia żłobka, przedszkola lub szkoły, do której uczęszczało dziecko, w przypadku konieczności sprawowania opieki nad chorym dzieckiem w wieku do lat 14 lub innym chorym członkiem rodziny, np. małżonkiem, rodzicami, teściami czy rodzeństwem. Prawo do zasiłku opiekuńczego przysługuje zarówno matce, jak i ojcu dziecka, ale zasiłek wypłaca się tylko jednemu rodzicowi, a mianowicie temu, który złożył wniosek o wypłatę zasiłku za dany okres. Ponadto, zasiłek opiekuńczy przysługuje nie dłużej niż 60 dni w roku kalendarzowym – w sytuacji sprawowania opieki nad zdrowym dzieckiem do lat ośmiu lub chorym dzieckiem do lat 14, albo 14 dni w roku kalendarzowym – w sytuacji sprawowania opieki nad dzieckiem w wieku ponad 14 lat lub nad innymi chorymi członkami rodziny. Zasiłek opiekuńczy nie zostanie wypłacony, jeżeli w gospodarstwie są obecni inni członkowie rodziny, którzy mogliby zapewnić opiekę. Jednak w przypadku, kiedy opieka dotyczy chorego dziecka do lat dwóch, nawet obecność innych członków rodziny nie wyklucza prawa do zasiłku opiekuńczego. Zasiłek opiekuńczy nie przysługuje za okres, w którym osoba ubezpieczona zachowuje nadal prawo do wynagrodzenia, w okresie urlopu wychowawczego lub bezpłatnego, w okresie tymczasowego aresztowania lub odbywania kary pozbawienia wolności (chyba że aresztowany wykonuje odpłatną pracę na podstawie skierowania do pracy i jest ubezpieczony chorobowo) oraz za okres objęty zaświadczeniem lekarskim, kiedy podczas zwolnienia lekarskiego wykonywano pracę zarobkową. Zasiłek opiekuńczy przysługuje w wysokości 80% wynagrodzenia stanowiącego podstawę wymiaru zasiłku. Podstawa wymiaru zasiłku to przeciętne miesięczne wynagrodzenie pracownika wypłacone za okres dwunastu miesięcy poprzedzających powstanie niezdolności do pracy. Do ustalenia podstawy wymiaru bierze się pod uwagę przychód stanowiący podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie chorobowe, po odliczeniu potrąconych przez pracodawcę składek na ubezpieczenie społeczne⁶⁴. Nowe przywileje dla osób wychowujących niepełnosprawne dzieci wprowadziła 6 czerwca 2018 r. ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych i niektórych innych ustaw. Akt ten wprowadza nowe zmiany odnoszące się do czasu pracy, dotyczącego pracownika zatrudnianego w zakładzie pracy. Pracodawca powinien uwzględnić wniosek pracownika dotyczący zmiany czasu pracy, który został złożony w formie papierowej lub elektronicznej. Zmiany te mogą dotyczyć: przerywanego czasu pracy, ruchomego czasu pracy, indywidualnego czasu pracy. W stosunku do tych pracowników – rodziców dziecka lub dzieci niepełnosprawnych – istnieje możliwość wykonywania pracy w formie zdalnej, czyli telepracy, o ile specyfika rodzaju pracy/stanowiska na to pozwala. Pracodawca może odmówić przyjęcia zaproponowanych przez rodzica możliwości

⁶⁴ <https://obywatel.gov.pl/dzieci/zasilek-opiekunczy-na-opieke-nad-chorym-dzieckiem> (data dostępu: 9.09.2019).

świadczenia pracy w inny sposób, jeżeli specyfika zakładu pracy na to nie pozwala. Z dniem 6 czerwca 2018 r. rodzice dzieci z niepełnosprawnościami zyskali nowe uprawnienia do zasiłku opiekuńczego. Dotyczą one rodziców, którzy opiekują się: chorym dzieckiem legitymującym się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności albo orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki, lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji, do ukończenia 18 lat, a także dzieckiem legitymującym się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, albo orzeczeniem o niepełnosprawności łącznie ze wskazaniami: konieczności stałej lub długotrwałej opieki lub pomocy innej osoby w związku ze znacznie ograniczoną możliwością samodzielnej egzystencji oraz konieczności stałego współudziału na co dzień opiekuna dziecka w procesie jego leczenia, rehabilitacji i edukacji do ukończenia 18 lat, w przypadku: porodu lub choroby małżonka ubezpieczonego, rodziców dziecka stale opiekujących się dzieckiem, jeżeli poród lub choroba uniemożliwia temu małżonkowi, lub rodzicowi sprawowanie opieki. Ponadto, wskazane zapisy mają zastosowanie w przypadku pobytu małżonka ubezpieczonego lub też rodziców dziecka stale opiekujących się dzieckiem w szpitalu albo innym zakładzie leczniczym podmiotu leczniczego, wykonującego działalność w rodzaju stacjonarnych i całodobowych świadczeń zdrowotnych.

Można postawić pytanie, dlaczego omówiony został zasiłek opiekuńczy a nie zasiłek rodzicielski? W przepisach dotyczących zasiłku opiekuńczego dokonano wiele zmian, w szczególności dotyczących podmiotów z niego korzystających – rodziców dzieci niepełnosprawnych. Dodatkowo wprowadzono szereg udogodnień w zakresie czasu pracy, a mianowicie możliwości połączenia sprawowania opieki nad dzieckiem niepełnosprawnym z wykonywaniem pracy.

Podsumowanie

W kraju zauważa się tendencję starzenia się społeczeństwa, toteż każda władza rządząca powinna w szczególności prowadzić odpowiednią politykę prorodziną. W chwili obecnej już nie ma tzw. zastępowalności pokoleniowej, więcej obywateli przechodzi na emeryturę lub rentę niż rodzi się dzieci. Tym samym mniej osób pracuje na obecne emerytury, a należy zauważyć, że Zakład Ubezpieczeń Społecznych wypłaca świadczenia emerytalne z bieżących finansów. Jan Paweł II w Krakowie w 1979 r. wypowiedział słowa odnoszące się do dzieci: „Jesteście przyszłością świata, narodu, kościoła. Od Was zależy jutrzejszy dzień”. Ważne jest, aby polityka prorodzinna rozwijała się, gdyż społeczeństwo i dzieci mają znaczny wpływ na gospodarkę oraz jej rozwój.

Cały system emerytalny może zachwiać się bez zatrudniania młodych ludzi, którzy mogliby mieć dzieci. Jednakże warto pomyśleć nad polityką zatrudnieniową, która byłaby przyjazna młodym małżeństwom czy rodzinom. Pracodawcy obawiają się nowych przepisów, dotyczących urlopów rodzicielskich, a pracownice rodzące dzieci boją się zwolnienia z pracy. Przy pomocy właściwie skonstruowanego mechanizmu, państwo realizuje ogólny cel zabezpieczenia społecznego, jakim jest socjalne wsparcie obywateli, a silnie rozczłonkowany układ zapewnia kompleksową ochronę, wypełniając cechy metody ubezpieczeniowej-partycypacyjnej (składkowej), opiekuńczej – subsydiarnie realizowanej wobec członków wspólnoty samorządowej oraz przyjmującej cechy obu wspomnianych filarów – metody zaopatrzeniowej – realizowanej przez państwo ze względu na konieczność zaspokojenia lub kompensacji potrzeb lub uznania istotnych zasług obywateli⁶⁵.

Wykaz literatury

- Andrzejewski M., *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999.
- Borysiak W., [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Brzezińska A., *Ustawa za życia oraz inne zmiany w pomocy społecznej 2017*, Warszawa 2017.
- Chmaj M., *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji RP*, Warszawa 2008.
- Dobrowolski M., *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4.
- Dobrowolski M., *Rodzina jako wartość konstytucyjna w orzecznictwie TK (1996–2007)*, [w:] P. Czarnek (red.), M. Dobrowolski (red.), *Rodzina jako podmiot prawa*, Zamość 2012.
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w konstytucji*, [w:] J. Trzcіński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1995.
- Gromada A., *Czemu służy Program Rodzina 500 Plus? Analiza celów polityki publicznej i polityki partyjnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, Rok LXXX, z. 3.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006.
- Kowalski G., *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji*, [w:] P. Kasprzyk (red.), P. Wiśniewski (red.), *Prawo rodzinne w dobie przemian*, Lublin 2009.
- Kulig K., *Członek najbliższej rodziny jako osoba nabywająca uprawnienia związane z rodzicielstwem*, „Monitor Prawa Pracy” 2016, nr 3.
- Liszczy T., *Prawo pracy instrumentem polityki prorodzinnej państwa*, „PiZS” 2007, nr 6.
- Maj E., *Istota systemu zabezpieczenia społecznego w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Finansów i Prawa w Bielsku-Białej” 2015.
- Mędrala M., *Uprawnienia rodzicielskie dla członków najbliższej rodziny pracownika*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej” 2016.

⁶⁵ E. Maj, *Istota systemu zabezpieczenia społecznego w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Finansów i Prawa w Bielsku-Białej” 2015, nr 1, s. 127.

- Mierzywiński B., *Zjawisko bezrobocia a życie rodzinne*, [w:] W. Nowak, M. Tunkiewicz (red.), *Rodzina w jednoczącej się Europie*, Olsztyn 2013.
- Stadniczenko S.Ł., *Rodzina i jej prawa w świetle Karty Praw Rodziny*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej*, Toruń 1999.
- Serafin K., *Ochrona rodziny w świetle przepisów prawa pracy*, Łódź 2018.
- Smyczyński T., *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11/12.
- Ziółkowska K., *Rola Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej jako władzy wykonawczej w zakresie prawa pracy*, [w:] P. Majer, M. Kowalczyk (red.), *Władza w prawie*, Olsztyn 2014.
- Zubik M., *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” 2002, nr 2.
- Zyśk P., *Rządowy program „Rodzina 500plus” a problem obniżania należnych świadczeń alimentacyjnych – sygnalizacja problemu na tle poprzedniego i obecnego stanu prawnego*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 24.

Summary

Legal instruments for social security of the family

Key words: family, social policy, parental right, child, labour law.

Security of employment nowadays is an important element of the individual's functioning in the state. When economic development in the country increases – new employment opportunities also appear. Growth in employment is a condition for further economic development. With the economic difficulties of the state, high unemployment and a slowing economy – there are also demographic problems. The issue of benefits available through the Polish social system for full and incomplete families and the legal basis for their granting require clarification. The Constitution of the Republic of Poland puts families under the protection of the state, which should properly implement a family-oriented policy and, above all, protection from a legal point of view. State policy should be aimed at providing the best conditions for starting and expanding families, in order to secure generational replacement and a fair pension system. Legal regulations indicate which rights families can use.

Sprawozdania

Elżbieta Zębek

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-8637-8391

Michał Hejbudzki

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-0616-3938

Sprawozdanie z II Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Odpowiedzialność za środowisko”, Olsztyn, 4–5 kwietnia 2019 r.

W dniach 4–5 kwietnia 2019 r. odbyła się II Ogólnopolska Konferencja Naukowa pt. „Odpowiedzialność za środowisko” zorganizowana przez Katedrę Prawa Międzynarodowego Publicznego oraz Koło Naukowe Międzynarodowego Prawa Ochrony Środowiska na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Głównym celem konferencji było przeprowadzenie naukowej debaty, umożliwiającej wymianę poglądów i doświadczeń na temat spójności instrumentów administracyjnoprawnych, cywilnoprawnych i karnoprawnych oraz aspektów ekologicznych, szczególnie w zakresie oceny stanu środowiska.

Podczas konferencji obrady były prowadzone w pięciu blokach tematycznych. Pierwszy dotyczył odpowiedzialności organów administracji publicznej za stan i ochronę środowiska, drugi miał charakter administracyjnoprawny oraz dotyczył bioindykacji środowiskowej, trzeci poświęcony był karnoprawnej ochronie zasobów środowiska, czwarty – odpowiedzialności administracyjnej za środowisko, a piąty – prawu rolnemu, leśnemu i ochronie zwierząt oraz odpowiedzialności karnej. W konferencji wzięło udział 56 osób z wielu polskich i zagranicznych ośrodków naukowych. Poza pracownikami Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie (Wydziału Prawa i Administracji, Wydziału Nauk Technicznych, Wydziału Kształtowania Środowiska i Rolnictwa, Wydziału Biologii i Biotechnologii oraz Wydziału Medycyny Weterynaryjnej) byli to przedstawiciele takich polskich uczelni, jak: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Uniwersytet Gdański, Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Gdańska Szkoła Wyższa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Wyższa Szkoła Gospodarki Euroregionalnej

im. Alcide De Gasperi w Józefowie, Polska Akademia Nauk we Wrocławiu, Polska Akademia Nauk w Warszawie, Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Bielsku-Białej oraz Instytut Rybactwa Śródlądowego im. S. Sakowicza w Olsztynie, a także zagranicznych, tj. Moskiewskiego Uniwersytetu Państwowego oraz Uniwersytetu Federalnego im. I. Kanta w Kaliningradzie. W konferencji uczestniczyli ponadto reprezentanci wielu instytucji publicznych, takich jak: Urząd Marszałka Województwa Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Olsztynie, Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Olsztynie, Izba Adwokacka w Olsztynie, Prokuratura Rejonowa Olsztyn-Północ w Olsztynie oraz Polski Związek Łowiecki. Obrady odbywały się w Auli Błękitnej w Centrum Konferencyjno-Szkoleniowym UWM w Olsztynie.

Uroczystego otwarcia konferencji w dniu 4 kwietnia 2019 roku dokonał prof. dr hab. Mieczysław Różański – Dziekan Wydziału Prawa i Administracji UWM w Olsztynie. W trakcie konferencji wygłoszono 46 referatów w ramach pięciu paneli, których moderatorami byli: dr hab. Elżbieta Zębek, prof. UWM; dr hab. Piotr Krajewski, prof. UWM; dr hab. Denis Solodov, prof. UWM; dr Michał Hejbudzki i dr Olga Łachacz oraz dr inż. Wojciech Truszkowski. I panel „Odpowiedzialność organów administracji publicznej za stan i ochronę środowiska” otworzyło wystąpienie Pani Jolanty Piotrowskiej – Wicemarszałka Województwa Warmińsko-Mazurskiego pt. „Aktualne problemy w ochronie środowiska, ich rozwiązania, odpowiedzialność i polityka”. Prelegentka w dość obszerny sposób zwróciła uwagę na najważniejsze problemy związane z ochroną środowiska w naszym województwie w odniesieniu do jakości powietrza, wód oraz gleb. Następnie Pani Agata Moździerz – Regionalny Dyrektor Ochrony Środowiska w Olsztynie, w swoim referacie pt. „Wykroczenia przeciwko środowisku – doświadczenia Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska w Olsztynie (inwestycje drogowe, wody publiczne, ochrona gatunkowa)” zwróciła uwagę na problemy związane z działaniami nielegalnymi, przyczyniającymi się do zniszczeń w świecie roślinnym i zwierzęcym podczas realizacji inwestycji drogowych. Ponadto podkreśliła rangę działań nielegalnych w odniesieniu do wód publicznych i siedlisk przyrodniczych. Kolejną prelegentką była Pani Joanna Kazanowska – Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w Olsztynie, która w swoim referacie nt. „Kontroli gospodarstw rolnych w zakresie przestrzegania i stosowania Programu działań mających na celu zmniejszenie zanieczyszczenia wód azotanami pochodzącymi ze źródeł rolniczych oraz zapobieganie dalszemu zanieczyszczeniu” omówiła kwestie kontroli zanieczyszczeń ze źródeł pochodzenia rolniczego w odniesieniu do obecnie obowiązujących norm prawnych w tym zakresie. Część typowo naukową w tym panelu zapoczątkował prof. zw. dr hab. Jerzy Stelmasiak wygłoszeniem referatu pt. „Odpowiedzialność administracyjna w ochronie przyrody na obszarach specjalnych o charakterze

przyrodniczym”, w którym w dość obszerny sposób dokonał analizy tego rodzaju odpowiedzialności w stosunku do obszarów przyrodniczych podlegających szczególnej ochronie prawnej. Kolejnym prelegentem był prof. zw. dr hab. Bartosz Rakoczy, który w swoim wystąpieniu – „Istota decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach a jej wykonalność” – zwrócił uwagę na złożoność decyzji środowiskowych, a jednocześnie trudności z jej wykonywalnością w praktyce. Ostatnim prelegentem w tym panelu był prof. zw. dr hab. Wiesław Pływaczewski – przedstawiciel nurtu badawczego „zielonej kryminologii”, który w swoim wystąpieniu pt. „Ornitologia kryminalna jako nowe narzędzie identyfikowania zagrożeń cywilizacyjnych dotyczących ochrony środowiska – problem amunicji ołowianej” w bardzo interesujący sposób przedstawił problematykę mało zbadanego obszaru naukowego, jakim jest ornitologia w ujęciu kryminologicznym, a tym bardziej w powiązaniu z amunicją ołowiową jako identyfikatora tego typu zagrożeń.

Drugi panel pierwszego dnia konferencji był poświęcony odpowiedzialności administracyjnej i stanowi środowiska. Jako pierwszy wystąpił prof. zw. dr hab. Aleksander Świątecki, przedstawiając referat pt. „Ocena funkcjonowania mikrobiomu polarnego w świetle globalnych zmian klimatu”. Pan Profesor w swoim wystąpieniu przedstawił przydatność badań biologicznych (mikrobiologicznych i fykologicznych), prowadzonych na biegunie polarnym, w ocenie postępujących zmian klimatycznych, szczególnie widocznych w postaci topnienia lodowców. Następnie dr hab. Piotr Krajewski, prof. UWM kontynuował problematykę zmian klimatycznych w kontekście migrantów i migracji, będących przyczyną i skutkiem zmian zachodzących w środowisku przyrodniczym. Kolejnym prelegentem był dr hab. Zbigniew Bukowski, prof. UKW, który w swoim wystąpieniu przedstawił problematykę kontroli w ochronie środowiska jako podstawy odpowiedzialności administracyjno-prawnej. Następne wystąpienie dra hab. Adama Habudy, prof. INP PAN we Wrocławiu oraz mgr. Michała Makucha było poświęcone odpowiedzialności nadleśniczego za stan lasu. Kolejne referaty dotyczyły problematyki łowieckiej i ochrony prawnej zwierząt, a prelegentami byli dr Witold Daniłowicz z wystąpieniem nt. „Łowiectwa a obowiązku państwa o dbałości o środowisko”, dr hab. Magdalena Sitek, prof. WSGE i dra Tadeusz Graca – „Zasady odstrzału dzikiej zwierzyny – przypadek pomoru dzikich świń” oraz dr hab. Agnieszka Skóra, prof. UWM – „Ubój rytualny – aspekty administracyjno-prawne”. Ostatnia część drugiego panelu była poświęcona bioindykacji środowiskowej. W tej części wystąpiły: dr hab. Elżbieta Zębek, prof. UWM, omawiając kwestię rozwoju przepisów prawnych w zakresie bioindykacji środowiskowej w odniesieniu do stanu wód rzecznych w Polsce oraz dr hab. inż. Agnieszka Napiórkowska-Krzebietke, przedstawiając jakość wód i zagrożenia jezior województwa warmińsko-mazurskiego w odniesieniu do aktualnego stanu w Polsce.

Trzeci panel pierwszego dnia konferencji dotyczył odpowiedzialności karnej za środowisko. Jako pierwszy wystąpił prof. dr hab. Oleg Kuczyn z referatem nt. „Taktyki oględzin miejsca zdarzenia w sprawach o przestępstwa przeciwko środowisku przyrodniczemu”, który w sposób bardzo obrazowy przedstawił problematykę tego zagadnienia w Federacji Rosyjskiej. Dr Alexander Anatolyevich Trefilov, w referacie nt. “Liability for Environmental Crimes in the Republic of Belarus and Russia: A Comparative Legal Analysis” porównał odpowiedzialność karną pomiędzy prawodawstwami obowiązującymi w Białorusi i Rosji. Następnie dr hab. Denis Solodov, prof. UWM kontynuując to zagadnienie omówił kwestię oceny opinii biegłych w sprawach o przestępstwa przeciwko środowisku, co bez wątpienia wpływa na dalsze postępowania sądowe w sprawach o tego typu przestępstwa. Ponadto dr Bartłomiej Gadecki w swoim wystąpieniu wskazał podobieństwa i różnice w karnoprawnej ochronie dziedzictwa naturalnego i kulturalnego. Ostatnimi prelegentkami w tym panelu były mgr Eliza Jurkianiec z referatem „Odpowiedzialność za środowisko a zasada proporcjonalności” oraz mgr Iwona Florek – „Odpowiedzialność za środowisko w orzecznictwie indyjskim”.

Drugi dzień konferencji, tj. 5 kwietnia 2019 r., składał się z dwóch paneli tematycznych i zdominowany był przez zagadnienia, których wspólną osią była szeroko pojęta odpowiedzialność administracyjna za środowisko, a następnie przez kwestie pozostające w obszarze zainteresowania prawa rolnego, leśnego i ochrony zwierząt oraz w ujęciu odpowiedzialności karnej.

Cykl referatów został otwarty wystąpieniem dr Joanny Sylwii Kierzkowskiej o ewolucji zmian przepisów prawnych o odpadach niebezpiecznych oraz ich związku z pożarami składowisk i miejsc magazynowania odpadów. Prelegentka nakreśliła zmiany w zakresie prawnych regulacji o odpadach niebezpiecznych oraz zbadała ich związek z pożarami miejsc magazynowania i składowania odpadów w Polsce, jak też wskazała na ewolucję przepisów UE w zakresie kodów właściwości odpadów niebezpiecznych.

Następnie dr Tomasz Bojar-Fijałkowski omówił odpowiedzialności prawne za naruszenie wodnego prawa sanitarnego. Zwrócił uwagę, że prawo sanitarne obejmuje niezwykle rozległy obszar regulacji: stosunki wodne, bezpieczeństwo chemiczne, prawo atomowe, oceny oddziaływania na środowisko, procedury planowania i zagospodarowania przestrzennego, standardy budowlane, ale także bezpieczeństwo żywności, żywienia i produktów, choroby zakaźne, zakażenia i choroby zawodowe, regulacje cementarzy, pochówki i ekshumacje, czy też tzw. dopalacze. Część z tych regulacji bezpośrednio dotyczy elementów środowiska, w tym wód: wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi i odprowadzania ścieków; wody wykorzystywanej na kąpieliskach i w miejscach okazjonalnie wykorzystywanych do kąpieli; wody wykorzystywanej na pływalniach i w urządzeniach atrakcji wodnych. Prelegent do-

strzegł, że w całym prawie sanitarnym ustawodawca rezygnuje z odpowiedzialności karnoprawnej, zastępując ją administracyjnoprawną, szczególnie administracyjnymi karami pieniężnymi. Podkreślił, że w wodnym prawie sanitarnym wyraźnie widać także trend samokontroli i przenoszenia znacznej części odpowiedzialności za stan środowiska, ale i działań faktycznych, na podmiot kontrolowany, najczęściej przedsiębiorcę, szczególnie w sferze basenów i atrakcji wodnych. Zauważył, że poza rolą odpowiedzialności administracyjnej wzrasta znaczenie odpowiedzialności cywilnej, która także jest realizowana poza sferą publicznoprawną. Jego zdaniem nastąpiły czasy, w których klient wymaga od przedsiębiorców wysokiej jakości środowiska i skutecznie dochodzi tej jakości.

Z kolei dr Bogusława Dobkowska skupiła uwagę słuchaczy na kwestii udziału regionalnego dyrektora ochrony środowiska w postępowaniu o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu. Przedstawiła problematykę współdziałania organów w postępowaniu administracyjnym na przykładzie regionalnego dyrektora ochrony środowiska. Wyjaśniła, że jako punkt odniesienia wybrała ten organ z uwagi na największe kontrowersje i problemy pojawiające się w praktyce. Przedstawiła nowelizację przepisów w tym zakresie i problemy prawne z tym związane, a w konsekwencji punkt ciężkości rozważań przeniosła na instytucję tzw. „milczącego uzgodnienia”. W celu właściwego zobrazowania istoty problemu przedstawiła model procedury uzgodnienia wynikający z art. 106 k.p.a. W podsumowaniu wskazała na skutki wprowadzonych zmian w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym dla usprawnienia procesu inwestycyjnego.

Szczególnym zainteresowaniem cieszył się referat dr Olgi Łachacz i dra Marcina Adamczyka, który poświęcony był postulatowi *de lege ferenda* w zakresie decyzji o środowiskowych warunkach legalizacji przedsięwzięć. Prelegenci wskazali, że instytucja decyzji środowiskowej jest obecna w polskim systemie prawnym od 10 lat i w świetle obowiązujących przepisów decyzja taka powinna być wydana przed realizacją przedsięwzięcia w sytuacji, gdy oddziałuje ono lub może znacząco oddziaływać na środowisko. Istotnym problemem jest zagadnienie, czy decyzja środowiskowa może być wydana dla inwestycji już zrealizowanych, czyli tzw. samowoli budowlanych. Trybunał Sprawiedliwości UE wypowiedział się w tej kwestii dwukrotnie w wyrokach z 2017 i 2018 r., w których stwierdził, że prawo UE nie stwarza przeszkód, by ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko została dokonana po zrealizowaniu inwestycji z tym jednak, że powinna uwzględniać już zaistniałe skutki dla środowiska. W konkluzji prelegenci stwierdzili, że orzeczenia TSUE otwierają drogę do zmiany przepisów, tak prawa budowlanego, jak i prawa ochrony środowiska, jednak zmiany te nie powinny pójść w kierunku automatycznego legalizowania samowoli budowlanych z punktu widzenia wydawania decyzji środowiskowych, ale należy wypracować stosowną proce-

durę, która taką legalizację uczyni wyjątkową i możliwą po spełnieniu określonych warunków.

Wystąpienie dra Michała Hejbudzkiego zostało poświęcone rozważaniom na temat normatywnych podstaw i konsekwencji wprowadzenia do polskiego porządku prawnego koncepcji prawa podmiotowego do życia w czystym środowisku, a zwłaszcza kwestii, czy obecnie obowiązujące w polskim porządku prawnym regulacje zawierają wystarczające podstawy, na bazie których możliwe jest wykreowanie uprawnień składających się na treść prawa podmiotowego do życia w czystym środowisku w postaci roszczeń o zapłatę i o zaniechanie, czy może raczej istniejące normy prawne mają walor blankietowy i zawierają jedynie proklamację woli prawodawcy co do zakresu i sposobu wprowadzenia w przyszłości na podstawie odrębnych przepisów takiego prawa podmiotowego. Zdaniem Prelegenta istnienie prawa podmiotowego do życia w czystym środowisku warunkowane jest założeniem, że czyste środowisko posiada walory dobra osobistego w rozumieniu art. 23 k.c., a skoro tak, to jest źródłem tworzenia i zakresu tego prawa podmiotowego. Zwrócił uwagę, że koncepcja prawa podmiotowego do życia w czystym środowisku stanowi rozwiązanie niepozbawione zalet, ponieważ nawiązując do pewnej wrażliwości aksjologicznej, pozwala otoczyć ochroną cywilnoprawną obszary dotychczas niedostatecznie chronione oraz poszerza swobodę sądów, zapewniając im elastyczność w ocenie poszczególnych, poddanych pod rozstrzygnięcie przypadków.

Tematykę tę kontynuował mgr Patryk Jarosz, który dokonał analizy judykatury, stanowisk przedstawicieli nauk prawnych, a także regulacji prawnych na poziomie międzynarodowym i krajowym, w zakresie możliwości uznania prawa do czystego środowiska i prawa do czystego powietrza za dobra osobiste w rozumieniu art. 23 k.c. Przedmiotem swoich badań uczynił rozwój prawa do czystego środowiska jako prawa człowieka, prawa konstytucyjnego i dobra osobistego. Referat stanowił próbę odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest uznanie prawa do czystego powietrza za dobro osobiste, a tym samym dochodzenie roszczeń od Skarbu Państwa z tytułu stanu powietrza, które nie spełnia norm jakości.

Bardzo ciekawie rozpoczęła się wypowiedź dra Piotra Starzyńskiego, który już w pierwszym zdaniu zauważył, że tytuł jego referatu, dotyczącego zbiegu odpowiedzialności prawnej za środowisko powinien zostać uzupełniony o istotny przymek. Spostrzegł, że w obliczu jurydyzacji życia społecznego, w tym poprzez jego administratywizację i penalizację oraz wielopostaciową formę idealnego zbiegu odpowiedzialności prawnej, można postawić tezę, że w zestawieniu z faktycznym oportunistycznym organów ścigania, zachwianiem trójpodziału władzy, dzierżeniem przez jedno ugrupowanie polityczne wszelkiej władzy, mamy do czynienia ze zbiegiem od odpowiedzialności prawnej za środowisko.

Natomiast mgr Karol Jędrzejczyk poświęcił swoje przemówienie planowaniu przestrzennemu w jednostkach samorządu terytorialnego. Wyjaśnił, że planowanie oraz zagospodarowanie przestrzenne to całokształt działań zmierzających do zapewnienia prawidłowego rozwoju poszczególnych obszarów kraju. W polskim porządku prawnym zostało uregulowane w ustawie z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Prelegent dostrzegł, że już w art. 3 rzeczonej ustawy zostało wskazane, że to przede wszystkim na władze samorządu lokalnego nałożono prawny obowiązek regulacji w postaci kształtowania oraz prowadzenia polityki przestrzennej.

Później głos zabrał mgr Kacper Milkowski, który mówił o wykorzystywaniu bezzałogowych statków lotniczych do potrzeb związanych z ochroną środowiska i uwarunkowaniami prawnymi ich użytkowania. Przedstawił problematykę związaną z eksploatacją bezzałogowych statków lotniczych na gruncie prawa krajowego. Wyjaśnił podstawowe zagadnienia dotyczące wymogów, jakie muszą zostać spełnione, aby móc wykonywać loty: „inne niż rekreacyjne lub sportowe w zasięgu wzroku” (VLOS) oraz „inne niż rekreacyjne lub sportowe poza zasięgiem wzroku” (BVLOS). Zanalizował procedury uzyskania świadectwa kwalifikacji operatora bezzałogowego statku, co pozwoliło na wysnucie wniosku o brakach legislacyjnych w zakresie przedmiotowej problematyki. Autor referatu odniósł się również do zasad wykonywania lotów oraz właściwego planowania lotów i przedstawił postulat *de lege ferenda* wprowadzenia przez ustawodawcę regulacji dotyczących operacji wykonywanych przez pracowników administracji publicznej.

Następnie dr Marcin Kazimierczuk wygłosił referat poświęcony wsparciu inwestycji zapobiegających zniszczeniu oraz przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020. Autor wystąpienia zobrazował instrumenty wsparcia inwestycji zapobiegających zniszczeniu oraz przywracających potencjał produkcji rolnej w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich 2014–2020. Prelegent przedstawił najważniejsze dokumenty niezbędne do uruchomienia pomocy finansowej ze środków PROW, związane z zapobieganiem skutkom klęsk żywiołowych. Dotknął też zagadnienia programowania pomocy finansowej ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w postaci PROW, który w Polsce realizowany jest jako jednolity program, a jego całkowity budżet w perspektywie finansowej 2014–2020 w Polsce wynosi 13,6 mld PLN.

Wypowiedź mgr. Andrzeja Dzikowskiego dotyczyła aspektów etyczno-prawnych związanych z wykonywaniem zawodu lekarza weterynarii, stojącego wobec przypadków znęcania się nad zwierzęciem. Autor zauważył, że jedną z trzech sfer, w ramach których lekarze weterynarii wykonują swój zawód, jest ochrona zwierząt, przy czym są oni przedstawicielami zawodu

zaufania publicznego, a ich postępowanie musi być zgodne z zasadami etyki zawodowej. Wśród obowiązków zawodowych lekarzy weterynarii znajduje się nie tylko reagowanie na przypadki naruszeń dobrostanu czy zagrożeń dla zdrowia i życia zwierząt, co wynika wprost z norm prawnych zarówno z zakresu ochrony zwierząt, jak i tych, które dotyczą zawodowych powinności lekarzy weterynarii, lecz także ich działalność polega na informowaniu i edukowaniu społeczeństwa. Prelegent stwierdził, że nie tylko lekarze weterynarii pracujący w publicznej służbie weterynaryjnej, która jest podstawowym organem właściwym w przypadkach naruszenia norm ochrony zwierząt, powołani są przez prawo do troski o dobro i zdrowie zwierząt, lecz obowiązek ten ciąży w równym stopniu na wszystkich przedstawicielach tego zawodu. Referent podzielił się wątpliwościami pojawiającymi się na gruncie etyki zawodowej i dysputy natury normatywno-moralnej. Wskazał dyskusyjne stany faktyczne związane z udziałem lekarzy weterynarii w procedurach odbierania zwierząt i konflikty z normami etyki zawodowej, mogące rodzić się na bazie tych sytuacji. W konkluzji przedstawił postulaty *de lege ferenda* i wnioski z zakresu filozofii moralnej.

Z kolei wystąpienie dr Agnieszki Rotkiewicz-Szarnowskiej dotyczyło postępowania administracyjnego w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia. Rozważania w tym zakresie prelegentka poprzedziła stwierdzeniem, że postępowanie w przedmiocie odebrania zwierzęcia jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy k.p.a., z uwzględnieniem pewnych szczególnych rozwiązań procesowych wynikających z art. 7 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt. W przepisie tym zawarto szereg rozwiązań prawnych mających na celu ochronę zwierząt kregowych przed niehumanitarnym traktowaniem, w tym możliwość wydania decyzji administracyjnej o czasowym odebraniu zwierzęcia. Prelegentka zanalizowała przepisy procesowe zawarte w ustawie o ochronie zwierząt oraz dokonała oceny wpływu tych rozwiązań nie tylko na sytuację prawną strony postępowania, lecz również na efektywność postępowania w sprawie czasowego odebrania zwierzęcia. Autorka doszła do konkluzji, że zawarte w art. 7 ustawy o ochronie zwierząt szczególne rozwiązania procesowe zostały wprowadzone ze względu na specyfikę przedmiotu postępowania i mają na celu usprawnienie oraz przyspieszenie procedury odebrania zwierzęcia.

Potem dr Emil Kruk zajął słuchaczy zagadnieniem współdziałania organizacji społecznych z właściwymi instytucjami państwowymi i samorządowymi w ujawnianiu oraz ściganiu przestępstw i wykroczeń określonych w ustawie o ochronie zwierząt. Zauważył, że w procesie humanitarnej ochrony zwierząt niezwykle doniosłą rolę odgrywają organizacje społeczne. Ponieważ znajduje to swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, w których prawodawca zobowiązuje Inspekcję Weterynaryjną oraz inne właściwe organy administracji rządowej i samorzą-

du terytorialnego do współpracy w przedmiotowym zakresie z organizacjami społecznymi, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt. Dotyczy to w szczególności takich spraw, jak: czasowe odebranie maltretowanego zwierzęcia i realizacja orzeczenia sądu o przypadku zwierzęcia; prowadzenie schronisk dla zwierząt; gminne programy opieki nad zwierzętami bezdomnymi oraz zapobiegania bezdomności zwierząt; działania mające na celu ograniczenie populacji zwierząt stanowiących nadzwyczajne zagrożenie dla życia, zdrowia lub gospodarki człowieka; sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów o ochronie zwierząt. Ponadto, organizacje społeczne, których statutowym celem działania jest ochrona zwierząt, zostały upoważnione do stwierdzania konieczności bezzwłocznego uśmiercenia zwierzęcia w celu zakończenia jego cierpień, do wykonywania prawa pokrzywdzonego w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, a także do współdziałania z właściwymi instytucjami państwowymi i samorządowymi w ujawnianiu oraz ściganiu przestępstw i wykroczeń określonych w ustawie o ochronie zwierząt. Jak podkreśla się jednak w literaturze, „wartość normatywna” wyartykułowanych we wspomnianych przepisach deklaracji, dotyczących współdziałania organizacji społecznych z właściwymi władzami jest niewielka, podobnie zresztą jak skala ich praktycznego zastosowania. Najlepszym tego przykładem jest wspomniana możliwość współdziałania w zakresie ujawniania oraz ścigania przestępstw i wykroczeń. Prowadzi to do sytuacji, w której same organizacje społeczne często postulują usunięcie z ustawy o ochronie zwierząt uregulowań, których są adresatem, a które w ich ocenie, z uwagi na ogólnikowość i anachroniczność, prowadzą jedynie do rozmycia odpowiedzialności za los zwierząt.

Mgr Martyna Walas zajmująco mówiła o bezpośrednim zagrożeniu szkoda jako przesłance odpowiedzialności w prawie ochrony środowiska. Wskazała, że odpowiedzialność w prawie ochrony środowiska pełni trzy funkcje: prewencyjną, kompensacyjną oraz represyjną. Najistotniejszą, z punktu widzenia chronionego dobra, jest funkcja prewencyjna, która w największym stopniu może doprowadzić do ograniczenia zniszczeń w środowisku. Zdaniem Prelegentki, analizując instrumenty prawne ochrony środowiska, można z całą pewnością mówić o odpowiedzialności prewencyjnej w prawie ochrony środowiska, która pojawia się już w momencie powstania zagrożenia szkoda, zazwyczaj bezpośredniego, a która polega nie na obowiązku naprawienia szkody, gdyż jej jeszcze nie ma, ale na obowiązku jej zapobieżenia. Ustawodawca polski zdefiniował w ustawie z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie pojęcie „bezpośredniego zagrożenia szkoda” jako wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w środowisku w dającej się przewidzieć przyszłości. Odpowiedzialność w przypadku bezpośredniego zagrożenia szkoda związana jest z zasadą „zanieczyszczający płaci”, zgodnie z którą podmiot powodujący zanieczyszczenie odpowiada za

usunięcie skutków zanieczyszczenia, a podmiot mogący powodować zanieczyszczenie za zapobieganie temu zanieczyszczeniu. Przepisy ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie precyzują, w jakich sytuacjach pojawia się taka odpowiedzialność, a także jakie środki należy podjąć w przypadku wystąpienia bezpośredniego zagrożenia szkodą. Celem wystąpienia Prelegentki było przedstawienie charakteru odpowiedzialności, której przesłanką jest bezpośrednie zagrożenie szkodą, a także konsekwencji w postaci konieczności podjęcia odpowiednich działań zapobiegawczych.

Przedmiotem rozważań mgr Natalii Kulbackiej-Burakiewicz była odpowiedzialność karna za zanieczyszczenie środowiska. Doktorantka wskazała oraz przeanalizowała przepis prawny chroniący środowisko przed zanieczyszczeniem wody, powietrza, powierzchni ziemi oraz wprowadzaniem substancji i promieniowaniem jonizującym oraz podjęła próbę przedstawienia problematyki przestępczości związanej z podstawowymi elementami środowiska.

Podsumowania konferencji dokonała dr hab. Elżbieta Zębek, prof. UWM, która dostrzegła szeroki zakres poruszanych w referatach problemów, znaczenie poszczególnych zagadnień dla idei ochrony środowiska, a przez to także naukową i praktyczną wartość konferencji.